

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO

THIAGO CAROLO SCHNARNDORF

**O USO DOS PRECEDENTES COMO UMA FORMA DE CONTROLE DO
ATIVISMO JUDICIAL**

Porto Alegre
2020

THIAGO CAROLO SCHNARNDORF

**O USO DOS PRECEDENTES COMO UMA FORMA DE CONTROLE DO
ATIVISMO JUDICIAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
da Fundação Escola Superior do Ministério
Público do Estado do Rio Grande do Sul para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco José Borges
Motta

Porto Alegre
2020

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
MESTRADO EM DIREITO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

CIP-Brasil. Catalogação na fonte

Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de
Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Carolo Schnarndorf, Thiago

O uso dos precedentes como uma forma de controle do ativismo judicial / Thiago Carolo Schnarndorf. -- Porto Alegre : 2020.

154 f.

Orientador: Francisco José Borges Motta.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2020.

1. Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Precedentes Judiciais.. I. José Borges Motta, Francisco, orientador. II. Título.

THIAGO CAROLO SCHNARNDORF

**O USO DOS PRECEDENTES COMO UMA FORMA DE CONTROLE DO
ATIVISMO JUDICIAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
da Fundação Escola Superior do Ministério
Público do Estado do Rio Grande do Sul para
obtenção do título de Mestre em Direito.

O trabalho foi Aprovado _____ pelos membros da banca examinadora, obtendo
nota _____.

Examinado em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Francisco José Borges Motta – Orientador
Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho
Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro
Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do
Sul

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer aos meus pais, Ervino e Maria Luisa. Desde sempre, foram meu suporte, o alicerce necessário para o desenvolvimento da minha trajetória acadêmica e profissional. Sem dúvidas, a busca por educação, disciplina e resiliência, contribuíram para o encerramento dessa etapa e, dessa forma, meu agradecimento é especial a vocês.

De forma não menos importante, agradeço à minha namorada e colega de mestrado, Amanda, na qual compartilhou todas as experiências desse ciclo comigo. Desde o processo seletivo até os minutos finais da entrega da dissertação. Em linhas resumidas: obrigado pela parceria, pelo incentivo e por ser essa pesquisadora incrível. A presente dissertação é dedicada a ti.

Agradeço ao meu irmão, Gabriel, pela parceira de sempre, por conseguir, espontaneamente, retirar o peso desse processo árduo, com seu jeito leve de ser.

Para finalizar, agradeço a todo o corpo acadêmico da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público e aos colegas do mestrado por todo o conhecimento compartilhado ao longo desses anos.

Por fim, um agradecimento especial ao meu orientador, Professor Doutor Francisco José Borges Motta, no qual, com sua sabedoria, me estimulou a encarar o estudo de temas importantes do Direito e a realizar um posicionamento crítico acerca desses temas. Com certeza, irei levar esses ricos debates para a minha experiência acadêmica e profissional.

RESUMO

A presente dissertação busca investigar se os precedentes judiciais, inserido no Código de Processo Civil de 2015, têm a possibilidade de controlar o ativismo judicial no direito brasileiro. Analisa-se em especial, como foi previsto esse instituto no Código de Processo Civil e, desse modo, se verificou a possibilidade de uma melhor aplicação, a fim de ser uma forma de controle dessa postura ativista no direito brasileiro. Para cumprir os objetivos propostos na dissertação, estuda-se a ascensão do Poder Judiciário nas democracias ocidentais, bem como a respeito do atual estágio do constitucionalismo no direito brasileiro, cujo objetivo é para melhor compreender fenômeno da judicialização da política. Discorreu-se acerca do controle de constitucionalidade no sistema norte-americano e das teorias da interpretação das constituições, com a finalidade de estruturar as premissas para investigar o ativismo judicial tanto no direito norte-americano, como no direito brasileiro e estabelecer um conceito. Verificou-se as particularidades do sistema da *common law* e da *civil law* no direito brasileiro e de que forma esse fato influencia o sistema de precedentes judiciais no Código de Processo Civil. A partir de uma análise do CPC/15 com o precedente genuíno, se buscou melhor compreender a evolução e o desenvolvimento do direito, cuja premissa é apresentar um modelo de corte adequado para um sistema de precedentes judiciais brasileiro, mas, que de igual forma, cumpra com a segurança jurídica, igualdade e a liberdade do direito brasileiro. Concluiu-se que o atual sistema de precedentes judiciais não está preparado para controlar o ativismo judicial, nada obstante, por meio de uma implementação do modelo de Cortes Supremas no Poder Judiciário, pode-se pensar em um melhor controle das decisões e, conseqüentemente, do ativismo judicial, cuja finalidade principal é a unidade do direito. A metodologia utilizada para a elaboração deste trabalho foi a hipotética dedutiva.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Judicialização da política. Precedentes judiciais.

ABSTRACT

This dissertation seeks to investigate whether the judicial precedents, inserted in the 2015 Code of Civil Procedure, have the possibility of controlling judicial activism under Brazilian law. In particular, it analyzes how this institute was foreseen in the Civil Procedure Code and, thus, the possibility of a better application was verified, in order to be a way of controlling this activist stance in Brazilian law. To fulfill the objectives proposed in the dissertation, the rise of the Judiciary in Western democracies is studied, as well as regarding the current stage of constitutionalism in law, whose objective is to better understand the phenomenon of the judicialization of politics. The constitutionality control in the North American system and theories of interpretation of the constitutions were discussed, with the purpose of structuring the premises to investigate judicial activism in both American and Brazilian law and to establish a concept. The particularities of the common law and civil law system in Brazilian law were verified and how this fact influences the system of judicial precedents in the Civil Procedure Code. Based on an analysis of CPC / 15 with genuine precedent, we sought to better understand the evolution and development of law, the premise of which is to present an appropriate court model for a Brazilian court precedent system, but, likewise, comply with legal security, equality and freedom of Brazilian law. It was concluded that the current system of judicial precedents is not prepared to control judicial activism, nevertheless, through an implementation of the Supreme Courts model in the Judiciary, one can think of better control of decisions and, consequently, judicial activism, whose main purpose is the unity of law. The methodology used for the elaboration of this work was the hypothetical deductive.

Keywords: Judicial Activism. Policy Judicialization. Judicial precedents.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO	12
2.1 O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL	12
2.1.1 O papel do Poder Judiciário nas democracias constitucionais	12
2.1.2 Qual o estágio atual do constitucionalismo no Brasil?	18
2.1.3 Judicialização da política	21
2.2 ATIVISMO JUDICIAL: A ORIGEM NORTE-AMERICANA	26
2.2.1 Controle de constitucionalidade da lei no sistema norte-americano	26
2.2.2 As teorias do Controle Judicial de Constitucionalidade	31
2.2.2.1 Teoria do Contrato	32
2.2.2.2 Teoria do Processo	33
2.2.2.3 Teoria Moral	35
2.2.3 O ativismo judicial nos Estados Unidos	38
2.3 ATIVISMO JUDICIAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	41
2.3.1 Conceito de ativismo judicial	42
2.3.2 Riscos de uma postura ativista no direito brasileiro	45
2.3.2.1 Riscos para a legitimidade democrática	46
2.3.2.2 Risco de politização da justiça	47
2.3.2.3 A capacidade institucional do judiciário e seus limites	49
2.3.3 Tentativa de controle do ativismo judicial no direito brasileiro	50
3 PRECEDENTES JUDICIAIS	54
3.1 SISTEMAS JURÍDICOS	54
3.1.1 Sistema romano-germânico	54
3.1.2 Sistema anglo-saxônico	57
3.1.3 Evolução dos precedentes judiciais no Brasil	60
3.2 COMO FUNCIONA O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL	64
3.2.1 Conceito e delimitação do precedente judicial	65
3.2.2 Elementos do precedente judicial	70
3.2.3 Aplicação e formação do precedente judicial	74
3.2.4 Precedente judicial: gestão de casos repetitivos ou busca pela unidade do direito	80

3.2.5 Formas de superação e eficácia nos precedentes judiciais	82
3.2.6 A busca por segurança jurídica e igualdade meio dos precedentes judiciais	89
 4 O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FORMA DE CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL	 95
4.1 A INTERPRETAÇÃO DE UMA DECISÃO NAS CORTES SUPREMAS	95
4.1.1 O processo civil no estado constitucional de direito	95
4.1.2 O papel dos tribunais superiores no direito brasileiro	100
4.1.2.1 Cortes superiores	100
4.1.2.2 Cortes supremas	104
4.1.3 STF e STJ como Cortes Supremas	108
4.2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS PODEM CONTROLAR O ATIVISMO JUDICIAL	115
4.2.1 Justificação, coerência e universabilidade na argumentação jurídica	115
4.2.2 Existe a regra do <i>stare decisis</i> no direito brasileiro?	121
4.2.3 O precedente judicial tem capacidade de controlar o ativismo judicial?	128
 5 CONCLUSÃO	 137
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 143

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação versa sobre o sistema de precedentes judiciais, inovação introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015, bem como sobre o fenômeno do ativismo judicial no direito brasileiro. Neste trabalho, pretende-se abordar, em especial, se os precedentes judiciais possuem o condão de controlar o ativismo judicial no Brasil, um dos principais temas de discussão na doutrina brasileira.

Este trabalho está inserido na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais¹ e está, por sua vez, incluído na área de concentração Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. Seu objetivo é tratar dos interesses compartilhados por grupos, classes ou categoriais de pessoas, denominados direitos transindividuais, a partir de uma perspectiva dos direitos fundamentais.

Nessa linha de pesquisa, é abordado o papel da jurisdição e das garantias processuais do sistema jurídico brasileiro na proteção e efetivação dos direitos transindividuais, sendo também analisadas as exigências para assegurar a concretude das garantias e evitar suas violações. Nesse viés, parte-se da análise do sistema de precedentes judiciais como uma espécie de garantia e de efetivação desses direitos transindividuais, tão presentes na sociedade massificada.

Nesse sentido, apresenta-se o conceito dos precedentes judiciais e do ativismo judicial. O precedente foi introduzido, no artigo 927 do CPC de 2015, como uma forma de melhorar a tutela jurisdicional, tornando-a mais efetiva e dando mais unidade ao direito, bem como com o objetivo de efetivar princípios constitucionais, como segurança jurídica, igualdade e outros.

Em razão da ascensão do Poder Judiciário, surgiu, conseqüentemente, o fenômeno denominado judicialização da política. Isto é, a partir do deslocamento da constituição para uma posição central no Estado Democrático de Direito, a sociedade obteve ciência de um vasto catálogo de direitos. Em razão desse fato, o Poder Judiciário, responsável por dar resposta aos conflitos da sociedade, é chamado, constantemente, para resolver tais litígios. Ocorre que, em

¹ Incluída na área de concentração Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, tendo como objetivo tratar dos interesses compartilhados por grupos, classes ou categoriais de pessoas, denominados direitos transindividuais, a partir de uma perspectiva dos direitos fundamentais. Nessa linha de pesquisa, é abordado o papel da jurisdição e as garantias processuais do sistema jurídico brasileiro para a proteção e efetivação dos direitos transindividuais, sendo também abordadas as exigências para assegurar a concretude das garantias e evitar suas violações. Nesse viés, parte-se da análise do incidente de resolução de demandas repetitivas, como uma espécie de garantia e de efetivação desses direitos transindividuais, tão presentes na sociedade massificada, marcada pelo alto número de conflitos repetitivos.

algumas oportunidades, acaba por extrapolar seus limites legais – ou seja, vai além das suas competências originais. Esse fenômeno é denominado de ativismo judicial.

Muitos debates ocorrem acerca do ativismo judicial na ordem jurídica brasileira. Nessa perspectiva, a partir da previsão legal dos precedentes judiciais no CPC, pensa-se nesse instituto como uma alternativa para o controle dessa prática ativista. Nada obstante, verifica-se que se faz necessária a análise da sistematização dos precedentes, a fim de buscar sua melhor aplicação e aptidão para ser uma alternativa de controle do ativismo judicial no sistema jurídico brasileiro.

Logo, são extremamente importantes os estudos dessas matérias, tendo em vista a preocupação que os operadores do direito em relação à atuação do Poder Judiciário na tutela de direitos. Nessa perspectiva, por se tratar de um instituto novo no direito brasileiro, deve-se verificar a aplicação e formação dos precedentes judiciais, a fim de ter uma boa compreensão sobre sua aplicabilidade, com o objetivo principal de contribuir para o sistema jurídico brasileiro.

É fundamental que os operadores do direito dediquem seus estudos à compreensão e ao aprimoramento desses institutos para garantir a efetividade pretendida pelo CPC, bem como para se certificarem de que os precedentes judiciais formados adequadamente podem contribuir para a melhora da Justiça e para a diminuição do poder discricionário dos juízes e tribunais. Nesse sentido, é de grande importância que juízes, desembargadores e ministros saibam utilizar adequadamente os precedentes, tendo o conhecimento necessário para formá-los e aplicá-los nas demandas da sociedade. Portanto, pretende-se enfrentar o seguinte problema: o uso dos precedentes judiciais inseridos no CPC brasileiro contribui para o controle ou para o aumento do ativismo judicial?

A premissa principal da dissertação é demonstrar como o sistema de precedentes judiciais, inserido no artigo 927 do CPC, consegue contribuir para uma melhora da tutela jurisdicional. Busca-se apresentar, com base numa interpretação sistemática do CPC, se o modelo proposto de precedentes judiciais atende aos requisitos de uma Corte Suprema, cujo objetivo é trazer uma maior previsibilidade ao direito e fortalecer princípios constitucionais como a segurança jurídica, a igualdade e a liberdade.

Atendido o requisito de um modelo de Corte de precedentes no direito brasileiro, pode-se pensar em uma dupla dimensão da tutela de direitos, quais sejam: a do caso concreto e da unidade do direito. Nesse sentido, há a possibilidade de o ativismo judicial ser controlado pelo sistema de precedente judicial.

Os objetivos específicos do trabalho, por sua vez, são: (a) demonstrar a ascensão do Poder Judiciário nas democracias ocidentais; (b) apresentar o fenômeno da judicialização da

política e estabelecer um conceito de ativismo judicial no direito brasileiro; (c) apresentar o conceito dos precedentes judiciais, sua formação, aplicação, origem, diferença entre os sistemas, como chegou ao Brasil e estabelecer um parâmetro a respeito de como o CPC prevê esse instituto em relação ao precedente genuíno da *common law*; (d) explicar o modelo de Cortes Superiores e Cortes Suprema, bem como estabelecer qual modelo melhor se adequa aos Tribunais Superiores Brasileiros e (e) verificar se os precedentes judiciais podem ser utilizados ou não como uma forma de controle do ativismo judicial no direito brasileiro.

Para atender aos objetivos anteriormente referidos e enfrentar o problema da pesquisa, isto é, analisar se os precedentes judiciais têm a possibilidade de controlar o ativismo judicial no sistema jurídico brasileiro, a pesquisa estruturou-se em três partes. Cada parte representa um objetivo específico para a análise final.

Na primeira parte é analisada a ascensão do Poder Judiciário nas democracias ocidentais, a fim de demonstrar como se modificou a atuação das Cortes, bem como a passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito, cujo escopo é trazer elementos para melhor elucidar o fenômeno da judicialização da política. Além disso, é abordado o controle de constitucionalidade norte-americano, suas formas de interpretação para situar o estágio atual do constitucionalismo do direito brasileiro. Por fim, é também apresentada a divergência doutrinária acerca do ativismo judicial, com o objetivo de definir um conceito teórico para a presente dissertação.

Na segunda parte, é estudada a diferença entre o sistema da *civil law* e da *common law*, com o objetivo de demonstrar sua aproximação na ordem jurídica brasileira. Em seguida, é abordado o estudo do sistema de precedentes judiciais, tendo como base os conceitos e premissas do precedente genuíno da *common law*, com o intuito de realizar uma interpretação sistemática dos artigos do CPC, para, ao final, verificar se esses cumprem os requisitos de um modelo de Cortes Supremas.

Por fim, na terceira parte, é investigado o modelo de Cortes Supremas e Cortes Superiores, para definir qual melhor atende os requisitos para a aplicação de precedentes judiciais e a efetivação dos princípios constitucionais da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade. Nesse capítulo, é verificado o cerne do problema sobre o qual trata o presente trabalho: se o modelo atual de precedentes judiciais, inserido no CPC, pode ser considerado como uma forma de controlar o ativismo judicial no direito brasileiro.

Para cumprir com os objetivos propostos, é adotado o método de abordagem hipotético-dedutivo. Nesse sentido, a partir da hipótese apresentada inicialmente, a pesquisa

tem como premissa validar os argumentos apresentados e o tema objeto do trabalho de forma geral para particular.

O método de procedimento adotado é o monográfico e comparativo, de modo a permitir considerar as características peculiares de cada um dos institutos e dos ramos do Direito apresentados na pesquisa, para viabilizar pontos em comum e sustentar a hipótese a ser defendida. As técnicas de pesquisa que são empregadas consistem em revisão bibliográfica, documental e legal, bem como pesquisa doutrinária e jurisprudencial, com o objetivo de analisar decisões recentes sobre o assunto. Por fim, como se acredita na pertinência do estudo do tema, tendo em vista a grande importância que possui na sociedade brasileira, espera-se que a presente pesquisa possa contribuir para o desenvolvimento desses temas no direito brasileiro.

2 O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

A presente dissertação propõe alguns objetivos para a solução do problema proposto. Assim, este capítulo busca apresentar, em uma perspectiva comparada, a ascensão do papel do Poder Judiciário, o fenômeno da judicialização da política e, por fim, o ativismo judicial. Essas são as principais ideias a serem exploradas para cumprir o objetivo desta parte, qual seja, apresentar um conceito coeso e objetivo acerca do ativismo judicial.

2.1 O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Fim da 2ª Guerra Mundial. Democracias fragilizadas. Ascensão do Estado Democrático de Direito. Disseminação do Controle Judicial de Constitucionalidade² pelo mundo. Todas essas frases indicam características importantes da ascensão do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas. Nesse sentido, é necessário percorrer a história da Europa Ocidental a fim de ilustrar todo esse movimento, iniciado a partir da 2ª Guerra Mundial: a passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Democrático de Direito. Pretende-se analisar, assim, o fortalecimento das Constituições nas Democracias, explicando a origem desse fenômeno na Europa para compreender como ocorreu no contexto brasileiro.

2.1.1 O papel do Poder Judiciário nas democracias constitucionais

² O conceito apresentado de Controle Judicial de Constitucionalidade tem como parâmetro a experiência norte-americana, cujo objetivo é o controle formal e material da lei realizado por um Tribunal Constitucional.

Após o final da 2ª Guerra Mundial, mais especificamente com a queda do muro de Berlim, houve uma disseminação do Controle Judicial de Constitucionalidade pela Europa Oriental e pelos demais continentes³ (BEATTY, 2014). Inicialmente, a ideia que desencadeou essa expansão do Constitucionalismo nos países adveio dos resquícios das guerras na Europa, para frear os excessos e abusos dos modelos de democracia majoritária, nos quais o Poder Legislativo era absoluto. O objetivo era fazer os políticos justificarem seu comportamento perante os tribunais.

No final do século XX, as Democracias Constitucionais – que já haviam criado raízes em todos os continentes –, aderiram à teoria política dos Estados Unidos⁴, pioneiros em relação à ideia de Controle Judicial de Constitucionalidade e de aplicação dos direitos humanos. (MOTTA; TASSINARI, 2018).

Vislumbra-se, tanto no cenário da Europa Continental como do Brasil, que houve esse fenômeno de passagem dos Estados Legislativos de Direito para os Estados Constitucionais de Direito, em que a Constituição passa a valer como a norma jurídica central, a qual disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, além de estabelecer limites para o conteúdo destes. Se nos Estados Unidos o ponto referencial do Poder Judiciário foi a instituição do controle de constitucionalidade por meio do julgamento *Marbury vs. Madison*, na Europa, após o final da 2ª Guerra Mundial, houve a criação de Tribunais Constitucionais, bem como o aparecimento de constituições, as quais seriam um norte sobre os direitos fundamentais desses países.

O processo democrático de decisão substituiu quase por completo a autoridade divina do clero e dos reis: se antes a fonte dos direitos era a vontade do soberano, ou seja, a vontade do monarca, houve então o reconhecimento da soberania do povo e a criação de formas democráticas de governo (BEATTY, 2014). Assim, os juízes⁵ receberam o poder de controlar o modo pelo qual os dois poderes de governo eleitos exerceriam a autoridade coercitiva do Estado, de modo que passaria a ser alçada do Poder Judiciário determinar se os políticos e demais autoridades ultrapassaram o seu limite.

As constituições tinham apenas uma função macroestrutural e procedimental no sistema jurídico, de modo que estabeleciam o processo de formação das leis. Em relação à

³ A maioria das experiências constitucionais posteriores à Segunda Grande Guerra adotou alguma espécie de sistema de Controle Judicial de Constitucionalidade das leis, como ocorreu na República Federal da Alemanha e na Itália imediatamente ao pós-guerra. São exemplos disso: na década de 1970, na Península Ibérica; na década de 1980, na América Latina; na década de 1990, no Leste Europeu e na África do Sul (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2013).

⁴ O Controle Judicial de Constitucionalidade dos Estados Unidos é abordado com detalhes no subcapítulo 2.2.1.

⁵ Para mais detalhes, ver o trabalho de Herbert Hart, *O Conceito de Direito*.

criação do Direito, o conjunto de regras de conduta dirigidas às pessoas era competência do órgão de representação popular⁶; ou seja, as constituições intervinham timidamente no conteúdo do Direito através de um catálogo de direitos individuais, os quais não tinham uma função de fonte positiva do Direitos, mas sim uma função negativa de limite à ação do Estado (MELLO, 2004).

Salienta-se que a ideia de proteção de determinada ordem suprema, que é a base de todo o sistema de Justiça Constitucional, nasceu muito antes do surgimento das próprias Constituições. Exemplo disso é a escola jusnaturalista, que, desde a sua vertente mais primitiva, já consagrava determinados direitos (direitos naturais) enquanto irrenunciáveis, de modo que o governo deveria obedecê-los (GOZAÍNI, 2006).

O período após a 2ª Guerra Mundial foi considerado como o principal marco para os sistemas jurídicos no mundo inteiro, uma vez que, diante de todos os prejuízos e danos sofridos no período, havia a necessidade de romper⁷ com toda a estrutura legislativa que atribuía legitimidade através do argumento de obediência a um formalismo rigoroso⁸ (FERRAJOLI, 2007). Ele representa um marco para composição de uma nova ordem social, política e jurídica:

⁶ Na Europa continental do final do século XVIII, o princípio da separação dos poderes foi compreendido, como limitação dos poderes do rei e do juizes em favor do parlamento. Na França, os juizes eram vistos com desconfiança, de modo que o parlamento tinha uma função soberana e, por consequência, como órgão não suscetível a limitações e controle da parte de sujeito sem legitimidade democrática (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2013).

⁷ Nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge a cultura jurídica pós-positivista. Se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento (BARROSO, 2015).

⁸ Sobre o positivismo legalista do final do século XVIII, “a principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será [...] a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código)” (STRECK, 2010, p. 161). “Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito (axiomas do século XIX) devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso, que representaria as hipóteses — extremamente excepcionais — de inadequação dos casos às hipóteses legislativas” (STRECK, 2013a). “Num segundo momento, aparecem propostas de aperfeiçoamento desse “rigor” lógico do trabalho científico proposto pelo positivismo. É esse segundo momento que podemos chamar de *positivismo normativista*. Aqui, há uma modificação significativa com relação ao modo de trabalhar e aos pontos de partida do “positivo”, do “fato”” (STRECK, 2010, p. 162, grifo original). “O único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito somente poderia ser realizada a partir de uma terapia lógica – da ordem do *a priori* – que garantisse que o Direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso. Esse campo seria o lugar da Teoria do Direito ou, em termos kelsenianos, da Ciência do Direito. E isso possui uma relação direta com os resultados das pesquisas levadas a cabo pelo Círculo de Viena. Esse ponto é fundamental para podermos compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX. Sendo mais claro: falo desse positivismo normativista, não de um exegetismo que, como pôde ser demonstrado, já havia dado sinais de exaustão no início do século passado” (STRECK, 2010, p. 162). “Por isso, as teorias positivistas do direito entendiam ser papel da ciência do direito apenas descrever o direito tal qual posto pelo Estado, e não justificar normas, operação que não seria passível de racionalização metodológica. É por isso que, por exemplo, para Kelsen, não caberia à ciência do direito dizer qual a melhor interpretação dentre as que são facultadas por determinado texto normativo” (BARROSO, 2015, p. 30). Sobre a questão, ver a obra de Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*.

o pós-guerra foi um período de instituição de um novo paradigma para o próprio direito, definindo novos papéis para os textos constitucionais e estabelecendo normatividade aos direitos fundamentais, juntamente com a estruturação de uma jurisdição constitucional que poderia agir de forma contramajoritária (ABBOUD, 2019).

O sistema de controle de constitucionalidade europeu era pautado na ideia da existência de um Tribunal Constitucional encarregado de examinar a (in) compatibilidade da norma jurídica em abstrato com a ordem constitucional por meio de operações lógicas. Suprimia o risco do governo dos juízes ao privá-los do poder de controlar a constitucionalidade das normas editadas pelo parlamento. Assim, negava-se⁹ aos juízes a possibilidade de anular a lei por intermédio de sua falta de aplicação ao caso concreto, sob o argumento de que a anulação deveria ter a generalidade da elaboração de uma lei, de modo que o Tribunal Constitucional se convertia em um órgão do legislativo (um legislador negativo), atuando de maneira colaborativa para com esse ao reafirmar a sujeição dos juízes à legislação vigente.

Verifica-se, portanto, que o modelo neojuspositivista do Estado constitucional de Direito produzido, após a 2ª Guerra Mundial, apresenta constituições rígidas como normas de reconhecimento do direito válido, bem como o controle jurisdicional de constitucionalidade sobre as leis ordinárias (FERRAJOLI, 2003). Percebe-se o surgimento do constitucionalismo democrático, em que não apenas se modificou a forma e a estrutura na organização política e jurídica, mas, principalmente, apresentou um novo modelo de conceber o fenômeno jurídico, através do reconhecimento da força normativa da Constituição e da incorporação de novas garantias, novos direitos aos cidadãos, com a finalidade de protegê-los de qualquer abuso cometido tanto pelo estado quanto por qualquer outra pessoa (STRECK, 2011).

A essa efetivação da Constituição no ordenamento jurídico de diversos países sobreveio, destacadamente, uma proposta teórica do autor José Joaquim Gomes Canotilho, cujo nome ficou conhecido como “constitucionalismo dirigente”. Segundo ela, a função da Constituição seria adotar os valores e princípios socialmente relevantes e já estabelecidos e admitidos para, em seguida, retirá-los do âmbito de decisão popular, acarretando, dessa forma, uma valorização da Constituição como instrumento da conservação do Estado Democrático de Direito (CANOTILHO, 2003).

Com isso, Canotilho (2003, p. 1335) visou demonstrar o papel estratégico assumido

⁹ Havia a necessidade de superação desse modelo “kelseniano”, uma vez que limitava os juízes da interpretação do texto constitucional, como se apenas o Poder Legislativo fosse seu destinatário. De certa forma, o modelo europeu se pautava pelo oposto: uma cultura de desconfiança nos magistrados, porque vistos como autoritários, e confiáveis para o Legislativo (KELSEN, 2003).

pelas constituições, no sentido de afirmar a força atuante do direito constitucional: a Constituição passa a ser “um meio de direção social”. Esse modo de compreender o texto constitucional como algo centralizador dos atos realizados pelo Estado apresentou uma nova forma ao direito constitucional, pois, a partir desta concepção de uma maior força da Constituição, haveria uma busca pela concretização de suas promessas.

Nesse contexto, é de extrema relevância o período após a 2ª Guerra Mundial, na qual a Constituição adquire normatividade em sua plenitude. Ela deixa de somente contemplar o processo de fazimento das leis (processo legislativo) e passa a consagrar direitos fundamentais e uma verdadeira principiologia constitucional. A ideia de atribuição de determinada força normativa para a Constituição já havia sido conferida na ocasião do voto *Marbury vs. Madison* (ABBOUD, 2019). Todavia, a Constituição detentora de força normativa em sua plenitude, de cariz analítico, detalhando o rol de direitos fundamentais, é uma conquista que se consolida no pós-guerra. Na realidade, o mote da jurisdição constitucional não é outro senão o mote do constitucionalismo em si: o controle do poder. A jurisdição constitucional pode ser vista como o instrumento que o melhor potencializou.

O pós-guerra, portanto, modificou a teoria do direito, inserindo as Constituições como um norte para a sociedade. Em virtude do catálogo de direitos fundamentais previstos, foram criados, de igual maneira, Tribunais Constitucionais Europeus. Destaca-se, em especial, o alemão¹⁰ (*Bundesverfassungsgericht*), no qual se deu a primeira forma de incorporação dessa noção de constitucionalismo democrático.

Contextualiza-se que a situação peculiar de aprovação de uma Lei Fundamental vivenciada pela Alemanha impulsionou o papel do Tribunal Constitucional, cuja atuação estava direcionada a constitucionalizar a ordem jurídica, tendo como principal objetivo efetivar os interesses da população alemã. Em seu discurso de justificação, ele promove um efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre toda a ordem jurídica, de modo que se deve interpretar todos os ramos do Direito em conformidade com os princípios constitucionais que expressam esses direitos; ou seja, há uma clara constitucionalização do Direito (CAMPOS, 2014).

No caso alemão, a renovação jurídica do pós-guerra se aliou a uma vertente renovada da novecentista Jurisprudência dos Interesses, que acabou por responder ao nome de

¹⁰ A Lei Fundamental assumiu agora o “papel de Constituição da Alemanha unificada, muito embora tal processo tenha sido objeto de alguma controvérsia” (SARLET, 2019), “acabou exercendo um papel duplo e peculiar no processo de unificação alemã, pois tanto operou como marco regulatório de tal processo, quanto serviu de argumento político” (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2013, p. 820).

Jurisprudência da Valoração (OLIVEIRA; TRINDADE, 2016). Houve uma mudança da própria cultura jurídica alemã em oposição ao positivismo legalista e favorável a desenvolvimentos judiciais criativos e adequados à ideia do sistema de direitos fundamentais como ordem objetiva de valores. A razão dessa transformação cultural foi o regime nazista vivido pela Alemanha (LARENZ, 1994).

Os Tribunais Constitucionais ocuparam uma lacuna de legitimidade institucional, assumindo o papel de centralizar discussões sociais e políticas e a responsabilidade de representar e preservar os valores sociais mais elevados (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016). Ou seja, passaram a criar caminhos para ultrapassar a rigidez metodológica das demais disciplinas numa perspectiva de Constituição invasora. Isso tudo implicava na afirmação de um direito distinto da lei, de um direito que se forma a partir de elementos normativos constitutivos diferentes da legislação – o que é radicalmente novo desde a formação do direito moderno. Desse modo, a Jurisprudência da Valoração¹¹ pavimentou o terreno para a construção de um modelo de interpretação da Constituição que propiciava protagonismos para a Jurisdição Constitucional.

Portanto, as Constituições, em lugar de se limitarem apenas a garantir a restrição dos poderes e a utilização da lei para a promoção dos direitos, passaram a perseguir um objetivo primordial: assegurar a existência de alguns princípios constitucionais fundamentais. É a partir disso que as Constituições ganham novo perfil, na medida em que se prestam à busca dos instrumentos institucionais necessários para a preservação dos princípios fundamentais. (MENDES, 2014).

Em resumo, pode-se elencar quatro funções primordiais a serem realizadas pela jurisdição constitucional: limitar o Poder Público; garantir a existência das minorias e assegurar a proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e nos tratados internacionais; corrigir os equívocos e omissões do Poder Legislativo e conferir, em termos dogmáticos, coerência. Garante-se, assim, a preservação da própria autonomia do Direito pela jurisprudência advinda da jurisdição constitucional – desde que consistentemente fundamentada –, e, mais precisamente, da própria Constituição Federal (CF).

¹¹ No plano do Direito Constitucional comparado, o pós-2ª Guerra será marcado pela introdução e pelo desenvolvimento do Controle Judicial de Constitucionalidade das chamadas omissões legislativas e administrativas (como é o caso da Constituição da República Portuguesa de 1976, por inspiração da antiga Constituição Socialista da ex-Iugoslávia), das novas técnicas de controle, tais como as sentenças interpretativas e sentenças intermediárias (como no caso do Direito Constitucional alemão sob a Lei Fundamental de 1949 ou do Direito Constitucional italiano sob a Constituição de 1948, especialmente pela atuação de suas respectivas cortes constitucionais). Tudo isso sobre o pano de fundo da chamada Jurisprudência da Valoração ou Jurisprudência dos Valores (OLIVEIRA, 2015).

A partir da evolução do papel do Poder Judiciário, sobreveio uma mudança institucional nas democracias constitucionais, o que fica claro diante das alterações acima apresentadas. Diante desse cenário, é necessário verificar de que forma isso influenciou o sistema jurídico brasileiro, mais precisamente a partir da promulgação da CF, uma vez que, com base na perspectiva comparativa, diversas premissas foram utilizadas nas terras brasileiras.

2.1.2 Qual o estágio atual do constitucionalismo no Brasil?

Importante apresentar essa mudança de paradigma, que ocorreu nas democracias ocidentais, em relação ao contexto da democracia constitucional brasileira, tendo como marco a promulgação da CF de 1988, a qual inaugurou um Estado Democrático e Social de Direito (MOTTA, 2018). A partir desse marco, houve então um deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para a Justiça Constitucional, preponderando dois fatores: o aumento da demanda por direitos fundamentais e o decréscimo da liberdade de conformação do legislador, em favor da Justiça Constitucional.

Nessa perspectiva, há a necessidade de demonstrar o estágio do constitucionalismo no direito brasileiro, em virtude das mencionadas alterações que sobrevieram, a partir desse marco histórico. Ou seja, contextualiza-se que o Brasil saiu de um regime autoritário, anos antes da CF de 1988, razão pela qual reflexos surgiram diante do texto constitucional brasileiro.

A partir de um Estado Democrático de Direito, cuja etapa final é a construção de um modelo democrático que respeite os direitos fundamentais do cidadão, ao mesmo tempo em que constrói uma possibilidade de efetiva mudança da sociedade, ao pôr em prática esses direitos, existe grande discussão acerca do papel do Judiciário, mais precisamente, em relação a interpretação constitucional dos Tribunais Superiores (STRECK, 2013b).

Lenio Streck (2009) explica que, no Brasil, o Poder Judiciário deve adotar uma postura substancialista¹², de modo que defenda uma atuação mais efetiva da Justiça Constitucional. Ou seja, que assume mais visibilidade em face da inefetividade da Constituição e da omissão dos poderes legislativo e executivo na execução de políticas públicas, demandando a utilização de mecanismos como ações mandamentais e controle de constitucionalidade para a realização dos direitos nela previstos.

A democracia possui uma “dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça, [...] democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os

¹² Essa teoria é mais bem explorada, na presente dissertação, no tópico 2.2.2.

segmentos minoritários em geral, não estão desamparados” – dentro de um contexto de autogoverno, ninguém é deixado para trás. “Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política” (BARROSO, 2015, p. 2198-2199). Quem conserva essa condição é a Suprema Corte de um país, ou seja, o Supremo Tribunal Federal (STF), por ser um fórum de valores constitucionais¹³ e não de decisões políticas.

Nesse sentido, verifica-se o modelo substancialista no Brasil, o qual entende que a visão procedimentalista¹⁴ não garante a tarefa de integração e inclusão social do direito contemporâneo (STRECK, 2009, p. 31-32):

O modelo substancialista trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, possuindo suas normas um caráter diretivo. É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após a Segunda Guerra. Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que diz respeito à jurisdição constitucional.

Seria necessário entender a Constituição como algo substantivo, uma vez que possui direitos fundamentais e sociais que o texto da CF estabeleceu para a sua realização. Logo, no contexto brasileiro, a implementação de direitos constitucionais substantivos pela atuação do Poder Judiciário deve ter precedência em relação ao texto legislativo, ao contrário do que afirma a tese procedimentalista, a qual pode enfraquecer as tarefas de integração e inclusão social própria do Direito Contemporâneo (MOTTA, 2018).

Em síntese, as teorias substancialistas compreendem que o Poder Judiciário deve assumir uma postura intervencionista, uma vez que tal conduta não compreende como um enfraquecimento da democracia; pelo contrário: a apresentam como uma efetiva solução ao problema. Inclusive, as teses moralistas ou substancialistas dão ênfase a uma regra contramajoritária, ou seja, uma posição colocando “freios às vontades de maiorias eventuais”, e, em virtude disso, “reforçam a relação Constituição-democracia” em que “a implementação dos direitos fundamentais-sociais afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito”. (STRECK, 2009, p. 208).

Necessário pontuar que, desde o final da 2ª Guerra Mundial, tribunais constitucionais

¹³ Se, por um lado, essas mudanças paradigmáticas pressupõem o caráter de prestações positivas dos direitos fundamentais perante o Estado e a horizontalização desses direitos mediante a sua aplicação às relações jurídico-privadas, por outro lado colocam em questão não apenas a extensão, em face do Legislativo e da Administração Pública, dos poderes judiciais/jurisdicionais, mas também o sentido deles, especialmente no caso das cortes constitucionais, em que essas questões passam a ser explicitamente discutidas (OLIVEIRA, 2015).

¹⁴ Essa teoria é mais bem explorada, na presente dissertação, no tópico 2.2.2.

de diversas partes do mundo se tornaram protagonistas de discussões políticas ou morais em temas controvertidos, verificando-se um avanço da Justiça Constitucional. Em virtude desses fatos, o STF tem ocupado um espaço relevante no cenário político, tendo um papel central na judicialização da vida, devido à essa ascensão do Poder Judiciário. No Brasil, há uma proporção maior pelo fato de a CF cuidar de uma grande quantidade de temas, bem como ao elevado número de pessoas e entidades que podem propor ações perante o STF (BARROSO, 2009).

Nessa linha, o STF possui dois tipos de atuação: a contramajoritária (referida acima), e a representativa¹⁵. A atuação contramajoritária tem a função, em apertada síntese, de discutir a legitimidade democrática da invalidação de atos do Legislativo e do Executivo por órgão jurisdicional. Esse papel do Controle Judicial de Constitucionalidade se tornou aceito pelas democracias contemporâneas, tendo em vista que a legitimidade democrática está assentada com base em dois princípios: (a) a proteção aos direitos fundamentais; e (b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de proteção de participação política de todos, com objetivo de não oprimir as minorias (BARROSO, 2015).

Ou seja, a função contramajoritária do direito fundamental assegura, em última instância, a força normativa da Constituição e a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana. Do contrário, as posições minoritárias seriam perseguidas e, ao final, suprimidas. Assim, a

ideia dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria não é mera exigência política ou moral ou uma construção teórica artificial. Ela é também uma exigência do reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição a sério: por majoritários que sejam, os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental (ABBOUD, 2019, p. 134).

O papel contramajoritário, com isso, vem sendo desenvolvido com cuidado e atenção pela Corte Superior do Brasil. Quando não estão em jogo direitos fundamentais e pressupostos da democracia, a Corte Suprema assume um papel deferente, ou seja, para com a liberdade de conformação do legislador e a discricionariedade do administrador (BARROSO, 2015).

Enfim, a função contramajoritária do STF não se apresenta relevante apenas no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais do cidadão. O próprio sistema constitucional depende dessa atuação, uma vez que, frise-se novamente, nada é mais contramajoritário que o

¹⁵ O papel representativo exercido pelo STF não é alvo de investigação desse trabalho, todavia, conceitua-se como uma função de atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, bem como para integrar (completar) a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador (BARROSO, 2015).

próprio controle de constitucionalidade. Não se pode deixar de recordar que, durante o pós-guerra, o Ocidente constatou que nem todo conteúdo, por maior aprovação popular que tenha, pode ser considerado direito. Por consequência, a Jurisdição Constitucional se consolidou nas democracias constitucionais com o objetivo de assegurar a incolumidade do sistema constitucional como um todo, afinal, é sempre importante ter em vista que a democracia é algo valioso, tão valioso que é necessário que seja protegida dela mesma (ABBOUD, 2019).

A concepção de que a Jurisdição Constitucional assegura a proteção das minorias e dos direitos fundamentais tornou praticamente uníssono o entendimento de que, atualmente, o processo constitucional pode ser definido como o subsistema processual responsável por assegurar a solução dos conflitos jurídicos de ordem constitucional do Estado, bem como o lugar para a proteção e implantação dos direitos fundamentais (ABBOUD, 2019). A consolidação da jurisdição constitucional e a consequente proteção dos direitos fundamentais e limitação do Poder Público são elementos da própria evolução do constitucionalismo no ocidente. Consequentemente, possuem sua evolução intrinsecamente relacionada.

Assim, há no sistema jurídico brasileiro a passagem para o Estado Constitucional de Direito a partir da CF, em que essa começa a valer como a norma jurídica central. Após, passa-se para um estágio de centralidade da Constituição, ocorrendo a chamada supremacia judicial (MOTTA; TASSINARI, 2018). A passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico deu lugar ao fenômeno da constitucionalização do Direito, que consiste no papel do Poder Judiciário de fazer uma leitura do direito infraconstitucional à luz dos princípios, mandamentos e fins previstos na Constituição, realizando um Controle Judicial de Constitucionalidade (BARROSO, 2015).

Nesse sentido, o substancialismo busca a efetivação dos direitos fundamentais, em sede de controle de constitucionalidade, sendo essa postura a mais aplicada pela Corte Suprema do Brasil. Ela preserva o texto da Constituição, dando uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário no âmbito da proteção dos direitos fundamentais diante da omissão das vias legislativas e executivas.

Portanto, pode-se dizer que o STF possui legitimidade, em sede de controle de constitucionalidade, para dar a última palavra sem que haja uma ofensa à Democracia, com o intuito efetivar os direitos fundamentais – ou seja, proteger as minorias em detrimento das decisões tomadas na via legislativa e executiva., cuja função é um reflexo da promulgação da Constituição Federal e da ascensão do Poder Judiciário.

2.1.3 Judicialização da política

Os textos constitucionais, decorrentes do segundo pós-guerra, modificaram completamente o sentido de constitucionalismo no mundo todo. Ao agregarem direitos sociais e determinarem objetivos ao Estado, aumentaram a densidade normativa das constituições. Essas passaram a serem concebidas não apenas como um elemento organizacional, mas também como algo que influi diretamente na política governamental, a partir de uma noção de irradiação constitucional pelo sistema jurídico.

Essa é uma característica marcante das constituições, razão pela qual tais estratégias jurídicas possibilitaram mudanças significativas através de duas frentes, mais especificamente: por um lado, ampliou-se o catálogo de direitos aos cidadãos (com o fito de se criar uma política de bem-estar); por outro, assentou-se o dever de cumprir de modo imediato esse programa constitucional (objetivando torná-lo efetivo) (BARROSO, 2006). O Poder Judiciário assume assim um papel de controlar a constitucionalidade das leis, de modo que houve, com o protagonismo judicial, um fortalecimento das instituições democráticas e dos direitos fundamentais.

Entretanto, diante de uma Constituição abrangente, problemas como a judicialização¹⁶ das relações sociais no país sobrevieram. E não se pode discordar da leitura do fenômeno da judicialização da política como produto das transformações ocorridas no Direito com o advento de um novo texto constitucional. Em outras palavras, é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito é justamente o deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário.

Nesse sentido, a constitucionalização do direito após a 2ª Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram fortemente para a concretização do fenômeno da judicialização do sistema político, inclusive o brasileiro. Tais acontecimentos provocaram uma maior influência do Estado na sociedade, abrindo espaço para a jurisdição, que veio para suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços estatais. Desse modo, o Judiciário passou a exercer um papel determinante na definição de certos padrões a serem respeitados (CAMPOS, 2014).

O protagonismo do Poder Judiciário fica clarividente, uma vez que se ampliou, após a

¹⁶ A sociedade se apresenta imersa em uma ampla litigiosidade como modo de resgatar e exigir o compromisso pressuposto pelo Estado Democrático de Direito. Assim, os cidadãos assumem uma postura direcionada ao conflito, à reivindicação de direitos pela via do litígio judicial, que passa a ser o palco da resolução de grande parte das contendas políticas. Em apenso a esse tema, não se pode deixar de anotar que é pelos regimes democráticos que se acentua a conflituosidade social, porque neles o poder é distribuído de forma mais ampla (difusa) (BARGOS; CARVALHO; MELO; VIANNA, 1999).

Constituição de 1988, o rol de direitos ali consagrados e a necessidade de implementá-los, sendo melhor instrumentalizado após a Emenda Constitucional n. 45, especialmente no que se refere às questões políticas (aborto, união civil, porte de armas, etc.) e à implementação de políticas públicas, tradicionalmente discutidas nas esferas do legislativo e do executivo (BARBOSA; ROCHA, 2015). Esse protagonismo é favorecido pelo que se denomina judicialização da política, processo por meio do qual o Poder Judiciário passou a se ocupar da tarefa de promover a realização dos valores positivados nos princípios constitucionais e que tem resultado em processos interpretativos cada vez mais amplos – via de regra, uma interpretação crescentemente mais aberta da Constituição.

Clarissa Tassinari (2013) sustenta que houve uma grande importância do Poder Judiciário no processo de redemocratização do país, com o objetivo de haver uma inclusão social e visando a consolidar um Estado. Agregar direitos sociais e determinar objetivos ao Estado aumentou a densidade normativa das Constituições, ensejando um ambiente de maior procura do Judiciário.

Essas transformações resultaram em algumas características, como o caráter de litigiosidade e a massificação da sociedade, que desaguam na judicialização política (TASSINARI, 2013). Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2015) afirma que a judicialização da política é fenômeno típico dos Estados sociais no pós-guerra, em função da profunda redefinição paradigmática do princípio da separação dos poderes, com impacto sobre o controle judicial de políticas públicas no sentido da garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como sobre o Controle Judicial de Constitucionalidade.

Nesse sentido, o caráter de litigiosidade¹⁷ está diretamente vinculado ao maior reconhecimento de direitos pelos cidadãos e pela ineficiência do Estado em implementá-los, o que ocasiona, portanto, aumento de litigiosidade — característica da sociedade de massa (TASSINARI, 2013). Conforme bem apontado por Wurmbauer Júnior (2015) os direitos repetitivos retratam a realidade e os litígios próprios de uma sociedade de massa, marcada pela intensificação de demandas, na qual, muitas vezes, os sujeitos movem processos judiciais distintos para tratar sobre os mesmos assuntos e defendem as mesmas teses de direito em

¹⁷ Medidas como a gratuidade e a criação de juizados especiais também contribuíram para a facilitação de acesso à justiça, o que é algo extremamente benéfico e importante para uma sociedade democrática, mas que exige adequação, por parte do judiciário, para que se tenha condições de processar e julgar os litígios a ele levados. Para demonstrar a magnitude do número de conflitos levados ao judiciário, cumpre referir os resultados auferidos pelo Conselho Nacional de Justiça no relatório de Justiça em Números (2020, p. 5). Constatou-se que “o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, que aguardavam uma solução definitiva”. Além disso, o relatório evidenciou que, naquele ano, a cada grupo de 100 mil habitantes brasileiros, aproximadamente 12.200 ingressaram com algum tipo de ação judicial.

desfavor das mesmas partes, com praticamente os mesmos pedidos e causas de pedir¹⁸.

Diante desse cenário, sobreveio um movimento cujo objetivo era harmonização do processo civil com o Estado de bem-estar, da qual resultou uma enorme intervenção do juiz, visando a uma alegada aplicação social e política do direito. Sobre o tema, apresenta-se a teoria instrumentalista¹⁹ do processo, por Cândido Rangel Dinamarco, no qual a apresenta com maior força. Essa tinha como escopo uma maior pacificação social, com o objetivo de evitar ou eliminar conflito entre pessoas, sendo o Estado o responsável pelo bem-estar da sociedade. Isso se daria por meio do processo, ou seja, da jurisdição (CINTRA; DINARMARCO; GRINOVER, 2011).

A principal obra, do referido autor, é a “instrumentalidade do processo”, na qual sua primeira edição foi em 1987, razão pela qual, sustenta que “ao Estado social contemporâneo repugna a inércia do juiz espectador e conformado; o juiz há de ter a consciência da função que, como agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade (DINAMARCO, 2009b, p. 184).

Sob outra ótica, Barroso explica o fenômeno da judicialização, em relação a atuação do STF (BARROSO, 2009, p. 21-23):

A ascensão do Judiciário deu lugar a uma crescente judicialização da vida e a alguns momentos de ativismo judicial. Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais. Há causas diversas para o fenômeno. A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões

¹⁸ Cabe ao Poder Judiciário solucionar as lides presentes na sociedade, o que não é uma tarefa simples, tendo em vista a complexidade das causas e a quantidade de processos. Com o objetivo de conferir celeridade e eficiência ao sistema processual, o legislador consagrou, no CPC de 2015, filtros para conter a litigiosidade exacerbada que afeta o judiciário, utilizando-se de métodos alternativos para resolução de conflitos, em especial de maneira coletiva, criando técnicas para resolução das demandas que são as principais responsáveis pelo congestionamento do Poder Judiciário. Nesse viés, insere-se o incidente de resolução de demanda repetitiva e o incidente de assunção de competência.

¹⁹ Fala-se, ainda, na instrumentalidade do processo no aspecto positivo e negativo. O primeiro alerta para a sua necessária efetividade, ou seja, para a necessidade de um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à “ordem jurídica justa”. Já o segundo aduz que a própria “instrumentalidade do processo” não é um fim em si mesmo, ou seja, não pode superar ou contrariar os desígnios do direito material, combatendo-se o formalismo exacerbado. Cintra, Dinamarco e Grinover (2011) expõem que o juiz, inserido que é nas estruturas estatais do exercício do poder, seria o legítimo canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico. A decisão/interpretação, sob tal ótica, seria fruto das opções axiológicas predominantes da nação, conforme percebidas pelo magistrado. Ou seja, o juiz seria o intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um dos valores predominantes na sociedade, um agente privilegiado que, inserido na trama social, estaria apto a captar os anseios sociais dominantes – as escolhas axiológicas da sociedade – construindo as suas decisões/interpretações com base nos valores majoritários por ele receptados. Francisco José Borges Motta (2012), por sua vez, apresenta uma crítica a essas posturas teóricas que defendem o protagonismo judicial no processo, demonstrando a necessidade de se concretizar um efetivo direito ao contraditório.

controvertidas, como aborto e direitos dos homossexuais. No Brasil, o fenômeno assume uma proporção maior em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização. A esse contexto ainda se soma o número elevado de pessoas e entidades que podem propor ações diretas perante o STF.

A judicialização da política no Brasil é um fato que se explica pela combinação de fatores como a redemocratização, um constitucionalismo abrangente e o sistema híbrido de controle jurisdicional de constitucionalidade de leis e atos normativos. Ou seja, trata-se do produto das transformações que passou o Direito, em virtude do neoconstitucionalismo, que defere a centralidade ao Poder Judiciário, possibilitando um maior número de demandas a desaguar nesse (MOTTA; TASSINARI, 2018). Ainda nessa mesma esteira, o Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes (2014) afirma que grande parte do motivo da judicialização está também no fato de a Constituição adotar um modelo generoso de controle de constitucionalidade, por ter como referência os modelos europeu e norte-americano: um modelo concentrado e difuso de constitucionalidade, atribuindo grande atuação ao judiciário no que diz respeito à validade normativa.

É nesse cenário jurídico de excesso de litigiosidade que o fenômeno da judicialização da política emerge no ordenamento jurídico brasileiro. O que se constata é que a vocação expansionista do princípio democrático tem implicado em uma crescente institucionalização da vida social, com o Direito invadindo espaços até a pouco acessíveis a ele, como certas dimensões da vida privada. E o Judiciário não pode deixar de julgar casos em que é chamado a decidir; portanto, a judicialização da política faz parte do rearranjo institucional que a democracia exige para que os direitos sejam respeitados. Mas, apesar de o julgamento do Judiciário ser necessário, esse não pode substituir a arena pública de deliberação e formação da vontade pública institucionalizada (BONFIM; OLIVERA DE SÁ, 2015).

Neste contexto, com o alargamento da noção de acesso à justiça, é possível dizer inclusive que leituras equivocadas acerca de seu sentido, compreendido como eficiência judicial, acabaram criando um imaginário que reforçou ainda mais o papel do Judiciário como instituição hábil a resolver todos os problemas da sociedade (CAMPOS, 2014). Certo é que os poderes da União estão em constante ajuste institucional, na medida em que as demandas políticas emergirem na realidade institucional.

A própria Constituição trata de realizar esses limites institucionais – assim, não há que se falar em intervenção funcional de um Poder sob o outro. São especializações que a própria Constituição estabelece para as devidas funções dos seus Poderes. Assim, a judicialização não

pode ser interpretada como fenômeno prejudicial à democracia constitucional (BONFIM; OLIVERA DE SÁ, 2015).

Retomando, pode-se dizer que a judicialização se apresenta como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário: ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passando pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguando no aumento da litigiosidade que é característica de uma sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas sim de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.

2.2 ATIVISMO JUDICIAL: A ORIGEM NORTE-AMERICANA

Neste segundo subcapítulo, busca-se analisar o contexto norte-americano, mais precisamente, a respeito do ativismo judicial. O objetivo é trazer elementos para explicar sua origem e evolução no direito comparado. Ademais, como o Estados Unidos é tratado como o berço do ativismo judicial, justifica-se a necessidade de verificar sua particularidade não apenas conceitual, bem como dos casos concretos.

2.2.1 Controle de constitucionalidade da lei no sistema norte-americano

O fato histórico que desencadeou mudanças no papel do Poder Judiciário norte-americano, foi o célebre caso *Marbury vs. Madison*. A decisão proferida no referido caso concretizou mudanças profundas no constitucionalismo.

Essa decisão influenciou, de grande forma, o contexto da Constituição na sociedade norte-americana, em virtude da insistência em conceber a Constituição como texto fundamental, mas sem considerá-la como vinculante em relação ao seu Poder Legislativo. Havia ainda uma falta de confiança dos cidadãos no Poder Judiciário, tendo em vista a complexidade do sistema da *common law*.

Após o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, essa situação se modificou, pois autorizou um órgão do poder judicial a anular atos de instituições que possuíam representatividade política perante a população (BIGLIAZZI; PAIXÃO, 2011). A Suprema

Corte norte-americana reconheceu, pela primeira vez, sua competência para declarar inválidos atos legislativos contrários à Constituição²⁰.

Marbury vs. Madison não é apenas a origem histórica da Justiça Constitucional e do controle de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos, mas também institucionalizou um princípio político-jurídico. Foi possivelmente a primeira afirmação, no plano das instituições políticas do Estados, feita na primeira democracia constitucional que o mundo conheceu, estabelecendo um paradoxo entre constitucionalismo e governo democrático (MELLO, 2004).

A partir dela, fica institucionalizada a influência direta que a Constituição escrita impõe ao processo democrático, uma vez que revolucionou a própria classificação das fontes do direito. A lei deixava de constituir a fonte das fontes, passando a ser somente uma dentre as fontes do direito previstas e disciplinadas (ABBOUD, 2019).

Entretanto, existem discussões se de fato foi o referido caso que inaugurou o *judicial review*, apesar de não se negar sua grande contribuição para o direito norte-americano (BALL, 2005; WOLFE, 1994). Essas dúvidas existem em virtude de um caso paradigmático no direito inglês, cuja decisão influenciou o poder de controle de constitucionalidade das leis: o caso *Bonham*²¹, que figura entre os mais importantes em que atuou Sir Edward Coke.

Esse caso é considerado o antecedente mais importante para a formação da técnica da *judicial review* consagrada no caso *Marbury vs. Madison*. Contudo, ainda que a interpretação exata do caso *Bonham* tenha sido alvo de discussões, é inegável que, tanto para a Inglaterra quanto para os Estados Unidos, ele constitui o início do desenvolvimento da máxima que admite a revisão da lei pelo Poder Judiciário, qual seja, o próprio controle de constitucionalidade das leis (TREANOR, 2005).

Apesar de a discussão acerca da origem da *judicial review* ser controvertida na doutrina, os Estados Unidos têm produzido um debate doutrinário riquíssimo acerca da democracia constitucional, bem como da posição a ser ocupada pelo Judiciário nesse regime. Nesse sentido, a decisão proferida no julgamento *Marbury vs. Madison* justamente estabelecia limites ao agir governamental a partir do que estava previsto no texto constitucional, uma vez que colocou o Poder Judiciário como um dos subordinados à Constituição, bem como garantiu a supremacia dessa.

²⁰ O caso é mais bem delineado no próximo tópico da presente dissertação – neste, é apenas tratado como um marco histórico importante da história do Controle Judicial de Constitucionalidade dos Estados Unidos. O voto representativo da decisão do tribunal foi redigido pelo *Chef Justice Marshal*: “Se, então, os tribunais devem observar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do Legislativo, então é a Constituição, e não o ato ordinário, que deve reger o caso ao qual ambos se aplicam” (ESTADOS UNIDOS, 1803, tradução livre).

²¹ Para mais detalhes, ver o trabalho de Mary Sarah Bilder, *The corporate origins of judicial review*.

No entanto, havia questionamentos acerca da legitimação do exercício de um controle de constitucionalidade pelas Cortes. Em termos simples, há uma tensão entre defensores da *judicial review* e seus opositores defensores de irrenunciável *self-restraint*. James Bradley Thayer (1893) foi uma das primeiras vozes enfaticamente contrárias à realização da *judicial review*, razão pela qual sistematizou seu posicionamento favorável ao *self-restraint*, de modo que possui um dos artigos mais influentes da doutrina americana no que diz respeito aos limites da *judicial review*.

A crítica mais moderna da *judicial review* é realizada por Larry D. Kramer (2011), o qual sustenta que a sua defesa intransigente tem estabelecido uma visão elitista em favor dos poderes da Suprema Corte. Para o constitucionalismo popular, o verdadeiro intérprete da Constituição é o povo, e não a Suprema Corte - assim, o atual exercício da *judicial review* seria consideravelmente diferente daquele pensado pelos *Founding Fathers*²².

Assim, somente as partes do próprio caso concreto é que deveriam se submeter às decisões dos Tribunais. Contrariaria a vontade dos *Founding Fathers* que o sentido da Constituição fosse determinado de forma elitista por provocação de advogados e decisões dos Tribunais. Desse modo, as decisões da Suprema Corte deveriam ser submetidas a alguma avaliação popular, sob pena de desvirtuamento do regime democrático em prol de uma não democrática supremacia judicial (BIGLIAZZI; PAIXÃO, 2011).

Mark Tushnet e Jeremy Waldron, também realizaram críticas a respeito do *judicial review*, mas por outros motivos. O primeiro sustenta que a Constituição dos Estados Unidos não incluiu em seu texto dispositivo claro pela admissão da *judicial review*, de modo que o problema a respeito de como estruturar o controle de constitucionalidade no contexto norte-americano (TUSHNET, 2008).

Afirma o autor que o sistema de controle de constitucionalidade tem um problema de arranjo institucional, o qual ainda não foi totalmente resolvido pelo texto constitucional. O constitucionalismo obriga que uma nação esteja de acordo com a proposição de que as pessoas deveriam determinar as políticas sob as quais vivem, através de alguma forma de governança democrática. Ou seja, é a sociedade e não a visão elitizada²³ do Judiciário que deveria

²² Os Pais Fundadores dos Estados Unidos são os líderes políticos que assinaram a Declaração de Independência ou participaram da Revolução Americana como líderes dos Patriotas, ou que participaram da redação da Constituição dos Estados Unidos onze anos mais tarde.

²³ É nesse sentido que Tushnet (2000) ressalta a importância de resgatar um direito constitucional popular, afirmado em contraposição a um direito constitucional formado pelos posicionamentos das Cortes. Isso porque o contexto estadunidense é marcado por uma interpretação constitucional do Judiciário que possui um cunho elitista, que afasta a Constituição da soberania popular. Nessa linha, aproximar o texto constitucional do povo significa buscar a recuperação de um espaço para uma ampla discussão sobre as principais questões políticas da contemporaneidade.

normatizar as relações das pessoas. Por outro lado, o constitucionalismo requer também que existam alguns limites para as escolhas políticas que as pessoas²⁴ podem tomar democraticamente, limites esses registrados na Constituição (TUSHNET, 2008).

Diante desse embate, há duas formas de controle da legislação: a primeira postula a supremacia do Legislativo e a segunda o controle de constitucionalidade via *judicial review*. A possibilidade de juízes reforçarem os limites constitucionais poderia se configurar como ameaça à autodeterminação, sendo a *judicial review* à medida que preponderou na primeira metade do século XX.

Contudo, o embate persiste, na medida em que o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade insiste que a interpretação constitucional razoável da corte prevalece sobre a interpretação razoável do legislador (TUSHNET, 2008). Dessa forma, a Suprema Corte estaria adotando um controle de constitucionalidade de caráter forte, que ocorre quando as interpretações dadas pela Corte são finais e não passíveis de revisão.

Nessa situação, mesmo que a interpretação da corte fosse razoável, as pessoas não teriam possibilidade de recurso se considerassem essa interpretação errônea. Nesse sentido, Tushnet (2008) sugere a possibilidade de um controle de constitucionalidade de forma fraca (*weak judicial review*), cujo objetivo seria reduzir a tensão entre o próprio controle de constitucionalidade e a autodeterminação democrática e, simultaneamente, reconhecer que o constitucionalismo exige que se imponham alguns limites à autodeterminação.

Tushnet (2005), assim, possui uma posição crítica quanto ao papel da Suprema Corte Norte-Americana, sustentando que sociedade deveria abandonar o Judiciário como fonte para a afirmação dos direitos, a fim de defender o princípio democrático. Por fim, traz um questionamento: “em caso de desacordos interpretativos, por que os votos da maioria de uma Corte de nove ministros prevalecem sobre os votos de uma maioria de cem senadores e sobre quatrocentos parlamentares?” (TUSHNET, 2005, tradução livre).

Jeremy Waldron (2003), por sua vez, sustenta que a possibilidade de o Judiciário invalidar atos do Legislativo faz com que toda a atenção seja direcionada aos Tribunais, em detrimento da legislação, que tem perdido progressivamente sua dignidade no espaço democrático. Afirma ele que o Controle Judicial de Constitucionalidade das leis é um mecanismo inapropriado para tomadas de decisões em uma sociedade livre e democrática: nos

²⁴ “Este argumento de Tushnet está fundamentado no reconhecimento de um princípio básico de que o povo deveria ser capaz de governar a si mesmo. E, deste modo, o *judicial review* um entrave para a realização de tal fim, embora muitas vezes se atribua ao constitucionalismo este papel de constranger a soberania popular” (TASSINARI, 2013, p. 62).

países em que não há mecanismo forte de controle de constitucionalidade das leis, o povo, por meio de mecanismos legislativos, estabelece as soluções de uma forma mais apropriada para as questões polêmicas da sociedade.

A sua crítica é direcionada à versão forte do controle de constitucionalidade das leis, por considerar ilegítimo, do ponto de vista democrático, a invalidação de leis democraticamente promulgadas pelo Legislativo. Waldron (2006) elenca algumas premissas necessárias para que seu pensamento – contrário à *judicial review* – possa ser concretizado: a existência de instituições genuinamente democráticas na sociedade e com bom nível de funcionamento – principalmente, um Legislativo bicameral eleito pelo sufrágio universal; instituições judiciais com funcionamento razoável, cujos membros sejam designados de forma não representativa e que tenham por função assegurar a proteção de direitos e a manutenção do Estado Constitucional; um pacto compromissório da maioria dos cidadãos e dos funcionários públicos para proteção de minorias e um dissenso permanente e de boa-fé acerca dos direitos dos membros da sociedade em relação à própria ideia de direitos.

Ainda que o objetivo do presente trabalho não seja contrapor as diferentes ideias sobre os modelos de *judicial review*, expõe-se a importância de os excessos do Poder Judiciário serem controlados, bem como a necessidade de estruturar balizas para incentivar e viabilizar maior diálogo institucional entre o Legislador e o Judiciário na definição das questões constitucionais. Vale destacar, nesse sentido, que o próprio ativismo judicial²⁵ é uma questão de “postura” dentro do arranjo institucional, e, portanto, há quem entenda por uma postura mais proativa do Poder Judiciário, enquanto outros têm um entendimento mais favorável à uma postura deferente ao Legislativo.

Esse embate, como delineado, acontece tanto no sistema norte-americano como no próprio sistema brasileiro. A experiência constitucional estadunidense repercutiu, sobremaneira no cenário mundial, através de duas importantes afirmações: a da soberania da Constituição, no sentido de que o texto constitucional passou a ser considerado superior a outros atos normativos; e a do papel do Judiciário na defesa da Constituição, incluindo o dever de tornar nula legislação que lhe confrontasse (BIGLIAZZI; PAIXÃO, 2011).

O objetivo do presente tópico não é exaurir a discussão acerca da força da *judicial review*, bem como trazer qualquer posicionamento, mas sim apresentar o contexto do surgimento do controle de constitucionalidade das leis, seus riscos e posições contrárias. Fica claro que esse mecanismo, que ainda encontra resistência por parte da doutrina, é influenciado

²⁵ O tema é tratado, com detalhamento, no subcapítulo 2.3.1.

pelo debate jurídico-político, e toda a trajetória dos Estados Unidos causa reflexos em vários países do mundo, incluindo aqueles do continente europeu e, posteriormente, no Brasil.

2.2.2 As teorias do Controle Judicial de Constitucionalidade

A transferência de importância do Poder Legislativo para o Poder Judiciário pode ser entendida da seguinte maneira: inicialmente, a Constituição era compreendida como um documento político, em que as normas podiam ser aplicadas diretamente. Não se via a necessidade de um controle de constitucionalidade das leis por parte do Judiciário, estando a Constituição na dependência da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Contudo, com a ascensão do Estado Constitucional de Direito, ela passa a valer como a norma jurídica central, a qual disciplina como serão produzidas as leis e atos normativos, estabelecendo limites para o conteúdo desses. A Constituição vira o topo normativo. Dessa forma, com a primazia de um tribunal constitucional na interpretação final e vinculante das normas constitucionais, definindo os destinos da sociedade, começa a ocorrer a chamada supremacia judicial (MOTTA; TASSINARI, 2018).

Os Estados Unidos, juntamente com a Inglaterra, sua metrópole, foi um dos primeiros países a garantir direitos pela via de um documento escrito. O direito constitucional norte-americano possui um denso conteúdo de proteção de liberdades, o que marcou a história do país, identificando-o mundialmente por tal característica. Apesar disso, a Constituição estadunidense possui um conteúdo que se pode dizer textualmente mínimo, muito abrangente e composto por uma linguagem um tanto quanto abstrata.

Ocorre que deveria ter sido demonstrado como os juízes e tribunais deveriam resolver os conflitos da sociedade, de modo a conciliar a prática do Controle Judicial de Constitucionalidade com a soberania do povo, para não permitir que os juízes pudessem julgar por suas convicções ou opiniões pessoais sobre determinado assunto. Nesse sentido, em razão dessa necessidade do Estado Constitucional, é fundamental encontrar uma teoria apta a definir como os juízes devem exercer seu poder de controle de constitucionalidade, ou seja, que explique como distinguir as leis sem que os julgadores sejam influenciados pelos seus próprios pontos de vista e predisposições pessoais em relação à determinada matéria.

Assim, explora-se a seguir a Teoria do Contrato, a Teoria do Processo e a Teoria Moral, a fim de demonstrar as posturas de interpretação adotadas em relação as Constituições, com o objetivo de elucidar de que maneira a doutrina compreende cada teoria.

2.2.2.1 Teoria do Contrato

No início da prática do Controle Judicial de Constitucionalidade dos Estados Unidos, não era cogitada a necessidade de uma teoria completa da decisão judicial constitucional: pressupunha-se que a Constituição devesse ser interpretada como entendiam os responsáveis por seu estabelecimento, de modo que fosse analisado conforme a intenção das partes (BEATTY, 2014).

Assim, a preservação do significado original da Constituição era natural para a primeira geração de juízes, caracterizada por uma abordagem “originalista” de interpretação constitucional, coincidindo com a convicção de que as Constituições se dirigiam ao “bom-senso do povo” e que seriam de fácil entendimento para as pessoas comuns. Essa forma de aplicação se encaixava no instinto norte-americano de raciocínio prático, pela qual os juristas americanos pensavam sua Constituição como um contrato social e a interpretavam dessa maneira.

A lógica de interpretar a Constituição dos Estados Unidos como ela era originalmente compreendida tem como objetivo resolver qualquer contradição e tensão entre o Controle Judicial de Constitucionalidade e a democracia, de modo que se a Constituição não diz nada sobre uma questão, o juiz não tem nenhum papel a desempenhar. Nesse sentido, os originalistas alegam que essa forma de interpretação é capaz de restringir o arbítrio judicial e impugnar qualquer tentação que um juiz possa ter de decidir as causas com base em seus próprios valores, com a pretensão, assim, de evitar qualquer questão de política e moral. (BEATTY, 2014).

Scalia (1997), um dos principais defensores do originalismo, acredita, por exemplo, que os juízes devem ser obrigados a seguir o significado estático porque não confia que olhem para além do texto. Ele teme que os juízes insiram suas próprias opiniões políticas pessoais em nome da finalidade legislativa efetuada. Como descrito por Alvin Powell (2004), em artigo²⁶ publicado na Harvard Gazette, durante seu discurso proferido na Universidade de Harvard no ano de 2004, *judge* Scalia refutou a ideia de que os juízes devem ser árbitros da moral de certo e errado, razão pela qual era um defensor da interpretação originalista da constituição.

Ocorre que não se pode pensar no originalismo como uma única forma de restringir os poderes dos juízes. Ronald Dworkin (2005) apresenta críticas em relação à postura de Controle Judicial de Constitucionalidade, pois, quando foram formadas as leis pelos congressistas, havia

²⁶ O autor refere-se à uma entrevista de Scalia para revista California Lawyer em que afirma que na maioria das questões a Constituição determina aquilo que a sociedade pode ou não pode fazer, e que essa foi uma decisão da sociedade para a tomada de determinadas decisões e, por tal motivo, é necessário um grande esforço para alterar a Constituição (POWELL, 2004).

uma intenção abstrata ou concreta, em que esses enunciados poderiam ser verdadeiros ou não.

Nesse sentido, Dworkin (2005) sustenta que é impossível que juízes tomem decisões em *hard cases* sem utilizar a moralidade, razão pela qual a intenção dos originalistas em vislumbrar a realização das premissas do texto constitucional não ocorre, tendo em vista a necessidade da utilização de concepções pessoais e valores morais para a tomada de decisão. Agindo assim, a postura originalista não é exercida da maneira correta, uma vez que o conteúdo da intenção original é apenas uma questão de história e não de teorias políticas.

Uma vez que os juízes não têm como descobrir a intenção dos constituintes sem construir ou adotar uma concepção de intenção constitucional, ou seja, sem tomar as decisões da moralidade política, a teoria originalista se mostra difícil de ser cumprida efetivamente (DWORKIN, 2005). Logo, o originalismo jamais poderia ser tão neutro quando ele exige que a teoria constitucional seja, uma vez que não é possível identificar uma norma ou um critério único e preponderante para cada caso. Portanto, a sua teoria, ao longo dos anos, foi se tornando inadequada como postura de Controle Judicial de Constitucionalidade

2.2.2.2 Teoria do Processo

A Teoria do Processo tem uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra, sendo uma corrente capitaneada por autores como Jurgen Habermas, Antoine Garapon e John Hart Ely. De modo resumido, essa postura vê a Constituição como uma garantia para que o jogo político ocorra dentro da lei (MOTTA, 2018).

John Hart Ely (2010), uma das bases teóricas deste trabalho, entende que a noção de que os juízes podem inferir amplos direitos e valor moral a partir da Constituição é radicalmente antidemocrática. Por isso, a Suprema Corte deve interpretar a Constituição de modo a reforçar os processos democráticos e populares, garantindo a ampla representação no processo político. Nesse sentido, os juízes só poderiam inferir direitos de natureza processual e não substantiva – ou seja, teriam o papel de garantidores do processo democrático, realizado pelo Parlamento.

O autor explica que os juízes deveriam garantir que as instituições políticas comuns funcionassem de maneira justa – ou seja, as garantias amplas e abertas da Constituição norte-americana deveriam ser interpretadas com essa orientação principal em mente, permanecendo abertas à mudança e não excluindo sistematicamente determinados grupos nem operando em detrimento deles. Uma teoria processual do Controle Judicial de Constitucionalidade apoia inteiramente o sistema norte-americano de democracia representativa, dando aos juízes um papel que eles são plenamente capazes de desempenhar. Assim, a tarefa do juiz é supervisionar

os processos de política e do governo e agir como guardião deles, para garantir que não pendam injustamente em favor de lado algum (ELY, 2010).

Muitas críticas sobrevieram em relação à teoria de Ely, sendo denominada como radicalmente imprecisa e fundamentalmente incompleta, tendo em vista que não foi capaz de apresentar um pensamento em que os juízes pudessem decidir se as leis são ou não constitucionais sem precisar avaliar as opções morais e políticas. Pensar estritamente nos termos do processo não diz como resolver os conflitos desse tipo nem onde colocar os limites. Assim, os juízes precisariam de algum fundamento diferente dos critérios processuais, para distinguir os casos em que o sistema político não funcionou de maneira justa.

Francisco José Borges Motta (2018) explica que Habermas, que possui alguma familiaridade com a ideia de Ely, parte do ponto de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito. Essa pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal e do Estado Social de Direito, nos quais tanto o Direito quanto a Política possuem tarefas de integração social. Ou seja, o procedimentalismo pretende equacionar a legitimidade do Direito positivo moderno, que está baseada na complementaridade entre a autonomia pública (soberania popular) e a autonomia privada (direitos fundamentais).

Como os demais processualistas, Habermas (2003) atribui ao Poder Judiciário a responsabilidade de garantir a legitimidade do direito positivo, livrando os processos democráticos de suas iniquidades e arbitrariedades e conferindo a possibilidade que todos desfrutem os direitos e liberdades necessários para que sejam participantes dos discursos racionais. Se os juízes realizam seu trabalho, a democracia será um meio ideal de resolução de conflitos. Assim, para determinar a legitimidade de uma lei, deve-se verificar se todos os afetados concordam com ela como participantes de discussões racionais (princípio do discurso), o que conferiria uma força legitimadora ao processo legislativo.

A fundamentação ou justificação discursiva dispõe, portanto, que “o destinatário de uma norma, deve ver nela seu intuito individual coletivizado, institucionalizado por procedimentos previamente conhecidos. A partir de uma devida fundamentação [...] surge automaticamente uma aceitabilidade por todos os atores” (MACEDO, [20--?], p. 8) que é realizada em condições de fala ideal, sem efeitos da linguagem sobre o intérprete ou a sociedade, sendo que Habermas busca distinguir seu discurso de fundamentação de “qualquer filosofia ligada à consciência”, dando “aplicabilidade prática a seu procedimento discursivo” (MACEDO, [20--?], p. 9).

Essa teoria constitucional da democracia deliberativa de Habermas tem como objetivo

demonstrar que a função da jurisdição constitucional está limitada apenas a assegurar, ou seja, defende um Poder Judiciário menos interventivo, de modo que a efetividade dos processos deliberativos nos quais se forma a opinião e a vontade dos cidadãos (MELLO, 2004). De acordo com Habermas (2003, p. 239),

somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações equitativas, dentro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas. A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais [...].

O foco de Habermas se concentra mais em esclarecer as premissas neutras, em que se pode deduzir mais um modelo processual de Controle Judicial de Constitucionalidade e menos uma explicação do modo como ele efetivamente funciona. A pretensão de Habermas é demonstrar que o modelo processual de Controle Judicial de Constitucionalidade pode ser depreendido de conceitos que transcendem os textos constitucionais, garantindo a integridade da democracia e do direito.

Diante da teoria procedimentalista, a ideia de Estado Democrático de Direito pressupõe a auto-organização da comunidade jurídica, e sendo assim, a Constituição não pode ser compreendida nem como uma ordem que regula a relação entre o Estados e os cidadãos, nem como uma ordem jurídica global e concreta. Todavia, ela determina procedimentos políticos pelos quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (MOTTA, 2018).

Portanto, o controle jurisdicional da Constituição deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos, tendo no núcleo de uma Constituição não regulamentos materiais, mas sim formais, orientados à garantia da liberdade. Logo, procura proteger as condições do procedimento democrático.

2.2.2.3 Teoria Moral

Ronald Dworkin é o principal defensor do raciocínio moral dentro da aplicação do Controle Judicial de Constitucionalidade. Ou seja, a neutralidade moral não é o padrão nem o modo que os juízes devem almejar atingir (BEATTY, 2014).

O objetivo era desacreditar as duas principais correntes doutrinárias de revisão judicial das leis, já expostas anteriormente: a teoria originalista, pela qual se deve somente aplicar a intenção dos constituintes, sem introduzir valores próprios ou morais, e a teoria procedimental,

que encarrega os tribunais tão somente da função de policiar os processos da democracia para assegurar que as decisões neles tomadas respeitem os interesses de todos (DWORKIN, 2005). Porém, Dworkin compartilha com os teóricos processualistas a convicção de que a aplicação judicial dos direitos constitucionais é compatível com os princípios democráticos e com a soberania do povo para se governar.

A teoria moral não exige neutralidade – pelo contrário, defende uma leitura moral dos textos constitucionais (DWORKIN, 2006), mas impõe restrições aos juízes que decidem casos com base em suas preferências políticas e pessoais. Ou seja, as interpretações fundadas em princípios textuais, históricos e de casos anteriores determinam as respostas, não deixando espaço para o exercício da convicção moral pessoal (DWORKIN, 2005).

Dworkin (2006) adota a teoria moral quanto às questões relativas aos princípios individuais abstratos da carta maior. A ideia basilar dessa interpretação é assegurar igual respeito e consideração para todos os indivíduos tutelados pelo Estado.

[...] o governo deve tratar todos os sujeitos sob seu domínio como tendo igual status político e moral; deve tentar, de boa-fé, tratar todos com igual consideração e respeitando todas as liberdades individuais indispensáveis para esses fins, não se limitando às liberdades especificamente designadas no documento [a 14.^a Emenda à Constituição dos EUA], como as liberdades de expressão e de religião.[...] (DWORKIN, 1996, p. 7-8 *apud* BRASIL, 2011, p. 66)

Um dos problemas enfrentados pelos juízes com base na teoria moral proposta por Ronald Dworkin é que ela permite a cada juiz ou tribunal chegue a conclusões diametralmente opostas sobre a constitucionalidade de qualquer lei submetida a controle judicial, oferecendo pouca orientação prática acerca do método de raciocínio que devem seguir em cada caso específico (DWORKIN, 2005). Nesse sentido, Waldron (2003) sustenta que, se os juízes deliberarem sobre moralidade política, haverá clara arbitrariedade na interpretação; ou seja, se um julgamento moral de um indivíduo é apenas a expressão de sua postura, então é imprevisível, desarrazoado e lhe falta autoridade, podendo ser tratado como arbitrário.

Ocorre que, para Dworkin (2006) a leitura moral da Constituição, baseada na integridade²⁷, refuta a aplicação das convicções pessoais dos juízes na interpretação. Isso porque os juízes não devem interpretar a Constituição com base em suas próprias convicções. Eles não devem ler as cláusulas morais abstratas como autorizativas de qualquer julgamento moral particular, não importa quanto esse julgamento os atraia – a não ser que eles o achem consistente com o desenho estrutural da Constituição como um todo, e também com as linhas

²⁷ Integridade é um dos principais conceitos da teoria jurídica de Ronald Dworkin.

dominantes da interpretação constitucional passada feita por outros juízes. Eles devem se considerar como parceiros de outros oficiais, passados e futuros, que juntos elaboram uma moralidade constitucional coerente, e eles devem se assegurar de que a sua contribuição se encaixe com o resto.

Em resumo, para Dworkin, a leitura moral da Constituição a ser feita pelos juízes não se traduz em respostas de mera opinião pessoal (subjetivismos), já que se trata de uma análise de princípios. Porém, observa Jeremy Waldron (2003) que, até em matéria de princípios, há divergências entre os juristas. Por isso, considera a questão da objetividade na moral irrelevante, pois haverá arbitrariedade, de uma forma ou de outra, se os juízes impuserem sua consideração moral para as partes.

A concepção de princípio de Dworkin, portanto, é substantiva, defendendo que princípio é um padrão que deve ser observado porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, com seu conteúdo preenchido por valores morais (MELLO, 2004). Portanto, dedica-se a demonstrar um regime constitucional fundado no princípio democrático, no qual a proteção judicial dos direitos reforça a vitalidade da democracia, e o princípio da igual consideração e respeito por todos os indivíduos é assegurado em um sistema em que os tribunais tenham competência para controlar os atos dos demais poderes.

Logo, a teoria constitucional de Dworkin insere-se na tradição liberal do pensamento político-jurídico que concentra na proteção dos direitos fundamentais a essência dos regimes de governo fundados no princípio do Estado de Direito. Trata-se de buscar, através da construção e reconstrução de conceitos, a interpretação que melhor se coadune com a finalidade do Direito, o que significa a afirmação de uma teoria substantiva da política e da justiça.

Portanto, a leitura moral da Constituição leva em conta a ideia de igual respeito e consideração para com todos. Porém, o fato de os juízes decidirem sobre questões de moralidade política previstas abstratamente na Constituição provoca sérias críticas de teóricos contemporâneos, considerando a questão da legitimidade das decisões num Estado que almeje se considerar democrático.

Nesse contexto, Dworkin usa a teoria da integridade como lastro, e nega, expressamente, que sua proposta incentive análises personalíssimas pelos juízes a respeito de princípios abstratos da Constituição. Segundo se observou, o subjetivismo hermenêutico é justamente o que a integridade busca rechaçar, cujo objetivo não é que os juízes sejam completamente livres para decidir nos casos difíceis.

Apresentadas as teorias do controle de constitucionalidade das leis, há a necessidade

de analisar o fenômeno do ativismo judicial, cujo conceito está vinculado a todos os temas acima tratados. Nesse sentido, é apresentado primeiro no contexto norte-americano para, em seguida, fazê-lo no sistema jurídico brasileiro, sendo defendido um conceito de ativismo judicial na presente dissertação.

2.2.3 O ativismo judicial nos Estados Unidos

O presente trabalho busca apresentar o ativismo judicial, em um primeiro momento, numa perspectiva comparativa, a fim de esclarecer suas origens, bem como de que forma influenciou os diversos países do mundo inteiro. Nesse sentido, o Estados Unidos é o melhor exemplo de um país que discute o papel dos juízes no seu ordenamento jurídico, sendo o berço do termo ativismo judicial, razão pela qual é abordada primeiramente a experiência norte-americana. Apresentar como ocorreu sua evolução nos Estados Unidos é uma forma de buscar na raiz algumas ideias de como trabalhar com esse fenômeno no sistema jurídico brasileiro, uma vez que se trata de um termo controvertido até o momento.

A primeira vez que a expressão apareceu numa publicação relevante foi em 1947, reproduzido pelo historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr. (1947), o qual avaliou a Suprema Corte dos Estados Unidos, formada quase por completo por juízes nomeados pelo ex-presidente Roosevelt. No artigo, o autor buscou apresentar as divisões ideológicas dos membros da Suprema Corte norte-americana, dividindo, portanto, os ministros em duas categorias: “ativistas judiciais” ou “juízes campeões da autorrestrição” (OLIVEIRA JUNIOR; RAMOS, 2014, p. 27).

Dá, ainda, outras denominações aos componentes da Suprema Corte, qualificando-os com mais especificidade como: (a) juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres – Justices Black e Douglas; (b) juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade – Justices Murphy e Rutledge; (c) juízes campeões de autorrestrição – Justices Frankfurter, Jackson e Burton; e (d) juízes representantes do equilíbrio de forças – Chief Justice Fred Vinson e o Justice Reed (SCHLESINGER JR., 1947).

Frise-se que não é pacífico na doutrina o acerto nas classificações dos ministros realizada por Arthur Schlesinger. Contudo, pode-se dizer que, a partir desse artigo, o termo “ativismo judicial” passou a ser conhecido e utilizado com mais frequência pela sociedade jurídica-política (ABBOUD, 2019).

Sobrevieram algumas críticas a respeito de que forma pode ser utilizado o termo “ativismo judicial”, de acordo com o artigo de Arthur Schlesinger Jr., vez que o artigo acaba

não traçando características a respeito do que efetivamente seria uma decisão ativista. Na época, o termo não tinha definições estabelecidas ou concorrentes. Contudo, o saldo final do artigo é extremamente positivo, pois apresentou o fenômeno para a sociedade, bem como buscou traçar um panorama da Suprema Corte dos Estados Unidos (KMIEC, 2004).

Em que pese esse debate sobre qual a característica preponderante da Suprema Corte dos Estados Unidos, a questão de fundo que se apresenta é que “decidir sobre o ativismo ou autorrestrrição judicial é decidir a respeito do espaço decisório da Suprema Corte no sistema constitucional e político de um país” (CAMPOS, 2014, p. 48).

Mesmo que haja esse entendimento da criação do termo “ativismo judicial” em 1947, essa prática foi exercida em diversos casos no âmbito das disputas judiciais, ocasionando grandes repercussões não apenas na Suprema Corte dos Estados Unidos, como também na sociedade norte-americana. Nesse sentido, casos como o já citado *Marbury vs. Madison*, *Dread Scott vs. Sandford* e *Lochner vs. New York* (ESTADOS UNIDOS, 1803, 1856, 1905) são alguns exemplos da força da Suprema Corte dentro do país.

Não há na Constituição norte-americana um único artigo que confira à Suprema Corte o controle de constitucionalidade de leis criadas pelo Parlamento. Nesse sentido, há muitas críticas ao poder de revisão judicial norte-americano, as quais se intensificam quanto mais marcante é a atuação da Suprema Corte²⁸ na declaração de inconstitucionalidade de leis. Há muito se questiona se os Constituintes de 1787 teriam se omitido conscientemente ou não acerca do controle de constitucionalidade de leis pelo Poder Judiciário, bem como se seriam favoráveis ou contrários ao referido controle (OLIVEIRA JUNIOR; RAMOS, 2014).

Assim, analisa-se a seguir os casos citados, com o objetivo de verificar a prática da *judicial review* e de que forma se comportou a principal corte estadunidense, uma vez que as decisões possuíram diferentes dimensões. Ressalta-se que no presente trabalho não há o objetivo de analisar as razões jurídico-políticas das decisões prolatadas nos referidos casos, mas sim, contextualizar o leitor acerca da supremacia judicial e do poder de influência da Suprema Corte dos Estados Unidos, bem como de que forma esses casos repercutiram para o desenvolvimento do ativismo judicial.

O primeiro caso de grande repercussão de *judicial review* foi o *Marbury v. Madison* (ESTADOS UNIDOS, 1803), quando, pela primeira vez, a Suprema Corte deixou de aplicar leis federais incompatíveis com a Constituição. Essa decisão foi liderada pelo juiz Marshall, o

²⁸ A célebre discussão é muito bem retratada no *Federalist Papers*, compilação de um conjunto de 85 ensaios originalmente publicados na imprensa de Nova York entre outubro de 1787 e agosto de 1788, redigidos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, recebendo o nome de O Federalista na tradução brasileira.

qual efetivou o instituto do *judicial review*, possuindo uma faceta ativista numa perspectiva multidimensional. Assim, percebe-se que nos Estados Unidos, país onde surgiram as primeiras reflexões sobre este tema, a discussão a respeito do ativismo judicial é realizada desde o início do século XIX, ou seja, há pelo menos duzentos anos que sua doutrina vem enfrentando essa problemática.

Portanto, atribui-se ao juiz Marshall o início do controle de constitucionalidade das leis do parlamento. O caso pode ser brevemente relatado da seguinte forma: Marbury havia sido nomeado juiz de paz do Distrito de Colúmbia nos últimos dias da administração de John Adams, mas tivera sua posse recusada por James Madison, então Secretário de Governo, por determinação do novo Presidente, Thomas Jefferson, o qual estava insatisfeito com as nomeações de última hora do Presidente John Adams. Marbury, então, impetra um *mandamus* contra o ato de James Madison, que deixa o *writ* correr à revelia. Durante o tenso clima que antecedeu ao julgamento, na imprensa e no Congresso, chegou-se a sugerir o *impeachment* dos juízes que, deferindo a medida, ousassem aplicar os princípios da *common law* à Constituição. A Corte, sob a Presidência do *Chief of Justice* John Marshall, declarou a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei Judiciária de 1789, que atribuía ao Supremo Tribunal competência para o julgamento do *mandamus* contra ato do Secretário de Governo (ESTADOS UNIDOS, 1803).

Marbury vs. Madison é o primeiro grande exemplo de afirmação de poder pela Suprema Corte estadunidense. No entanto, apenas meio século depois foi realizado novo *judicial review* e declarada inconstitucional uma lei federal nos Estados Unidos. O referido caso chama-se *Dred Scott v. Sandford* (ESTADOS UNIDOS, 1856), sendo uma decisão “considerada por muitos o mais infame de toda a história da Suprema Corte Estadunidense” (CAMPOS, 2014, p. 55).

Dred Scott foi escravo do major do Exército, John Emerson. Scott acompanhava o major quando esse era remanejado para outros postos militares. Foi assim em 1836, quando foi realocado para *Fort Snelling*, localizado no então recém-criado Território de Wisconsin, no qual era proibida a escravidão, em virtude da lei federal batizada como “Compromisso do Missouri”. Após a morte de Emerson, sua viúva se negou a libertar Scott, razão pela qual esse demandou a Corte Estadual do Missouri com o argumento de ter adquirido o direito à liberdade quando residiu no Estado de Illinois e no Território Federal de Wisconsin, que proibiam a escravidão. Em um primeiro momento, Scott venceu a demanda; contudo, a decisão foi revertida pela Suprema Corte, sob o argumento de que Scott não era um membro da comunidade política formada em face da Constituição, mas sim, um negro, sendo considerado uma classe inferior. Essa decisão foi classificada como ativista (CAMPOS, 2014).

Outro caso de grande repercussão, em que a *judicial review* foi aplicada com um resultado controvertido foi o caso *Lochner vs. New York* (ESTADOS UNIDOS, 1905), uma vez que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de Lei do Estado de Nova Iorque que fixava em 10 horas diárias e 60 semanais a quantidade máxima de horas de trabalho nas padarias, sob a alegação de que a referida lei constituía interferência indevida sobre a liberdade contratual.

A partir de *Lochner*, passa-se a adotar a doutrina da “notificação judicial”, na qual haveria uma “presunção de inconstitucionalidade” das leis sociais, segundo a qual caberia ao Estado provar a necessidade das medidas restritivas de liberdade contratual²⁹. Essa decisão também foi paradigmática em relação ao estudo do ativismo judicial, pois possui duas dimensões do ativismo contemporâneo: a aplicação de direitos fundamentais apenas vaga ou implicitamente previstos na Constituição, e a falta de deferência à capacidade legal e epistêmica do Executivo ou do Legislativo em matéria de políticas públicas (CAMPOS, 2014).

Pode-se dizer, ainda, que as decisões acima explicadas tornaram claras a polarização das disputas entre progressistas e conservadores a respeito das questões mais importantes do país, de modo que influenciou o fenômeno do ativismo judicial nos Estados Unidos. Ou seja, percebe-se que, mesmo com a utilização da expressão ativismo judicial somente em 1947, essas decisões já evidenciavam uma postura proativa do Poder Judiciário ou, até mesmo, uma extensão da sua atuação em detrimento das instâncias tradicionalmente democráticas: o Legislativo e o Executivo (MOTTA; TASSINARI, 2018).

De forma geral, pode-se perceber como o ativismo judicial veio ocorrendo nos Estados Unidos, ao final do século XIX e início do século XX, de forma que pode aparecer por diferentes dimensões, muitas vezes, no julgamento de veto das legislações - ou seja, por meio do *judicial review*.

2.3 ATIVISMO JUDICIAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Superada as premissas acima estabelecidas, traz-se à baila o ativismo judicial no direito brasileiro. O tema é extremamente controverso na ordem jurídica brasileira, uma vez que é pauta de investigação por diversos pesquisadores. Aqui, o objetivo não é exaurir a

²⁹ Esse foi o perfil da corte durante a última década do séc. XIX e no início do séc. XX, no qual decidiu o caso *Lochner*: uma postura ativista e conservadora na defesa do direito de propriedade e da liberdade de contrato, e hostil quanto à intervenção estatal na economia.

presente discussão, mas sim definir um conceito de ativismo, com o objetivo de trabalhar sua relação com sistema de precedentes judiciais inserido no CPC.

2.3.1 Conceito de ativismo judicial

O estudo sobre o ativismo judicial é necessário para apontar que, apesar dos diversos avanços políticos e jurídicos ocorridos no país, que são frutos de conquistas democráticas, ainda se pode observar sua presença nas instituições brasileiras que praticam políticas ilegítimas. A democracia constitucional é incompatível com a atitude discricionária e decisionista, já que não cabe ao Judiciário fazer interpretação subjetivista para a tomada de decisão.

Já foi observado que o ativismo judicial envolve o problema da interferência do Poder Judiciário nas esferas legislativa e executiva. Tal fenômeno pode assumir, portanto, as mais diversas formas e conotações, o que resulta inúmeras dificuldades teóricas e práticas quando se trata de sua definição conceitual (OLIVEIRA; TRINDADE, 2016). Verifica-se que, quanto mais utilizada a expressão ativismo judicial, mais difícil fica de determinar um conceito preciso acerca desse fenômeno (KMIEC, 2004).

Clarissa Tassinari (2013) explica, em sua obra, que esse tema passou a ser enfrentado sob diversas perspectivas, o que gerou certa fragmentariedade na compreensão do conceito de ativismo judicial. Ela elenca algumas perspectivas de abordagem: (a) como decorrência do exercício do Controle Judicial de Constitucionalidade; (b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário; (c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; (d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outros fatores.

A propósito, sua densa pesquisa recorda que, no âmbito brasileiro, existe alguma dificuldade de se fixar um acordo semântico mínimo acerca do que se entende por ativismo judicial, ora significando exagerada interferência judicial na sociedade (protagonismo judiciário). Entre os diversos sentidos adotados usualmente pelos juristas, o ativismo judicial vem também frequentemente associado às seguintes práticas: (a) a invalidação de atos produzidos por outros Poderes, ainda que constitucionais, em desaprovação à escolha de diretrizes políticas; (b) o afastamento de precedentes, seja vertical ou horizontalmente; (c) a atuação como legislador positivo mediante a produção de sentenças aditivas; (d) o desvio da metodologia interpretativa aceita e (e) a predeterminação dos julgamentos orientados para atender a uma determinada finalidade (TASSINARI, 2013).

Nesse sentido, Elival da Silva Ramos (2015, p. 25) aponta como importante a visão de Direito Comparado sobre o ativismo judicial.

Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício de função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido.

Alega o autor que, nos Estados Unidos, adota-se uma conceituação ampla do termo “ativismo judicial”, que pode ser visto como uso da interpretação teleológica, de integração de lacunas, e que, via de regra, é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais (RAMOS, 2015). Por fim, afirma ainda que

por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2015, p. 25).

Verifica-se, nesse sentido, o posicionamento de Tassinari e Motta (2018, p. 7):

Ativismo e supremacia judicial, dado o recorte conceitual proposto neste pequeno ensaio, são elementos nocivos para o caráter democrático da comunidade política, na medida em que implicam extrapolação de limites constitucionais. Assim, quando o juiz decide uma demanda a partir de argumentos de política ou de moral ou, enfim, quando substitui o Direito pelas suas próprias convicções pessoais, estamos diante de uma decisão incorreta, ou, simplesmente, de um mau exercício de jurisdição constitucional (ativismo judicial). Defender que tal decisão é adequada, porque o Judiciário possui autoridade para tanto, observando, por exemplo, os benefícios casuísticos de decisões como essas, é se posicionar em favor de um discurso de supremacia judicial. A visão que apresentamos aqui é de que reconhecer ou deixar de reconhecer um determinado direito, numa demanda judicial, é uma questão de democracia, na medida em que os argumentos justificadores da decisão radicam numa concepção mais geral a respeito da maneira adequada de equacionar a tensão que se estabelece entre o sistema de direitos e a soberania popular, entre a autonomia pública e a autonomia privada, entre a igual consideração e respeito e a responsabilidade ética individual. E decisões ativistas, por ultrapassarem a Constituição, em que pese possam, eventualmente, parecer corretas por seu resultado, acabam sendo prejudiciais para a democracia.

Luis Roberto Barroso (2015) sustenta que o ativismo é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando essas forem ausentes ou ineficientes. Exemplos de decisões ativistas no Brasil envolveram a exigência de fidelidade partidária e a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, em razão das demandas sociais não satisfeitas pelo Poder Legislativo.

Mais tarde, Barroso (2009, p. 7-8) defende que, no Brasil, o Poder Judiciário tem exibido “em determinadas situações, uma posição claramente ativista”, como por exemplo,

um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional.

Georges Abboud (2017, p. 214, grifos originais) explica a compreensão do fenômeno do ativismo em duas dimensões: (macro) estrutural e (micro) decisória.

Na dimensão decisória (micro), o ativismo consiste na suspensão da legalidade (CF + lei) como critério decisório por um critério voluntarista que pode ser puramente ideológico, econômico, moral, religioso etc. Ou seja, por meio dele, no Brasil, os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua subjetividade/discrecionalidade. Nessa dimensão, o juiz adquire uma faceta messiânica como intérprete do futuro da sociedade, o *escolhido* (*vanguarda iluminista*) para guiar a sociedade na direção do caminho correto. Já na dimensão macro ou estrutural do ativismo, o que ocorre é a caracterização do fenômeno da juristocracia ou da própria Supremacia Judicial. Em linhas gerais, na dimensão macro, o ativismo se caracteriza por um agigantamento do Judiciário em face dos demais poderes, sem respaldo constitucional para tanto.

Todavia, para que se evite o ativismo judicial, é necessária a compreensão adequada de quais são os limites de atuação do Judiciário, bem como de quais são os requisitos necessários para que sua atividade jurisdicional seja legítima. A linha é tênue entre a judicialização da política e o ativismo judicial, e seu problema é de qualidade, não de quantidade de decisões que o tribunal profere (VERISSIMO, 2008).

Por tudo isso, Streck, Lepper e Tassinari (2015, p. 56, grifo original) explicam:

o ativismo judicial se revela como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, *criado pelo Direito* [...]) sobre o qual a comunidade jurídica deve, primeiramente, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático.

Mais especificamente, é um problema de teoria do direito, em que se opera a utilização de pré-juízos para a perseguição do melhor sentido de interpretação para determinado caso (TASSINARI, 2013). Afirmam Francisco Borges Motta e Clarissa Tassinari (2018, p. 6):

A tese é, resumidamente, a seguinte: para que o exercício da atividade jurisdicional seja compatível com parâmetros democráticos (observância simultânea da soberania popular e dos direitos fundamentais), é imprescindível que as respostas fornecidas

pelo Poder Judiciário sejam adequadas à Constituição. A legitimidade da atuação do Poder Judiciário deriva do cumprimento e da concretização da Constituição. Assim, quando o julgador vai além da sua função, cruzando fronteiras constitucionais, dando voz à sua própria concepção de mundo ou de bem-estar social, por exemplo, age de modo ativista.

A partir da análise das diversas abordagens a respeito do ativismo judicial, da sua origem norte-americana, da relação com o *judicial review*, da linha tênue entre a judicialização da política, todas essas premissas contribuem para a retirada de um conceito coeso e seguro para seguir como parâmetro da presente dissertação.

Percorrer todo o viés histórico desse fenômeno e apresentar, por meio dos mais renomados autores, formas de conceitualização, demonstra a importância desse debate no cenário mundial. Nesse sentido, corrobora-se o entendimento dos autores quando definem o conceito de ativismo judicial (conceito esse que é seguido no restante do presente trabalho) como a extrapolação de limites constitucionais por parte do Poder Judiciário. Ou seja, para que o exercício da atividade jurisdicional esteja de acordo com a soberania popular e os direitos fundamentais, há necessidade de que as respostas fornecidas pelo Poder Judiciário estejam de acordo com a Constituição, de modo que, quando o julgador for além de sua função, violando critérios constitucionais e utilizando das suas opiniões pessoais, esse estará agindo de modo ativista. Logo, o ativismo judicial é um problema, e, portanto, algo a ser controlado.

2.3.2 Riscos de uma postura ativista no direito brasileiro

Como trata-se de uma prática nociva, se faz necessário verificar os riscos dessa postura no direito brasileiro, pois, uma vez praticada, pode trazer largos prejuízos à democracia brasileira, na qual tem uma expectativa e uma confiança perante o Poder Judiciário

Ocorre que o ativismo judicial pode provocar uma certa instabilidade, acabando por atribuir ao magistrado um poder de criador da norma, o que pode violar o princípio constitucional da separação de poderes. Em contrapartida, um sistema de justiça que garanta segurança jurídica, no sentido de transmitir confiança aos jurisdicionados a respeito da existência de uma norma, da forma como ela é aplicada e trazendo, ainda, a garantia de que esse posicionamento não será repentinamente modificado, é condição necessária, embora não suficiente, para garantir o ambiente em que as relações econômicas possam se desenvolver de forma satisfatória e segura (BARBOSA; ROCHA, 2015).

É importante mencionar, porém, que o ativismo judicial não é sinônimo de judicialização, embora possa ser consequência desse fenômeno. Não procede, portanto, o

entendimento do Ministro Barroso em relação a afirmação de que a judicialização e o ativismo judicial são “primos” (BARBOSA; ROCHA, 2015). Não se pode fazer vinculação do ativismo judicial com a atividade intensa do judiciário, realizando análise exclusivamente quantitativa. Isso pode ser um indício de ativismo, mas não é suficiente para diagnosticá-lo.

Ou seja, o fato de o STF assumir, em grande parte, a concretização de direitos fundamentais que dizem respeito às políticas públicas, por exemplo, não é fundamento por si só para se concluir que haja ativismo. O ativismo judicial está diretamente ligado ao não respeito à relação necessária que deve haver entre o Judiciário, o devido processo constitucional e a fundamentação das decisões (ABBOUD, 2019).

Sobre isso, o Ministro Barroso (2009) apresenta em seu artigo “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática” algumas objeções ao ativismo judicial, as quais são abordadas separadamente neste trabalho, a fim de estabelecer todos os riscos dessa postura ativista para a democracia. Frisa-se desde já a ciência deste autor acerca das críticas da doutrina sobre as ideias controvertidas do Ministro a respeito do tema do ativismo judicial, razão pela qual o seu artigo é apenas um norte para expor os principais receios de uma democracia, em face de uma postura ativista.

2.3.2.1 Riscos para a legitimidade democrática

Barroso (2009, p. 25) inicia sua primeira objeção ao ativismo judicial com a seguinte afirmação:

Os membros do Poder Judiciário — juízes, desembargadores e ministros — não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes.

Como já explicado no presente trabalho, o controle de constitucionalidade da lei tem origem no sistema norte-americano, o qual vivenciou diversas críticas acerca da sua legalidade. Diversos autores sustentaram teses e requisitos para a sua melhor aplicação. No Brasil, o controle de constitucionalidade da lei é respaldado e previsto pela CF.

A tese apresentada por Jeremy Waldron (2006) sustenta um papel mais deferente do Poder Judiciário, razão pela qual torna duvidosa a prevalência de decisões da Suprema Corte, que invalidar uma legislação em caso de desacordos interpretativos, sob pena de desrespeitar a

democracia representativa. Nesse sentido, apresenta algumas premissas³⁰ para que o controle de constitucionalidade da lei seja exercido de forma legítima.

Referir sua tese é importante para o esclarecimento do controle de constitucionalidade da lei; contudo, é necessário frisar que o STF, em seus julgamentos, não pode assumir para si o dever de corporificar a vontade do povo ou de refletir os anseios inauditos por um regime democrático mais funcional. Em lugar disso, sua autoridade deverá se assentar na sua capacidade de chegar às melhores soluções constitucionais para os casos postos à sua frente, dentro dos limites impostos pelo direito (ABBOUD, 2019).

Isso porque a Constituição constringe os membros do Supremo a se comportarem de acordo com a missão que lhes foi instituída, mesmo que isso signifique renunciar às preferências e ambições pessoais. Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco, de modo que não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo³¹ (BARROSO, 2009).

A possibilidade de revisão da constitucionalidade da lei é um direito previsto na CF, no entanto, é dever dos ministros julgadores se constringerem aos limites previstos em lei, uma vez que, em caso de extrapolação desses, não há um respeito a legitimidade democrática (MENDES, 2014).

2.3.2.2 Risco de politização da justiça

Segundo Abboud (2019, p. 211):

O ativismo judicial apresenta-se como o abandono do direito pelo juiz na formação da decisão judicial. O juiz ativista substitui o direito por outra linguagem ou código de decisão, política, religião, economia, ideologia, opinião pública etc. Na maior parte dos casos de ativismo, o juiz deixa de fazer direito e parte para a política propriamente dita.

O trecho acima apresenta um dos riscos do ativismo judicial, em que o direito é substituído pela política. Conforme Barroso (2009, p. 13):

³⁰ Verificar o tópico 2.2.1, na qual foi apresentado o pensamento jurídico de Jeremy Waldron.

³¹ “A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios — como ninguém deve, aliás, nessa vida — impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição” (BARROSO, 2009, p. 12).

Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica.

Lenio Streck (2011) ressalta a importância da autonomia do direito, destacando que a decisão deve se pautar por argumentos de princípios (do direito) e não de política, moral ou economia. Ou seja, “a decisão adequada deve se assentar em solo jurídico, e não veicular as questões que acabam por fragilizar o caráter de garantia sustentado pelo direito” (ABBOUD, 2019, p. 135).

E é a Constituição é o que confere autonomia ao direito, uma vez que se apresenta como a estrutura normativa que possibilita e resulta de sua autonomia operacional. Em outras palavras: “a Constituição deve substituir apoios externos, tais como os que foram postulados pelo direito natural.” (LUHMANN, 1990, p. 187 *apud* NEVES, 2015, p. 117). “Ela impede que critérios externos de natureza valorativa, moral e política tenham validade imediata no interior do sistema jurídico, delimitando-lhe, dessa maneira, as fronteiras” (NEVES, 2015, p. 117).

Negar a autonomia do direito caracteriza duro golpe à democracia constitucional. Conforme Georges Abboud (2016, p. 3):

de nada adianta a Constituição e o processo democrático se admitirmos que as questões jurídicas possam ser julgadas por parâmetros extrajurídicos, em regra, correspondentes à consciência e à vontade do julgador. Nesse contexto, o círculo democrático não fecha. A ponta da decisão judicial, na qual o jurisdicionado deve(ria) ter seu direito tutelado e reparado, continua aberta, porque admite o uso da discricionariedade. Quando a questão jurídica do cidadão é examinada por um juízo discricionário, na realidade, está sendo-lhe conferida uma resposta não jurídica.

Nesse sentido, Barroso (2009, p. 28) sustenta que:

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.

Pode-se concluir que, quando é analisado o ativismo judicial, muito se confunde direito com política. Contudo, verifica-se o dever dos julgadores de separar esses institutos, a fim de preservar a autonomia do direito e respeitar a democracia, sob pena de causar riscos à sociedade democrática, a qual espera um constrangimento dos julgadores perante as leis e a CF.

2.3.2.3 A capacidade institucional do judiciário e seus limites

Segundo Barroso (2009, p. 29):

A maior parte dos Estados democráticos do mundo se organizam em um modelo de separação de Poderes. As funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes. Nada obstante, Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais.

Em consonância com o que foi exposto no tópico antecedente, em termos qualitativos, toda decisão ativista incorre em alguma ilegalidade ou inconstitucionalidade. Por outro lado, em termos funcionais, a postura ativista do Judiciário caracteriza insidiosa ingerência do Poder Judiciário frente ao Legislativo ou Executivo.

Assim, o STF, ao declarar inconstitucional uma lei em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), atuará na esfera do Legislativo. Todavia, há autorização constitucional e fundamento jurídico para tanto, razão pela qual, apesar de existir uma intromissão do Judiciário no âmbito do Legislativo, não é além dos limites legais (ABBOUD, 2019).

Ocorre que se, no mesmo exemplo, o STF, ao declarar inconstitucional a lei a partir de razões não jurídicas, atuará de forma ativista e invadirá de maneira ilegítima a esfera de ação do legislativo (ABBOUD, 2019). Dito de outro modo: a Constituição previu para o Judiciário – à exemplo do que fez para os demais Poderes – funções atípicas (não de forma ativista), desde que restrito aos parâmetros desenhados pela engenharia constitucional (MENDES, 2014).

Segundo Barroso (2009, p. 31):

No tocante à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, o Judiciário deverá verificar se, em relação à matéria tratada, um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir. Por exemplo: o traçado de uma estrada, a ocorrência ou não de concentração econômica ou as medidas de segurança para transporte de gás são questões que envolvem conhecimento específico e discricionariedade técnica. Em matérias como essas, em regra, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência para

com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado. Naturalmente, se houver um direito fundamental sendo vulnerado ou clara afronta a alguma outra norma constitucional, o quadro se modifica. Deferência não significa abdicação de competência.

Ainda segundo o autor, o papel contramajoritário vem sendo desenvolvido com cuidado e atenção pela Corte Superior do Brasil. Contudo, quando não estão em jogo direitos fundamentais e pressupostos da democracia, a Corte Suprema assume um papel deferente, ou seja, para com a liberdade de conformação do legislador e a discricionariedade do administrador (BARROSO, 2015).

Claudio Ari Mello (2004, p. 92) explica o conceito da deferência judicial: “O conteúdo dos direitos fundamentais é sempre controverso e discutível, e, diante disso, cabe às instituições políticas com legitimidade democrática, e não aos tribunais decidir quais os direitos que devem ser reconhecidos e que extensão”. Ou seja, o Poder Judiciário “quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. [Deve] Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea”, com o objetivo de preservar a separação dos poderes, bem como resguardar os limites previstos em lei, a fim de não romper com a ordem democrática brasileira (BARROSO, 2009, p. 17).

Todos esses riscos apresentados demonstram o perigo dessa postura ativista no sistema jurídico brasileiro, de modo que, uma vez praticado, enquadra-se como algo nocivo à democracia, devendo ser controlado pelo Poder Judiciário. Verifica-se, portanto, toda a complexidade do tema e sua dificuldade de conceitualização.

Não há no presente trabalho o entendimento de existir um bom ou um mau ativismo, mas sim que ele é a extrapolação dos limites legais na fundamentação de uma decisão judicial. Após essa exposição, a fim de dar continuidade ao objetivo e a solução do problema do presente trabalho, aborda-se uma alternativa, entre as diversas que existe na doutrina, para uma tentativa de controle desse fenômeno no sistema jurídico brasileiro. Busca-se, no seguinte tópico, verificar critérios para o controle do ativismo judicial no direito brasileiro.

2.3.3 Tentativa de controle do ativismo judicial no direito brasileiro

O objetivo da presente seção é analisar uma teoria da decisão judicial, com a finalidade de buscar uma alternativa de controle do ativismo judicial no sistema jurídico brasileiro – vez que o presente trabalho tem a postura de ver o ativismo como algo a ser controlado, em virtude da sua extrapolação dos limites legais. Assim, apresenta-se em ideias gerais a teoria da decisão

judicial de Ronald Dworkin.

O trecho a seguir direciona o caminho da presente pesquisa, uma vez renunciar à aplicação da lei do caso concreto, causa prejuízos à democracia:

O mais influente crítico das concepções céticas acerca da interpretação jurídica nas últimas décadas foi, de fato, o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, o qual desenvolveu uma original teoria interpretativa do direito, a qual ele designou de teoria do direito como integridade. [...] No âmbito da teoria da interpretação, Dworkin apresentou-se como um crítico consistente da discricionariedade judicial na interpretação do direito. [...] Em seus primeiros textos, o autor afirmou que o direito é composto não apenas de regras, mas também de princípios, que são normas cujo conteúdo normativo é definido por juízos de moralidade política. Em casos de lacuna ou de indeterminação do significado das regras, o juiz deve aplicar os princípios jurídicos e não decidir discricionariamente, como se fosse um legislador. A correta interpretação dos princípios por parte do juiz conduziria sempre a uma única resposta certa, extraída do interior do próprio sistema jurídico (DWORKIN, 1977 *apud* MELLO, 2016, p. 13).

No paradigma dworkiano, o julgador deve obrigatoriamente examinar de que forma a Constituição, a lei, os precedentes e as súmulas regulamentam direta ou indiretamente o caso concreto. Nesse sentido, o juiz não deve realizar uma interpretação além do que está previsto em um ordenamento jurídico, estando obrigado a justificar sua decisão como sendo a melhor interpretação possível do conjunto de regras, precedentes, princípios e valores que compõem um sistema jurídico (MELLO, 2018).

Em oposição à discricionariedade judicial, Dworkin (2002) lança a premissa da integridade do ordenamento – o direito como integridade. Assim, a justificação da fundamentação das decisões só faria sentido se entendida como compromisso das autoridades públicas, no caso o Poder Judiciário, de exercerem seu ofício de maneira consentânea com os preceitos constitucionais e legais, juntamente com toda a cadeia de precedentes que os antecede.

Afinal, os precedentes indicam a linha de entendimento do tribunal, e geram expectativas legítimas nos jurisdicionados a esse respeito. Em outros termos, eles podem ser considerados como os índices que revelam os níveis de integridade e coerência de cada ordenamento. Logo, as decisões que contrariam ou destoam dos precedentes devem conter fundamentação adicional³². Ou seja, especificamente voltada a justificar essa contrariedade (rompimento da integridade). Essa necessidade fica mais nítida quando estudada à luz da obra de Dworkin, que considera a integridade uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal. Trata-se de elemento que assegura coerência ao direito (ABBOUD, 2019).

³² Art. 93, IX, da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 2016b, p. 64).

Cumpra elucidar que esses conceitos de coerência e integridade são associados ao pensamento de Dworkin, que entende que, na medida do possível, casos semelhantes devem ter respostas jurídicas semelhantes. O intuito é preservar a igualdade, expressa na noção de que o Poder Público deve tratar aos seus cidadãos com igual consideração e respeito – ou seja, conectar as decisões a uma dimensão de moralidade (MOTTA; STRECK, 2016).

Nesse sentido, com base nessa teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin de que os juízes devem se sentir constrangidos por regras, princípios e precedentes judiciais, começa-se a pensar nos precedentes judiciais como uma forma de contenção do ativismo judicial no direito brasileiro. Marinoni (2019) sustenta que os juízes brasileiros passaram a exercer um papel que não é compatível com os princípios da *civil law*, em virtude do amplo poder que foi lhes dado.

Nesse sentido, foi apresentado no CPC de 2015 uma proposta de um novo paradigma quanto ao papel dos precedentes na aplicação e interpretação do Direito no Brasil – vez que, mesmo possuindo raízes em outros sistemas jurídicos, os precedentes foram inseridos no Código de Processo Civil e acabam, por consequência, ocupando um lugar na fundamentação da interpretação e aplicação das normas jurídicas nas decisões judiciais brasileiras. E, por se tratar de um instituto novo dentro de um sistema romano-germânico, uma das questões mais discutíveis de sua aplicação é a vinculação ou não dos juízes aos precedentes (GAVIÃO FILHO, 2016).

A formação dos precedentes, contudo, não é um processo simples, distinguindo-se da súmula tanto em seu processo de formação, quanto em sua estrutura e, principalmente, função. A adoção dos precedentes judiciais, portanto, embora desejável, não deve ser operada pela simples importação do instituto ao ordenamento pátrio, sob pena de deformar-se e desconstruir-se. Há necessidade de uma formação adequada do precedente judicial no Brasil para que sejam impostos limites ao ativismo judicial (BARBOSA; ROCHA, 2015).

Anizio Pires Gavião Filho (2016) explica que o CPC de 2015 trouxe, por meio dos precedentes judiciais, um papel central na justificação racional da interpretação e aplicação do Direito. Essas interpretações jurídicas baseadas em julgamentos passados dos tribunais possuem um peso argumentativo *prima facie*, de modo que por meio dos precedentes judiciais cumprem os requisitos da justificação externa e da coerência da fundamentação racional das decisões judiciais. Assim, as decisões judiciais deveriam seguir os precedentes judiciais, a fim de garantir a coerência, estabilidade, confiabilidade e segurança jurídica, estando unidos a argumentação jurídica e os precedentes judiciais.

Frise-se que o pensamento jurídico de Dworkin é muito mais profundo e complexo do que o abordado. Contudo, essa base teórica é o norte da presente dissertação, uma vez que é

analisado se esse novo sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro previsto no CPC de 2015 tem o condão de controlar o ativismo judicial no sistema jurídico brasileiro.

Desse modo, analisa-se o sistema de precedentes judiciais, proposto no CPC/15, a fim de trazer uma perspectiva acerca da sua aplicação e interpretação do direito, de modo que se faz necessário analisar a disposição normativa do Código de Processo Civil, os institutos provenientes da *common law*, de que forma potencializa ou não a igualdade, a segurança jurídica e a liberdade, e de que forma pode ser compreendido como um instrumento apto para controlar o ativismo judicial.

Portanto, o presente subcapítulo traçou o contexto histórico para a ascensão do fenômeno do ativismo judicial no mundo e no direito brasileiro, uma vez que um fato desencadeou o fato subsequente, razão pela qual falar em ativismo judicial, no contexto brasileiro atual, é algo natural, em virtude da sua propagação nos últimos anos.

3 PRECEDENTES JUDICIAIS

O presente capítulo tem como objetivo responder a algumas questões gradativamente, afim de saber se realmente existe um sistema de precedente judiciais no Brasil. Inicialmente, é analisado os sistemas jurídicos da *civil law* e *common law*, a fim de melhor compreender as particularidades de cada sistema e verificar como ocorreu a aproximação de ambos no sistema jurídico brasileiro. A partir dessa contextualização, há a possibilidade de analisar o sistema de precedentes judiciais inserido no CPC.

Busca-se analisar, com base numa interpretação sistemática do CPC/15, se o Código prevê corretamente o sistema de precedentes judiciais em comparação ao precedente genuíno da *common law*. Desse modo, é analisada a legislação propriamente dita, bem como de que forma a doutrina se posiciona sobre esse instituto no direito brasileiro, para, ao final, verificar se há realmente um sistema de precedentes judiciais previsto no CPC.

Ao final do capítulo, estuda-se os princípios da segurança jurídica e da igualdade, conceitos basilares para a efetivação de um Estado Democrático de Direito, bem como para a discussão do problema da pesquisa no capítulo 4.

3.1 SISTEMAS JURÍDICOS

A partir da apresentação do conceito de ativismo judicial, há o objetivo de encontrar uma solução para a prática nociva existente no direito brasileiro. Nessa perspectiva, a alternativa apresenta é o sistema de precedente judicial do CPC. Todavia, se faz necessário apresentar o caminho percorrido, não apenas do sistema jurídico da qual é proveniente o precedente judicial, qual seja, o sistema anglo-saxônico, mas, de igual forma, o sistema romano-germânico, no qual é o característico do direito brasileiro.

3.1.1 Sistema romano-germânico

Primeiramente, verifica-se a relação da família romano-germânico com o sistema brasileiro. Faz-se necessária, assim, uma abordagem histórica em relação à *civil law* antes de ingressar no direito brasileiro mais precisamente, para fins de uma maior clareza.

Ou seja, é necessário analisar, não apenas as suas principais características, mas os percalços do sistema romano-germânico, desde a atuação do Poder Judiciário até a forma de interpretação realizada pelos países vinculados a esse sistema.

Nessa perspectiva, o direito brasileiro é marcado por essa filiação ao sistema romano-germânico, na qual está principalmente assentado na lei, em que a lógica é do tipo dedutiva, pois da regra geral (lei) se deduz uma regra particular ao caso concreto (ROSITO, 2012). Percebe-se que, na família romano-germânica, as regras jurídicas são concebidas como normas de conduta, estreitamente vinculadas a preocupações de justiça e de moral, ao contrário do direito anglo-americano, mais inclinado a construir o direito sobre os problemas concretos que se apresentam (ZANETTI JUNIOR, 2019). Mas, tanto no sistema jurídico romano-germânico como no anglo-saxônico, o objetivo principal é que os casos iguais sejam decididos da mesma forma (ALVIM; DANTAS, 2017).

A formação da tradição jurídica romano-germânica tem como pilar o Direito Romano, em que as codificações possuíam um papel de extrema importância no sistema de *civil law*. Outro período relevante para a construção desse sistema foi a Revolução Francesa (MARINONI, 2010). Foi desenvolvido um modelo de Estado que pregava a separação dos poderes, em que ao juiz se reservava uma atividade cognitiva³³, incapaz de produzir direitos novos, aplicando apenas o texto legal aos casos levados ao Poder Judiciário. É por esse motivo que a figura do juiz foi retratada, à época, como a “boca da lei” (PUGLIESE, 2016).

Mauricio Ramires (2010) afirma que a função da motivação era o zelo pela observância da lei, limitando o arbítrio dos juízes e reafirmando a supremacia do legislativo. As decisões cujas motivações não se adequavam ao novo regime eram cassadas, e não por acaso, o Tribunal da França Revolucionária funcionava junto ao Poder Legislativo³⁴.

Picardi (2008) explica que, com base no princípio da separação dos poderes, o artigo 7º do título I do *Code Louis* previa a sujeição do juiz à lei. Verifica-se, portanto, uma tentativa de vincular os juízes ao texto da lei e, no caso de dúvida, o rei proibia, efetivamente, os juízes de interpretá-las. Pode-se dizer que a tentativa do *Code Louis* demonstra um exemplo significativo do projeto de impor um modelo de legislação sem jurisdição, que representa a ruptura com o modelo do direito comum, ou seja, a matriz da concepção do juiz *bouche de la loi*³⁵ e da interpretação mecânica da lei.

³³ “Para a solução cognitivista, a interpretação textual é – e de qualquer modo pode ser – uma atividade puramente cognoscitiva, que consiste em descobrir o “verdadeiro” (unívoco e determinado) significado das disposições legislativas ou em acertar a “verdadeira” (unívoca e determinada) vontade ou intenção do legislador – entendida ora como vontade subjetiva, histórico-psicológica, dos indivíduos que formularam e aprovaram as disposições (a voluntas ou mens legislatoris, que é o homólogo jurídico da literária intentio auctoris); ora como vontade objetiva, própria das disposições de lei e enquanto tal independente da vontade subjetiva dos legisladores transeuntes (a voluntas ou mens ou ratio ou sententiae legis, que é o homólogo jurídico da literária intentio operis); ora, confusamente, como vontade do legislador histórico, objetivada nas disposições de lei” (CHIASSONI, 2020, p. 33).

³⁴ Com mais profundidade, ver a obra de Piero Calamandrei, *La cassazione civile*.

³⁵ Com a profundidade que o tema merece, ver a obra de Montesquieu, *De l'esprit des lois*.

No ano de 1804, foi redigido o *Code Civil*, o qual estipulou que o juiz teria o dever de interpretar mesmo quando a lei fosse omissa, obscura. Ou seja, passa-se da vedação à interpretação ao dever de interpretar (MITIDIERO, 2017a).

Assim, o juiz aplicava o direito preexistente, tendo uma função declaratória da lei. Ocorre que a lei escrita tem lacunas e, cada vez mais, precisa ser interpretada (ALVIM; DANTAS, 2017). Há, também, situações problemáticas cuja solução não está prevista de modo específico na lei. Nesse sentido, percebe-se que a função judicial não se cinge a declarar o direito, mas há, hoje, a tendência a se reconhecer que, em certa dimensão, a cria.

Percebe-se que o paradigma racionalista adotado pelo sistema processual e a ilusão de que o juiz pudesse ser “a boca da lei”, herdados da Revolução Francesa, já não podem prevalecer (WELSCH, 2016). O texto legislativo, por melhor que seja, e mesmo o uso mais simples e preciso da linguagem legislativa sempre deixa lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz, permitindo ambiguidades e incertezas que devem ser resolvidas na via judiciária.

Um dos problemas que aparecem, diante dessa nova postura, é a possibilidade de os juízes modernos poderem interpretar as leis e preencher as cláusulas abertas de acordo com o caso concreto, causando insegurança, pois o jurisdicionado não é capaz de prever como será tuteladas suas relações jurídicas quando levadas ao Poder Judiciário. Ou seja, há o risco de se violar os preceitos da igualdade, uma vez que se admite a aplicação de regras diferentes para casos iguais (PUGLIESE, 2016).

É de extrema relevância a demonstração dos problemas de uma vinculação estrita a lei, bem como de um dever de interpretação, uma vez que é a principal fonte de direito na família romano-germânico, cuja investigação colabora para o desenvolvimento do direito no sistema da *civil law*.

Mitidiero contextualiza que, da supremacia da lei até o papel da interpretação judicial, constata-se “as marcas e contramarchas da tentativa de domesticação do poder pelo direito” (MITIDIERO, 2017a, p. 53). Ou seja, enquanto objetivo prover uma ordem jurídica segura em que todos possam ser livres e ser tratados de forma isonômica, tendo como principal referencial a legislação, a relação da interpretação da lei é o ponto chave tal efetivação.

Verifica-se que esse problema da interpretação apareceu em todos os ordenamentos jurídicos que utilizavam da lei como sua principal fonte de direito. Nesse sentido, o sistema jurídico brasileiro não foi diferente. Diante desses problemas da validade das leis e da interpretação dos juízes sobre essas cláusulas abertas, verifica-se uma evidente insegurança para o jurisdicionado.

Nessa perspectiva, o objetivo principal seria conter o papel do juiz criador do direito,

sendo o caso do sistema jurídico brasileiro, que aderiu a utilização do modelo da *civil law*, dando menos poderes ao juiz e um respeito ao texto da lei (BARBOSA; ROCHA, 2015). A filiação brasileira ao sistema romano-germânico elegeu a norma legal como a principal fonte valorativa das obrigações comissivas e omissivas (artigo 5º, inciso II da CF³⁶). Ainda que se possa controverter com razões essa filiação do direito brasileiro à *civil law*, é certo que a doutrina dominante assim o compreende (MITIDIERO, 2017a).

Fica claro, porém, o problema da interpretação e aplicação do direito, não apenas no direito francês, mas como um problema geral, cuja solução pode ser os “esforços de juristas de ambas as tradições”³⁷ (MITIDIERO, 2017a, p. 53) Abrem-se, portanto, as perspectivas apropriadas para o entrelaçamento das diferentes tradições jurídicas.

3.1.2 Sistema anglo-saxônico

Na mesma perspectiva da família romano-germânico, analisa-se o caminho histórico do sistema anglo-saxônico, a partir das suas características, porém, mais precisamente, em relação a função atribuída ao precedente judicial na aplicação do direito.

A tradição jurídica anglo-saxônica é muito mais recente do que a romano-germânica, em que não seria necessário um código que a orientasse. A concepção de Direito não escrito e costumeiro tomou corpo, a ponto que a Constituição inglesa não é escrita, mas fundada nos princípios e ideais da *common law*.

Outro fato que merece destaque é o de que não há, na origem da *common law*, qualquer referência aos precedentes judiciais. Já no início do século XVII, os precedentes ganharam maior importância, no entanto sem serem considerados vinculantes pelos juízes e tribunais³⁸. Apenas no século XVIII surge a moderna doutrina dos precedentes (PUGLIESE, 2016).

O sistema da *common law* (anglo-americano) é baseado em precedentes judiciais, em que, tradicionalmente, a lógica judiciária é indutiva. Ou seja: de casos individuais, extrai-se uma regra geral a ser aplicada para casos futuros (ROSITO, 2012).

Historicamente, o precedente judicial tem origem tanto no direito inglês quanto no direito estadunidense. Aqui, é dada maior ênfase às origens no direito inglês, uma vez que esse

³⁶ “[N]inguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 2016b, p. 13).

³⁷ Mitidiero (2017a) sustenta a preocupação da doutrina, nos Novecentos, em relação ao significado da interpretação, em virtude da complexidade do direito, razão pela qual entende que há a necessidade de haver uma aproximação de juristas de diferentes tradições, em busca da melhor solução para a aplicação do direito.

³⁸ Sobre o tema, ver a obra de Neil Duxbury, *The Nature and authority of precedent*.

observa, ainda hoje, uma versão mais rígida do que aquela existente no direito estadunidense (MITIDIERO, 2017a).

O precedente possui uma função original como ilustrativa, na qual encontra-se na origem do *Case Law*. O direito inglês forma-se a partir do caso e os precedentes o ilustram para explicar o direito nas decisões judiciais, assumindo, logo em seguida, o papel de fonte auxiliar para o ensino jurídico (CRUZ E TUCCI, 2004). Assim, a primeira forma de utilização do precedente foi como uma função ilustrativa, na qual servia como um recurso demonstrativo do Direito que os juízes citavam em suas decisões – portanto, não funcionavam propriamente como critérios decisórios, como normas, mas sim com elementos oriundos da experiência judicial capazes de refletir o *Common Law* (DUXBURY, 2008). Portanto, a prática de citar precedentes para ilustrar a natureza do direito denota uma visão da decisão judicial dotada de um caráter meramente declaratório (GIORDI JÚNIOR, 2017), o que ocorria também nos Estados Unidos.

Apenas nos séculos XVI e XVII os precedentes incorporam um papel concernente ao processo de tomada de decisão judicial. A partir daí, o precedente começa a servir de critério para decisão do caso, adquirindo uma função persuasiva – desde que não sejam contrários ao Direito – e passam a ser recolhidos em *named reports*. Nesse sentido, o precedente persuasivo³⁹ – pelas suas razões – deveria convencer o juízo a respeito da bondade da sua solução para o caso (POSTEMA, 2003, p. 12-13 *apud* MITIDIERO, 2017a).

Os precedentes persuasivos possuíam coletâneas de jurisprudência feitas por particulares (como Edward Coke, tido como o fundador da moderna teoria do precedente judicial) e possibilitava aos julgadores ampla discricionariedade em acolher ou não um determinado precedente judicial (WELSCH, 2016). Ocorre que o precedente persuasivo não chegava a constituir efetivamente uma norma propriamente dita, na medida em que estava em mãos dos juízes superiores. Mesmo reconhecendo que o precedente se amoldava ao caso, era negada a sua aplicação para a solução do caso (MITIDIERO, 2017a).

É por essa razão que a doutrina chega à conclusão de que a doutrina do precedente persuasivo se resume à oferta de uma escolha⁴⁰ totalmente livre ao juiz. Essa forma de aplicação dos precedentes não gera qualquer segurança para um sistema jurídico, mas apenas um sentimento ilusório.

³⁹ Outro aspecto importante é o fato de que, nessa época, não havia criação do direito pelos juízes; ou seja, eles apenas provavam a existência de um direito preexistentes (juízes “*oracles of the law*”).

⁴⁰ Sobre o assunto, Blackstone (1979, p. 70 *apud* MITIDIERO, 2017a) comenta que “*precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust*”. Ou seja, o precedente – pelas suas razões – deveria convencer o juízo a respeito da bondade da sua solução para o caso.

O precedente passa da persuasão à vinculação⁴¹ ao longo do século XIX. Contudo, a partir daí outro problema se coloca: o de saber quais os precedentes que gozariam de autoridade e que, portanto, deveriam ser necessariamente reportados. Com a passagem para os precedentes vinculantes, foi criado um órgão semioficial encarregado de editar os *reports* que, desde 1897, obedece aos mesmos critérios de seleção dos julgados (WELSCH, 2016).

Outra característica importante, conforme elucidam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas (2017), é o *judge made law* como a principal característica da decisão judicial. Ou seja, extrai-se a norma jurídica da fundamentação dos juízes, de modo que o direito nasce no bojo das decisões dos juízes.

Destaca-se que a obrigatoriedade da observância dos precedentes às cortes hierarquicamente inferiores foi estabelecida pelo Direito inglês somente a partir de 1898, no caso *London Tramways Co. vs. London County Council* (Appeal Cases 375). A partir desse julgado, entendeu-se que as decisões da Câmara dos Lordes vinculam, além de todos os outros tribunais, também a si própria (DUXBURY, 2008, p. 42 *apud* MITIDIERO, 2017a). É um reconhecimento quanto à obrigatoriedade⁴² dos precedentes (ROSITO, 2012).

Mitidiero (2017a, p. 41) explica essa passagem do caráter persuasivo do precedente ao caráter vinculante, uma vez que

testemunha não apenas a evolução da cultura jurídica inglês, mas também, busca explicar a compreensão do precedente como razão persuasiva, como prova da existência do *common law*, ao precedente como razão excludente, como expressão do significado do direito. Desfaz-se o mito da teoria declaratória da jurisdição e dos juízes como simples oráculos do direito em favor da percepção de que o direito é fruto de uma prática interpretativa a partir de fontes dotadas de autoridade. Surge a partir disso a necessidade de dar conta de processos interpretativos e aplicativos dinâmicos da ordem jurídica, o que leva à busca por soluções capazes de resolver a crise de segurança evidenciada pela complexidade do direito, sentida principalmente no momento da sua interpretação e aplicação.

Verifica-se, portanto, a preocupação, em ambos os sistemas, com a efetivação dos princípios da segurança jurídica, da liberdade da e igualdade, em virtude da aplicação e da interpretação do direito. A maior diferença entre as tradições é que a preocupação dos juízes anglo-saxônicos é com o caso, e não com o código; na *civil law*, os juízes dão maior importância à lei, buscando aplicá-la a um caso concreto. Os magistrados da *commow law*, ao inverso,

⁴¹ Jeremy Bentham e John Austin são dois dos principais doutrinadores a respeito do caráter vinculante dos precedentes judiciais no direito inglês.

⁴² Com o caráter vinculante dos precedentes, promove-se a segurança jurídica. De outro lado, percebeu-se que os precedentes poderiam inviabilizar o desenvolvimento do direito. Nesse sentido, a *House of Lords* entendeu a possibilidade de superar os seus precedentes em determinadas situações (DUXBURY, 2008).

examinam o caso e aplicam uma regra para solucioná-lo da melhor forma possível. Logo, a principal disparidade é o método utilizado para a solução de uma determinada questão.

Portanto, se em ambos os sistemas jurídicos há a preocupação com a igualdade, a liberdade e a segurança, é necessário verificar quais são os meios para a efetivação de uma ordem jurídica segura e confiável. No Brasil, por esse possuir raízes no sistema romano-germânico, sempre houve a confiança na lei. Contudo, é importante trabalhar a aproximação do sistema da *common law* no direito brasileiro, o que ocorreu, gradativamente, até a inserção dos precedentes judiciais no CPC de 2015.

3.1.3 Evolução dos precedentes judiciais no Brasil

Após a apresentação dos sistemas jurídicos, é de extrema importância demonstrar como vem sendo realizada essa aproximação do sistema da *common law* no sistema jurídico brasileiro, conseqüentemente, como vem evoluindo a jurisprudência⁴³ como fonte de direito. Ainda, mais recentemente, como se mostra a ideia de um sistema de precedentes no direito nacional.

A jurisprudência possui um papel no direito brasileiro como fonte do direito⁴⁴, podendo ser caracterizado como uma fonte secundária, reflexa ou indireta – diversa, pois, daquela imanente à forma de expressão principal do Direito, qual seja, a lei (MANCUSO, 2019). A aproximação dos sistemas *common law* e *civil law* que se tem verificado nas últimas décadas torna frequente as análises comparadas sobre um ou outro instituto, seus efeitos e as possibilidades de migração de institutos de um sistema no outro. Assim também ocorre com os precedentes judiciais.

Dierle Nunes, Rafaela Lacerda e Newton Miranda sustentam que, até o fim do segundo pós-guerra, prevalecia, no Brasil, uma noção positivista das fontes do Direito, em que a lei era uma diretriz suprema, de modo que cabia ao julgador apenas aplicá-la sistemática e dogmaticamente. Mais precisamente, “com o fim da segunda guerra, emergiu uma nova doutrina pós-positivista que afirma a existência de valores supralegais, que superaram a mera

⁴³ Não apenas no Brasil, como também na Itália e França, a principal fonte de direito é a lei. Contudo, conforme demonstrado no capítulo 2, a 2ª Guerra Mundial modificou a maneira pela qual atuavam os juízes e tribunais, bem como demonstrou que as relações entre a jurisprudência e as fontes de direito são muito mais complexas (PICARDI, 2008).

⁴⁴ Em face da evolução do direito brasileiro, pode-se enquadrar a jurisprudência como fonte do Direito, mas sem deixar de mencionar todo o debate doutrinário em relação a sua caracterização como tal (MANCUSO, 2019). Nesse sentido, ver as obras de Cândido Rangel Dinamarco (Instituições de direito processual civil) e José Maria Rosa Tesheiner (Poder Judiciário), dentre outros.

aplicação fria da letra da lei, de modo que foi suplantada a concepção de que o legislativo dita o que será reproduzido pelo julgador, afirmando-se desse modo a discricionariedade judicial na aplicação da lei. Assim, após o surgimento de tal doutrina, observou-se uma constante valorização dos julgados dos Tribunais como elemento persuasivo nas decisões judiciais” (2013, p. 193)

Antes mesmo do CPC de 2015, algumas alterações já haviam sido realizadas na legislação infraconstitucional, a fim de receber alguns provimentos com caráter vinculante no sistema jurídico brasileiro. Esses movimentos demonstravam um indício de uma aproximação de aspectos inerentes à família da *common law* no Brasil.

Nessa perspectiva, Patrícia Perrone salienta que a aproximação ao sistema da *common law* não constitui uma abrupta ruptura com a tradição brasileira de direito estatutário, pelo contrário, resulta de um processo lento e paulatino (MELLO, 2005).

Nesse sentido, modificações legislativas foram sendo paulatinamente introduzidas e ampliadas. Em 1995, a Lei 9.139 modificou a redação do artigo 557 do CPC de 1973 que, na sua redação original, previa, em caso de manifesta improcedência, a possibilidade de decisão monocrática indeferitória, para permitir que o Relator pudesse, nos recursos em geral, negar seguimento se a pretensão fosse contrária a súmula do Tribunal ou de Tribunal Superior. (MENDES, 2017).

Em seguida, ainda no período de sua vigência, o CPC de 1973 assistiu à instituição de súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional 45 de 2004 (artigo 103-A, CF). Essas passaram a ter uma função de determinação de conteúdo das decisões judiciais, deixando de conter orientações apenas para os Ministros do próprio STF – veiculam normas para todo o Poder Judiciário e para toda a Administração Pública (MITIDIERO, 2017a).

Outro exemplo, por meio da Lei 11.418/2006, foi o procedimento especial para julgamento de recursos repetitivos que versassem sobre uma mesma controvérsia. Previu-se que dois ou mais recursos representativos da controvérsia seriam remetidos aos tribunais superiores para apreciação, ficando os demais sobrestados até que a Corte decidisse a matéria. O procedimento para julgamento de recursos repetitivos partia, portanto, do pressuposto de que as decisões dos tribunais superiores nos casos paradigmas seriam necessariamente observados pelos demais órgãos judiciais (MELLO, 2017).

Pode-se chegar à conclusão de que, na evolução histórica na legislação brasileira, a jurisprudência foi com frequência referida nos julgamentos e, por diversas vezes na prática forense, era possível se deparar com julgamentos que substituíam o raciocínio das

fundamentações por mera invocação de julgados⁴⁵ (SILVA, 2017). Dessa forma, a jurisprudência servia para ilustrar idêntico julgamento que, com base nas disposições legislativas, já havia sido proferido.

Naturalmente, com uma força maior das súmulas e jurisprudência, caiu o direito brasileiro sob a influência da *common law*, o que, conseqüentemente, gerou na doutrina a defesa da adoção de um sistema de precedentes vinculantes no sistema jurídico pátrio. E, apesar de o Brasil filiar-se à família do *civil law*, houve, a partir da República, uma aproximação entre os dois sistemas jurídicos, em especial pela influência dos Estados Unidos da América. Isso foi representado pela adoção de diversas medidas, a saber: forma federativa de Estado, modulação do STF, sistema de jurisdição una (sem contencioso administrativo) e utilização de remédios constitucionais para defesa das liberdades (*writs*) (WELSCH, 2016).

Conforme explica Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 55)⁴⁶, há essa aproximação especialmente em relação à função jurisdicional:

Não há dúvida que o papel do atual juiz do *civil law*, especialmente, o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a realizada pelo juiz americano.

Antes da vigência do CPC de 2015, os recursos e as súmulas contavam com um traço repressivo: visavam compor as divergências ou controlar a equivocada aplicação do direito, tendo como função primordial a uniformidade. Contudo, com a evolução dos mecanismos existentes no CPC/73, chama-se a atenção para a mudança para o acolhimento também de um traço preventivo.

Isso porque a instituição do incidente de uniformização de jurisprudência (artigo 473 do CPC/73) outorgou poderes aos relatores dos recursos para realizarem julgamentos monocráticos fundada em jurisprudência dominante e em súmulas (artigo 557); permitiu julgamentos liminares de improcedência (artigo 285-A) e o não recebimento de recursos de apelação quando a sentença recorrida estivesse fundada em súmulas impeditivas de recursos (artigo 518, parágrafo 1º). Todos esses mecanismos demonstram a transformação das súmulas e da jurisprudência, incorporando funções preventivas (MITIDIERO, 2017a).

A par dessa mudança, sem deixar de lado técnicas repressivas, o CPC de 2015 aparece

⁴⁵ Sobre o tema, ver o que consta no capítulo de José Carlos Barbosa Moreira (*Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos*) na obra *Temas de direito processual*.

⁴⁶ Marinoni foi o precursor do estudo e defesa dos precedentes vinculantes no direito brasileiro. Segundo o autor, o modelo do *civil law* teve a sua natureza transformada com o passar do tempo, em virtude do constitucionalismo no direito brasileiro, cuja supremacia está na Constituição Federal (MARINONI, 2009b).

em outro quadro teórico, em virtude da “proeminência de técnicas preventivas em detrimento de repressivas para outorgar unidade ao direito” (MITIDIERO, 2017a, p. 73)⁴⁷.

Pode-se dizer, portanto, que na entrada em vigor do CPC de 2015 restou consagrada maior ênfase aos temas relacionados ao direito jurisprudencial. Contudo, a valorização do assunto não surgiu de uma hora para outra no direito brasileiro (SILVA, 2017).

Aqui, merece destaque que alguns autores se referem ao direito jurisprudencial como sinônimo de precedente judicial, o que não se sustenta na presente dissertação, em virtude da sua clara diferenciação exposta pela doutrina brasileira (MITIDIERO, 2017; ZANETTI JUNIOR, 2019). Inclusive, aponta-se como tendência contemporânea do Direito Processual Civil brasileiro a absorção de maiores conhecimentos e de mais institutos inerentes ao sistema da *commom law*, podendo-se incluir nesse contexto os precedentes judiciais (ROSITO, 2012).

Esse histórico deixa claro que a evolução no direito brasileiro na direção da adoção de precedentes tem se manifestado como uma tendência progressiva e constante. Mas foi o CPC de 2015, em seu artigo 927⁴⁸, que passou a prever legislativamente a matéria e estipulando que esses deverão ser observados pelos juízes e tribunais no momento da decisão judicial.

O novo CPC, ao instituir um regime legal de respeito a precedentes judiciais, tem como objetivo dar efetividade ao disposto no artigo 926, *caput*, e aos princípios constitucionais da ordem jurídica (legalidade, segurança jurídica, igualdade e proteção da confiança), buscando uma racionalização do sistema de distribuição de justiça (MARINONI, 2016). Esses princípios estão diretamente relacionados ao Estado de Direito, podendo ser efetivados com a uniformização das decisões (FREIRE, 2017).

Isso quer dizer que o sistema de precedentes judiciais visa a promover um estado de coisas seguro – que de seu turno pretende viabilizar a autodeterminação pessoal e o tratamento isonômico. A necessidade de segurança jurídica e de igualdade é pacífica na doutrina da *common law* – que desde a percepção do decisivo papel do juiz na definição do direito teve que se preocupar com o resultado da interpretação judicial (MITIDIERO, 2017a).

⁴⁷ Sobre o tema, a doutrina sustenta, com base numa interpretação sistemática do CPC/15, uma separação de funções entre as cortes de vértices (tribunais superiores) e as cortes de justiça (tribunais de segundo grau e juízes de primeiro grau). Isso é mais bem analisado no capítulo 4 da presente dissertação, assim como detalhes da evolução da interpretação e aplicação do direito.

⁴⁸ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (BRASIL, 2016a, p. 927).

A necessidade de previsibilidade – que se desdobra em confiança legítima por parte do cidadão em relação aos órgãos de administração da justiça – e de segurança jurídica – consistente no maior grau de certeza possível sobre o que é o direito, permitindo aos cidadãos exercerem suas liberdades mediante tráfegos econômicos e sociais tutelados pelo direito – obriga que tradições jurídicas fundadas na legalidade disciplinem claramente na lei qual é a força normativa dos precedentes, dando conteúdo formal à vinculatividade das decisões dos tribunais (ZANETTI JUNIOR, 2015).

Nesse prisma, percebe-se que o CPC de 2015 vem apostando nos precedentes judiciais como uma forma de garantir os princípios constitucionais (MITIDIERO, 2017a, p. 81):

Sendo parte integrante do ordenamento jurídico, o precedente deve ser levado em consideração como parâmetro necessário para aferição da igualdade de todos perante a ordem jurídica, para conformação do espaço de liberdade de cada um e para a densificação da segurança jurídica. Isso implica que casos iguais sejam tratados de forma igual por todos os órgãos jurisdicionais a partir do conteúdo dos precedentes e que a exigência de cognoscibilidade inerente a segurança jurídica leve em consideração o processo de interpretação judicial do Direito e do seu resultado.

A teoria dos precedentes surge, assim, como um necessário elemento para dar estabilidade e uniformidade às decisões judiciais. De certa forma, o entrelaçamento das famílias da *civil law* e *common law* a partir da ascensão do constitucionalismo no sistema jurídico brasileiro demonstra a busca pela melhora na prestação jurisdicional. Todo esse caminho percorrido antes do CPC/15 e, atualmente, com sua vigência, teve como finalidade satisfazer os princípios da igualdade, liberdade e segurança jurídica.

Essa compreensão já foi assimilada há muito tempo na *common law*. Agora falta a *civil law* reconhecer que o precedente é um instrumento indispensável (ROSITO, 2012). Por essa razão, o tópico seguinte da presente dissertação analisa o crescimento do precedente judicial nos últimos anos no direito brasileiro.

3.2 COMO FUNCIONA O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

Diante da inserção dos precedentes judiciais no CPC de 2015, o tema ficou em evidente discussão no cenário jurídico brasileiro, pois podem ser pensados como uma forma de controlar o ativismo judicial. Nesse sentido, há a necessidade de analisar como funciona ou como deveria funcionar um sistema de precedentes judiciais nacional, cujo objetivo é a melhora na prestação jurisdicional e a efetivação dos princípios já dispostos, bem como se há alguma equiparação com o precedente genuíno da *common law*.

Essa necessidade se torna clarividente tendo em vista a disposição utilizada pelo CPC em seu texto, uma vez que, em algumas passagens, efetivou conceitos utilizados pelos precedentes e em outros deixou, de certa forma, a desejar. Ou seja, analisa-se se há um sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro, com uma atenção principal aos seguintes pontos: precedente e jurisprudência são conceitos distintos, que não se deve relacionar, em razão da sua diferença quantitativa; precedente e decisão judicial possuem âmbitos opostos – enquanto o primeiro busca a unidade do direito, a segunda postula a decisão do caso concreto; o que efetivamente deve vincular de um precedente judicial é a *ratio decidendi*, não podendo esse se confundir com tese jurídica, coisa julgada etc.; e, por fim, o precedente judicial deve ser utilizado para a busca da unidade do direito, todavia, em nada se relaciona esse instituto com a necessidade de casos repetitivos, sendo sua eficácia vinculante em virtude dessa atribuição dada aos tribunais superiores pela CF.

Esses fatores acima demonstram aspectos importantes dos precedentes judiciais. Contudo, é necessário analisar como efetivamente funcionaria um sistema de precedentes judiciais, e se há, na prática, tal modelo no direito brasileiro. Tal se vincula ao objetivo final da presente dissertação: verificar se é possível ou não controlar o ativismo judicial.

3.2.1 Conceito e delimitação do precedente judicial

Daniel Mitidiero (2017a, p. 89-90), um dos principais defensores da aplicação dos precedentes no direito brasileiro, os conceitua da seguinte maneira:

Precedentes são razões jurídicas necessárias e suficientes para solução de uma questão devidamente precisada do ponto de vista fático-jurídico obtidas por força de generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos pela unanimidade ou pela maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema⁴⁹. Daí que o conceito de precedente é um conceito qualitativo, material e funcional. Dele promana sempre eficácia vinculante.

Nesse sentido, explica, mais precisamente, que o precedente é um conceito qualitativo “porque depende da qualidade das razões utilizadas para a justificação da questão decidida – apenas as razões jurídicas, necessárias e suficientes podem ser qualificadas como precedentes”. É um conceito material, porque depende de um caso devidamente delineado, particularizado e analisado em seus aspectos fático-jurídicos – os precedentes operam sobre fatos que delimitam

⁴⁹ Para mais profundidade sobre o tema, ver a obra de Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*.

o contexto fático-jurídico a partir do qual surgiram. Ou seja, os precedentes não se operam sem referência a fatos. “E é funcional, porque depende da função do órgão jurisdicional no qual são proferidos” (MITIDIERO, 2017a, p. 90-91).

Nessa perspectiva, o precedente judicial não se confunde com costume, decisão judicial, jurisprudência ou com coisa julgada (WELSCH, 2016), não tendo o CPC se atentando para isso. Isso porque não é toda decisão judicial que não se consubstancia em um precedente; que ocorre apenas quando a decisão é dotada de determinadas características⁵⁰, sobretudo a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados, isto é, de servir como modelo de decisão para casos análogos.

Mitidiero (2017a), Marinoni (2019), Welsch (2016) sugerem que há uma diferença entre decisão judicial⁵¹ e precedente judicial⁵², mais precisamente, em relação a quem é destinado o discurso das suas razões: para a sociedade ou para o caso. A decisão judicial constitui direito fundamental da parte e compõe o núcleo duro do direito ao processo justo (artigos 5º, inciso LIV, e 93, inciso IX, da CF). O segundo é de ordem institucional, está estruturado para promover a unidade do direito e visa à realização da segurança jurídica, da igualdade e da coerência normativa (MITIDIERO, 2012).

Marinoni (2019, p. 115) explica que todo precedente advém de uma decisão, mas nem toda decisão forma um precedente. É necessário que a decisão trate de questão de direito (e não se matéria de fato), mas não se limite a afirmar o enunciado da lei; é necessário que inove, interpretando a lei e enfrentando os principais argumentos relativos à questão de direito: “é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”.

Por outro lado, há quem sustente que toda decisão judicial constitui uma norma para o caso concreto e um precedente para os casos futuros (BRAGA; DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2014). Nada obstante, não há sentido em confundir precedente com decisões de mera aplicação de lei ou de reafirmação de casos-precedentes (ZANETTI JUNIOR, 2019).

É esse o ponto chave da diferenciação do precedente judicial para as demais decisões

⁵⁰ Marinoni (2017a), em sua obra, apresenta requisitos para a melhor adequação de uma decisão em precedente judicial.

⁵¹ Para a adequada solução dos problemas suscitados pela fundamentação das decisões judiciais, a doutrina utiliza institutos próprios da tradição romano-canônica. O discurso jurídico que se realiza a partir da decisão judicial é um discurso que alça mão de conceitos como norma, princípio, regra, postulado, cláusulas gerais, conceitos indeterminados, alegações de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos de direito (MITIDIERO, 2012).

⁵² Outra diferença substancial se refere ao fato de que a *ratio decidendi* não é sinônimo de fundamentação, nem de raciocínio jurídico. A fundamentação diz com o caso particular. Por sua vez, a *ratio decidendi* refere-se à unidade do direito (MITIDIERO, 2012).

judiciais. No precedente judicial se fala em *ratio decidendi*, *obiter dictum*, questões relevantes, distinções, superações, transformações, reescritas e sinalização, enquanto, na perspectiva do caso, se fala em causa de pedir, em fatos essenciais e fatos não essenciais, fundamentação, dispositivo, coisa julgada, exemplos esse, que delimitam, claramente, a perspectiva de cada um: do precedente judicial, para a unidade do direito, e, da decisão judicial, para o caso concreto (MITIDIERO, 2012).

Outra diferenciação apresentada, para qualificar o conceito de precedente judicial no sistema jurídico brasileiro é entre precedente e jurisprudência. A expressão “direito jurisprudencial” é de uso habitual nos países de tradição de *civil law*. Essa expressão se refere ao uso reiterado de decisões judiciais, como exemplo do que os tribunais estão decidindo, indicando uma linha de entendimento desses. Nos países de tradição de *civil law*, a jurisprudência não possui força vinculante de uma fonte formal e primária. Precedentes judiciais não se confundem com direito jurisprudencial entendido como repetição de decisões reiteradas (ZANETTI JUNIOR, 2019).

Nesse contexto, Mitidiero explica que jurisprudência e precedentes revelam dois⁵³ caminhos distintos trilhados pelo direito brasileiro à procura de uma solução para o problema da vinculação ao direito. A jurisprudência possui relação com as Cortes de Justiça – exercer controle retrospectivo sobre as causas decididas em primeira instância e uniformizar a jurisprudência –, e os precedentes, com as Cortes Supremas – outorgar uma interpretação retrospectiva e dar unidade ao direito (2014b).

O precedente fornece uma regra universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Já o emprego da jurisprudência tem características bastante diversas. Primeiramente, falta uma análise comparativa dos fatos, ao menos na maioria dos casos. A característica mais importante dos enunciados é que se trata de formulações verbais, concentradas em uma ou em poucas frases, que têm por objeto regras jurídicas (PEIXOTO, 2019).

Ainda mais, não há como confundir jurisprudência e precedente judicial, uma vez que o último obriga o próprio tribunal que decidiu, sendo este tão responsável quanto as cortes inferiores por sua manutenção e estabilidade. A jurisprudência atua de forma persuasiva, de modo que não se pode falar em precedentes persuasivos, em virtude da sua natureza vinculante, ou seja, obrigatória (ZANETTI JUNIOR, 2019).

⁵³ Esse tema é mais bem explorado no capítulo 4.

Michelle Taruffo (2011, p. 2) esclarece essa diferença:

Existe, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – quantitativo. Quando se fala do precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas do tipo semântico. O fato é que nos sistemas que se fundam tradicionalmente e tipicamente sobre o precedente, em regra a decisão que se assume como precedente é uma só; ademais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio do precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão de verdade “faz precedente”. Ao contrário, nos sistemas, como o direito brasileiro, nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes, são dúzias ou até mesmo centenas, ainda que nem todas venham expressamente citadas. Isso implica várias consequências, dentre as quais a dificuldade – frequentemente de difícil superação – de estabelecer qual seja a decisão que verdadeiramente é relevante (se houver uma) ou então de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma. Apesar disso, como frequentemente acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que permite, assim, identificar uma diferença qualitativa entre precedente e jurisprudência.

Ocorre que o CPC de 2015 apresenta conceitos como precedentes, jurisprudência uniformizadora e jurisprudência. Se o conceito de precedente pode ser visto a partir de um prisma unitário no sistema jurídico brasileiro (MITIDIERO, 2017a), há necessidade de distinguir, em virtude de uma nova forma de classificação, o conceito de jurisprudência e jurisprudência uniformizadora, em que ambos, frise-se, não se confundem com o precedente judicial.

Nada obstante, há quem sustente que a jurisprudência uniformizadora, mais precisamente, os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, podem ser equiparados a precedentes judiciais. Isso porque o CPC equipou o sistema processual civil brasileiro com métodos de julgamento de causas repetitivas no objetivo de gerar uma única decisão, tida como um precedente, capaz de conduzir a uniformidade da jurisprudência (CIMARDI, 2015). Inclusive, o legislador expressamente determina que a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas é propositadamente um precedente, uma vez que seu objetivo é fixar uma tese que será adotada pelos julgadores vinculados⁵⁴ ao tribunal. Essa foi a opção adotada pelo legislador brasileiro, o que está claro no seu desenho estrutural e na eficácia obtida com a decisão (TEMER, 2018).

Luiz Guilherme Marinoni (2015), porém, critica fortemente a posição daqueles que

⁵⁴ Câmara (2017) explica que, no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, existe a expressa previsão legal em lei da eficácia vinculante da decisão judicial, somado ao fato do referido incidente ter sido desenvolvido especificamente.

defendem que a decisão obtida no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas é um precedente judicial, pois é um processo em que se discute exclusivamente uma questão prejudicial à solução de casos pendentes. Por isso, está longe de poder ser considerada um precedente, pois esse atribui sentido ao direito e, consequentemente, regula a vida em sociedade e obriga os demais julgadores.

Nesse sentido, o compromisso do incidente de resolução de demandas repetitivas não é com o sistema de precedentes, mas, sim, com a estabilidade da coisa julgada. Isso porque o instituto não está preocupado com a evolução do direito, mas sim em gerar previsibilidade e isonomia, para então reduzir a quantidade de demandas presentes no Judiciário, se afastando da racionalidade própria da teoria dos precedentes (ARENHART; PEREIRA, 2018).

O artigo 926 do CPC alude genericamente à jurisprudência, sem se preocupar com eventuais distinções que podem existir entre os termos jurisprudência e precedentes. Contudo, frise-se que são conceitos que não podem ser confundidos, em razão da diferença de perspectivas, e, ainda mais, porque o legislador procurou ressignificar a jurisprudência por meio dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, rompendo com o conceito tradicional de jurisprudência, bem como introduzindo os precedentes no código (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Por fim, salienta-se outra diferenciação do precedente judicial, mais precisamente, em relação a súmula. Nesse contexto, Mitidiero sustenta que “precedentes e súmulas estão em níveis distintos” (2017a, p. 93), ou seja, as súmulas buscam retratar de modo simples e direto os precedentes. Contudo, não se pode confundir ambos institutos, uma vez que não são as súmulas que obrigam, mas sim os precedentes.

Portanto, foi analisado a relação do precedente judicial com os demais institutos do CPC/15. Alguns autores sustentam a diferenciação do precedente com jurisprudência, coisa julgada, decisão judicial e súmula. Em sentido contrário, parte da doutrina compreende que jurisprudência e precedente se confundem, uma vez que buscam controlar os casos de massa.

Na presente dissertação, possui-se o escopo de apresentar o precedente judicial como uma norma para dar unidade ao direito, desse modo, não se pode confundir os termos jurisprudência, decisão judicial, coisa julgada e súmula com precedente judicial, uma vez que não encontram qualquer similaridade. Esse deve ser o entendimento no direito brasileiro, em que pese o CPC não ter sido claro em sua redação.

3.2.2 Elementos do precedente judicial

Em relação aos elementos formadores, o precedente judicial é constituído por duas partes: (a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e (b) a *ratio decidendi*⁵⁵ (WELSCH, 2016).

Insta salientar que a *ratio decidendi* da *common law* é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, ou seja, da fundamentação, do dispositivo e do relatório, possuindo força obrigatória diante do sistema do *stare decisis*. Assim, realizar a identificação da *ratio decidendi* é essencial para a dinâmica dos precedentes, uma vez que é a única parte da decisão judicial que determinará o julgamento dos casos futuros. Em termos práticos, a *ratio decidendi* constitui a resposta que o Poder Judiciário irá dar às partes do caso, sendo essa razão da decisão e os fundamentos utilizados, o que forma o precedente judicial (MARINONI, 2016).

Ela é o resultado de uma generalização das razões invocadas pela corte que julgou o caso, devidamente apreendido pelo juiz ou pela corte que deve julgar o novo caso. Aplicar um precedente envolve, portanto, comparação entre casos. Não por outra razão normalmente se alude à analogia como elemento essencial do raciocínio jurídico de um sistema de precedentes, demandando a individualização dos pressupostos fático-jurídicos essenciais que dão vida aos casos e a busca por semelhanças ou distinções relevantes (MITIDIERO, 2017a).

Em outras palavras, constitui-se na razão jurídica ou nos fundamentos determinantes da decisão, o que não representa um preceito abstrato, senão uma regra ou princípio jurídico ditado pela controvérsia concreta. Alerta-se que não se pode confundir *ratio decidendi* com o dispositivo da sentença ou do acórdão.

Ocorre que os parágrafos 2º e 4º⁵⁶ do artigo 927 do CPC se referem à “tese jurídica” como o objeto vinculante dos precedentes judiciais. Contudo, conforme preceitua Ferraz (2017, p. 436), não se deve confundir a

tese jurídica, que vem sendo retirada ao final dos julgamentos dos recursos repetitivos, e a *ratio decidendi* dos precedentes. A primeira vem sendo construída como um preceito genérico e abstrato, semelhante à lei, que proclama o resultado de um julgamento, com a expectativa de ampla aplicabilidade a casos onde a mesma questão tenha sido suscitada.

⁵⁵ A expressão *ratio decidendi* é tradicional do direito inglês, ao passo que a expressão *holding* é mais usual no direito estadunidense (DUXBURY, 2008).

⁵⁶ “§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.” (BRASIL, 2016a, p. 172-173).

O sistema jurídico brasileiro utiliza os precedentes judiciais e coloca em prática a previsão normativa do legislador, ou seja, define teses jurídicas vinculantes. Ocorre que se encontra errada essa premissa, tendo em vista que vincula realmente é a fundamentação da decisão, ou seja, a *ratio decidendi*.

E a eficácia vinculante dos precedentes é a *ratio decidendi*. Logo, ela não pode se limitar ao dispositivo da decisão ou a tese jurídica. Só há sentido em falar em eficácia vinculante quando se pretende dar estabilidade e força obrigatória à *ratio decidendi*. Afinal, é a sua aplicação uniforme – e não o respeito exclusivo à parte dispositiva – que garante a previsibilidade e a igualdade de tratamento perante a jurisdição, dando-se efetividade ao postulado de que casos semelhantes devem ser tratados de igual modo (MARINONI, 2019).

O respeito à *ratio decidendi* constitui fidelidade ao precedente, sendo o respeito às razões necessárias e suficientes empregadas pelo STF e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) para solução de uma determinada questão de um caso (MITIDIERO, 2017b). Nada obstante, os tribunais superiores vêm formando teses jurídicas para vincular os casos futuros. Segue um exemplo de como isso vem sendo aplicado, conforme a ementa do Recurso Especial 1.696.396 (BRASIL, 2018, grifo original):

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”. [...]

6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: **O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.**

7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, pois somente haverá preclusão quando o recurso eventualmente interposto pela parte venha a ser admitido pelo Tribunal, modulam-se os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão [...].

A expressão tese jurídica foi cunhada pelo legislador, que, embora bem intencionado na pretensão de criar no Brasil um sistema de respeito aos precedentes, “acabou por permitir a interpretação, inclusive nos tribunais superiores, de que todo o resultado de um julgamento com repercussão geral ou repetitivo resulta em uma norma geral e abstrata” (FERRAZ, 2017, p. 433). Ou seja, na *civil law*, o dispositivo é encoberto pela coisa julgada material e, dessa forma, proporciona segurança jurídica às partes, razão pela qual os tribunais superiores formam teses no julgamento de recursos repetitivos, por exemplo, com o objetivo de atribuir efeito vinculante aos demais casos (WELSCH, 2016).

Percebe-se uma tendência a generalizações e elaboração de “normas abstratas” que a priori têm o condão de dirimir uma questão jurídica controvertida e repetida, mas que podem desembocar num engessamento da atividade judicial, trazendo injustiça e inadequação para diversos casos, servindo como um desvirtuamento de uma potencialidade do Judiciário (NUNES; LACERDA, MIRANDA, 2013).

A *ratio decidendi* é que deveria ser o elemento fundamental desse precedente, com maior espectro de incidência e, inclusive, de vinculação.

Da forma como tem ocorrido, porém, garante apenas a previsibilidade do julgamento de casos exatamente iguais. [...] É essa inconsistência do modelo de respeito aos precedentes em construção no Brasil que deve ser percebida, de forma que se procure atribuir maior valor à fundamentação dos precedentes, à sua *ratio decidendi*, para que o sistema concebido seja verdadeiramente capaz de alcançar os propósitos pretendidos pelo legislador, de segurança jurídica e estabilidade (FERRAZ, 2017, p. 436).

Frise-se que, quando os tribunais superiores fixam teses jurídicas, aplicam o que está disposto no CPC e efetivam princípios constitucionais como a segurança jurídica e a isonomia (ALVIM, 2019). Contudo, ao importar um instituto que possui raiz distinta do sistema jurídico brasileiro, o direito pátrio acaba por não potencializar os precedentes judiciais, uma vez que, na sua forma genuína, são concebidos e aplicados de outra maneira.

Taís Schilling Ferraz (2017, p. 432) realiza uma análise correta do que vem ocorrendo nas cortes supremas: mesmo que não seja a *ratio decidendi*, o elemento vinculante dos precedentes judiciais, a tese jurídica não pode prejudicar o sistema de precedentes no direito brasileiro.

Não são as razões de decidir que, de regra, orientam, no modelo brasileiro, a solução de casos futuros, e sim as chamadas teses jurídicas que vêm sendo elaboradas ao final dos julgamentos pelos tribunais superiores. A edição de teses jurídicas, tal como vem ocorrendo nos tribunais superiores, além de resultar em verdadeira construção de norma, a ser utilizada como premissa maior em julgamentos subsequentes, vem, na prática, limitando o potencial de construção do direito pela via dos precedentes, diante

da mensagem que emite aos tribunais de origem e aos juízes de primeiro grau. A tendência é tomar a norma e nela subsumir todos os casos sobrestados ou que venham a ser ajuizados, havendo pouco espaço para a individualização de questões. Paradoxalmente, sua aplicabilidade resulta restrita aos casos que sejam iguais.

É importante repensar o papel das teses ao final dos julgamentos dos recursos repetitivos, de forma que se coloque nos trilhos o sistema de precedentes brasileiro, que deve ter na *ratio decidendi*, e não na proclamação da solução para o caso – tese jurídica –, o elemento vinculante. O sucesso das mudanças implementadas no sistema jurídico pela criação de um modelo de respeito aos precedentes está na dependência do Poder Judiciário, uma vez que os precedentes judiciais não foram criados apenas para uniformizar a jurisprudência frente a casos que se repetem, mas sim – e principalmente – com vistas à obtenção de maior coerência e segurança jurídica na construção e na aplicação do direito.

Francisco Rosito (2012) conceitua como a dimensão objetiva do precedente em relação à parte específica da decisão que adquire força de precedente, seja vinculativo, seja persuasivo. Para identificar a norma jurídica concreta do precedente, a doutrina dos países da *common law*, desde a metade do século XVII, procura diferenciar dois elementos: (a) o elemento não essencial (*obiter dicta*); e (b) o elemento essencial (*ratio decidendi* ou *holding*).

Quando uma determinada discussão é desnecessária à solução do caso concreto ou quando certo argumento não foi aprovado pela maioria da corte como justificativa para a solução dada a uma demanda, esses elementos não se prestam a compor a *ratio decidendi* e não produzem efeitos vinculantes para julgados futuros. Constituem, dessa forma, a *obiter dicta*: considerações estranhas à decisão do caso que podem ter grande relevância para o desenvolvimento judicial do direito com uma função de orientação aos futuros julgados, contudo, não produzem vinculação (BARROSO; MELLO, 2016).

Assim, o conceito de *obiter dicta* não se confunde com a *ratio* da decisão judicial (MACCORMICK, 2008). A primeira representa apenas opiniões jurídicas do julgador que não têm relevância para a decisão do caso concreto. Ou seja, são os argumentos secundários e acessórios trazidos para acompanhar o principal que, se suprimidos fossem, não influenciariam na decisão tomada (WELSCH, 2016).

Luis Guilherme Marinoni (2016) conclui que, para se compreender o precedente judicial é indispensável delimitar a *ratio decidendi*, separando-se dela a *obiter dicta*, uma vez que o precedente tem o objetivo de regular o futuro, sendo uma das questões centrais da teoria dos precedentes a aplicação da *ratio decidendi* aos novos casos. Isso é de extrema relevância especialmente para a *common law*, devido à importância dada aos fundamentos da decisão, ou

seja, àquilo que vinculará o julgamento de casos análogos.

Essa busca pela definição da *ratio decidendi* se justifica pela necessidade de identificar a parte do precedente dotada de efeito vinculante (*binding effect*), já que, na decisão oriunda da *common law*, não se objetiva apenas a segurança jurídica das partes, mas, também, a segurança jurídica de todos os jurisdicionados. Se, na *civil law*, o dispositivo é encoberto pela coisa julgada material e, dessa forma, proporciona segurança jurídica às partes, no sistema jurídico informado pela *stare decisis* é a *ratio decidendi* que confere segurança aos cidadãos, porquanto dotada de força obrigatória que vincula os julgadores nas decisões posteriores (WELSCH, 2016).

Porém, conforme relatado, o CPC não se refere, em nenhum momento, a essas expressões, o que expõe um obstáculo para uma melhor aplicação desse instituto no direito brasileiro. Pelo contrário, utiliza-se da expressão “tese jurídica” para delimitar a eficácia vinculante do precedente, razão pela qual o sistema de precedente judiciais se torna distinto, de certa forma, do genuíno da *common law*, a qual tem na *ratio decidendi* a parte vinculante do julgado, e na *obiter dicta*, argumentos laterais que não farão parte do rol das razões vinculantes.

3.2.3 Aplicação e formação do precedente judicial

Conhecidas as partes que compõem o precedente judicial, é necessário entender como ocorre a aplicação e a formação desse instituto, bem como de que forma o CPC dispôs sobre essa matéria, para definir se há alguma similaridade com o precedente genuíno da *common law*.

Não haverá, no Brasil, um sistema de precedentes inglês ou norte-americano. O que será desenvolvida é uma teoria brasileira dos precedentes, adaptada ao regime jurídico do direito pátrio e sua forma de pensar. Não há como negar o aumento da força dos precedentes no brasileiro. O Código de Processo Civil de 2015 tem como um de seus objetivos justamente aumentar ainda mais a sua influência, permitindo maior previsibilidade aos jurisdicionados (PEIXOTO, 2019, p. 142).

Essa passagem da obra de Ravi Peixoto é muito correta, tendo em vista que exemplifica corretamente como o direito brasileiro deve lidar com os precedentes judiciais. A cultura jurídica brasileira ainda precisa de um longo caminho de adaptação rumo ao respeito e à adequada adaptação dessa forma de raciocinar, que, sendo mal utilizada, pode acabar criando mais problemas do que soluções (RAMIRES, 2010).

No sistema atual da *common law*, em virtude do *stare decisis*⁵⁷, os julgadores estão formalmente vinculados aos precedentes judiciais oriundos de cortes hierarquicamente

⁵⁷ No capítulo 4, é abordado o estudo detalhado do sistema da *stare decisis*.

superiores e, muitas vezes, aos seus próprios (CRUZ E TUCCI, 2004). Importa referir que o precedente é considerado como um ponto de partida que não impede maiores indagações: o juiz da *common law* afirma a relevância da razão de decidir extraída do precedente tido como pertinente, bem como adaptando-a de forma a alcançar a realidade a decisão do caso concreto que tem diante de si. Ou seja, o julgador deve determinar se a *ratio decidendi* do precedente é aplicável no caso atual e, depois, em que extensão ela será aplicada (WELSCH, 2016).

Logo, identificar a *ratio decidendi* de uma questão constante de um caso – isto é, o precedente que deve ser aplicado (*precedent case*) – é apenas uma das tarefas que envolve a dinâmica de um sistema de precedentes (MITIDIERO, 2017a). Para o precedente judicial produzir eficácia vinculante, deve guardar absoluta pertinência substancial com a *ratio decidendi* do caso sucessivo (CRUZ E TUCCI, 2004).

Ou seja, não basta individualizar o precedente e identificar a necessidade de sua aplicação ao caso para solução da questão, mas sim, saber se há uma razão relevante capaz de levar à superação. Portanto, há a necessidade de identificação de uma *relevant similarity* ou de uma *distinguishing* entre os casos.

Conforme Paula Sarno Braga, Fredie Didier Junior e Rafael Oliveira (2011, p. 394):

O juiz realiza um processo mental indutivo (do particular para o geral) e empírico (comparação com casos anteriormente solucionados) e verifica se o caso que está julgando é ou não análogo ao paradigma; em o sendo, aplica o precedente judicial. Do contrário, havendo distinção entre os casos em cotejo, abrem-se ao juiz duas escolhas: a) pode interpretar a *ratio decidendi* de forma restritiva (*restrictive distinguishing*), não a aplicando no caso atual e o julgamento livremente, caso verifique que as particularidades do caso *sub judice* afastam a sua aplicação; ou b) pode dar interpretação extensiva ao caso concreto (*ampliative distinguishing*), aplicando a decisão do precedente, por entender que a tese jurídica lhe é aplicável não obstante as particularidades que apresenta.

Verifica-se, assim, certa flexibilidade na aplicação dos precedentes judiciais, o que serve para desmistificar a ideia de que o juiz do *common law*, frente a um precedente, torna-se um autômato, com a única opção de aplicá-lo. Deve-se ter presente que, da mesma forma que o julgador precisa interpretar a lei para ver se os fatos do processo em julgamento se conformam à previsão legal, também deve ser interpretado o precedente judicial para conferir se a situação concreta se adéqua à sua *ratio decidendi* (WELSCH, 2016).

Em um sistema de precedentes, aplicá-los sem realizar uma fundamentação acerca do caso é a mesma coisa que utilizar um artigo da legislação para uma situação sem demonstrar a relação entre ambos. Aplicar um precedente envolve a comparação de casos, a individualização dos pressupostos fático-jurídicos essenciais que dão vida a eles (MITIDIERO, 2017a). Portanto,

na disciplina do CPC, a *ratio decidendi* é estabelecida a partir da identificação dos fundamentos determinantes da decisão, a partir da análise fático-jurídica.

Patrícia Perrone (2005, p. 189) demonstra alguns requisitos de uma adequada aplicação do sistema de precedentes judiciais:

Diante do acima exposto, pode-se constatar a importância para o trabalho com precedentes: (a) da produção de um relatório detalhado sobre os fatos relevantes para a decisão; (b) de uma ampla e transparente fundamentação dos julgados, estes dois primeiros, requisitos essenciais à adequada extração da regra vinculante; (c) da divulgação adequada e célere das decisões judiciais; (d) de sua sistematização e organização por assuntos, a fim de facilitar a pesquisa; (e) do desenvolvimento de técnicas de argumentação e do treinamento dos profissionais no raciocínio analógico acima referido.

Nada obstante, o Código de Processo Civil não prevê, expressamente, como se forma um precedente e como aplicá-lo. Há de se fazer uma interpretação sistemática em relação ao seu corpo normativo, a fim de satisfazer os requisitos constantes na teoria precedentalista, para se que possa pensar na sua melhor aplicação e formação na ordem jurídica brasileira.

Com base nessas premissas, em relação a aplicação, deve-se utilizar um precedente judicial para fundamentar uma decisão, de modo que o julgador demonstre que a situação fática se assemelha à anterior para que se verifique se o caso está inserido no âmbito de incidência da *ratio decidendi* gerada pelo precedente anterior, do contrário, a decisão não está fundamentada (PEIXOTO, 2019). Nesse sentido, caminhou bem o CPC ao inserir o inciso V no parágrafo 1º do artigo 489⁵⁸.

Não se aplica o precedente “porque sim”, mas porque há a demonstração de que aquele entendimento jurisprudencial é atual e de que a situação fática é semelhante (PEIXOTO, 2019). Se os casos são suficientemente similares, aplica-se o precedente. Se não o são, deve-se distingui-los (MITIDIERO, 2017a)⁵⁹. Não será considerada fundamentada a decisão que deixar de seguir o precedente sem a demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento (ZANETTI JUNIOR, 2019).

O CPC prevê ainda a possibilidade de afastamento/distinção entre o caso-atual e o caso-precedente. A isso, se dá o nome de *distinguishing* (BRAGA; DIDIER JUNIOR;

⁵⁸ “1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.” (BRASIL, 2016a, p. 108)

⁵⁹ Ainda que a aplicação dos precedentes dependa da aproximação dos fatos do precedente aos fatos do caso sob julgamento, na *civil law*, e no que aqui interessa, no direito brasileiro, nunca se deu maior importância a esses. Isso é facilmente explicável pelo fato de que a tradição da *civil law* acreditou que os casos poderiam ser solucionados mediante a mera aplicação da lei. Restaria ao juiz, depois de enquadrar os fatos na lei, a tarefa de apenas decidir se desta decorreria o efeito jurídico almejado pelo autor (MARINONI, 2019).

OLIVERA, 2011).

Ao realizar o *distinguishing*, o juiz deve atuar com prudência e a partir de critérios. Ou seja, é longe de significar sinal aberto para o juiz desobedecer a precedentes que não lhe convêm (MARINONI, 2019). Nesse sentido, o CPC reconhece que caberá recurso da decisão que descumpriu o precedente, quer por omissão de fundamentação adequada (embargos de declaração, conforme artigo 1.022, parágrafo único, incisos I e II⁶⁰), quer por não aplicar o precedente sem utilizar a adequada distinção ou superação (ZANETTI JUNIOR, 2019).

O código é claro ao incluir o dever do juiz de indicar na fundamentação da decisão a razão pela qual os casos são diferentes, não bastando a simples invocação de caso diverso ou a simples desconsideração do caso invocado como precedente. Portanto, a técnica do *distinguishing* expressa a distinção entre os casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento ao precedente judicial, de modo que revela a demonstração das diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos (MARINONI, 2019).

Assim, uma alternativa para a não aplicação do precedente judicial ao caso concreto ocorre quando existem relevantes razões que recomendam a sua superação, isto é, que se promova um *overruling* do precedente. O CPC prevê, uma vez que os precedentes não são imutáveis, a possibilidade de serem modificados, alterados ou superados pelo tribunal que os estabeleceu ou superior, nos termos do artigo 927, parágrafos 2º e 4º⁶¹ (ZANETTI JUNIOR, 2019).

Esses dispositivos exigem fundamentação adequada e específica quando ocorrer a superação integral ou parcial. Ainda, com o objetivo de que o debate a respeito da oportunidade para superação do precedente possa ser o mais amplo possível, pode a Corte interessada na superação organizar audiências públicas e convocar participação nos debates pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da questão (MITIDIERO, 2017a).

Por outro lado, há quem sustente que a superação judicial tem início nos juízos ordinários, que, diante de uma questão nova, ou seja, um ponto controvertido não existente no acórdão, deverá enfrentar a questão e, se for o caso, superar o precedente. É o artigo 489, § 1º,

⁶⁰ “Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.” (BRASIL, 2016a, p. 188).

⁶¹ “§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. [...]”

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (BRASIL, 2016a, p. 172-173).

do CPC que descreve os mecanismos de superação de precedentes, ao exigir um contraditório como direito de influência e não surpresa, cabendo ao juiz considerar seriamente os argumentos trazidos pelas partes (DURO, 2020; ZANETTI JUNIOR, 2019). O precedente precisa ser debatido entre as partes, nos termos do artigo 10⁶² do CPC (PEIXOTO, 2019).

A partir da testabilidade desses argumentos, confrontados com a *ratio decidendi* do padrão decisório, caberá ao juízo exercer o controle de vinculatividade – que pode ser difuso ou concentrado, constando argumentativamente a possibilidade de superação do precedente. Isto é, relacionando o contraditório com a fundamentação, exige-se, na construção da decisão, a verificação se o padrão decisório vincula o caso concreto e é capaz de se manter diante dos argumentos trazidos pela parte. Revela-se um juízo de vinculatividade difuso, superação que somente surtirá efeito naquele processo, enquanto a superação concentrada somente pode ser realizada pelo órgão jurisdicional formador do precedente (DURO, 2020).

Autorizar que os juízes e tribunais possam superar ou não utilizar o precedente judicial significa esvaziar um sistema de precedentes judiciais, mais precisamente, das Cortes Supremas, uma vez que são as encarregadas e competentes (MITIDIERO, 2017a) para se afastar legitimamente do precedente. Vale dizer: as cortes de justiça e os juízes não podem deixar de aplicar um precedente porque não concordam com a solução nele formulada. Aceitar isso equivale supor que inexistem ordem e organização no Poder Judiciário.

De igual forma, há que se verificar em que momento o precedente judicial é formado: se quando o julgador profere a primeira decisão ou, então, se em momento posterior, quando o juiz do caso mais recente busca na decisão anterior a sua *ratio decidendi* e a aplica no caso concreto. (WELSCH, 2016).

Os casos formam-se em juízo a partir das manifestações de vontade e das declarações de conhecimento das partes. O autor⁶³ tem o ônus de alegar na petição inicial e o réu⁶⁴ tem o ônus de alegar na contestação.

⁶² “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (BRASIL, 2016a, p. 40).

⁶³ Artigo 319, inciso III do CPC:

“A petição inicial indicará:

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido” (BRASIL, 2016a, p. 84-85).

⁶⁴ Artigos 336 e 341 do CPC:

“Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir. [...]

Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas” (BRASIL, 2016a, p. 89).

Invocando precedente ou jurisprudência vinculante, autor e réu tem o ônus de particularizar os casos invocados, mostrando analiticamente as semelhanças relevantes, não bastando a simples transcrição de ementas ou trechos pinçados aleatoriamente da fundamentação dos julgados. O ônus de alegação das partes é a simétrica contrapartida ao dever de fundamentação analítica dos juízes, das Cortes de Justiça e das Cortes Supremas (MITIDIERO, 2017a, p. 100).

Ou seja, o precedente judicial não é verificado quando o primeiro juiz profere a decisão judicial inovadora e sim quando essa decisão é, posteriormente, aplicada em casos similares por outros julgadores (WELSCH, 2016). Nessa perspectiva, outro dever imposto pela adoção de uma teoria dos precedentes é a necessidade de autorreferência, relacionado com o dever de coerência, essencial ao funcionamento do *stare decisis*.

Ele consiste no dever de os juízes decidirem sempre levando em consideração os precedentes pertinentes à questão jurídica enfrentada. Ou seja, não se pode mais admitir que, em havendo algum entendimento anterior sobre determinado tema, possa ele ser solenemente ignorado na decisão do magistrado (PEIXOTO, 2019).

Nessa perspectiva, Mitidiero (2017a) sustenta que o CPC inseriu os artigos 926 e 927⁶⁵ prevendo a necessidade de a jurisprudência ser estável, íntegra e coerente, bem como um rol exemplificativo, respectivamente. O que realmente acertou o Código foi impor ao tribunais a unidade da sua jurisprudência, de modo que potencializa a adoção do sistema da *stare decisis* no direito brasileiro, uma vez que as decisões não podem partir de um grau zero, sem respeito à integridade do direito e aos julgados passados sobre situações fáticas semelhantes. Deve-se pensar o Poder Judiciário como um todo e não de forma isolada (PEIXOTO, 2019).

Contudo, há parte da doutrina que contesta a utilização da palavra “jurisprudência” no artigo 926. Luiz Guilherme Marinoni (2017) explica que a norma está, na verdade, aludindo ao conceito de precedente⁶⁶.

Todas essas menções no CPC sobre os precedentes judiciais já qualificam a

⁶⁵ Artigos 926, *caput*, e 927 do CPC:

“Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. [...] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II – os enunciados de súmula vinculante;
III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (BRASIL, 2016a, p. 172).

⁶⁶ A diferenciação de jurisprudência e precedente judicial já foi objeto de análise na presente dissertação. Confundir esses conceitos acaba por esvaziar o projeto de sistema de precedentes judiciais, uma vez que são substancialmente distintos. A jurisprudência não possui as mesmas técnicas de aplicação como necessita o precedente judicial para ser superado ou distinto do caso concreto, pois o primeiro possui uma eficácia persuasiva e o segundo uma eficácia vinculante (MARINONI, 2017; MITIDIERO, 2017a).

importância do tema ao futuro do desenvolvimento do direito brasileiro (ZANETTI JUNIOR, 2019), sendo clara a tentativa do legislador de inserir esse tema no sistema jurídico pátrio. Contudo, o maior desafio, ainda, é a mudança cultural que deverá ocorrer no país para uma devida aplicação do sistema de precedentes judiciais.

3.2.4 Precedente judicial: gestão de casos repetitivos ou busca pela unidade do direito

Há a necessidade de se verificar qual a finalidade buscada pelo CPC sobre os precedentes judiciais, se voltados apenas para a gestão de casos de massa ou para sua função primordial, leia-se, a unidade do direito. Para uma correta aplicação de um sistema de precedentes é extremamente importante elucidar como se comportou o legislador ao inserir esse instituto no CPC em comparação ao que realmente se busca a partir de um precedente judicial, ou seja, a segurança jurídica e a igualdade.

Em análise dos artigos do CPC, nota-se a ideia de que a busca pela unidade direito se dá “pelo número de casos envolvendo determinada questão” (MITIDIERO, 2017a, p. 95). Ocorre que, Mitidiero sustenta que essa premissa se encontra equivocada, uma vez que um precedente pode ser formado mesmo que não haja uma repetitividade de casos sobre determinada matéria.

O CPC, ao aludir aos recursos repetitivos extraordinário e especial, pode ser mal interpretado. Pode fazer supor que a tarefa dos Tribunais Superiores seja a de resolver casos que se multiplicam perante o Poder Judiciário. Essa certamente não é a missão do STF, nem a do STJ. O STF tem a função de elaborar precedentes que outorguem unidade ao direito mediante a afirmação do sentido da Constituição ou que desenvolvam o sentido da Constituição, tornando a legislação infraconstitucional com ela conforme. O recurso extraordinário e o litígio constituem apenas meios que dão ao STF oportunidade de colaborar para o desenvolvimento e a frutificação do direito. O que realmente tem relevância para o Supremo é o conteúdo da sua decisão (MARINONI, 2019).

Nesse contexto, o precedente pode ser constituído a partir de uma única decisão que lhe seja subjacente e dele se extrai uma norma jurídica que passa a ser utilizada como razões de decidir em outros casos análogos. Na contramão do que se tem por precedente, o rol do art. 927 do CPC são, em grande medida, frutos de uma única decisão, que não necessariamente contou com o amadurecimento dos tribunais acerca do tema sub judice. Os julgamentos de casos repetitivos, vocacionados ao controle da litigiosidade em massa e à gestão de processos, são um

exemplo disso. Veja-se que, no IRDR⁶⁷, um julgamento singular será responsável por definir, em âmbito estadual ou regional federal, a depender do tribunal em que o incidente for instaurado, a tese jurídica a ser aplicada, obrigatoriamente, aos casos que discutam matéria semelhante. Nos recursos repetitivos, os Tribunais Superiores fixam uma ou mais teses que serão vinculantes em todo o território nacional, as quais terão reflexo direto nos recursos suspensos (ABBOUD; VAUGHN, 2019).

Ou seja, em termos estruturais, a ligação indevida realizada pelo legislador entre unidade do direito, força vinculante e casos repetitivos pode ser sentida na disciplina desses recursos. Frise-se que realmente não há qualquer sentido em obrigar o STF ou o STJ a julgar inúmeras vezes a mesma questão. Contudo, isso não quer dizer que apenas os casos repetitivos demandem certas particularidades procedimentais que se encontram presentes textualmente apenas na disciplina dos recursos repetitivos (MITIDIERO, 2017a).

Pode-se dizer que, apesar de alguns provimentos dos tribunais superiores não estarem inseridos no rol do artigo 927 do CPC, outros podem ser tratados como precedentes judiciais, não se limitando apenas ao rol do artigo supracitado (PEIXOTO, 2019). Luiz Guilherme Marinoni (2019, p. 105) esclarece essa questão:

uma Corte Suprema, ao decidir um caso que pode ou não se repetir, pode elaborar um precedente, ou melhor, uma norma que empresta sentido ao direito e, apenas por isso, deve ser observada pelos juízes e tribunais incumbidos de resolver os futuros conflitos. Significa que é equivocado supor que há precedente em casos repetitivos e não em casos não suscetíveis de repetição. O raciocínio não pode ser invertido. Um caso não deve ser resolvido por uma Corte Suprema apenas por ter se multiplicado.

Não tem qualquer cabimento imaginar que casos repetitivos, apenas por isso, podem abrir oportunidade à atuação do STF e do STJ. Isso significaria um completo desvirtuamento das funções destas Cortes Supremas. Faria supor que têm a função de definir critérios para a facilitação da resolução dos casos que se repetem.

É por isso que também os recursos extraordinários e especiais repetitivos devem ser pensados como meios para a fixação de precedentes que atribuem sentido ao direito e, apenas por essa razão, devem regular os demais casos. Todo e qualquer recurso extraordinário ou especial pode ser identificado e submetido a julgamento. “O que exige ou viabiliza semelhantes providências não é obviamente a repetitividade, mas o valor de precedente que é possível extrair do julgamento da questão” (MITIDIERO, 2017a, p. 96).

Portanto, os referidos autores (MITIDIERO, 2017a; MARINONI, 2019) defendem

⁶⁷ Não se defende o IRDR como precedente, apenas contextualiza-se o pensamento dos referidos autores;

que os precedentes judiciais têm como finalidade a busca pela unidade do direito, de modo que o legislador, ao “vincular” o julgamento de casos repetitivos, coloca um requisito que não tem relação com o precedente judicial, qual seja, número de casos repetitivos, e, ainda, retira a possibilidade de outros provimentos fora do rol do artigo 927 serem classificados como precedentes judiciais.

Nessa perspectiva, Mitidiero afirma que “o artigo 927, disse ao mesmo tempo mais e menos do que deveria dizer” (2017a, p. 92). Assim, embora haja uma enfoque do CPC/15 na litigiosidade repetitiva, deve-se pensar o sistema de precedentes judiciais como um todo, ou seja, não apenas em busca da solução dos casos repetitivos, mas em busca da unidade do direito. Essa é a interpretação pela qual se pode buscar uma adequação e melhor aprimoramento do sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro.

3.2.5 Formas de superação e eficácia nos precedentes judiciais

Nessa linha, é necessário explicar a sistemática dos precedentes judiciais, em que é efetivamente utilizado o precedente paradigma em face de um caso concreto, apresentando suas técnicas de superação e determinando se há uma eficácia vinculante dos precedentes no Brasil.

Nada obstante, essa não é incompatível com a ideia de revogação dos precedentes. Inclusive, nos países que adotam a doutrina da *stare decisis*, permite-se que os julgadores, sob certas circunstâncias, deixem de observar os precedentes judiciais, em virtude da evolução do Direito imposta pelas contínuas transformações sociais (WELSCH, 2016).

Na *common law*, as Cortes Superiores podem revogar seus próprios precedentes e os substituir por outros, quando os considerarem ultrapassados ou equivocados (CRUZ E TUCCI, 2004). Um precedente pode ser alterado de forma integral (*overruling*) ou parcial (*overturning*). Nesse caso o precedente pode ser reescrito (*overriding*) ou transformado (*transformation*). Isso porque, para promoção da unidade prospectiva do Direito, pode não ser oportuna ou necessária a superação total do precedente. Há transformação quando a corte, sem negar formalmente o precedente, isto é, sem admitir o desgaste ou equívoco da antiga solução, reconfigura-o parcialmente, tomando em consideração aspectos fático-jurídicos não tidos por relevantes na decisão anterior (MITIDIERO, 2017a).

Assim, o *overruling* é o método⁶⁸ por meio do qual o precedente tem afastada a sua eficácia vinculante, sendo substituído por outro. O *overriding* aproxima-se de uma superação

⁶⁸ Marinoni (2019) explica que as técnicas de superação dos precedentes são importantes tanto para a atualização do Direito quanto para que se evite o cometimento de injustiças através de decisões judiciais.

parcial do precedente e ocorre quando a corte se limita a restringir a extensão de incidência do mesmo, em vista da adoção de posterior entendimento, sem haver, contudo, uma revogação (BRAGA; DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2011).

Mitidiero (2017a, p. 103) explica que

é preciso ter em mente que *overruling* é técnica que justamente pressupõe a força vinculante do precedente. O *overruling* é a superação total do precedente e constitui um poder dado apenas aos órgãos que foram encarregados da sua formulação mediante um complexo encargo argumentativo, que envolve a demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e consistência sistêmica.

O direito brasileiro prevê técnicas que servem à superação de precedentes judiciais, não obstante não empregue a denominação cunhada pela *common law* (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2011). Vale dizer, um precedente deve ser revogado nas situações em que, em virtude de alterações morais, de experiência ou políticas: (a) a própria sociedade espera que o precedente seja alterado; (b) quando os doutrinadores assim também o pensam; (c) quando não há mais coerência na aplicação do precedente nos casos levados ao Judiciário, sendo que em alguns casos ele é aplicado erroneamente ou, então, afastado de forma incorreta, ou (d) quando se verifica um novo entendimento geral do Direito, de forma que nem mesmo a necessidade de preservação da estabilidade da ordem jurídica sustenta a manutenção do precedente judicial. Além disso, não é necessário que ambas as incongruências, social e sistêmica, ocorram concomitantemente para que seja autorizada a revogação, até mesmo porque a falta de congruência leva, em regra, à inconsistência sistêmica (WELSCH, 2016).

Cite-se o STF que, na posição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, é o único que possui legitimidade para revogar um precedente constitucional. Consequentemente, é certo que pode modificar os seus precedentes (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2011).

No entanto, o CPC de 2015, mais precisamente no já mencionado artigo 489, parágrafo 1º, indica dois elementos característicos das motivações judiciais por precedentes: primeiro, que os precedentes são aplicados de forma distinta da lei, exigindo a demonstração da identidade de fundamentos determinantes (unidade da questão fático-jurídica, *ratio decidendi*, pela qual as circunstâncias de fato de um caso devem ser conectadas à solução jurídica dada), que deve ser visualizada entre o caso-precedente e o caso-atual (ZANETTI JUNIOR, 2019).

Ou seja, quanto à competência para a superação do precedente, verifica-se que apenas a corte que é responsável pela formação do precedente pode dele se afastar legitimamente. As Cortes de Justiça e os juízes de primeiro grau a ela ligados não podem deixar de aplicar um

precedente apenas porque não concordam⁶⁹ com a solução nele formulada, com seu conteúdo (MITIDIERO, 2017a).

Mas, para que ocorra a alteração de um precedente, é necessário que o julgado interessado na superação exteriorize e defenda motivos capazes de demonstrar, efetivamente, que o precedente deixou de representar o melhor entendimento do Direito em virtude da alteração da compreensão geral sobre certa questão jurídica. Assim, compete àquele que pretende a revogação de um precedente o ônus de provar mudanças suficientes e consistentes a permitir a superação (WELSCH, 2016).

Nesse sentido, Robert Alexy (2001) explica, em relação aos precedentes da *common law*, que quem deseja se afastar deles deve suportar o ônus da argumentação. Assim, sustenta a necessidade de seguir os precedentes judiciais, a fim de não existirem decisões conflitantes e buscar uma coerência no sistema jurídico.

A possibilidade de revogação do precedente, por um lado, é necessária ao desenvolvimento do Direito; por outro, pode ferir a confiança e surpreender injustamente aqueles que pautaram suas condutas no precedente ora superado, gerando, assim, insegurança jurídica e desconfiança em relação a outros precedentes (MARINONI, 2019). Portanto, sua superação deve ser feita através de critérios pré-determinados, quando, então, é possível prever as revogações, não havendo que se falar em violação à confiança justificada ou surpresa injusta.

Mitidiero (2017a) sustenta que o precedente deve ser voltado para o futuro, razão pela não deve ser aplicado de forma retroativa, uma vez que viola à segurança jurídica. A autorização para superação do precedente no direito brasileiro com eficácia apenas pro futuro decorre do artigo 927, parágrafo 3º do CPC⁷⁰, devidamente interpretado à luz dos princípios da igualdade e da segurança jurídica, “especialmente no que tange à necessidade de cognoscibilidade e de confiabilidade da ordem jurídica como condições imprescindíveis para a existência do Estado Constitucional” (MITIDIERO, 2017a, p. 119).

Quanto à questão da retroatividade, o *prospective overruling* foi instituído pela Suprema Corte estadunidense e, uma vez aplicado, determina que o precedente deve ser revogado apenas em relação aos casos futuros. Ou seja, a *ratio decidendi* revogada continua tendo força vinculante para os fatos ocorridos antes da decisão que revogou o precedente e o

⁶⁹ Isso não quer dizer que os juízes de primeiro grau, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais não possam manifestar nenhuma dissidência com determinado precedente. É evidente que podem. O que juízes e desembargadores que compõem as Cortes de Justiça não podem é usar suas razões dissidentes para julgar o caso concreto.

⁷⁰ “§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (BRASIL, 2016a, p. 172-173).

novo precedente é aplicado somente aos fatos que lhe são posteriores (CRUZ E TUCCI, 2004).

Sob outro viés, Peixoto (2019) afirma que não há, no mencionado parágrafo 3º, uma clara necessidade de aplicação prospectiva do precedente, uma vez que tal fato pode facilitar a superação dos precedentes⁷¹, bem como violar o princípio da igualdade⁷². Assim, não haveria atualmente no direito brasileiro um entendimento pacífico sobre a superação dos precedentes, uma vez que há quem sustente a utilização da eficácia retroativa, sem atingir os processos com trânsito em julgado, e, por outro lado, o precedente com eficácia prospectiva deve efetivamente significar uma modificação na linha jurisprudencial anterior do tribunal.

Todavia, em havendo algum grau de confiança depositado no precedente judicial no momento de sua revogação, é aconselhável que o tribunal module os efeitos daí advindos. É que à retroação dos efeitos da decisão que reconhece um novo precedente tem o potencial de “afetar, de um modo ou de outro, fatos e atos jurídicos já realizados sob a égide da anterior orientação jurisprudencial” (SOUZA, 2006, p. 155).

Inclusive essa necessidade de proteção da confiança legítima exemplifica a razão pela qual o legislador redigiu o artigo 927, parágrafo 3º do CPC, cujo objetivo é densificar os princípios da segurança jurídica e da igualdade. Ou seja, o que interessa para a superação do precedente é a proteção da confiança legítima (elemento que participa do núcleo conceitual do princípio da segurança jurídica) e da igualdade de todos perante o direito (MITIDIERO, 2017a).

Corroborando a necessidade de se tutelar a confiança legítima⁷³, há, nos Estados Unidos, um procedimento denominado de sinalização⁷⁴ (*signaling*), não inserido no CPC, através do qual a futura superação de um precedente judicial é sinalizada pelo tribunal que possui legitimidade para proceder à revogação (WELSCH, 2016). Isso serve para advertir a todos sobre a provável futura alteração de entendimento, procedimento que, quando adotado,

⁷¹ Tendo em vista que as próprias Cortes Superiores não observam, com cuidado, a necessidade de respeito aos próprios precedentes, na utilização da eficácia retroativa, como regra, o tribunal deve ponderar sobre as consequências jurídicas de sua decisão, detendo um ônus argumentativos para modular os efeitos do precedente (MELLO, 2008). Já Ravi Peixoto (2015) explica que o interesse social pode atuar como um reforço para autorizar a superação para a frente do precedente, mas que por si só não a permite.

⁷² A retrospectividade do novo entendimento seria a única maneira de garantir a igualdade entre todos os litigantes, que seriam tratados da mesma forma, uma vez que a superação prospectiva irá implicar, naturalmente, em uma desigualdade no tratamento de situações fáticas semelhantes.

⁷³ Isso quer dizer que, havendo atuação da parte em conformidade com o precedente, a sua alteração não pode atingi-la retroativamente, obrigando-a a observar uma norma contrária àquela existente no momento da sua atuação. É preciso, nesse caso, reconhecer o precedente como elemento de cognoscibilidade e proteger a confiança nele depositava, tutelando-se especialmente os atos de disposição praticados em função do exercício do direito de liberdade com base na confiança no precedente revogado.

⁷⁴ Pela sinalização, o STF e o STJ não distinguem o caso decidido e nem superam o precedente total ou parcialmente, mas apenas manifestam publicamente preocupação a respeito da adequação da solução nele contida. A sinalização é um modo de pavimentar o caminho para uma superação suave do precedente (MITIDIERO, 2017a).

demonstra que o tribunal está preocupado com a justiça da solução nele expressa. Nessa linha, o ideal é que a superação do precedente seja sinalizada pelo STF e pelo STJ.

No entanto, ainda que sinalizada, a superação do precedente pode acarretar a violação da confiança legítima e da igualdade de todos perante o Direito (MITIDIERO, 2017a). O que determina a capacidade de orientação do precedente é a publicação⁷⁵ da decisão a partir do qual poderá ser retirado.

Apresentadas as formas de superação do precedente judicial, bem como a discussão existente na doutrina acerca da interpretação do artigo 927, parágrafo 3º do CPC, aborda-se por fim, a(s) eficácia(s) dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro. Os precedentes podem ser classificados como verticais ou horizontais. Os precedentes verticais são oriundos de tribunais superiores e/ou vinculam os órgãos jurisdicionais inferiores ou no mínimo possuem maior potencial de persuasão. Os precedentes horizontais, por sua vez, possuem menor influência, pois provêm de órgãos jurisdicionais situados no mesmo nível hierárquico daquele que pretende invocá-lo (CRUZ E TUCCI, 2004).

Francisco Rosito (2012, p. 104) define, no seguinte sentido, a dimensão estrutural (posição hierárquica que pode vincular o precedente):

Na dimensão vertical dos precedentes, quando maior for a posição hierárquica do órgão prolator, maior seria a força do precedente. Nesse aspecto, a dimensão vertical procura identificar, na organização judiciária, diferentes juízos prolores de precedentes, estando, portanto, diretamente vinculada ao elemento autoridade, próprio de um sistema jurisdicional hierarquizado.

Insta contextualizar que, na *common law*, o grau de eficácia vinculante dos precedentes varia conforme a posição hierárquica do julgador que proferiu a decisão paradigma, sendo que, em regra, a decisão vincula o tribunal que a proferiu (eficácia interna – horizontal) e os órgãos que lhe são inferiores (eficácia externa – vertical). Desse modo, os juízes devem realizar a chamada “autorreferência” jurisprudencial, ou seja, ao julgar o pedido da ação, é necessário que o julgador mencione em sua decisão, expressamente, um ou mais julgados que fundamentam a sua decisão, oriundos da própria corte à qual pertence, ou de tribunal superior (WELSCH, 2016).

Ilustrativamente, no STF e no STJ, um precedente oriundo do Pleno se impõe a todas as turmas. Um precedente da Seção, no caso do STJ, se impõe à própria Seção e às turmas que

⁷⁵ Conforme o §5º do artigo 927 do CPC, “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores” (BRASIL, 2016a, p. 173).

a integram. Já os precedentes das turmas obrigam elas próprias e aos seus julgadores nos julgamentos monocráticos, não estando as turmas vinculadas aos precedentes de outras. O precedente oriundo da composição plenária de determinado Tribunal prevalece sobre todos os demais precedentes, pois é o Pleno o órgão competente para uniformizar, em caráter final, a jurisprudência de uma determinada corte (ROSITO, 2012). Nesse caso, o precedente adquire um *status* diferenciado, que se pode dizer consolidado. Da mesma forma, o precedente unânime sobreleva em prestígio aos que provocaram votos divergentes.

Os precedentes judiciais assumem variados graus quanto à sua autoridade, o que é determinado pelo direito de cada país. No Brasil, eles podem apresentar três graduações de autoridade: podem ser persuasivos, vinculantes/obrigatórios ou obstativos da revisão de decisões. Os precedentes do tipo persuasivos não são dotados de força vinculante/obrigatória e possuem eficácia meramente persuasiva, isto é, servem como forma de convencimento do magistrado. A eficácia vinculante ou obrigatória é atributo do precedente judicial que tem força para vincular decisões judiciais posteriores, proferidas em casos análogos, obrigando-as a adotarem a *ratio decidendi* (tese jurídica) estabelecida no caso paradigma. Por fim, há os precedentes tido como obstativos da revisão de decisões, ou seja, são dotados da capacidade de impedir a apreciação de recursos ou da remessa necessária (WELSCH, 2016).

Por sua vez, Zanetti Junior (2019, p. 432) propõe a seguinte classificação para os precedentes:

a) precedentes normativos vinculantes, que decorrem da premissa da universalização e adquirem sua força maior ou menor dentro do ordenamento jurídico a partir do desenvolvimento cultural deste, independentemente de lei expressa, podendo ser deduzidos implicitamente do próprio ordenamento ou da tradição jurídica, como na maior parte dos países de *common law*; b) precedentes normativos vinculantes, que decorrem de previsão expressa por texto legal, podendo ser distinguidos e superados sem maiores exigências de estabilidade por parte do procedimento; c) precedentes normativos formalmente vinculantes fortes, que decorrem de previsão expressa legal, que, além de prever sua vinculatividade, qualifica o *quórum* necessário para sua superação e modificação e indica meios de impugnação autônomos diretamente nas cortes supremas para garantia de sua autoridade.

Nesse sentido, o CPC valorizou os precedentes judiciais inseridos no rol de seu artigo 927, que decorrem de decisões dos Tribunais Superiores e mesmo de algumas decisões dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais. A obrigatoriedade da autoridade e alcance desses precedentes é reforçada porque eles constituem o posicionamento final sobre uma questão jurídica posta (WELSCH, 2016).

Porém, frise-se que não há um entendimento pacífico acerca da vinculatividade do rol do artigo 927 do CPC. Insta salientar que uma série de autores – a exemplo de Lenio Streck

(2018) e Maurício Ramires (2010) – não acompanham esse entendimento de uma eficácia vinculante dos precedentes judiciais. Ou melhor, não entendem os enunciados acima como precedentes, tendo em vista que não possuem a mesma formação que nos países de *common law*.

Por sua vez, Georges Abboud explica que o rol do artigo 927 sequer podem ser tratados como precedentes, as quais denomina como provimentos vinculantes (ABBOUD; VAUGHN, 2019, p. 6-7):

Afora a discussão em torno da (in)constitucionalidade⁷⁶ do referido dispositivo, que confere eficácia vinculante a pronunciamentos do Judiciário não expressamente previstos na CF (LGL\1988\3) – com exceção da súmula vinculante e da decisão de mérito em controle concentrado –, o art. 927 do CPC (LGL\2015\1656) não nos parece inaugurar uma teoria de precedentes no direito brasileiro. Até mesmo porque os provimentos enumerados no art. 927 do CPC (LGL\2015\1656) praticamente não possuem correspondência no common law da Inglaterra ou dos EUA.

Nesse sentido, complementa que “o papel dos precedentes é oriundo de tradições seculares; não é fruto de imposição legislativa. O precedente, para ser legítimo, deve seguir um processo histórico em sua construção e aplicação. Há, *no common law*, uma cultura de prestígio ao precedente, de respeito às decisões proferidas por órgãos judiciais de hierarquia superior quando são adotadas normas jurídicas compatíveis a casos análogos” (ABBOUD; VAUGHN, 2019, p. 7-8).

Já conforme Mitidiero (2017b), tendo em vista que os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas, eles serão, portanto, sempre obrigatórios, ou seja, vinculantes. Isso porque a autoridade do precedente decorre do fato desse encarnar o significado⁷⁷ que é adscrito ao direito pelo STF e pelo STJ.

Portanto, é clara a discussão acerca da eficácia vinculante do sistema de precedentes judiciais, não havendo um entendimento pacífico até o presente momento. Ainda mais, Georges Abboud e Gustavo Vaughn, em que pese a crítica realizada, ponderam que os “provimentos com eficácia vinculante são provimentos com eficácia vinculante, que, se devidamente compreendidos sem ufanismo ou ingenuidade, poderão satisfazer interesses do sistema de modo a alcançar, em geral, objetivos comuns à própria doutrina dos precedentes da *common law*” (ABBOUD; VAUGHN, 2019, p. 13), ou seja, buscam uma aplicação mais simplificada, sem uma importação muito técnica do sistema de precedentes judiciais da *common law*.

⁷⁶ Apresenta-se a tese da inconstitucionalidade, na qual “parcela da doutrina entende pela inconstitucionalidade dos incisos III, IV e V do art. 927, CPC/15, pois aduz ser necessário que a Constituição a vinculatividade, sobre o risco de ofensa a separação de poderes e ao princípio da legalidade” (ZANETI, 2019, p. 396-397).

⁷⁷ Com detalhes, a devida análise no capítulo 4.

Sublinha-se, por fim, o Enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (2013, p. 28), que estabelece que as “decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do artigo 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. Isso faz transparecer a ideia de que se vinculam ao juízo, órgão que compõe o Judiciário no exercício da jurisdição.

A eficácia e as técnicas de superação são conceitos básicos para um sistema de precedentes judiciais. Estabelecer um parâmetro crítico é a função da doutrina, contudo, há de se determinar claramente um significado, estabelecer parâmetros de aplicação, para que se possa desenvolver o instituto no direito brasileiro.

Nessa perspectiva, em busca de um modelo que efetive a segurança jurídica e a igualdade, as quais serão melhor esclarecidos no tópico seguinte, deve-se pensar na utilização da eficácia vinculante dos precedentes emanados pelos Tribunais Superiores, bem como pelo Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal em matéria local (MITIDIERO, 2017a; MARINONI, 2019), uma vez que são as responsáveis por darem a interpretação final sobre os textos.

Por fim, deve-se ter cautela em afirmar que há um sistema de precedentes judiciais brasileiro. Nada obstante, o legislador poderia ter tido mais cuidado na técnica legislativa, em alguns pontos, como, por exemplo, ao utilizar o termo jurisprudência no artigo 926 do CPC, bem como ao inserir um rol taxativo de precedentes vinculantes no artigo 927, visto como qualitativa e funcionalmente incompleto (MITIDIERO, 2017a), bem como sobre a vinculação da tese jurídica. Todos esses pontos estão em discussão pela doutrina brasileira. Por outro lado, em outras situações, andou bem ao exigir a necessidade de efetivo contraditório, vedação da não-surpresa, fundamentação adequada, técnicas de distinção e superação na formação e aplicação dos precedentes judiciais.

Afirmar que existe efetivamente um sistema de precedentes judiciais no Brasil é precário no momento. Contudo, com base em todos esses elementos, pode-se dizer que o direito brasileiro está voltado e em busca para sua melhor aprimoração, tendo nos precedentes judiciais um caminho importante para a busca do aperfeiçoamento do sistema jurídico, principalmente, no que diz respeito à tutela dos direitos.

3.2.6 A busca por segurança jurídica e igualdade meio dos precedentes judiciais

Conforme colocam Almeida e Cambi:

O Direito deve se ocupar do justo equilíbrio nas relações sociais. O fenômeno jurídico tem natureza histórica e cultural e responde pela solução de conflitos e pela pacificação social. A organização de critérios adequados para a atribuição de situações jurídicas (direitos, deveres, poderes, faculdades, ônus etc.) entre os membros da sociedade deve ser realizada pelo Direito

O Estado moderno não é um produto da natureza das coisas, mas uma construção jurídica, existente para o gerenciamento de conflitos de interesses. O Estado, ao assumir o monopólio da jurisdição, pretende combater o arbítrio, a justiça privada e, assim, buscar a solução pacífica das controvérsias.

Por isso, é indispensável salientar a segurança como um valor relevante para a estruturação e o funcionamento adequado da ordem jurídica. O Estado Democrático de Direito está sedimentado em uma organização jurídica à qual todos – independentemente de classe ou posição social – devem se submeter, e que se relaciona à justa expectativa dos demais participantes do sistema sobre o comportamento do outro em conformidade às normas jurídicas (ALMEIDA; CAMBI, 2016, p. 2-3).

A CF se refere à segurança jurídica no *caput* do artigo 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade (BRASIL, 2016b). A segurança jurídica é vista como subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Expressa-se em termos de estabilidade e continuidade da ordem jurídica e de previsibilidade acerca das consequências jurídicas das condutas praticadas no convívio social (MARINONI, 2017).

Se a República Federativa do Brasil, é, constitucionalmente, um Estado de Direito, então a segurança jurídica possui, sim, proteção constitucional, sendo um atributo e uma finalidade do Estado de Direito. E a proteção da segurança jurídica significa duas coisas:

Em primeiro lugar, a segurança jurídica é incompatível com o arbítrio estatal, pois parte do pressuposto de que existe uma ordem jurídica estável, previsível e homogênea, impedindo intromissões inesperadas no patrimônio jurídico do indivíduo [...]. Em segundo lugar, ‘situa’ a pessoa no tempo e no espaço, atribuindo-lhe condições de *confiar* no Estado e nos demais indivíduos, e dando-lhe a certeza de que situações jurídicas consolidadas não serão mais alteradas e que determinados fatos jurídicos desencadearão determinadas consequências jurídicas (LUCCA, 2019, p. 62, grifo original).

Já Ravi Peixoto (2019) explica os aspectos materiais da segurança jurídica em dois grupos: estático e dinâmico. O aspecto estático tem relação com a cognoscibilidade, estando relacionado com o conhecimento do direito por quem a ele esteja submetido. A cognoscibilidade tem por objetivo permitir aos sujeitos de direito a capacidade de compreender os sentidos possíveis de um texto normativo. É por meio desse conteúdo que há a exigência de publicidade e transparência das fontes do direito formal. Além da acessibilidade formal, o acesso material também deve ser garantido: os textos normativos e das decisões devem ser claros e precisos.

Em relação ao aspecto dinâmico, verifica-se os elementos da confiabilidade e da calculabilidade. Na fase dinâmica, o objetivo da segurança jurídica é a inserção dos textos da vivência jurídica, sua interpretação pelos diferentes órgãos, a tutela das situações jurídicas consolidadas e entre outras. A confiabilidade é utilizada na perspectiva retroativa com o enfoque nas conquistas do passado e que devem permanecer no presente e a calculabilidade é a perspectiva da segurança jurídica voltada para o futuro, relacionada com a capacidade de antecipação das consequências aplicáveis a atos e fatos, bem como de qual consequência será aplicada (PEIXOTO, 2019).

É importante destacar que segurança jurídica e proteção da confiança são conceitos complementares. A segurança jurídica está ligada aos elementos objetivos da ordem jurídica - garantia da estabilidade, segurança de orientação e realização do direito. Já a proteção da confiança se aproxima dos componentes subjetivos da segurança, como a previsibilidade dos indivíduos quanto aos efeitos dos atos (CANOTILHO, 2003).

A segurança jurídica serve como referencial teórico básico para a aspiração a um Estado desejável. No entanto, não há segurança jurídica de fato no Brasil, porque os órgãos aplicadores não confirmam as previsões feitas para a maior parte das suas decisões. Entretanto, a segurança jurídica é a norma-princípio de um sistema jurídico, e, assim, mostra-se um instrumento apto a realizar uma prática efetiva de seu conteúdo, qual seja, a noção de que o direito exige um mínimo de certeza, eficácia e ausência de arbitrariedades. Assim, enquanto princípio objetivo, isto é, que efetivamente promova algo, considera o ordenamento jurídico como um todo para garantir, ou pelo menos procurar garantir, estabilidade, durabilidade do ordenamento, calculabilidade, cognoscibilidade e credibilidade do sistema jurídico em geral (ÁVILA, 2016).

Contudo, Humberto Ávila (2016) explica que a própria jurisdição causa problemas na efetivação dos aspectos materiais da segurança jurídica. Da cognoscibilidade, em virtude da falta de fundamentação adequada das decisões ou mesmo da existência de divergências entre decisões advindas de demandas jurídicas relevantemente semelhantes, e da confiabilidade, em razão da modificação jurisprudencial de entendimentos anteriormente consolidados, e da calculabilidade, pela falta de suavidade das alterações de entendimento.

O cidadão, para poder se desenvolver, tem que conhecer as consequências jurídicas das suas ações e dos comportamentos daqueles com quem convive. Essa previsibilidade pressupõe univocidade de qualificação das situações jurídica. Se essa qualificação depende das decisões judiciais, a sua univocidade está nas mãos do Poder Judiciário (MARINONI, 2017).

Tradicionalmente, nos sistemas jurídicos da *civil law*, a segurança jurídica é pensada

a partir da função legislativa, exigindo-se normas jurídicas estáveis, previsíveis, acessíveis e aplicadas com coerência, consistência e integridade. Porém, a segurança jurídica não se restringe apenas a esse caráter normativo e talvez nem sequer seja nele que se desenvolva plenamente, uma vez que ao juiz não compete simplesmente declarar a lei; antes de tudo, o juiz interpreta o Direito e, então, extrai a solução do caso concreto (LUCCA, 2019).

Manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica, na qual a liberdade política, entendida como segurança psicológica do indivíduo, realiza-se através da certeza do direito (MARINONI, 2019). E, diante dessa mudança relacionada à função de interpretação das leis pelos juízes, deixa-se de lado a análise do princípio da segurança jurídica restrita apenas no âmbito normativo: passa-se verificar a segurança jurídica nas decisões judiciais (LUCCA, 2019).

Outro fundamento importante de um Estado de Direito é a ideia de igualdade de todos perante o direito. O Estado Constitucional não apenas proclama e incentiva a igualdade nas relações sociais, mas tutela a igualdade. Pondo de lado a questão do dever de editar normas que assegurem tratamento igualitário, inclusive na proporção das desigualdades, é certo que o Estado, para tutelar a igualdade, não pode admitir tratamento desigual em processo em que exerce o seu poder (MARINONI, 2017).

A institucionalização do Estado Democrático de Direito, que permite o uso legítimo da força, está firmada no artigo 1º da CF/1988. Assim, o sistema jurídico deve ser aplicado em conformidade com os parâmetros jurídicos e democráticos, indicadores para as transformações sociais plasmadas na CF (BARROSO, 2009).

Tanto o Estado quanto os particulares estão submetidos ao princípio da igualdade. O Executivo, o Legislativo e o Judiciário sofrem a mesma incidência do princípio. Não obstante, se o administrador tem a sua atividade estritamente regulada pela igualdade e se o legislador certamente não pode editar leis que procedam a desequiparações infundadas, o Judiciário, no sistema brasileiro, submete-se à igualdade apenas no que diz respeito ao tratamento igualitário das partes no interior do processo (MARINONI, 2019).

Embora se tenha constatado que de nada adianta

a lei quando o cidadão não sabe o que esperar dos juízes, a única preocupação da doutrina tem sido a de demonstrar que, apesar de ter se tornado evidente que o juiz presta a tutela jurisdicional indo muito além da mera aplicação da lei, isso não significa negação do princípio da separação dos poderes. Ou melhor, a doutrina não tomou consciência de que, diante da variedade das decisões e das interpretações da lei, seria necessária uma elaboração dogmática capaz de garantir a segurança [...] e a igualdade. Há que se dizer, sem qualquer pudor, que a doutrina do *civil law* cometeu o pecado grave ao encobrir a necessidade de um instrumento capaz de garantir a

igualdade diante das decisões, fingindo crer que a lei seria bastante [...] em vez de denunciar a realidade e a funesta consequência dela derivada (MARINONI, 2019, p. 125).

A certeza do direito estaria na aplicação estrita da lei ou, bem vistas as coisas, na própria lei. Nota-se:

O ponto tem enorme relevância. 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 (MARINONI, 2009a, p. 34-35).

Imaginou, assim, que a lei seria o suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos. Em relação à igualdade enquanto regra, ela prevê a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, institui um dever de promover um estado igualitário, e, enquanto postulado, estrutura a aplicação do Direito em função de elementos (ÀVILA, 2016).

A violação de alguma norma jurídica, ou de critérios que conservem o ordenamento jurídico, como é o do princípio da igualdade, significa a violação de princípio fundamental do sistema jurídico. A igualdade, nesse sentido, deve fazer com que condições iguais tenham consequências iguais, uma vez que se trata de uma consequência lógica do caráter geral da norma, que prevê que, diante de determinadas condições, deve ser implementada determinada consequência (ÀVILA, 2016).

Assim os problemas e as críticas que o Poder Judiciário sofre atualmente são em relação aos aspectos dinâmicos e estáticos acima referidos, quais sejam, confiabilidade, calculabilidade e cognoscibilidade – faltando efetividade desses, acabam a segurança jurídica e a igualdade. Para tanto, é necessária a observância ao dever de fundamentação das decisões judiciais, aos precedentes firmados sobre as teses *sub judice* e assim por diante, a fim de que, aos poucos, os jurisdicionados passem a ter uma maior confiança no Poder Judiciário (MARINONI, 2019).

Somente a correta aplicação do direito cria confiança no judiciário, nas instituições jurídicas e, de modo mais geral, no funcionamento do Estado. Um sistema jurídico previsível e confiável, um sistema que oferece segurança jurídica, é a pedra angular das sociedades estáveis e economicamente bem sucedidas (KERN, 2014).

Não há direito coerente num Estado em que os juízes pensam ter liberdade para formular normas jurídicas desiguais para casos iguais ou similares. Daí a importância de os doutrinadores, magistrados, promotores e advogados tomarem consciência que não é mais possível conviver com múltiplas decisões para casos que exigem a mesma resposta, sobretudo

quando essa resposta já foi elaborada pela Corte Suprema incumbida pela CF a tanto (MARINONI, 2017).

Assim, uma alternativa para uma maior efetivação da segurança jurídica e da igualdade é o respeito aos precedentes judiciais, ao garantir as justas expectativas de segurança jurídica, incidentes ao comportamento estável e uniforme dos juízes e dos tribunais frente a aplicação das normas jurídicas. Não respeitados os direitos fundamentais, haverá um sistema jurídico inseguro, sem respaldo da sociedade, a comprometer a estabilidade da jurisprudência, oferecendo aos jurisdicionados uma verdadeira variabilidade de respostas jurisdicionais para as mesmas questões (MITIDIERO, 2017a).

E, sendo papel dos Tribunais Superiores buscar a unidade do direito por meio de precedentes judiciais, capazes de promover a igualdade e a segurança jurídicas (MITIDIERO, 2017b; MARINONI, 2019) é necessário investigar de como seria um modelo de Corte de precedentes no direito brasileiro. Isso porque, como frisado, o sistema jurídico pátrio tem uma natureza da *civil law*, o que por si só torna esse debate ainda mais produtivo para a doutrina nacional.

Nesse sentido, apresentado o sistema de precedentes judiciais inserido no CPC e delimitadas as suas necessárias distinções para sua melhor aplicação, em respeito à sua origem da *common law*, o próximo capítulo analisa como eles podem ser geridos. Ou seja, pergunta-se qual o modelo de Cortes necessário para a melhor aplicação de um sistema de precedente judicial, cujo principal objetivo é a efetivação dos princípios da liberdade, igualdade e segurança jurídica, bem como se esse modelo possui condão de controlar o ativismo judicial no sistema brasileiro.

4 O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FORMA DE CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL

Após uma apresentação de aspectos referentes ao Poder Judiciário no mundo inteiro e no sistema jurídico brasileiro, assim como a conceitualização de ativismo judicial para o presente trabalho, bem como de toda a sistemática sobre o sistema de precedentes no Brasil, analisa-se se o precedente judicial tem o condão de ser uma alternativa para controlar essa prática ativista no direito brasileiro. Na dissertação, o foco da controvérsia está na análise das Cortes Superiores Brasileiras, ou seja, o STF e o STJ.

4.1 A INTERPRETAÇÃO DE UMA DECISÃO NAS CORTES SUPREMAS

Para começar a buscar um caminho para o problema apresentado neste trabalho, é analisado o papel das Cortes Supremas no Brasil. O objetivo é traçar sua evolução a partir da promulgação da CF de 1988.

4.1.1 O processo civil no estado constitucional de direito

Como já devidamente analisado no capítulo 2, a ascensão do Poder Judiciário em diversos países do mundo se deu, majoritariamente, a partir do final da 2ª Guerra Mundial. A criação de constituições com um catálogo de direitos fundamentais, bem como de tribunais constitucionais, foram os principais marcos dessa passagem no período acima referido.

E essa mudança acarretou alterações no processo civil brasileiro, bem como no papel das Cortes de Vértice do país. Contudo, pode-se dizer, também, que essa passagem do estado legislativo de direito para o estado constitucional de direito causou uma tríplice alteração no que concerne à compreensão do Direito (MITIDIERO, 2017b).

Há a necessidade de salientar a abordagem dos “precedentalistas” – expressão cunhada por Streck (2016a, 2016b, 2016c, 2016d)⁷⁸ – sobre essa passagem no direito brasileiro. Nada obstante, o tema foi tratado de forma ampla pelo autor Luis Alberto Warat (1984), e, posteriormente, outros autores, não sendo possível afirmar que é uma nova disciplina na doutrina brasileira.

Com a Constituição de 1988, ocorreu uma alteração das influências políticas. Passou-

⁷⁸ Lenio Streck apresentou uma série de 4 artigos no Consultor Jurídico nos quais relata críticas sobre os precedentes judiciais.

se de uma democracia centralista, fundada na prevalência dos Poderes Executivo e Legislativo, muitas vezes e em largos períodos da história brasileira limitada de fato por regime autocráticos e totalitários, para uma democracia pluralista, com a abertura participativa e o reconhecimento de diversas instâncias de decisão política. Também sofreu radical transformação a teoria e o espírito do discurso jurídico e judicial (ZANETTI JUNIOR, 2012).

A primeira mudança concerne à teoria das normas. Ou seja, ao legislativo não mais cabe uma posição de supremacia, de modo que seu o trabalho não é mais suficiente enquanto direito (MARINONI, 2017). No Estado legislativo, havia a ideia de que toda norma era sinônimo de regra, de modo que os princípios eram compreendidos como fundamentos para as normas.

Desse fenômeno decorre a ascensão dos princípios no direito. Daí que o próprio direito material exigiu essa transformação, na medida em que não mais contém somente regras com premissas (suporte fático) e consequências (sanção jurídica). Com a Constitucionalização no marco do Estado Democrático de Direito, os princípios e as cláusulas gerais passaram a constituir, por necessidade hermenêutica, como uma das fontes primárias, ao lado da lei (ZANETTI JUNIOR, 2012).

Em virtude da ascensão do Poder Judiciário, havia a necessidade de um maior posicionamento do órgão jurisdicional, com o objetivo de atribuir sentido aos textos legais (MARINONI, 2017). No Estado constitucional, portanto, começa a haver uma abundância de estatutos, legislações especiais e instrumentos infralegais⁷⁹. Assim, se no Estado Legislativo de Direito a lei possuía validade independentemente do conteúdo, com a passagem para o Estado Constitucional de Direito⁸⁰ esse passou a ter de se ajustar, inclusive materialmente, às constituições. As legislações, mais precisamente o direito processual, teriam que ser lidas com base na Constituição, ou seja, não poderia haver mais uma dissociação entre os textos

⁷⁹ “O século XX assiste a ascensão do direito público. [...] O Século [XIX], que começara com o Código Civil francês, o Código Napoleão, de 1804, termina com a promulgação do Código Civil alemão, de 1900. Os protagonistas do Direito eram o contratante e o proprietário. Ao longo do século XX, assiste-se a uma progressiva publicização do Direito, com a proliferação de normas de ordem pública. Não apenas em matéria de direito família, como era tradicional, mas em áreas tipicamente privadas como o contrato – com a proteção do polo mais fraco das relações jurídicas, como o trabalhador, o locatário, o consumidor – e a propriedade, com a previsão de sua função social” (BARROSO, 2015, p. 30).

⁸⁰ “Ao final do século XX, essa publicização do Direito resulta na centralidade da Constituição. Toda interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição, dos seus valores e dos seus princípios. Como consequência, reitera-se, toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional. Interpreta-se a Constituição *diretamente* quando uma pretensão se baseia no texto constitucional (uma imunidade tributária, a preservação do direito de privacidade); e interpreta-se a Constituição *indiretamente* quando se aplica o direito ordinário, porque, antes de aplicá-lo, é preciso verificar sua compatibilidade com a Constituição e, ademais, o sentido e o alcance das normas infraconstitucionais devem ser fixados à luz da Constituição” (BARROSO, 2015, p. 30, grifos originais).

infralegais e as constituições, pois não se pode negar a força normativa dessas (RIBEIRO, 2010).

A segunda refere-se à técnica legislativa. Nesse campo, passa-se de uma legislação redigida de forma casuística para uma legislação em que essa técnica se mistura com uma aberta. No Estado constitucional, o legislador redige as suas proposições ora prevendo exatamente os casos que quer disciplinar, particularizando ao máximo os termos, as condutas e as consequências legais (técnica casuística), ora empregando termos indeterminados, com ou sem previsão de consequências jurídicas na própria proposição (técnica aberta) (MITIDIERO, 2017b).

Tornou-se clara a necessidade de a lei conter espaços capazes de dar ao juiz o poder de adaptação do texto legal às novas realidades e valores (MARINONI, 2017). Surge, portanto, a noção de cláusulas gerais⁸¹, vista como técnica legislativa que se contrapõe à técnica casuística. Frise-se que não se pretende simplesmente dar aos juízes poder para a realizar a justiça no caso concreto, mas também poder para o Judiciário definir o sentido em que a lei deve ser aplicada enquanto perdurar determinada situação.

O pensamento jurídico clássico alimentava duas ficções: (a) a de que o Direito, a norma jurídica, era a expressão da razão, de justiça imanente; e (b) que o Direito se concretizava mediante operação lógica e dedutiva, em que o juiz fazia a subsunção dos fatos à norma, meramente pronunciando a consequência jurídica que nela já se continha. Ao longo do século XX, consolidou-se a convicção de que a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá de ser construída de forma argumentativa pelo intérprete (BARROSO, 2015).

A terceira mudança atine ao significado da interpretação jurídica⁸² e, no fundo, à própria compreensão a respeito da natureza do Direito. Segundo certas doutrinas, as Constituições não são mais que um manifesto político cuja concretização constitui tarefa exclusiva do legislador: os tribunais não devem aplicar as normas constitucionais – carentes de qualquer efeito imediato –, mas apenas as normas que são afirmadas pela lei (MARINONI, 2017).

Em face dessas mudanças, Zaneti (2012) explica que o Direito inclui, hoje, uma forte dose de indeterminação, quer pela sua submissão aos parâmetros de justiça, aferíveis da

⁸¹ Para mais profundidade, ver a obra de Riccardo Guastini (Interpretar e Argumentar).

⁸² O tema é mais bem detalhado ao longo do capítulo. Todavia, Ávila (2016) explica que, em relação a essa mudança na interpretação jurídica, a função da Ciência do Direito não pode ser considerada como mera descrição do significado, quer na perspectiva da comunicação de uma informação ou o conhecimento a respeito de um texto, quer naquela da intenção do seu autor.

Constituição, quer pela dissociação entre texto e norma, com uma maior incidência de normas de textura aberta, na qual não há uma consequência jurídica clara (ZANETTI JUNIOR, 2012). Nesse sentido, Mitidiero (2017b, p. 21) sustenta que:

Isso quer dizer que se assume a separação entre texto e norma – o legislador outorga textos, não normas. As normas são fruto de uma outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários. É enorme, portanto, a diferença entre a interpretação jurídica no Estado Legislativo e no Estado Constitucional – basta perceber que se pressupunha no primeiro uma unidade entre texto e norma, pressupondo-se que o legislador outorgava não só o texto, mas também a norma, sendo função da jurisdição tão somente declarar a norma preexistente para solução do caso concreto. O Direito deixa de ser um objeto total e previamente dado que o jurista tem de simplesmente conhecer para ser uma “harmoniosa composição entre atividades semânticas e argumentativas”. É fácil perceber, portanto, a razão pela qual a doutrina aponta um eloquente deslocamento a partir dessa verdadeira virada conceitual: da vocação do nosso tempo para legislação e para ciência do direito para a vocação do nosso tempo para jurisdição.

O que há de ficar claro, portanto, em virtude da constitucionalização do direito, é que o processo civil⁸³ deve ser interpretado e aplicado a partir das raízes do Estado Constitucional (MITIDIERO, 2015, p. 50), a partir do qual deve ser pensado em uma “renovada base teórica”. Ou seja, marcado pelos valores liberdade, igualdade, participação, segurança e justiça.

A partir dessa passagem, o processo civil passou a responder não só pela necessidade de *resolver casos concretos* mediante a prolação de uma *decisão justa para as partes*, mas também pela promoção da *unidade do direito* mediante a formação de *precedentes*. Daí que o processo civil no Estado constitucional tem por função dar *tutela aos direitos* mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para promoção da unidade do direito para a sociedade em geral (MITIDIERO, 2014a, p. 2, grifos originais).

Ou seja, em virtude da constitucionalização do direito no sistema jurídico brasileiro, há, por consequência, uma influência no processo civil. Passou-se de um discurso fundado em regras codificadas, centrado no juiz, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos preconcebidos, para um discurso democrático, que relaciona autor, juiz e réu em colaboração⁸⁴, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica (ZANETTI JUNIOR, 2012).

Diante de todos esses impactos ocorridos com a ascensão do constitucionalismo, essa nova forma de se interpretar, de valorar decisões, vislumbra-se uma incerteza em relação a

⁸³ O artigo 1º do CPC 2015 dispõe essa mudança de paradigma:

“Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (BRASIL, 2016a, p. 40).

⁸⁴ Tal está nos artigos 1º ao 12º do CPC (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

aplicação e a interpretação do direito (JORGE NETO, 2019). Nessa perspectiva, como garantir segurança jurídica, legitimidade e alguma previsibilidade às decisões judiciais, a partir das mudanças ocorridas?

Não há a intenção do presente trabalho de analisar a relação da constitucionalização do direito em relação aos direitos fundamentais processuais⁸⁵. Contudo, há necessidade de considerar como essa ascensão do Poder Judiciário influenciou o processo civil brasileiro, em virtude dessa mudança na teoria das normas, principalmente nas práticas interpretativas, para, posteriormente, analisar esses aspectos perante as Cortes Superiores Brasileiras.

O processo civil, no marco do Estado Constitucional de Direito, deve ser compreendido como meio para a tutela dos direitos. Porém, frisa-se que não deve haver uma dimensão puramente particular, ou seja, apenas voltada para o caso concreto entre as partes (MITIDIERO, 2017b).

Nesse contexto, Mitidiero sustenta que a tutela dos direitos no processo, além de viabilizar a proteção de direitos individuais ou transindividuais afirmados pelas partes, também visa a propiciar a unidade do direito mediante a afirmação e o respeito aos precedentes judiciais. Portanto, o processo civil possui um duplo discurso, a partir do Estado Constitucional, no qual separa em planos distintos decisão judicial e precedente (2017b).

Passa-se a pensar o processo civil não mais do ponto de vista das garantias constitucionais – característica da primeira constitucionalização do processo civil, cujo ponto de chegada está justamente na Constituição de 1988. Começa-se a trabalhar com o processo na perspectiva dos direitos fundamentais, procurando estruturá-lo a partir da eficácia dos direitos fundamentais – característica da segunda constitucionalização do processo civil, cujo ponto de partida está justamente na Constituição de 1988 (MITIDIERO; TARUFFO, 2018).

Nesse sentido, o Poder Judiciário, mais propriamente as Cortes Supremas, tem a função de trabalhar ao lado do Legislativo para a evolução do direito, em virtude dessa nova roupagem dada ao Judiciário, a partir da CF de 1988. Assim, a Corte assume a função de atribuir sentido ao direito, com o objetivo de dar estabilidade, a fim de que os precedentes se tornem indispensáveis para garantir a igualdade e a liberdade, as quais não dependem apenas da lei (MARINONI, 2017).

Nessa perspectiva, não há dúvidas de que, para haver um respeito ao precedente judicial, é necessário haver uma adequada teoria dos precedentes judiciais. A partir do Estado Constitucional, com uma maior necessidade de segurança jurídica, esses surgem como uma

⁸⁵ A título exemplificativo, Darci Guimarães Ribeiro (2010) afirma que o direito fundamental ao contraditório é um direito absoluto, razão pela qual não é autorizada qualquer exceção, sob pena de nulidade.

alternativa para efetivá-la. Assim, para pensar numa devida teoria dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, deve-se abordar, de igual forma, o papel das cortes judiciárias no Estado Constitucional Brasileiro, bem como a dupla dimensão da tutela dos direitos: a geral (unidade do direito) e a particular (caso concreto).

4.1.2 O papel dos tribunais superiores no direito brasileiro

Em face da evolução da ciência do direito, houve uma modificação atinente às normas, à argumentação jurídica e à relação entre os poderes, de modo que deve o sistema jurídico estar preparado para conseguir retirar a sua melhor versão quando aplicado. Com base nessas mudanças, verifica-se a necessidade de se analisar o modelo de cortes, cada uma dentro das suas características, com o objetivo de, ao final, determinar qual modelo se adequa melhor aos Tribunais Superiores brasileiros, para cumprir as expectativas na dupla dimensão dos direitos: a do caso concreto e da unidade do direito.

4.1.2.1 Cortes superiores

Conforme Mitidiero (2017b, p. 37):

Seja do ponto de vista daqueles que integram o sistema judiciário, seja do ponto de vista daqueles para os quais esse existe, é fácil perceber, portanto, que o ponto crucial para uma idônea organização das cortes judiciárias está centrado na função que essas devem desempenhar na ordem jurídica.

Essa afirmação demonstra o norte pelo qual será abordada a importância do papel das cortes no sistema jurídico brasileiro. Sendo a finalidade do processo civil no Estado Constitucional dar tutela aos direitos⁸⁶, é natural que esse fim seja o mesmo perseguido pelas cortes encarregadas de aplicá-lo. O objetivo é verificar se todas as cortes que integram o sistema judiciário devem promover concomitantemente a tutela dos direitos nas suas duas dimensões ou se deve haver uma distribuição entre os tribunais que integram a Justiça Civil.

Para que se possa alcançar a unidade do direito, o principal desafio que se apresenta para a Justiça Civil está na transformação das Cortes de Vértice (STF, STJ e Tribunal Superior

⁸⁶ Conforme explica Ribeiro (2010), o sistema processual brasileiro, há mais de uma década, vem sofrendo uma série de reformas que buscam aproximar o Brasil das exigências de um Estado Democrático de Direito, as quais podem ser resumidas no valor da efetividade da tutela jurisdicional. A mais recente alteração foi o CPC de 2015.

do Trabalho) em Cortes Supremas, isto é, em Cortes de Interpretação e de Precedentes, deixando-se definitivamente para trás a sua compreensão como Cortes Superiores, ou seja, como Cortes de Controle e de Jurisprudência (MITIDIERO; TARUFFO, 2018).

Nesse sentido, Daniel Mitidiero (2017b) apresenta uma nomenclatura com o objetivo de explicar essa transformação dos Tribunais Superiores, separando as Cortes como Superiores e Supremas. Nesse primeiro momento, é analisado os aspectos das Cortes Superiores e, posteriormente, das Cortes Supremas, para que, ao final, analise-se qual o melhor modelo para o STF e o STJ – tudo isso diante do objeto geral do capítulo, qual seja: a incorporação de precedentes vinculantes ao sistema jurídico brasileiro.

Essa complexidade decorre das notáveis diferenças de competência, de estrutura e de funcionamento das várias cortes. Frequentemente, a uma corte é atribuída uma série de funções bastante diversas, que envolvem a resolução de questões jurisdicionais, a decisão de conflitos entre os poderes do Estado, a tutela dos direitos fundamentais e a aplicação do direito supranacional. Além disso, em muitos países existem diversos sistemas paralelos de cortes com jurisdição especial, cada um com sua corte de última instância, sendo que, adicionalmente a essas cortes ordinárias, há também cortes constitucionais ou cortes de direitos humanos, às quais é possível interpor recursos extraordinários (KERN, 2014).

O modelo de Corte Superior encontra referência no quadro teórico do Século XIX (GUASTINI, 2020), contexto do Estado Liberal de Direito, particularmente influenciado pelo pensamento positivista clássico. A lei constituía o critério de identificação do Direito, de modo que texto e norma eram sinônimos⁸⁷ (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

O modelo de Cortes Superiores pressupõe uma teoria da interpretação cognitivista⁸⁸ – também conhecida como “formalista”: interpretar significa descobrir o significado intrínseco ao texto normativo, incorporado e pré-existente à interpretação (MARINONI, 2017). Como exemplo, a *Corte di Cassazione* italiana tinha como função o controle de legalidade das decisões judiciais; ou seja, quando acionada, buscava a revisão da legislação ordinária, com o objetivo de traçar o significado inerente ao texto normativo (MITIDIERO; TARUFFO, 2018).

⁸⁷ Corresponde a esses modelos as cortes italianas e francesas citadas no capítulo 2 da presente dissertação.

⁸⁸ “Para a solução cognitivista, a interpretação textual é – e de qualquer modo pode ser – uma atividade puramente cognoscitiva, que consiste em descobrir o “verdadeiro” (unívoco e determinado) significado das disposições legislativas ou em acertar a “verdadeira” (unívoca e determinada) vontade ou intenção do legislador – entendida ora como vontade subjetiva, histórico-psicológica, dos indivíduos que formularam e aprovaram as disposições (a voluntas ou mens legislatoris, que é o homólogo jurídico da literária intentio auctoris); ora como vontade objetiva, própria das disposições de lei e enquanto tal independente da vontade subjetiva dos legisladores transeuntes (a voluntas ou mens ou ratio ou sententiae legis, que é o homólogo jurídico da literária intentio operis); ora, confusamente, como vontade do legislador histórico, objetivada nas disposições de lei” (CHIASSONI, 2020, p. 56).

Essa particular maneira de entender, expressar e interpretar o Direito deve ser entendida ainda no quadro mais amplo das relações entre as funções do Estado, ou seja, em relação à teoria da separação dos poderes⁸⁹ (MITIDIERO, 2017b). A redução do Direito à legislação e a compreensão da interpretação como ato de simples conhecimento levam a uma organização política que vê no legislador o criador da normas, encarregado da redação do texto e da outorga de sentido, e no juiz, um simples aplicar mecânico da norma pré-existente.

O modelo de Corte Superior assume como pressuposto teórico a existência de uma verdadeira e própria norma legislativa pré-existente no momento da aplicação judicial, cuja função está em simplesmente declarar a sua exata interpretação. Essa está intrínseca ao texto legislativo, tratando-se de uma Corte voltada para a tutela da legalidade (MITIDIERO, 2017b). Fica claro, assim, o ponto de contato da teoria cognitivista da interpretação jurídica com as Cortes Italiana e Francesa, cujo objetivo era a declaração do conteúdo da lei e/ou somente conhecer o Direito, mas não o criar.

A unificação da interpretação do direito tinha o único propósito de tutelar o direito objetivo, revelando a sua devida e única identidade. A definição da interpretação que deve prevalecer, em tal contexto, equivale à fixação da interpretação que efetivamente corresponde ao texto da lei (MARINONI, 2017).

Dentre os pressupostos teóricos do modelo de Corte Superior, encontra-se a crença de que o ato de aplicação judicial do Direito consiste tão somente em um processo lógico-dedutivo (GUASTINI, 2020), fundado sob um silogismo, em que a premissa maior é a norma, a premissa menor é o fato e a conclusão é a decisão judicial. Esse é o núcleo-duro da competência do modelo de Corte Superior: a realização de um controle jurídico sobre a decisão recorrida, ou seja, controla se o órgão jurisdicional de sabe interpretou de forma exata a lei e aplicou-a corretamente, cujo objeto é a decisão judicial (MITIDIERO, 2017b).

A uniformização, portanto, ocorre para tutelar o legislador e garantir a unidade do direito objetivo. Nessa dimensão, a pretensão de uniformização da interpretação da lei não pactua com a dissociação entre lei e norma e nem é aberta à lógica argumentativa, mas, ao revés, busca responder à concepção clássica de jurisdição, em que o juiz simplesmente aplica a lei ao caso concreto, incumbindo à Corte, por consequência, somente declarar "oficialmente a verdadeira"⁹⁰ interpretação da lei em nome da unidade do direito objetivo (MARINONI, 2017,

⁸⁹ Para mais detalhes, ver a obra de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*Curso de Direito Constitucional*).

⁹⁰ Sobre a aplicação mecânica da lei pelo juiz, verifica-se a consagrada expressão, mencionada na presente dissertação: "*bouche de la loi*". Outro ponto de contato, em virtude dessa aplicação mecânica, é a busca por resguardar a supremacia democrática do Parlamento diante do Poder Judiciário.

p. 112).

Se a jurisdição se limita a declarar a vontade concreta da lei, não há motivo para falar em igualdade perante as decisões; basta a unificação da interpretação para garantir a unidade do direito objetivo e, por mera consequência, a igualdade. Ou melhor: não há necessidade de ter precedentes obrigatórios, mas apenas um sistema que permita a correção das decisões destoantes da lei (MARINONI, 2017).

Nesse sentido, verifica-se uma função clara desse modelo de Corte, a qual se trata de uma função reativa⁹¹ (MITIDIERO, 2017b). Ou seja, a Corte desempenha um papel que pressupõe a existência de uma violação já ocorrida, sendo sua tarefa sancioná-la e, quando possível, neutralizar ou eliminar os seus efeitos mediante cassação ou reforma dessa decisão.

Portanto, é uma Corte que reage a uma violação perpetrada pela decisão judicial objeto de recurso, cuja atuação é defender a legislação ou atuar contra a atuação do próprio Poder Judiciário, reagindo às violações ao seu texto mediante um controle da decisão judicial recorrida. Por essas razões, trata-se de uma corte de tutela da legalidade diante das decisões judiciais (TARUFFO, 2016).

Outra característica importante desse modelo de Corte é a função de nomofilaquia⁹² da Corte Superior, a qual consiste na defesa da legislação diante das decisões judiciais. Contudo, havia a necessidade desse modelo de corte se desenvolver, para não apenas ter “a função de garantir a uniformidade da jurisprudência, através da prolação de sentenças capazes não apenas de assegurar a exata interpretação do direito, mas também de impor esta interpretação como cânone de decisão dos casos sucessivos” (CALAMANDREI, 1976 *apud* TARUFFO, 2011, p. 8).

Por fim, do ponto de vista da eficácia das suas decisões, como têm função reativa e vinculada ao caso concreto, é natural que as decisões da Corte Superior sejam eficazes apenas para as partes recorrentes. A decisão não influencia a ordem jurídica, tampouco possui eficácia

⁹¹ A Corte desempenha um papel que pressupõe a existência de uma violação já ocorrida, sendo sua tarefa sancioná-la e, quando possível, neutralizar ou eliminar os seus efeitos mediante cassação ou reforma dessa decisão (TARUFFO, 2016).

⁹² O sentido da nomofilaquia está relacionado à função dos tribunais superiores de zelar pela uniformização da interpretação e aplicação do Direito. Ocorre que, “já em 1920, Piero Calamandrei sublinhava que a função de nomofilaquia da Corte de Cassação teria tido que se desenvolver, em conexão com a função de garantir a uniformidade da jurisprudência, através da prolação de sentenças capazes não apenas de assegurar a exata interpretação do direito, mas também de impor esta interpretação como cânone de decisão dos casos sucessivos. Calamandrei apresentava a ideia que a Corte de Cassação, uma vez unificada, torna-se aquilo que em termos modernos se chama “corte do precedente” e assim desenvolveria as suas funções, e em particular aquela de nomofilaquia, através de decisões capazes de orientar a jurisprudência sucessiva. Ele antecipava, em verdade, aquela que é hoje a função principal das cortes superiores em muitos ordenamentos, de *common law* e de *civil law*, que é a de assegurar o controle de legitimidade através da fixação de precedentes destinados a projetar-se como pontos de referência sobre decisões dos outros juízes” (TARUFFO, 2011, p. 8).

vinculante para casos futuros, porque se considera que a norma fora dada pelo legislador, tendo a jurisdição apenas a declarado (MITIDIERO, 2017b).

Pode-se dizer que o modelo de Corte Superior “não tem o controle da sua própria atuação” (MITIDIERO, 2017b, p. 58), uma vez que o recurso é encarado como um direito subjetivo da parte (*jus litigatoris*⁹³). Ou seja, o julgamento fica condicionado à vontade e ao interesse da parte⁹⁴.

O objetivo não é exaurir a disciplina das Cortes Superiores, mas apresentar as suas principais características. Assim, é analisado a seguir o modelo de Cortes Supremas, com o objetivo final de analisar qual modelo se enquadra aos Tribunais Superiores Brasileiros.

4.1.2.2 Cortes supremas

Partindo-se da mesma ideia do tópico anterior, referente ao modelo de Corte Superior, objetivo da presente subseção é demonstrar as características do modelo de Cortes Supremas, razão pela qual é abordada não apenas a relação com os casos concretos, mas também a relação com a interpretação jurídica.

A Corte Suprema pressupõe, no âmbito da teoria normativa, primeiramente uma dissociação entre texto e norma⁹⁵. Em segundo lugar, a adoção da teoria lógico-argumentativa da interpretação judicial, de em terceiro, o reconhecimento de que a legislação e jurisdição atuam coordenada e conjuntamente para produção e promoção do império do Direito (MITIDIERO, 2017b).

A passagem do texto para a norma depende de uma atividade a ser desempenhada pelo intérprete, a qual envolve individualização dos significados possíveis, valoração entre esses e escolha entre as diferentes possibilidades para a definição da norma. Ou seja, afirmar que não existe uma norma⁹⁶ antes de uma interpretação não implica que inexistente significado sem

⁹³ Expressão italiana, cujo objetivo é atingir o interesse individual dos litigantes. Ou seja, busca-se a defesa dos direitos das partes.

⁹⁴ A cognição do caso pela Corte é restrita aos erros apontados pela parte, sem que possa aproveitar de modo algum o caso levado ao seu conhecimento para, a partir dele, pronunciar-se sobre uma questão jurídica importante não impugnada no recurso pela parte, mas eventualmente presente no caso submetido ao seu exame, bem como eventual desistência do recurso pela parte interessada impede a apreciação da questão impugnada pela Corte Superior.

⁹⁵ A teoria da norma experimentou significativo enriquecimento na passagem dos Oitocentos para os Novecentos, cuja principal consequência está no aumento da dificuldade para sua compreensão e aplicação em juízo (MITIDIERO, 2017b).

⁹⁶ A norma é na verdade a interpretação da norma: ela simplesmente ainda não é antes da sua interpretação. Guastini (2020) explica que os enunciados podem ter natureza decisória ou criativa, razão pela qual pertencem a função adscritiva, ou seja, adscrevem a um texto um significado determinado.

interpretação, mas simplesmente que, antes da interpretação, existe uma multiplicidade de significados possíveis (ÀVILA, 2016).

A teoria cognitivista, antes referida, cede espaço para uma teoria lógico-argumentativa da interpretação, já que, além de se valer da lógica – necessária para a aferição de nexos entre preposições e enunciados –, o intérprete deve argumentar para fundamentar as individualizações, valorações e escolhas realizadas ao longo do processo interpretativo (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2018). Nesse sentido, a teoria lógico-argumentativa é conhecida também como teoria cética⁹⁷, a qual supõe que a atividade de interpretação é de valoração e de decisão. Difere, portanto, da teoria formalista, que tem a interpretação como cognição ou investigação e descrição (MARINONI, 2017).

Isso significa que a teoria cética não acredita que o significado do direito esteja implícito no texto legal, devendo apenas ser desvendado e descrito pelo juiz. Ou seja, as palavras da lei sempre estão na dependência do intérprete, que ao texto atribui um determinado significado⁹⁸ (MARINONI, 2017).

A interpretação enquanto atividade, contém efetivas decisões tomadas pelo intérprete acerca do sentido⁹⁹ que deve ser atribuído ao direito¹⁰⁰ – essas decisões devem ser justificadas¹⁰¹. É por essa razão que o modelo de Corte Suprema está associado à necessidade de justificação no momento de interpretação e aplicação judicial do direito, razão pela qual “a norma é resultado de um processo que visa a reduzir a equivocidade do texto e concentrar o seu significado” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 52).

⁹⁷ Pode ser chamada também de não cognitivista, de modo que o ato interpretativo de disposições é, por sua natureza, um ato de caráter decisório. Não se trataria, portanto, de um ato com o qual simplesmente se releva, se descreve ou se conjectura sobre o significado de uma disposição; seria, em vez disso – na perspectiva de uma desencantada reconstrução conceitual do fenômeno – um ato com o qual se decide, se determina ou se adscribe um significado a uma disposição (CHIASSONI, 2020).

⁹⁸ “Como a interpretação é um processo que visa à redução da equivocidade do enunciado e definição da norma, verifica-se que inexiste uma única resposta correta para todo e qualquer problema interpretativo” (ÀVILA, 2016, p. 23-24). Salienta-se que, sobre essa afirmação, há autores com diferentes entendimentos. Na presente dissertação, o objetivo não é se filiar a qualquer teoria, mas apenas detalhar a forma pela qual atua uma Corte Suprema.

⁹⁹ “A oportunidade da distinção entre texto e norma é atribuída à potencial equivocidade de todos os enunciados linguísticos” (GUASTINI, 2020, p. 43).

¹⁰⁰ “Os textos são potencialmente equívocos por várias razões, dentre elas, a ambiguidade, a complexidade, a implicabilidade, a superabilidade e a abrangibilidade dos enunciados textuais, razão pela qual não é algo que possa ser eliminado simplesmente pelo apuramento linguístico na sua redação, pois a interpretação varia de acordo com a posição assumida pelo intérprete na sociedade ou diante de determinado conflito” (GUASTINI, 2020, p. 43-47).

¹⁰¹ A justificação é tratada em tópico específico no presente capítulo. Frise-se que, mesmo com uma pluralidade de significados, não quer dizer que o processo de interpretação do Direito não possa ser racionalmente controlado, razão pela qual é necessário a justificação no momento de interpretação e aplicação judicial do Direito (CHIASSONI, 2020).

Pode-se dizer, então, que Jurisdição e Legislação, nesse contexto, concorrem para a produção e promoção do direito. Aliás, outorga-se maior espaço para a jurisdição em geral e para a Corte Suprema¹⁰², e isso se deve não só aos novos contornos da teoria da interpretação jurídica, mas também ao rastro da doutrina dos *checks and balances* e da *judicial review* do direito norte-americano, bem como pela influência das Cortes Constitucionais continentais¹⁰³ (MITIDIERO, 2017b). Portanto, em face do direito como uma prática argumentativa, em que o produto da interpretação pode assumir mais de um significado, esse modelo volta a atuação da Corte Suprema para a tutela do direito mediante sua adequada interpretação – da definição do resultado e da adequação do processo interpretativa.

Mais precisamente em relação à atuação da Corte Suprema, verifica-se uma função eminentemente proativa¹⁰⁴, voltada para o futuro, a fim de orientar, guiar, a interpretação e a aplicação do Direito, conferindo-lhe unidade tanto prospectiva quanto retrospectivamente. A unidade retrospectiva diz respeito à solução de uma questão controvertida nos tribunais, ao passo que a unidade prospectiva atine à solução de questões jurídicas novas e, por conseguinte, ao desenvolvimento do direito diante das necessidades sociais (MARINONI, 2017).

Nessa perspectiva, a nomofilaquia do recurso dirigido à Corte Suprema possui uma função distinta da Corte Superiores, uma vez que não mais diz respeito ao controle da legalidade relativamente ao caso concreto, mas sim à consecução da unidade do direito¹⁰⁵ mediante a sua adequada interpretação. Por esse motivo, consistem em cortes de interpretação – não cortes de controle.

Kern (2014) explica que, de um lado, parece razoável que as Cortes se preocupem com a realização de um esforço de boa justiça no interesse privado de um recorrente; de outro, é certo que essa não deve ser senão uma missão acessória, ou secundária. O recurso interposto à

¹⁰² Alguns exemplos de cortes de vértice: *House of Lords* inglesa, *Supreme Court* norte-americana, *Bundesverfassungsgericht* e o *Bundesgerichtshof*.

¹⁰³ Sobre o tema, ver o capítulo 2 da presente dissertação.

¹⁰⁴ A função da Corte Suprema é uma função ligada à interpretação do Direito, capaz de servir de orientação para sua interpretação e aplicação futura.

¹⁰⁵ Em tempos mais recentes, o legislador italiano quis inverter a mencionada tendência, valorizando o *ius constitutionis*, tentando tornar a Cassação italiana uma corte de precedentes. Nessa direção, além de algumas medidas trazidas pelo Decreto Legislativo 40, de 02.02.2006, é especialmente com a introdução do filtro no recurso de cassação que o legislador visa claramente a prestigiar a função pública uniformizadora da corte em detrimento da sua função privada, do *ius litigatoris*, ou seja, do direito de defesa das partes. Com efeito, dúvida não há de que em cada sistema jurídico os mecanismos de filtragem aos recursos sejam um significativo passo no sentido do esvaziamento da proteção ao *ius litigatoris* e o prestígio da tutela ao *jus constitutionis*. Em particular, o Decreto Legislativo 40, de 02.02.2006, fortaleceu o instituto “do recurso no interesse da lei”.

Corte consiste em um pretexto¹⁰⁶ para desempenhar a sua função de adequada interpretação da ordem jurídica.

Nesse sentido, as cortes supremas poderiam ser chamadas de “cortes de precedentes” e assim desenvolveriam as suas funções, e em particular aquela de nomofilaquia, através de decisões capazes de orientar a jurisprudência sucessiva. Ou seja, a função principal das cortes é a de assegurar o controle de legitimidade através da fixação de precedentes destinados a se projetarem como pontos de referência sobre as decisões dos outros juízes (TARUFFO, 2011). Nesse modelo, a interpretação judicial da Corte é o motivo pelo qual a corte existe, na medida que, sem a sua interpretação, não há como viabilizar a unidade do direito.

No mais, as decisões da Corte Suprema têm eficácia vinculante, para além do caso concreto, destinando-se à toda a sociedade, a todo o Poder Judiciário e, como é óbvio, aos próprios membros. Como os enunciados são potencialmente indeterminados e a interpretação tem natureza argumentativa, ao dar a última palavra, a Corte não propriamente realiza criação, mas fixação de sentido normativo anteriormente equívoco. Aliás, pela consideração de que não há uma resposta única, preexistente, a ser declarada, defende-se a possibilidade de que, em momentos formação ou alteração do precedente, as decisões da Corte Suprema poderão ter eficácia apenas para o futuro, em consideração à necessidade de se resguardar a confiança legítima daqueles que, em um dado momento, agiram conforme o precedente, promovendo-se assim segurança jurídica e igualdade (MITIDIERO, 2017b).

Nesse contexto, os Tribunais Superiores não se prestam a estabelecer o exato sentido da lei, mas a definir o adequado sentido extraível do texto legal, argumentando mediante as “melhores razões” ou mediante as razões que evidenciem as opções do intérprete como racionalmente aceitáveis (MARINONI, 2017). É exatamente aí que se encontra o pressuposto teórico da Corte Suprema, cuja função é extrair um sentido da ordem legislada, tornando-o parte da ordem jurídica vinculante, razão pela qual é analisada detalhadamente.

Portanto, apresentados ambos os modelos, é verificado qual modelo se adequa melhor para os tribunais superiores brasileiros. No presente momento, o objetivo foi apresentar as características de cada um, para, posteriormente, com base na análise crítica, determinar qual deve prevalecer para o melhor processamento dos precedentes no sistema jurídico brasileiro.

¹⁰⁶ O recurso à Corte Suprema não tem nenhuma razão para ser encarado como um direito subjetivo da parte, ou seja, prevalece-se o interesse público no seu julgamento. O recurso passa a ser viabilizado no interesse do *jus constitutionis* em busca da unidade do Direito pela Corte. Desse modo, resulta daí a existência de um acentuado autocontrole da corte à respeito da sua própria atuação. Na mesma linha, eventual desistência do recurso interposto não veda a Corte Suprema de se pronunciar sobre a questão jurídica por ele aportada ao seu conhecimento (MITIDIERO, 2017b).

4.1.3 STF e STJ como Cortes Supremas

Diante da apresentação dos modelos de corte suprema e superior, é avaliado qual melhor se adequa ao sistema jurídico brasileiro. O objetivo é a inserção de um sistema de precedentes judiciais, conforme prevê o CPC.

Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni (2008) são os principais defensores, no direito brasileiro, de um modelo de Cortes Supremas. De acordo com os autores, se os Tribunais Superiores são os responsáveis por dar a última palavra a respeito da interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional na ordem jurídica brasileira.

Conforme delineado nas seções anteriores, em virtude da evolução da teoria da argumentação jurídica, mais precisamente, da teoria cognitivista à teoria lógico-argumentativa, houve a dissociação da relação entre texto e norma, bem como a mudança de posição da jurisdição em relação a legislação, as quais atuam conjuntamente. Assim, devem o STF e o STJ ser pensados como cortes de precedentes (Supremas) e não cortes de jurisprudência (Superiores).

Ocorre que essa posição defendida por essa parte da doutrina encontra resistência, em virtude da interpretação atribuída ao CPC para retirar essa tese, bem como em face da inaplicabilidade de um sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro. Nesse momento, analisa-se como o CPC autoriza uma interpretação do modelo de Cortes Supremas na ordem jurídica brasileira, bem como suas críticas, a fim de fomentar o debate.

Igor Raatz (2016) apresenta uma série de críticas sobre esse modelo de Cortes de Precedentes:

Realmente, se as coisas são assim, poderíamos abandonar a Teoria do Direito (que em diferentes perspectivas vem buscando justamente oferecer caminhos para lidar com o problema da interpretação do direito) e partir para uma solução mais simples, prática e eficiente (para não dizer utilitarista) como querem: uma vez que são possíveis várias interpretações corretas, deve valer aquela dotada de autoridade, no caso, aquela posta pelas “cortes de precedentes”.

Antes de adentrar no referido debate, há de se certificar qual o melhor modelo de corte para o direito brasileiro, para então ser possível apresentar a discussão atual da aplicação dos precedentes. Nesse modelo de Cortes Supremas, o objetivo principal é preservar o STF e o STJ como tribunais excepcionais que visam à unidade do direito (unidade retrospectiva e unidade prospectiva). A atuação do STF e do STJ só se justifica nesses termos, para imprimir unidade

ao direito brasileiro, para formar precedentes obrigatórios a respeito da aplicação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal. Em linhas gerais, essa é a ideia de Cortes Supremas (MARINONI; MITIDIERO, 2008).

O STF foi originalmente projetado à luz da *Supreme Court* estadunidense (ALVIM; DANTAS, 2017), bem como a criação do STJ seguiu o Tribunal Constitucional Alemão. Contudo, a atuação efetiva de ambos se distanciou da prática desses tribunais, uma vez que as cortes brasileiras sempre se comportaram como cortes reativas e de simples controle da juridicidade das decisões recorridas recaindo, portanto, mais na influência das cortes italianas e francesas, nas suas formas originárias, do que nas das norte-americanas e alemãs (MITIDIERO, 2017b).

Nada obstante, Mitidiero sustenta que o STF e o STJ não podem ser vistos como cortes reativas e de simples controle de juridicidade das decisões recorridas (2017b). Na mesma linha, Marinoni (2019, p. 116) explica que

a transformação da função da Corte outorga novo significado à ideia de “uniformidade”. O problema não mais está em declarar o sentido exato da lei para propiciar a “uniformidade das decisões” dos tribunais ordinários; busca-se, agora, mediante a voz da Suprema Corte, o “sentido e a unidade do direito” para a orientação da sociedade e para a promoção da igualdade e da segurança jurídica. Não mais importa controlar as decisões, porém definir o direito que deve orientá-las. A decisão da Suprema Corte, bem por isso, não mais tem caráter puramente retroativo, derivado da declaração da lei, mas está preocupada com o futuro, em orientar os jurisdicionados e em servir de critério para as vindouras decisões judiciais. Daí porque a “uniformidade”, nesse novo contexto, não visa a tutelar a lei, mas objetiva garantir a igualdade perante o direito revelado nos precedentes, assim como a segurança jurídica. Aliás, não é por outro motivo que aí é preferível falar em unidade do direito do que em uniformidade da jurisprudência.

Por outro lado, há quem sustente que esse conceito de Cortes Supremas não encontra respaldo no sistema jurídico brasileiro, uma vez que ausente qualquer menção pelo CPC, cujos artigos 926 e 927 não autorizam essa interpretação (PEIXOTO, 2019). Consoante destaca Bruno Torrano (2018), “tal opção, no contexto atual, mostra-se mais como uma simples vontade doutrinária de redefinir o sentido das palavras do que como uma interpretação suportável pelo texto jurídico”. Nesse sentido, complementa a distinção entre “Cortes de Jurisprudência” e “Cortes de Vértice”, presumindo que realmente faz sentido em termos teórico-institucionais, devendo “ser entendida também como uma distinção de crenças e de interesses, nutrida por concepções do Direito não raro incomensuráveis entre si”.

De fato, há necessidade de uma mudança cultural para a melhor aplicação de um sistema de precedentes. O que há, por essa parte da doutrina, é uma interpretação oposta à dos

“precedentalistas”, liderada por Lenio Streck (2018, p. 29-30), o qual sustenta: “desafio a que seja demonstrado em que lugar do CPC está posto o tal sistema de precedentes vinculantes. E em que lugar está legitimado que os Tribunais Superiores possam elaborar teses em abstrato, com efeito vinculatório”.

Dierle Nunes, Flávio Quinaud Pedron e André Frederico de Sena Horta (2017) afirmam que a ausência de racionalidade no uso dos precedentes ocorre em virtude da baixa institucionalização de seu trato e da ausência da busca de uma teoria normativa para sua formação e aplicação, mesmo que fortalecido com o CPC de 2015. Os precedentalistas, no entendimento de Peixoto (2019, p. 154), trabalham com conceitos que fogem à utilização tradicional da doutrina e o que parecem confundir do que auxiliar no entendimento dos precedentes, de modo que “não é adequada a utilização da referida nomenclatura na teoria dos precedentes a ser desenvolvida no direito brasileiro”.

Ainda mais, Streck, Raatz e Morbach aduzem que “deve ser a lei que fixa a norma de conduta às partes, e não o precedente. Consequentemente, se a lei for revogada ou tiver o seu sentido alterado no curso do tempo, o precedente terá perdido — no todo ou em parte — o seu objeto. Se não é isso que quer dizer, então o artigo 927 do CPC de 2015 será inconstitucional, pois criará uma modalidade de norma geral e abstrata à margem da CF/1988” (2019, p. 355). É clarividente o impasse em relação ao sistema de precedentes judiciais brasileiro

Em que pese as críticas existentes, Marinoni (2019) e Mitidiero (2017b) frisam que o STJ e o STF são, em determinado sentido, cortes de revisão. Porém, de igual forma, são Cortes que reavêm as decisões com a incumbência de definir o sentido da lei federal e da Constituição, respectivamente, e garantir a uniformidade da sua interpretação. Portanto, no entendimento dos referidos autores, o modelo mais adequado para a aplicação de precedentes judiciais é o modelo de Corte Suprema.

Todavia, no entendimento dos “precedentalistas”, o CPC de 2015, em boa medida, associa o papel do STF e do STJ ao modelo de Cortes Supremas. Um indicativo disso é a afirmação da dupla dimensão da tutela dos direitos (artigos 6º¹⁰⁷ e 926¹⁰⁸ do Código) e a atribuição de diferentes funções às Cortes de Justiça (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais) e às Cortes Supremas, conforme o artigo 926 (BRASIL, 2016b).

¹⁰⁷ “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2016a, p. 40).

¹⁰⁸ “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (BRASIL, 2016a, p. 172).

Em relação a essa divisão de funções das Cortes de Justiça e Cortes Supremas, Ravi Peixoto (2019) explica que as primeiras têm por objetivo a justiça do caso concreto, por meio do controle da interpretação dos fatos da causa e do direito aplicáveis aos casos concretos, além de fomentar o debate. Já as últimas objetivam a interpretação do direito a partir do caso concreto, dando a última palavra a respeito do tema em relação à legislação infraconstitucional e constitucional.

Nesse caso, as Cortes de Justiça produziriam apenas jurisprudência por meio de reiteração de julgados que não teria, por natureza, eficácia vinculante com a exceção dos casos expressos em lei (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidente de Assunção de Competência). Por outro lado, os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre vinculantes, em virtude da natureza da função dessas (PEIXOTO, 2019).

É diante dessa mudança de modelo de Corte que será possível uma maior efetivação do direito fundamental à igualdade e a segurança jurídica, em que

a transformação da função da Corte outorga novo significado à ideia de uniformidade. O problema não mais está em declarar o sentido exato da lei para propiciar a “uniformidade das decisões” dos tribunais ordinários; busca-se agora, mediante a voz da Suprema Corte, o “sentido e a unidade do direito” para a orientação da sociedade e para a promoção da igualdade. Não mais importa controlar as decisões, porém definir o direito que devem orientá-las (MARINONI, 2017, p. 114).

E o critério utilizado para autorizar e legitimar essa função do STF e do STJ é o critério teleológico, que autoriza o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial apenas nas hipóteses em que a pronúncia dessas cortes seja capaz de promover a unidade do Direito. Sua positivação no sistema jurídico brasileiro está na exigência da repercussão geral da questão constitucional arguida no recurso extraordinário (artigo 102, parágrafo 3º da CF¹⁰⁹; e artigo 1.035, *caput* do CPC¹¹⁰) (MITIDIERO, 2017b).

O que interessa para legitimação da abertura da cognição do STF é o impacto que pode advir, a partir do julgamento do recurso, para a ordem jurídica como um todo (MITIDIERO, 2017b). Ou seja, a autoridade dos precedentes deriva da função que a Constituição atribui às Cortes de Vértice, em que se deve dar sentindo à lei federal e à CF, respectivamente, e que deve

¹⁰⁹ “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (BRASIL, 2016b, p. 70).

¹¹⁰ “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo” (BRASIL, 2016a, p. 191).

garantir que seja observado pelos tribunais ordinários e juízes de primeiro grau de jurisdição (MARINONI, 2017).

É imprescindível, nesse contexto, a adoção de um filtro recursal, a fim de que a Corte realmente possa escolher os temas para julgamento. Assim deve ser compreendido o instituto da repercussão geral (art. 1.035, *caput* do CPC, já referido) caracterizada pela relevância da matéria e pela transcendência do recurso, isto é, as questões devem ser relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e devem ultrapassar os interesses subjetivos do processo (art. 1.035, parágrafo 1º, do CPC¹¹¹) (MARINONI; MITIDIERO, 2008).

Embora o instituto da repercussão geral seja previsto apenas no caso do Recurso Extraordinário e, portanto, refira-se ao STF, também para o STJ¹¹² a adoção de um filtro recursal seria de grande valia. Sua existência contribui para a racionalização do trabalho da Corte, que poderá trabalhar menos, logo, melhor (MITIDIERO, 2008).

Sublinha-se, ainda, que a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida (artigo 998, parágrafo único, do CPC.). Também neste ponto o Código de 2015 demonstra que o recurso é viabilizado no interesse da unidade do Direito (*ius constitutionis*) e não para a tutela do *ius litigatoris* (MITIDIERO, 2017b).

Nesse sentido, frise-se que a decisão correta de um caso individual não é apenas de interesse privado das partes, mas também de interesse público. O direito não é apenas um instrumento técnico, mas sempre contém, em certo grau, decisões políticas que necessitam ser implementadas na realidade por meio de sua aplicação correta. Quando não foi tomada uma decisão e o direito silencia, é importante que a corte desenvolva uma solução que encaixe no sistema como um todo (KERN, 2014).

¹¹¹ “Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (BRASIL, 2016a, p. 191).

¹¹² Sendo o STJ igualmente uma Corte Suprema, é imprescindível que o legislador expressamente introduza filtro recursal semelhante à repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso especial. A partir daí poderá o STJ valer-se de forma integral e constante do critério teleológico para justificar a sua atuação. O recurso especial nasceu com o mesmo molde do recurso extraordinário, cujo objetivo é o recurso fundado no *ius litigatoris* voltado para o controle reativo e retrospectivo das decisões mediante uniformização de jurisprudência. Como um verdadeiro pedaço do recurso extraordinário, o recurso especial foi igualmente marcado pelas vicissitudes que o moldaram. A história mostrou, contudo, que a crise do STF e do recurso extraordinário logo se transformou também na crise do STJ e do recurso especial. Esse fato sugere que a solução da crise das Cortes Supremas não passa tanto pela divisão da competência entre diferentes cortes, mas sobretudo pela transformação no modo como esses tribunais exercem as suas funções. Todavia, nada obstante semelhante filtro ainda não tenha sido introduzido formalmente na nossa legislação, o critério que autoriza a cognição do STJ é o mesmo que autoriza a pronúncia do STF, em que com a adoção do critério teleológico como balizador da admissão do recurso extraordinário e do recurso especial está a atuação do STF e do STJ (MARINONI; MITIDIERO, 2008).

Quando as partes têm o poder de encerrar o recurso antes de uma decisão no mérito, elas podem privar a Corte Suprema da chance de criar uniformidade e de esclarecer e desenvolver o direito por meio da decisão do recurso. Isso está de acordo com um papel da Corte Suprema no “interesse privado”. Quando, ao contrário, o poder das partes para encerrar o recurso é restringido, o papel de “interesse público” da Corte Suprema é reforçado (KERN, 2014).

Outro aspecto em relação ao julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial em um modelo de Cortes Supremas é acerca do impacto que o precedente dessas cortes pode gerar, cuja formação não interessa apenas aos litigantes, mas à cognoscibilidade do Direito e, portanto, à segurança jurídica que fundamenta o Estado Constitucional. Então, não há qualquer sentido, uma vez presente a questão constitucional ou a questão infraconstitucional federal de fundamental importância e transcendência, o recurso extraordinário ou o recurso especial ser inadmitido e o processo extinto, por exemplo, pelo endereçamento equivocado do recurso (MITIDIERO, 2017b).

Nessa perspectiva, os artigos 1.032, *caput*¹¹³, e 1.033¹¹⁴ do CPC, relativos ao livre trânsito de recursos, explicam que na hipótese de o relator, no STJ, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Sendo cumprida essa diligência, o relator remeterá o recurso ao STF. Da mesma forma, esse último poderá remeter ao STJ recurso extraordinário no qual há apenas ofensa reflexa à Constituição (MITIDIERO, 2017b).

Portanto, a função essencial de um modelo de Cortes Supremas é, diante da essência do Direito o seu caráter indeterminado, é de radical importância para sua adequada interpretação e aplicação a existência de cortes encarregadas de definir o sentido com que os enunciados linguísticos empregados pela Constituição e pela legislação infraconstitucional federal devem ser compreendidos em determinado contexto. Vale dizer: é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sejam entendidos como cortes que apresentam como ponto de chegada a adequada interpretação da legislação, viabilizando a partir daí a

¹¹³ “Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional” (BRASIL, 2016a, p. 191).

¹¹⁴ “Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial” (BRASIL, 2016a, p. 191).

unidade do Direito brasileiro e a orientação futura dos demais tribunais e da sociedade civil (MITIDIERO, 2017b).

A principal razão para a adoção de um sistema de precedentes é a racionalidade, ou seja, a premissa de que as decisões judiciais devem tratar igualmente casos iguais. Isso porque, quando foram decididas, o foram com pretensão de universalidade e se estabeleceram, por consequência, como ônus argumentativo em relação às decisões futuras que dessas pretendam se apartar (ZANETTI JUNIOR, 2019).

Não se pode compreender a Corte Suprema ideal no direito brasileiro, uma vez que é certo que a prática do STF e do STJ está distante mesmo daquilo que poderia ser considerado um parâmetro razoável. Essa constatação não é nova, e, entre as muitas tentativas de racionalização do trabalho das Cortes de vértice no sistema judiciário brasileiro, a mais recente se consubstancia no CPC de 2015.

Seria necessário, possivelmente, uma reforma legislativa mais profunda para a implementação das Cortes Supremas no sistema de justiça brasileiro. Mais do que isso: há necessidade de “uma profunda reforma cultural” (MITIDIERO, 2017b, p. 153)¹¹⁵ para que haja um ordem jurídica pautada pela igualdade, pela liberdade e pela segurança jurídica.

O CPC de 2015 oferece uma série de instrumentos aptos a tornar o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça autênticas Cortes Supremas. Disposições como a que possibilita sobrelevar vícios formais para conhecer de um recurso e a que permite julgá-lo apesar da desistência do recorrente sinalizam uma clara alteração no perfil dos Tribunais, afastando-os de um modelo de controle da legalidade do caso concreto atrelado a pressupostos teóricos ultrapassados (MITIDIERO, 2017b; MARINONI, 2019). Contudo, é importante demonstrar há um grande espaço entre a teoria e a prática, no presente momento, de modo que não existe um modelo claro de cortes supremas no direito brasileiro, sendo essa interpretação, maneira pela qual se possa desenvolver um devido e efetivo sistema de precedentes judiciais para a melhora da tutela jurisdicional e combate ao ativismo judicial.

Esse modelo de Cortes Supremas é o modelo defendido na presente dissertação, o qual deve ser o caminho a ser percorrido pelos Tribunais Superiores, com o objetivo de melhorar a prestação jurisdicional gerar confiança nas instituições e na sociedade civil. Preza-se, assim, pela igualdade, segurança jurídica e capacidade de prestar uma tutela adequada, efetiva e tempestiva de direitos.

¹¹⁵ Ravi Peixoto e Daniel Mitidiero defendem essa necessidade de uma reforma cultural para a melhora da prestação jurisdicional do direito brasileiro.

Apresentada a discussão acerca da interpretação dos artigos do CPC sobre se cabe ou não um modelo de Cortes Supremas no direito brasileiro, é necessário verificar a vigência da regra do *stare decisis* como condicionada à existência de um efetivo sistema de precedentes vinculantes na nossa ordem jurídica, razão pela qual é devidamente analisada no tópico seguinte.

4.2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS PODEM CONTROLAR O ATIVISMO JUDICIAL?

Neste subcapítulo, busca-se analisar o cerne do problema proposto na dissertação. É verificado se os precedentes judiciais, previstos no CPC, têm a possibilidade de controlar o ativismo judicial no sistema jurídico brasileiro.

A partir da ascensão das democracias constitucionais, há uma clara mudança na interpretação e aplicação do direito. Em face disso, o problema que surge é dar o sentido correto aos textos, fato que a doutrina vem se debruçando ao longo dos anos.

Nesse sentido, apresenta-se como alternativa o precedente judicial, cuja finalidade é a melhora da previsibilidade das decisões e, conseqüentemente, a efetivação do princípio da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade. Todavia, faz-se necessário apresentar como a decisão judicial deve ser interpretada de forma segura, sobressaindo-se os conceitos da justificação, da coerência e da universalização, para que se forme um precedente judicial coeso.

Em seguida, são apresentadas as críticas a respeito do sistema de precedentes judiciais proposto pelo CPC/15. Por fim, é analisado se o sistema de precedente judicial brasileiro possui condão de controlar o ativismo judicial, com base nas perspectivas apresentadas no trabalho.

4.2.1 Justificação, coerência e universabilidade na argumentação jurídica

Conforme referido no subcapítulo anterior, no modelo de Corte Suprema, sendo os textos potencialmente equívocos, a interpretação pode variar de acordo com a posição assumida pelo intérprete na sociedade ou diante de determinado conflito. Nesse sentido, a justificação da decisão é a medida pela qual se pode controlar o processo de interpretação do Direito, razão pela qual será objeto de análise no presente subcapítulo.

Os Tribunais Superiores brasileiros são cortes que outorgam sentido e buscam reduzir a equivocidade dos enunciados linguísticos do Direito. “Em virtude da potencial equivocidade da linguagem – fruto da ambiguidade, implicabilidade, superatividade e abrangibilidade dos enunciados textuais – impede que se considere o processo de interpretação do Direito como

algo neutro e cujo resultado é unívoco” (MITIDIERO, 2017b, p. 93).

A atividade de descoberta lógico-cognitiva não respalda as necessidades da interpretação, de modo que, sendo a linguagem potencialmente equívoca, interpretar significa decidir a respeito da melhor interpretação possível que deve ser dada à legislação em um determinado contexto, tendo em conta que o significado normativo não é prévio ao processo de interpretação (MITIDIERO, 2017a). Nesse sentido,

a interpretação não se contenta com a mera atribuição de significado ao texto legal, sem se importar com qual seja ele, mas requer um significado justificado ou ao menos justificável, exigindo, por consequência, a apresentação de razões que confirmem ao significado uma “relativa” correção (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 91-92).

Em relação ao segundo ponto, frise-se que a circunstância da atividade interpretativa pode chegar em vários resultados ou normas jurídicas, sem que se possa assegurar qual é a correta – o que não quer dizer que esses possam deixar de ser justificados e racionalizados (MARINONI, 2017). Ou seja, a atividade interpretativa que culmina com a afirmação de um resultado normativo é fruto de um processo lógico-argumentativo que tem sua expressão material na justificação judicial de uma determinada decisão que, no caso da Constituição e da legislação infraconstitucional federal, é o STF e o STJ. Essa concepção de interpretação jurídica está orientada para a promoção do império do Direito e a justificação judicial é o meio pelo qual se pode aferir a racionalidade da atividade interpretativa e do seu resultado (MITIDIERO, 2017a).

Contextualiza-se que não há dúvida que o primeiro parâmetro da decisão está na lei (MARINONI, 2017). Contudo, a atividade interpretativa é racional e se apresenta por meio da justificação, no qual pode ser interna e externa, com um resultado universalizável e coerente (MITIDIERO, 2017a). Esse modelo de controle da fundamentação das decisões judiciais, cujo nome é a teoria da justificação externa e da justificação interna, na qual encontra respaldo no pensamento de Neil MacCormick.

Segundo MacCormick (2008), mesmo considerando que a ideia do caráter argumentativo¹¹⁶ do Direito pudesse ir contra as ideias de certeza e segurança jurídica, o Estado de Direito procura demonstrar que essas duas realidades não estão contrapostas. Em sua teoria,

¹¹⁶ É extremamente importante e fundamental no mundo jurídico ter como premissa que o direito é uma disciplina argumentativa, em que os argumentos possam ser levantados como forma de resposta ou solução proposta. Nesse sentido, os sistemas jurídicos possuem um vasto corpo de regras enunciadas por autoridades, bem como apoiadas em compilações de decisões judiciais, ou seja, os precedentes, e por discussões jurídico-doutrinária desses valores abordados nos precedentes judiciais (MACCORMICK, 2008).

a abertura da argumentação e a aplicação silogística de regras jurídicas conseguem estar no mesmo plano, de modo que o uso da razão prática e da argumentação não enfraquece a noção de Estado de Direito, fazendo com que o caráter argumentativo integre a própria ideia de estado de direito.

A argumentação jurídica é um aspecto importante da experiência jurídica, ainda mais nos estados democráticos de direito contemporâneos, onde essa dimensão argumentativa adquiriu particular importância. As práticas do direito num estado constitucional possuem como algo relevante o ato de argumentar, de modo que levam a um crescimento, em termos quantitativos e qualitativos, a exigência de fundamentação e de argumentação das decisões judiciais (ATIENZA, 2014).

E o precedente deve ser feito com base em uma teoria adequada da justificação, uma vez que, para saber os elementos possíveis dos precedentes, é necessário saber os tipos de razões justificadoras para a decisão judicial. Assim, qualquer sistema jurídico que utilize os textos dos precedentes deve ter alguma doutrina sobre o modo de concebê-los e usá-los como fontes argumentativas (MACCORMICK, 2008).

Nessa linha, a justificação interna¹¹⁷ se apresenta diante dessa exigência de uma fundamentação qualificada. Como os juízes decidem com base na justificação nos termos da lei, há necessidade de os juízes analisarem os argumentos/proposições apresentados pelas partes, de modo que declarem e expliquem publicamente as razões justificatórias para suas decisões, com base nos termos previstos em lei (MACCORMICK, 2006).

A justificação formal responde à necessidade de não contradição do discurso jurídico, de modo que interessa a correção lógica e a completude da motivação da decisão (MITIDIERO, 2017a). A justificação interna é silogística, na qual o juiz demonstra que a conclusão obtida decorre logicamente das premissas, jurídicas e fáticas, adotadas – ou seja, a decisão é racional do ponto de vista interno quando é consequência das premissas que a fundamentam (LUCCA, 2019).

Essas proposições jurídicas devem estar fundamentadas em uma decisão justificável da disputa jurídica, posicionando-se em relação à relevância de qualquer proposição aduzida pelas partes, de modo que uma decisão precisa ser razoável universalmente e coerente em seus

¹¹⁷ A primeira condição – condição de justificação lógico-dedutiva, inferencial ou, como normalmente ainda é chamada, *interna* – estabelece que uma decisão judicial é racionalmente justificada se, e somente se, segue logicamente – é deduzível – das premissas (entre as quais ao menos uma premissa normativa e uma premissa de qualificação individual) explicitadas na sentença – ou nessa pacificamente implícitas, na medida em que se entenda que a sua formulação foi omitida por exigências de economia redacional. Trata-se, pois, de uma condição de *racionalidade formal* que espelha o primeiro dos dois princípios sempre associados à ideia ocidental de razão (racionalidade, discurso racional): o princípio da não contradição (CHIASSONI, 2020).

argumentos (MACCORMICK, 2008). Hermes Zanetti Junior (2019) explica que a justificação interna seria a possibilidade do controle lógico-formal do raciocínio judicial a partir do conteúdo do próprio ato decisório, em que se verifica a lógica formal desenvolvida a partir das premissas estabelecidas no ato decisório. O controle que daí advém tem por objetivo evitar que a decisão deixe de seguir uma fundamentação interna coerente com os resultados obtidos ao final.

Por outro lado, a justificação externa¹¹⁸ concerne à adequação das escolhas das premissas empregadas na justificação interna (MITIDIERO, 2017a), as quais dependem do controle da correta argumentação do juiz ou tribunal no momento da decisão (ZANETTI JUNIOR, 2019). Isto é, deve ser apresentada uma argumentação persuasiva a respeito dos elementos utilizados para a composição das premissas jurídicas e fáticas que desencadeiam a conclusão obtida (LUCCA, 2019).

O objeto da justificação externa é o controle da solidez, da correção, das premissas fáticas e jurídicas da decisão (ZANETTI JUNIOR, 2019). A decisão é racional, do ponto de vista externo, quando justificada, segundo critérios racionais, as premissas e regras de inferência contida na motivação (LUCCA, 2019). Portanto, a justificação interna tem referência no controle lógico-formal da decisão judicial, e a justificação externa, no seu controle argumentativo (ZANETTI JUNIOR, 2019).

Outro conceito relacionado à justificação é a universalização, sendo necessária sua aplicação para a interpretação judicial ser tratada como racional. O critério da universalidade é a principal característica da teoria de Neil MacCormick (2008), também utilizada como forma de justificação dos precedentes judiciais. É um elemento essencial da justificação no Direito, de modo que os juízes devem universalizar regras o melhor que puderem dentro do contexto de uma ordem jurídica existente e estabelecida (MACCORMICK, 2008).

A justificação tem que ter condições de se replicável para os casos futuros idênticos ou semelhantes, isto é, tem de ser idônea para servir como precedente. Sem replicabilidade, não há objetividade e imparcialidade na interpretação – e isso independe da efetiva vigência de um sistema de precedentes obrigatórios por força de uma norma específica de direito positivo,

¹¹⁸ Chiassoni (2020) apresenta a justificação externa, nas suas variantes normativa e probatória – estabelecem, ao invés, que uma decisão judicial é racionalmente justificada se, e somente se, *qualsquer* das suas premissas (normativas e não normativas: fáticas, interpretativas e de qualificação), das quais se deduz a decisão enquanto norma individual (*statuizione individuale*), são *razionais* ou estão *razionalmente justificadas*. As duas últimas condições atinem, portanto, apenas indiretamente à justificação das decisões judiciais – por essa razão é que são condições *externas* de racionalidade. Essas constituem, ainda, duas condições voltadas a assegurar a *razionalità sostanziale* das decisões judiciais – as quais espelham, em última instância, o segundo dos dois princípios sempre associados à ideia ocidental de razão (racionalidade, discurso racional): o princípio da razão suficiente (*nihil sine ratione*).

sendo uma simples decorrência do caráter lógico-argumentativo do Direito (MITIDIERO, 2017a).

Não há cabimento em interpretar um mesmo texto legal, dele extraindo a norma jurídica X e a norma jurídica Y, sem que as circunstâncias fáticas relevantes possam justificá-las como racionais. Dar decisões desiguais para casos substancialmente iguais constitui um atentado à igualdade, à previsibilidade e à coerência da ordem jurídica (MARINONI, 2017).

Anizio Pires Gavião Filho (2015) sustenta que, de acordo a universabilidade, as regras determinadas nos precedentes judiciais, em seus aspectos essenciais, devem ser aplicadas a todos os casos semelhantes – portanto possuem uma carga de argumentação. A partir dessa regra, há uma exigência importante: havendo um precedente a favor ou contra uma decisão, ele deve ser citado, uma vez que os precedentes judiciais são razões que não podem ser ignoradas, pois a autoridade de um tribunal supremo depende da força de seus argumentos.

Logo, a concepção exposta constitui uma versão específica, mas deveras difusa, daquilo que os filósofos chamam “universalismo jurídico”, fundada essencialmente sobre a ideia de que existem regras gerais destinadas a serem aplicadas de modo uniforme pelos juízes, e que a respectiva decisão se justifica apenas se o caso particular que é objeto da decisão pode ser “subsumido” a uma norma geral que deve se aplicar do mesmo modo em todos os casos iguais ou semelhantes. Nessa versão, o elemento caracterizante é representado pelo fato de que – como se viu – se atribui à corte suprema a função de estabelecer quais são as regras gerais que devem ser aplicadas em cada caso, e qual é o significado constante a ser atribuído a cada regra geral em cada caso (TARUFFO, 2016).

Por fim, o produto da interpretação tem que ser coerente (MITIDIERO, 2017a). Manuel Atienza (2013) descreve a importância que a noção de coerência possui em um ordenamento jurídico, tendo um papel importante não apenas com a argumentação jurídica, mas também com a epistemologia, com a moral e com a linguística.

Nesse sentido, MacCormick (2008) quer explicar a natureza desse critério e demonstrar como ele é aplicado dentro daqueles de justificação racional. Assim, ele descreve que há 2 tipos de teste de coerência: a normativa e a narrativa¹¹⁹.

Na utilização de precedentes e na aplicação do direito em geral, é importante haver

¹¹⁹ A coerência normativa se relaciona à justificação de soluções jurídicas ou de proposições normativas no contexto mais geral de um sistema jurídico concebido como uma ordem normativa, já a coerência narrativa, se relaciona à justificação de descobertas de fato e a elaboração de inferências razoáveis a partir de provas. Na utilização de precedentes e na aplicação do direito em geral é muito importante haver coerência normativa na medida em que ela assegura a própria justificação da decisão judicial. Inclusive, sustenta que a coerência normativa é uma questão de subordinação comum de um conjunto de leis a um valor ou valores relevantes, de modo que evita um conflito com outros valores relevantes (MACCORMICK, 2008).

coerência normativa na medida em que ela assegura a própria justificação da decisão judicial. Inclusive, sustenta-se que ela é uma questão de subordinação comum de um conjunto de leis a um valor ou valores relevantes, de modo que evita um conflito com outros valores relevantes (MACCORMICK, 2008).

Manuel Atienza (2013) apresenta outra diferenciação entre coerência normativa e coerência narrativa; a última justifica crenças sobre um mundo que é independente de nossas crenças sobre ele, ao passo que, no caso da primeira, não há por que pensar na existência de algum tipo de verdade última, objetiva e independente dos homens. É necessário analisar, assim, os motivos de a coerência ser uma parte de grande importância da justificação, uma vez que os legisladores devem propor um ordenamento jurídico coerente para que os juízes também busquem uma visão geral coerente do Direito.

A falta de coerência envolve uma falta de sentido, ou seja, algo que não se sustenta. Em relação à aplicação do direito, a coerência diz respeito à harmonia entre a decisão judicial e os valores que fundamentam o sistema jurídico. O ideal de coerência, nesse sentido, envolve nitidamente uma relação de derivação entre a aplicação da regra no caso concreto e os valores que dão base ao próprio ordenamento jurídico (MACCORMICK, 2008).

Neil MacCormick (2008) entende que a coerência diverge da consistência, uma vez que nesse último há referência à ideia de sentido com a totalidade do conjunto de regras. Para ser consistente, basta que a regra possa ser afirmada em conjunto com as outras sem cair em contradição. Já para existir coerência, é necessário algo há mais, é preciso também que haja a afinidade de sentido com a totalidade. Assim, a ideia de coerência dentro da justificação dos argumentos é alinhada com a ideia de que as justificativas, inclusive dos precedentes, devem circunscrever-se às regras jurídicas, a fim de reduzir o campo de argumentação entre as partes, assim como da própria deliberação judicial.

Já Atienza (2013) sustenta que a coerência é sempre uma questão de racionalidade, mas nem sempre uma questão de verdade ou justiça. Conforme MacCormick (2008), a justiça não encontra seus parâmetros apenas na coerência, em que pese tenha grande importância; exige algo para além dela. Portanto, independentemente de seus defeitos, a coerência faz parte da própria justificação da decisão judicial. A aplicação do direito, quando coerente aos valores e às outras decisões já proferidas, torna-se bem aceita pelos jurisdicionados e lhes proporciona certa tranquilidade social (MACCORMICK, 2008).

E a coerência, exigida pelo artigo 926, *caput* do CPC¹²⁰, é essencial ao *stare decisis*.

¹²⁰ “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2016a, p. 172).

Apenas dessa forma é que as pessoas atingidas pelas decisões poderão fazer previsões com base em precedentes. O que se percebe é que o caminho ainda é longo para que se possa ter uma jurisprudência estável no sistema jurídico brasileiro (PEIXOTO, 2019).

A coerência é um vetor principiológico pelo qual todo o sistema jurídico deve ser lido, ou seja, em qualquer decisão judicial, a fundamentação deve respeitar a coerência do Direito produzido democraticamente sob a égide da CF, da decisão de primeiro grau à mais alta Corte do País. (STRECK; MOTTA, 2016).

Racionalidade, universalidade e coerência na justificação visam a assegurar a adequação da interpretação. Isso quer dizer que, no fundo, a correção da interpretação é assegurada, de um lado, pela racionalidade da atividade de justificação e, por outro, pela capacidade de universalização e pela coerência do seu resultado, conforme propõe Mitidiero (2017a, p. 101).

É a partir desse método interpretativo que essas cortes poderão fornecer boas razões para pacificar o entendimento judicial a respeito de determinada questão e para desenvolver o direito brasileiro, ofertando para o sistema verdadeiros precedentes capazes de promover a igualdade e a segurança jurídica para toda a sociedade civil. Ou seja, a partir do exato momento em que essas cortes começarem a atuar sistematicamente dessa maneira é que serão capazes de outorgar sentido adequado à legislação e de fazê-lo conhecido e efetivo.

Em virtude da dupla indeterminação do direito, não se pode pensar em uma resposta como unívoca para as demandas da sociedade. Isto é uma clara marca das democracias constitucionais contemporâneas, razão pela qual surge como alternativa a premissa acima para o enfrentamento da melhora da prestação jurisdicional: os Tribunais Superiores devem interpretar de maneira justificada, universalizável e coerente o texto normativo da CF e das legislações infraconstitucionais, com o objetivo de assegurar uma interpretação jurídica segura.

4.2.2 Existe a regra do *stare decisis* no direito brasileiro?

Apresentados todos os aspectos referente ao sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro, faz-se necessário verificar o debate acerca da aplicação do referido instituto, uma vez que há divergência no entendimento dos precedentistas e da doutrina favorável à hermenêutica. Nesse sentido, o objetivo deste tópico é apresentar a discussão e tomar uma posição, com o objetivo de buscar a solução do problema do controle do ativismo judicial.

Portanto, no primeiro momento, é avaliada a aplicação ou não do *stare decisis* no direito brasileiro e, posteriormente, quais as principais críticas ao modelo de precedentes

judiciais proposto pelos precedentalistas. Maurício Ramires (2010, p. 65) apresenta o conceito da expressão *stare decisis*:

A expressão *stare decisis* é uma redução da frase latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que se pode traduzir por “ficar como decidido e não mexer no que está quieto”. A palavra *doctrine*, por sua vez, é mais bem transcrita nesse contexto por “regra”, de modo que a *doctrine of stare decisis* representa a regra segundo a qual as coisas devem ficar como foram decididas pelos juízes e pelas Cortes do passado. Sempre houve nos tribunais da *common law* a preocupação de assegurar a coesão da jurisprudência, tentando-se considerar o conjunto de julgados passados para se solucionar um litígio presente.

Embora em alguns casos houvesse vinculatividade (como por exemplo súmulas vinculantes) não havia uma regra geral de *stare decisis*, e a recepção do modelo tinha sido, até o presente momento, parcial e mitigada (ZANETTI JUNIOR, 2019).

Daniel Mitidiero (2017a) sustenta que a regra do *stare decisis* não decorre dos artigos referentes aos precedentes judiciais no CPC (926 e 927), mas sim da compreensão do papel adscritivo da interpretação e da necessidade daí oriunda de densificar a segurança jurídica, a partir não só da atuação de juiz *oracle of the law*, mas levando em consideração a conjunção do trabalho do legislador, da doutrina e do juiz. Essa é a razão pela qual as Cortes Supremas devem outorgar unidade à ordem jurídica e mantê-la estável, estando os seus juízes obrigados a seguirem os próprios precedentes (*stare decisis horizontal*), assim como todas as Cortes de Justiça e todos os juízes são obrigados a aplicar os precedentes daquelas.

Em sentido contrário, Dierle Nunes, Flávio Quinaud Pedron e André Frederico de Sena Horta (2017) sustentam que dar esse poder para os tribunais superiores é um risco para a democracia e a igualdade¹²¹, uma vez se cria um modelo “ultraestatalista que se autolegitima e esvazia o papel da cidadania”. Ademais, salientam que o sistema proposto pelos “precedentalistas” parte do pressuposto de ser algo “linear e coerente todo o tempo” – todavia, por mais sofisticado que o seja, não há chance de êxito total.

Sustentam ainda que o modelo de Cortes de Precedentes acabaria por gerar um problema de diminuição da importância institucional dos demais Tribunais pátrios no desenvolvimento do Direito, bem como haveria uma dependência sistêmica nas cortes de vértice, no sentido de que apenas se poderia confiar nas decisões por eles proferidas. Por fim, concluem que a proposta apresentada por Mitidiero e Marinoni apresenta um protagonismo judicial incapaz de oferecer espaço processual deliberativo para a formação e aplicação dos

¹²¹ A Suprema Corte norte-americana, por exemplo, usa sua autoridade para impedir a diminuição da desigualdade, ou seja, eventualmente são prolatadas decisões em favor das minorias, no entanto, muitas vezes sobressaem decisões destinadas aos poderosos (MILLHISER, 2015).

precedentes judiciais, razão pela qual haverá sempre uma dependência de um escolha subjetiva de quem decide, normalmente controlada por suas pré-compreensões que independem do que as normas determinam (HORTA; NUNES; PEDRON, 2017).

Em recente publicação, Mitidiero (2020) explica que o projeto de Cortes Supremas tem como objetivo “julgar menos, mas julgar melhor”. Nesse sentido, sustenta que o STF e o STJ não devem estocar trabalho – devem consumir apenas o necessário para o melhor desempenho de suas funções. Nem todos os caminhos devem levar às Cortes Supremas. Ainda, explica que uma alternativa interessante para viabilizar a manifestação da discordância¹²² dos juízes e das Cortes de Justiça em relação aos precedentes das Cortes Supremas sem prejudicar as partes e a racionalidade do sistema de distribuição de justiça está na adoção da prática de uma espécie de *dissenting opinion*¹²³ (MITIDIERO, 2017a).

Frise-se que a teoria do *stare decisis* no *common law* impõe a vinculação dos precedentes tanto em sentido vertical (cortes superiores e inferiores), quanto em sentido horizontal (intracortes). O respeito aos precedentes judiciais, em sentido vertical e horizontal, é a forma de dar coerência e integridade ao ordenamento jurídico, tornando o Direito mais seguro.

É clara a necessidade de haver a regra do *stare decisis* em um sistema de precedentes judiciais, de modo que o elemento crucial para o melhor processamento e aplicação desse instituto em qualquer ordem jurídica. Contudo, o que será desenvolvido é uma teoria brasileira dos precedentes, adaptada ao regime jurídico particular do direito pátrio e à sua forma de pensar (PEIXOTO, 2019). Portanto, em que pese o argumento de Dierle Nunes, Flávio Quinaud Pedron e André Frederico de Sena Horta, é necessário verificar as peculiaridades da regra do *stare decisis*.

Nessa perspectiva, Mitidiero e Marinoni (2016, p. 53) afirmam que os artigos 926 e 927 do CPC “apenas tornam mais visível a adoção da regra do *stare decisis* entre nós: o deslocamento de uma perspectiva cognitivista [...] para uma perspectiva adscritivista da interpretação [...] exige a alteração do referencial da segurança jurídica”. Assim, “a teoria dos precedentes procura conferir racionalidade ao sistema, garantindo a aplicação da constituição e

¹²² Isso não quer dizer que os juízes de primeiro grau, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais não possam manifestar nenhuma dissidência com determinado precedente. É evidente que podem. O que juízes e desembargadores que compõem as Cortes de Justiça não podem é usar suas razões dissidentes para julgar o caso concreto, conforme o artigo 1º, *caput*, IV, da Constituição Federal (BRASIL, 2016b).

¹²³ Prática oriunda da antiga House of Lords inglesa e da Supreme Court estadunidense utilizada para reportar por escrito determinada divergência manifestada pelos Lords e pelos Justices no debate oral de determinado caso que ao final do julgamento restou vencida. Trata-se de solução que pode inclusive servir como um bom parâmetro para aferição do grau de aprovação do precedente e eventualmente como elemento capaz de indicar o desgaste e necessidade de sua superação.

das leis, mesmo quando interpretações ativistas dos juízes procurem negar vigência e validade aos direitos nelas previstos” (ZANETTI JUNIOR, 2019 *apud* BRASIL; LELIS, 2017, p. 163).

Por outro lado, Ramires (2010) aduz que a *stare decisis*¹²⁴ não tem um alcance absoluto, sendo essa uma das características mal compreendidas pelo sistema jurídico brasileiro. Não é qualquer decisão que tem caráter vinculante no direito inglês ou norte-americano, de modo que, quando for julgada a aplicabilidade de um julgado passado a um caso presente, é fundamental perquirir sobre a força entre esses, podendo ser obrigatória¹²⁵ ou meramente persuasiva.

Ou seja, a inaplicabilidade dos precedentes judiciais no direito brasileiro, tendo em vista a diferença na sua formação, é em virtude do distanciamento¹²⁶ entre os sistemas da *civil law* e da *common law*. O direito inglês e norte-americano (e os demais sistemas de direito que a ela pertencem) possuem a *doctrine of stare decisis*, que distingue completamente a aplicação dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro. Na *civil law*, as regras jurídicas sempre foram previstas por normas preestabelecidas, como por exemplo, os códigos. Na *common law*, há a obrigação de respeitar as regras estabelecidas pelos juízes em decisões passadas (RAMIRES, 2010).

Lenio Streck (2018) explica que o precedente do *stare decisis* não tem nada em comum com os precedentes previstos no CPC de 2015. Demonstra ele que esse instituto “à brasileira” vai na contramão da ideia de coerência e integridade prevista artigo 926 do CPC, uma vez que haverá uma positivação jurisprudencialista com teses gerais e abstratas, sem trazer coerência ao direito brasileiro.

Peixoto (2019) realiza uma análise correta do momento do sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro. O Brasil ainda caminha na construção de um sistema de precedentes, de modo que o operador do direito deverá passar por um processo de adaptação para se tornar apto a raciocinar adequadamente com os precedentes. Contudo, é impossível

¹²⁴ Importante referir que a doutrina do *stare decisis* não é uniforme em toda parte, possuindo peculiaridades em cada um dos países em que é adotada. Assim, percebe-se que há notáveis diferenças entre o Direito inglês e o norte-americano, embora ambos os ordenamentos jurídicos adotem o *common law* (SOUZA, 2006).

¹²⁵ Por exemplo, nos Estados Unidos, só são vinculantes às decisões futuras os julgados proferidos pelo mesmo órgão judiciário, mas com uma importante exceção: a Suprema Corte Federal e as Cortes Supremas Estaduais não são vinculadas às suas próprias decisões, dando a possibilidade de rever posições que, com o tempo, se tornaram anacrônicas, ocorrendo uma derrogação do precedente (*precedent overruling*).

¹²⁶ Peixoto (2019) explica que, na *common law*, há uma ampla teorização sobre os precedentes, suas técnicas e a necessidade de uma interpretação contextual, com a devida comparação de casos com as suas circunstâncias particulares e ainda das normas jurídicas a elas aplicáveis. No *civil law*, embora, por vezes, os precedentes sejam vinculantes de fato, não há grandes reflexões teóricas e nem uma preocupação com uma comparação das circunstâncias fáticas entre o precedente e o caso, sem fazer menção à falta de cuidado na formação dos precedentes, em que a argumentação das Cortes e a sua posterior aplicação costumeiramente tende a ignorar os argumentos das partes.

imaginar a construção de um sistema de precedentes sem que os próprios tribunais respeitem seus próprios precedentes (*stare decisis*), o qual contém um discurso voltado ao caso concreto e um voltado aos demais jurisdicionados.

Superado o debate acerca do *stare decisis*, são analisadas as principais críticas – a maioria delas realizada pela corrente hermenêutica brasileira – sobre a aplicação dos precedentes judiciais no direito brasileiro. Segue, portanto, os principais argumentos ventilados contra o sistema de precedentes no Brasil: (a) juízes e tribunais como “boca de precedentes”; (b) realismo jurídico; (c) engessamento da decisão e a falta de desenvolvimento do direito; (d) eficiência em detrimento da qualidade da decisão.

Em relação ao primeiro argumento, Raatz (2016) afirma que a tese proposta pelos precedentalistas “é igual a afirmar que Direito é o que elas dizem que ele é! Com isso, atinge-se o objetivo central da teoria “precedentalista”, que é estabelecer condições para que os cidadãos possam saber o que é o Direito, e não o que ele deve ser a partir das leis e da Constituição”. Já Streck (2016d) sustenta que primeiro a Corte de Precedentes interpreta e depois os juízes do “andar de baixo” têm o trabalho de aplicá-la. Ou seja, primeiro se extrai – sem o caso – o sentido normativo e o juiz atua aplicando essa interpretação.

No entanto, não há qualquer vedação para a análise de fatos pelos Tribunais Superiores, uma vez que a única proibição é de reanálise de provas pelas Cortes de Vértice, não havendo óbice a individualização dos fatos. Ainda que evidentemente não aferidos em perspectiva probatória pelo STJ, são indispensáveis para se verificar a aplicabilidade dos precedentes a outro caso ou para se comparar dois ou mais precedentes que tenham interpretado a mesma lei ou leis de conteúdo igual mas apenas como forma ou roupagem diversa (MARINONI, 2017).

É tecnicamente equivocado, portanto, afirmar que o STF e o STJ não podem conhecer de fatos em recurso extraordinário e em recurso especial. A causa é uma unidade fática-jurídica (MITIDIERO, 2017b). O que os Tribunais Superiores não podem é reexaminar a prova¹²⁷ dos autos a fim de outorgar nova valoração probatória aos fatos.

Mitidiero (2017a) sustenta que o termo “observarão” do *caput* do artigo 927 do CPC do possui um significado triplo: dever de considerar, dever de interpretar e, em sendo o caso, dever de aplicar o precedente ou a jurisprudência uniforme ao caso. Isso quer dizer os juízes têm o dever de mencionar e analisar os precedentes existentes sobre o caso (isto é, dever de considerar), têm o dever de interpretá-los e só podem se afastar dos precedentes para superá-

¹²⁷ Segundo a Súmula 7 do STJ, “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial; Súmula 279, STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (BRASIL, 1990).

los (se tiverem competência para tanto). Ou seja, não há uma aplicação automatizada dos precedentes, devendo aos juízes avaliar os precedentes sobre o caso e se tiver, dentro das circunstâncias, aplicá-los.

Assim, tais precedentes são obrigatórios, não cabendo aos magistrados a eles sujeitos a opção de seguir ou não. Quando o caso em questão estiver sob o âmbito de incidência de um dos precedentes listados no artigos, entendimento adotado, inclusive, pelo Enunciado n. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹²⁸ (PEIXOTO, 2019).

Outro argumento é a possibilidade de haver um “realismo jurídico” por parte das Cortes Supremas ao atribuírem significado as normas, ocupando o papel do Legislativo, razão pela qual se deve realizar uma interpretação dos artigos 926 e 927 do CPC conforme a CF, de modo que o precedente genuíno não se equipare ao julgamento de litigiosidade repetitiva. Ainda, os Tribunais Superiores não podem fixar teses equiparando-se a legisladores, em que dariam poder às Cortes Superiores para que façam teses abstratas e coloquem o rótulo de “precedentes judiciais”, não respeitando o que preconiza o CPC, o qual determina que haja um sistema que respeite a coerência e a integridade do direito (STRECK, 2018).

Em sentido contrário, Marinoni (2019) aduz que o precedente ser admitido como fonte de direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz cria o direito a partir da sua própria vontade. Nessa perspectiva, a força obrigatória do precedente, ou sua admissão como fonte de direito, não significa que o judiciário tem poder para criar o direito. Isso quer dizer que, em um sistema baseado nos precedentes, não podem prevalecer decisões completamente discricionárias, menos ainda contraditórias e, as Cortes Supremas possuindo competência para dar a última palavra sobre o Direito, cabe a elas decidir outorgando unidade ao direito.

Ademais, em um sistema de Cortes Supremas, o controle da interpretação é realizado por meio da justificação da decisão, da coerência da normas com os fatos e das normas utilizadas no sistema jurídico e da universalização, com o objetivo de fornecer replicabilidade para os demais casos. Assim, por meio dessas técnicas, a premissa é outra, diferente do alegado realismo jurídico. Espera-se uma aplicação dos precedentes judiciais comprometida com a segurança jurídica, com a liberdade e com a igualdade.

O argumento de engessamento do direito não prospera, uma vez que o próprio CPC prevê a possibilidade de distinção e superação dos precedentes judiciais, conforme sugere Mitidiero (2017a). Ademais, essas técnicas justamente pressupõem a força vinculante do precedente. Ou seja, se o precedente estiver defasado e existirem fundamentos para a superação,

¹²⁸ “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, p. 28).

a corte competente deve fazê-lo; da mesma forma, deve aplicar a distinção aos casos quando mostrar que não há analogia possível entre eles. Essas técnicas demonstram, também, que a atividade dos juízes e tribunais não será automatizada pelos precedentes.

Por fim, quanto ao argumento de uma busca de eficiência do julgamento das decisões em detrimento de uma decisão qualificada, Streck (2018) sustenta que a alegada funcionalidade do sistema de precedentes pode ser a própria disfuncionalidade do sistema, violando o artigo 926 do CPC. Isso porque os defensores dos precedentes judiciais estão mais preocupados com a eficiência e com a maior força de persuasão do argumento, em detrimento de uma decisão melhor qualificada, violando o dever de coerência e integridade.

Tal premissa foi objeto de tópico específico na presente dissertação, na qual explica-se, no entendimento dos precedentalistas que, não se pode realizar uma ligação entre unidade do direito, força vinculante e casos repetitivos pode ser sentida na disciplina do recurso extraordinário e do recurso especial (MITIDIERO, 2017a; MARINONI, 2019). Ou seja, não se deve fazer a vinculação entre a repetição de casos para a classificação como precedente judicial, de modo que todo e qualquer recurso extraordinário ou especial tenha identificada a questão a ser debatida e submetida a julgamento. O que exige semelhantes providências não é a repetitividade, mas o valor de precedente que é possível extrair do julgamento da questão, de modo que os precedentes não se encontram ligados aos casos repetitivos.

Nesse mesmo sentido, não deve ser interpretado como taxativo o rol do artigo 927 do CPC. Com uma interpretação analógica, outros precedentes podem ser classificados como obrigatórios¹²⁹ (PEIXOTO, 2019).

O debate existente na doutrina brasileira contribui, de grande maneira, para a melhora do instituto dos precedentes judiciais, e, conseqüentemente, da prestação jurisdicional. Esse é o papel da doutrina, cuja função é criticar e estabelecer a melhor aplicação dos institutos no direito brasileiro.

Por fim, os referidos autores acima (MITIDIERO, 2017a; MARINONI, 2019) apontam que o CPC tornou mais aparente a regra da *stare decisis* no direito brasileiro, sendo essa aproximação dos precedentes, um caminho natural dentro do sistema jurídico nacional. Nada obstante, frise-se que não se pode afirmar, se qualquer dúvida, a certeza de haver a regra da *stare decisis* no direito brasileiro, pois como delineado, é algo enraizado na cultura jurídica da *common law*, de modo que no direito brasileiro busca-se, através de textos normativos, estabelecer uma cultura desconhecida pelos operadores do direito.

¹²⁹ Súmulas e orientações jurisprudenciais advindas do TST; interpretação analógica do artigo 927, incisos IV e V do CPC e acórdãos decorrentes das seções dos tribunais superiores (PEIXOTO, 2019).

4.2.3 O precedente judicial tem capacidade de controlar o ativismo judicial?

Superadas as questões dos capítulos anteriores, há a necessidade de analisar, a partir das ideias desenvolvidas, uma solução para a prática do ativismo judicial pelos Tribunais Superiores. E os precedentes judiciais, previstos no CPC, são capazes de controlar essa postura.

O ativismo judicial é um conceito extremamente controverso no direito brasileiro e, na presente dissertação, é tratado como a estrapolação de limites constitucionais por parte do Poder Judiciário. Ou seja, para que o exercício da atividade jurisdicional esteja de acordo com a soberania popular e os direitos fundamentais, há necessidade de que as respostas fornecidas pelo Poder Judiciário estejam de acordo com a Constituição, de modo que, quando o julgador for além da sua função, violando critérios constitucionais e se utilizando de suas opiniões pessoais, agirá de modo ativista. Pode-se dizer que

nos Oitocentos, a limitação do poder estatal encontrou sua direção principalmente na função executiva, cuja legalidade foi a expressão eleita pelo Estado de Direito como símbolo da sua primeira revolução. Nos Novecentos, o controle de constitucionalidade teve como endereço precípua o legislador, em que havia a necessidade de impor limites à função legislativa. O controle de constitucionalidade e a proteção dos direitos fundamentais simbolizaram inequivocamente a segunda revolução do Direito. No início do nosso século a preocupação se volta para o Poder Judiciário, em relação, especificamente, a interpretação realizada pelos juízes (MITIDIERO, 2017a, p. 66-67).

Essa contextualização dá azo ao problema da dupla indeterminação do direito, que se demonstra na seguinte maneira: os textos são equívocos e as normas são vagas. A equivocidade não é um propriamente um defeito objetivo do texto, mas uma decorrência de diferentes interesses e concepções a respeito da justiça dos intérpretes e da multiplicidade de concepções dogmáticas e métodos interpretativos utilizados (MITIDIERO, 2017a).

Esse problema apresenta uma questão bem clara do sistema jurídico brasileiro: a preocupação com a interpretação do direito e como torná-lo mais cognoscível, igual e seguro aos jurisdicionados, uma vez quem realiza a interpretação dos textos é o Poder Judiciário. Nesse sentido, sustenta-se que devem as Cortes Supremas darem a interpretação final sobre a Constituição e a legislação infraconstitucional, respectivamente.

Por outro lado, Abboud e Lunelli (2015, p.4) contestam o modelo de Cortes Supremas e explicam o papel do intérprete ao definir o sentido do texto legal:

pode o sentido do texto constitucional (ou mesmo das leis) resumir-se a um mero juízo de conveniência do julgador? Será que o sentido dos textos está à disposição do

intérprete, para que este pince – ou mesmo crie – aquele que, a depender de suas convicções ideológicas, mais lhe agrade.

Nessa esteira, sempre que uma decisão, proferida por qualquer juiz ou instância, encontrar fundamento nas convicções pessoais do julgador, restando ignorado ou deturpado o sentido de um texto democraticamente posto, estar-se-á diante de postura ativista, o que não encontra limites na atuação das Cortes Supremas ou na interpretação do texto constitucional (ABBOUD; LUNELLI, 2015). Uma das causas, no entendimento dos autores citados, é a teoria instrumentalista do processo.

Enquanto uma parte da doutrina entende que, por meio de uma corte de precedentes, ou melhor, Corte Suprema, pode-se diminuir a equivocidade dos textos e a vagueza das normas, em virtude de ser a função atribuída a essas cortes, outra parte diz que não há como as Cortes Supremas controlarem essa equivocidade e vagueza, por meio apenas de atividade interpretativa do julgador. Abboud e Lunelli (2015) sustentam que a teoria instrumentalista do processo potencializa o ativismo judicial no direito brasileiro, pois, ao dar poderes aos juízes para catalisar o “ideal” da sociedade, por meio de sua percepção do mundo, acaba por surtir o efeito contrário e os julgados passam a serem corrompidos por convicções e ideologias pessoais – portanto, a teoria instrumentalista não consegue dar um ideal de justiça. Nesse sentido, afirmam Abboud e Lunelli (2015, p. 12):

A doutrina processual brasileira, sem sombra de dúvidas, já detectou que o sistema está doente e, nos últimos anos, vem dedicando muita energia na busca por respostas processuais que, ao menos em tese, garantam isonomia, segurança jurídica e previsibilidade no trato jurídico. É lugar comum em nossos tribunais (inclusive em nossas Cortes Superiores) a existência de diversos posicionamentos conflitantes para questões equivalentes, bem como um total descompromisso de nossa magistratura não só com as decisões pretéritas, mas também com a própria lei. Ocorre que, como a essa altura de nossa explanação deve ser dedutível, as posturas ativistas estimuladas pela teoria instrumentalista do processo, sem sombra de dúvidas, detém elevada responsabilidade nesse contexto. maioria dos julgadores acredita que o seu dever é decidir conforme o seu senso justiça, conforme a sua consciência. Na busca por soluções para o problema, a grande e atual aposta da ciência processual vem sendo o estudo de técnicas processuais de vinculação a precedentes. O problema é que estamos tão afoitos na busca por uma jurisprudência estável e coerente que acabamos não percebendo que, em verdade, considerável parcela de culpa pela situação de caos instalada deve-se a algumas crenças enraizadas (e raramente colocadas em xeque) no âmago de nossa própria ciência. O que queremos dizer, sim, é que não podemos simplesmente “remediar” o problema, sem também detectar e atacar as suas causas. E, sem dúvidas, o ativismo judicial se encontra no cerne de toda essa problemática, merecendo atenção. Enquanto não combatermos o imaginário de que a interpretação é uma questão de escolha, de vontade, de que adianta falarmos em precedentes? Ou será que precedentes fixados com base em posturas ativistas por parte das Cortes Superiores, resolverão todo problema? É dizer: a definição do que é o Direito dependerá da vontade, das convicções e das ideologias de alguns ministros sem qualquer credencial democrática? Ao fim e ao cabo, não estaríamos reduzindo o Direito ao “senso de justiça” dos nossos julgadores? Enquanto processualistas, não

podemos nos limitar a meros estudos tecnicistas. Devemos ir além e também identificarmos as fontes do problema, mormente se latente no bojo da nossa própria ciência.

Nunes (2019) explica que, sob essa perspectiva, a utilização precedentes judiciais como forma de realização do ativismo judicial se mostra ainda mais perniciosa. Isso porque, muito embora se possa considerar louvável o objetivo de uniformizar a jurisprudência e garantir segurança jurídica para os jurisdicionados, a compreensão dos referidos mecanismos como instrumentos normativos assemelhados àqueles da *common law* poderia resultar pura e simples na substituição da atividade normativa do legislador pela do Judiciário.

A preocupação dessa parte da doutrina é que esses precedentes vinculantes não garantem a solução do ativismo judicial mas, única e exclusivamente, a igualdade e a segurança jurídica aos jurisdicionados. Ou seja, há uma preocupação processual, mas que não soluciona o cerne do problema: o ativismo judicial.

Como já demonstrado no capítulo anterior, Lenio Streck (2016b) realiza uma crítica contundente sobre o sistema de precedentes. Nesse sentido, Streck não corrobora o entendimento de que os precedentes passariam a ter o mesmo papel que as leis no sistema jurídico brasileiro, bem como questiona porque um precedente geraria menos problemas interpretativos que as leis em geral.

Pode-se dizer que, por meio dos precedentes judiciais, a prática do ativismo judicial torna-se ainda mais perigosa, em face da sua vinculatividade para todo o Poder Judiciário, pois os artigos 927 e 988 do CPC em nada alteram o sistema jurídico brasileiro. Raphael Marcelino de Almeida Nunes (2019, p. 17) define esse risco da inserção de um sistema de precedentes no Brasil, uma vez que não se trata dos precedentes genuínos do *common law*:

A propósito do tema, é fundamental considerar que não há como se implementar sensíveis alterações por força de imposições legais que resultem na adaptação da estrutura de nossas instituições e da sistemática de nosso direito, de modo a incorporar, plenamente, a doutrina de precedentes. Como resultado, poder-se-ia cogitar adaptações parciais e incompletas que, de um lado, alteram sensivelmente a dimensão da eficácia da decisão judicial, mas não encontram, de outro, as balizas e demais premissas estruturantes próprias daquela tradição. Procurou-se demonstrar, ainda, que a tentativa de adaptação, à brasileira, da doutrina de precedentes mantém intrínsecas relações com o discurso neoconstitucionalista, cujas premissas, anteriormente explicitadas, pressupõem uma posição de caráter “progressista” do Judiciário, de modo a se obter determinadas transformações sociais que estariam obstadas por eventuais vicissitudes do sistema legicêntrico. Se ao Judiciário é atribuído o papel criativo do direito, sem a necessária observância do quadro normativo posto pelo legislador, mas, tão somente, diante da aplicação direta de princípios, inclusive na formulação abstrata de escolhas normativas, impende reconhecer que a fórmula prescritiva do precedente, orientada para o futuro, e desprovida do contexto jurídico-institucional por séculos desenvolvido no âmbito da *common law*, está posta a serviço do mais puro ativismo judicial.

Ou seja, não são poucas as críticas em relação ao sistema de precedentes no sistema jurídico brasileiro, ainda mais quando se vincula ao debate o fenômeno do ativismo judicial. Seja a crítica em relação a ser mais uma técnica de uniformização da jurisprudência, por meio dos precedentes judiciais, razão pela qual não se pensa numa devida teoria para a solução do ativismo judicial, seja a crítica sobre a função dos precedentes judiciais, proposta pelo CPC/15, os quais podem ser uma oportunidade para se efetivar o ativismo judicial, cuja decisões terão eficácias vinculantes. Percebe-se que o debate está aflorado no Brasil.

Porém, há quem defenda outro posicionamento sobre os precedentes judiciais no direito brasileiro em relação ao ativismo judicial. Não se pode pensar em um modelo de precedentes sem levar em consideração as mudanças radicais que sofreu, no último século, a teoria da interpretação jurídica, bem como as premissas da universalização e da vinculação horizontal.

Ou seja, um modelo apenas de jurisprudência não atende a um Estado Democrático Constitucional. Não revela o compromisso que o direito tem com a institucionalização, com a coerência e com a igualdade (ZANETTI JUNIOR, 2019), permitindo a inflação de decisões contraditórias e fomentando o ativismo judicial. Zanetti Junior (2019, p. 426) explica que

os precedentes são normas jurídicas que servem, no arco do processo de democratização do direito, para a redução do poder discricionário dos juízes, vinculando os juízes às suas próprias decisões, e somente neste sentido são constitucionais. Não significam dar poder legislativo aos juízes, mas submetê-los aos ônus argumentativos de um processo democrático no qual os direitos fundamentais são contramajoritários e vinculam também os seus intérpretes.

Mitidiero explica que, em um Poder Judiciário, deve haver meios de controle sobre a racionalidade de suas decisões, de forma a garantir a uniformidade e a continuidade do direito para todos os casos análogos futuros e para que possa ser realizado de forma segura esse processo de determinação (2017a). A racionalidade das decisões é garantida na medida da possibilidade de universalização para todos os casos análogos, a partir das mesmas razões de decidir. Dessa forma, uma teoria dos precedentes pode contribuir se utilizada da forma correta.

Salienta-se a função das Cortes Judiciárias, as quais vêm migrando gradativamente em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos de cortes de controle – preocupadas com a exata e “correta” aplicação da legislação, vinculadas ao paradigma do formalismo interpretativo – para cortes de interpretação – preocupadas com a uniformização do direito (TARUFFO, 2011). Isso ocorre porque, conforme as contemporâneas teorias da interpretação, todo texto depende de interpretação, sendo consequente que texto e norma não se confundam, pois a norma

é o resultado da interpretação do texto.

Nessa perspectiva, portanto, a teoria de precedentes judiciais tem relação com o modelo de Cortes Supremas, uma vez que se aplica à atividade de interpretação/aplicação do direito, que é a atividade principal dos juízes e tribunais. O que há de ficar claro é que Mitidiero (2017a) não pensa no sistema de precedentes apenas como uma técnica para uniformização da jurisprudência. Pelo contrário, é muito mais do que isso. Através do precedente judicial, é efetivada a unidade do direito mediante a sua adequada interpretação, no caso brasileiro, da CF, bem como da legislação infraconstitucional.

Portanto, a teoria dos precedentes procura conferir racionalidade ao sistema, garantindo a aplicação e a interpretação isonômica da constituição e das leis ao direito brasileiro. Assim, os precedentes são regras formadas racionalmente, com pretensão de universalização (ZANETTI JUNIOR, 2019).

Por sua vez, Rocha e Barbosa (2015, p. 127) explicam como o precedente judicial pode controlar o fenômeno do ativismo judicial, em que

a prática ativista aumenta a imprevisibilidade das decisões, provocando um aumento dos custos no exercício da atividade empresarial, que compromete o desenvolvimento econômico nacional a longo prazo. Afeta a calculabilidade e previsibilidade pelos agentes econômicos, de suas condutas, encarecendo e às vezes impossibilitando a realização de negócios jurídicos. Defendem a obrigatoriedade da vinculação ao precedente, seja da própria Corte, seja de Cortes Superiores, como condição *sine qua non* da democracia e do respeito à vontade constituinte e legislativa, cuja titularidade pertence ao povo. Há, portanto, a necessidade de que sejam impostos limites à esta prática, atribuindo responsabilidade na proporção do ativismo. As decisões — e não escolha — judiciais devem ser fundamentadas. É necessário que haja o comprometimento do julgador com o direito posto, ou seja, um dever de cumprimento da Constituição que não deve comprometer sua efetividade, mas tampouco permite sua reconstrução, ou do sistema jurídico que ela sustenta, por meio de decisões judiciais, sob pena de subversão, enfraquecimento e esfacelamento do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, aqui entra a principal contribuição dos precedentes judiciais. Há quem sustente o constrangimento dos julgadores, por meio de uma comunidade de princípios (TASSINARI, 2013). Em relação aos precedentes judiciais, a ideia deve ser a mesma. Os julgadores — leia-se, os ministros dos tribunais superiores — devem estar subordinados e constrangidos pelos seus precedentes emanados. Em caso de não aplicação, o CPC apresenta as técnicas de superação e distinção. Contudo, exige uma devida fundamentação para tanto.

Conforme referido, em relação à vinculação vertical dos precedentes, a separação entre Cortes de Vértice, incumbidas de realizar a interpretação final sobre a legislação infraconstitucional e a CF, e as Cortes de Justiça e juízes de 1º grau, incumbidas de realizar a

aplicação da interpretação realizada pelas Cortes Supremas, torna mais claro e visível o controle do ativismo judicial pelos tribunais de 2º grau e pelos juízes de piso, uma vez que estarão vinculados aos julgamentos prolatados, sem deixar de mencionar que podem contribuir para iniciar um processo de superação de um precedente¹³⁰. Nada obstante, quando se fala sobre os precedentes judiciais vinculantes não se pensa apenas verticalmente, mas horizontalmente, uma vez que há a mesma necessidade de respeito ao precedente prolatado pela própria Corte Suprema, a fim de efetivar a previsibilidade, igualdade e segurança jurídica. Ou seja, os ministros devem se sentir constrangidos pelos precedentes emanados, bem como verificar as regras de distinção e superação, caso não seja necessário aplicá-lo ao caso concreto.

Portanto, a eficácia vinculante do precedente judicial e a necessidade de utilização das técnicas específicas para distinção e superação, com a devida fundamentação adequada, de certa forma, constroem os julgadores para que não fujam das raias legais.

No entanto, controlar o ativismo judicial talvez seja o maior desafio enfrentado pela comunidade jurídica nos últimos tempos. Inúmeros debates ocorreram e ocorrerão. Como delineado, pensa-se o sistema de precedentes judiciais como uma forma de controlar o ativismo judicial. Contudo, frise-se que, no momento, ele não existe devidamente no direito brasileiro.

Nessa perspectiva, apresenta-se o entendimento de Georges Abboud (ABBOUD; VAUGHN, 2019, p.8):

Esclareça-se que o posicionamento ora defendido não implica dizer que o Judiciário brasileiro estaria inviabilizado de julgar com base em uma decisão anterior, da qual se extrai uma norma jurídica aplicável a caso análogo – trabalhar com precedentes, portanto. Nada obsta que o TJSP, a partir da norma adotada pelo STJ no julgamento de um recurso especial (não repetitivo), passe a levar em conta tal norma para decidir os casos futuros análogos. Aliás, é absolutamente natural que isso ocorra, em especial quando se cuida de norma jurídica fixada por órgão judicial de hierarquia superior. Tanto é natural que a prática forense brasileira revele a utilização do direito jurisprudencial como fundamento argumentativo daqueles que postulam ao Judiciário⁶⁴. Mas não se pode crer que as hipóteses do art. 927 do CPC (LGL\2015\1656) ensaiem uma teoria dos precedentes à brasileira

Como alternativa o CPC/15 deu alguns indícios¹³¹ da reconstrução do sistema jurídico por meio dos precedentes judiciais, quais sejam: estabeleceu a necessidade de efetivo contraditório, de não-surpresa e de fundamentação para a aplicação e formação dos precedentes, assim como técnicas de superação e distinção (MITIDIERO, 2017a).

¹³⁰ Com detalhes, ver o tópico 4.2.1 da presente dissertação.

¹³¹ Ribeiro (2010) explica que o novo CPC estabelece a necessidade de uma efetividade absoluta do contraditório e da fundamentação das decisões; ou seja, o juiz deve ouvir as partes previamente às decisões que profere, bem como responder a todos os seus argumentos.

Por outro lado, não deixou clara a ideia da coerência, da estabilidade e da integridade dos tribunais como decorrência dos precedentes judiciais e não jurisprudência; não realizou uma distinção clara do precedente judicial em relação à jurisprudência e à decisão judicial, em razão do critério quantitativo e das diferenças de perspectivas e inseriu a expressão “tese jurídica” como o objeto vinculante do precedente, o que não corresponde à característica principal do precedente genuíno, qual seja, a vinculação da *ratio decidendi* (MARINONI, 2019; MITIDIERO, 2017a; ZANETTI JUNIOR, 2019).

A partir da interpretação sistemática do CPC/15, não se pode dizer que há um sistema de precedentes judiciais previsto em lei. Não é essa interpretação clara dada pelo Código. Como toda legislação do direito brasileiro, ajustes sempre serão necessários para o melhor aprimoramento de um sistema jurídico. Com o precedente judicial não é diferente. Em consequência lógica dessa análise, não se pode afirmar que os precedentes judiciais, previstos no CPC/15, irão auxiliar na melhora da prestação jurisdicional, bem como no controle do ativismo.

Contudo, sobre outra ótica, se é verdade que houve uma evolução na teoria da interpretação, cujo significados normativos são adscritos aos textos, com a consequente modificação do papel das Cortes de Vértice, estabelecendo um modelo de Cortes Supremas, no qual os precedentes serão vinculantes para a ordem jurídica e darão unidade ao direito (MITIDIERO, 2017b), pode-se pensar como uma alternativa para a melhora da Justiça civil brasileira.

Nessa perspectiva, postula-se os precedentes judiciais como uma forma de controle do ativismo judicial. Porém, há a necessidade de uma alteração legislativa e, acima de tudo, cultural para o desenvolvimento dessa forma de atuação do Poder Judiciário Brasileiro, por meio de precedentes judiciais vinculantes, prolatados pelas Cortes de Vértice, responsáveis por darem a interpretação final sobre a Constituição Federal e as legislações infraconstitucionais (MITIDIERO, 2017a; MARINONI, 2019; ZANETTI, 2019).

Todavia, é importante trazer à baila que, de acordo com o argumento apresentado por Nunes (2019, p. 17), mais precisamente sobre a afirmação de que o julgador (ministro) poderá realizar uma interpretação “sem a necessária observância do quadro normativo posto pelo legislador”, se esclarece que essa resposta pode ser dada por uma devida teoria da decisão judicial¹³². A utilização de um sistema de precedentes judiciais apresenta, de certa forma, um

¹³² No presente trabalho, não se busca apresentar uma teoria da decisão judicial ou sequer se filiar a qualquer entendimento. Todavia, há de salientar a existência de diversas teorias postas para o mesmo objetivo: controlar o ativismo judicial.

constrangimento sobre o julgador, contudo não pode ser tratada como uma teoria da decisão judicial.

O ativismo judicial tem relação com a postura do julgador, e, diante do conceito sustentado na presente dissertação, não se pode afirmar com toda certeza de que o precedente irá controlá-lo. Por outro lado, o precedente judicial apresenta um dever do julgador de analisar o precedente vinculante do caso em apreço, e, em caso, de distinção e superação, apresentar uma devida fundamentação (MITIDIERO, 2017a). Controlar a postula do julgador foge à competência do referido instituto.

A vinculação de um precedente deve acolher a possibilidade de que exista um erro judiciário do ponto de vista do intérprete (PEIXOTO, 2019). Ou seja, esses erros devem ser considerados como uma aceitação de risco por parte do Poder Legislativo, e não como uma falha institucional grave a ser corrigida.

Em relação a tese afirmada por Abboud e Linelli de que os precedentes judiciais são mais uma técnica processual, voltada apenas para a uniformidade da decisão, não corrobora-se tal entendimento, uma vez que aplicação de um sistema de precedentes judiciais busca um fim maior, qual seja, efetivar a unidade do Direito e, conseqüentemente, melhorar a prestação da tutela dos direitos (ROCHA; BARBOSA, 2015).

Há, portanto, o desafio de se pensar em uma adequada utilização dos precedentes judiciais, os quais caminham juntamente com uma evolução dos Tribunais Superiores. A partir da adoção de um modelo de Cortes Supremas, os precedentes serão vinculantes para os próprios julgadores que deram a interpretação final, bem como para as Cortes de Justiça e para os juízes de 1º grau.

O direito se tornará mais igual, cognoscível e seguro para toda a comunidade jurídica. Em caso de mudança de entendimento, as Cortes de Vértice deverão sinalizar a possível a mudança em respeito à confiança legítima, mesmo que não inserida tal possibilidade no CPC/15 (PEIXOTO, 2019), aplicando a técnica da superação dentro das suas especificidades.

O que é necessário ficar claro é o fato de que o sistema de precedentes judiciais, no modelo de Cortes Supremas, não é mais uma oportunidade para decisões “a la carte”, uma vez que juízes serão constrangidos em relação aos precedentes existentes. Além disso, deverão ser dadas respostas por meio de uma interpretação racional (MITIDIERO, 2017a), as quais sejam coerentes e universalizáveis. Por fim, não se deve tratar como mais uma técnica de uniformização da jurisprudência, pois, como já afirmado, jurisprudência e precedente não se confundem (MARINONI, 2019; MITIDIERO, 2017a; PEIXOTO, 2019; TARUFFO, 2011;

ZANETTI JUNIOR, 2019): a finalidade de um sistema de precedentes é a busca pela unidade do direito.

Com base nessas premissas, o ativismo judicial pode ser controlado pelo direito. O sistema de precedentes judiciais, por meio de um modelo de Cortes Supremas, é uma alternativa para atacar essa prática nociva e, em que pese, alguns indícios dado pelo Código, lamenta-se estar longe do modelo necessário para sua devida aplicação, razão pela qual caminha a passos lentos para um melhor aprimoramento e, sem o seu melhor entendimento, o combate ao ativismo judicial acaba postergado.

5 CONCLUSÃO

Com este trabalho pretendeu-se demonstrar como os precedentes judiciais podem ser uma alternativa para controle do ativismo judicial no direito, desde que adaptados à um modelo de Cortes Supremas. A abordagem do problema proposto, na presente pesquisa, foi feita em três capítulos, cada qual com seu propósito específico, cuja premissa foi a superação de etapas para a busca do objetivo da presente dissertação: a solução do problema.

No segundo capítulo, inicialmente, foi demonstrada a evolução do papel do Poder Judiciário nas democracias ocidentais. Em razão das marcas deixadas pela 2ª Guerra Mundial, houve a necessidade de uma participação maior dos órgãos jurisdicionais, razão pela qual sobreveio a passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional, na qual houve a criação de Tribunais Constitucionais e foco nas Constituições como maiores catálogos de direitos fundamentais.

Em seguida, verificou-se quais foram os reflexos da ascensão do Poder Judiciário no sistema jurídico brasileiro, o qual tem como marco principal a promulgação da CF de 1988 – o que refletiu no direito nacional as características acima apontadas. O fator principal para o protagonismo do Poder Judiciário, uma vez que é o responsável de promover os direitos positivados, é a judicialização da política: quando questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral são respondidas pelo Judiciário.

Passou-se por toda a evolução do direito brasileiro, bem como das democracias ocidentais, no que tange ao papel do Poder Judiciário e como efetivamente ocorreu essa mudança de paradigma. O objetivo foi demonstrar a criação dos Tribunais Constitucionais, a ampliação dos direitos fundamentais e, consequentemente, o surgimento do fenômeno da judicialização da política.

Foi analisado então o ativismo judicial no sistema norte-americano, uma vez que esse é considerado o berço do fenômeno, bem como o instituto da *judicial review*. Nessa perspectiva, o ativismo judicial foi, pela primeira vez, apresentado em um artigo realizado pelo autor Arthur Schlesinger Jr., o qual descreveu uma análise acerca da Suprema Corte dos Estados Unidos. De igual forma, foram apresentados casos em que ocorreu ativismo judicial (*Marbury vs. Madison*, *Dread Scott vs. Sandford* e *Lochner vs. New York*), a fim de ilustrar não apenas os julgamentos, mas a relação do ativismo judicial com o *judicial review* e torna clara a origem história desse fenômeno.

Assim, passou-se para a experiência brasileira, a fim de delimitar um conceito de ativismo judicial como norte da dissertação. Salientou-se a relação existente entre os fenômenos

da judicialização da política e do ativismo judicial, uma vez que, diante do protagonismo de um Poder Judiciário cada vez mais demandado, sobreveio a prática ativista na ordem jurídica brasileira.

A discussão, acerca de um conceito objetivo de ativismo judicial é longa no Brasil, de modo que não encontra um entendimento exato. Ou seja, é controversa a sua delimitação, e encerrar esse debate seria muita ousadia para o presente trabalho.

Todavia, buscou-se apresentar diferentes perspectivas, de diferentes autores, a fim de traçar um conceito para trabalhar o problema apresentado, definindo-se como ativismo judicial a extrapolação de limites constitucionais por parte do Poder Judiciário - cumpre-se assim o primeiro objetivo da dissertação. Assim, para que o exercício da atividade jurisdicional esteja de acordo com a soberania popular e os direitos fundamentais, é necessário que as respostas fornecidas pelo Judiciário estejam de acordo com a Constituição, de modo que, quando o julgador for além da sua função, violando critérios constitucionais, utilizando das suas opiniões pessoais, estará agindo de modo ativista.

A partir da definição, foram apresentados os riscos de uma postura ativista no direito brasileiro. Em virtude de se tratar de uma prática nociva, alguns riscos sobressaem para a legitimidade democrática. É necessário que os julgadores estejam constrangidos aos limites legais, caso contrário, desrespeitarão a legitimidade democrática do órgão jurisdicional. Ainda, há riscos de politização da justiça, devendo prevalecer a autonomia do direito, ou seja, o respeito ao limite previsto em lei. Por fim, há o risco de extrapolação da capacidade institucional do Judiciário e seus limites, de modo que esse deve ter ciência de quando deve interferir ou optar por ser deferente, por exemplo.

Apresentados os riscos de uma postura ativista, buscou-se verificar uma forma de controlar essa prática, razão pela qual foram apresentados os precedentes judiciais como uma alternativa de limitação do ativismo judicial. No terceiro capítulo, foi estudada a aproximação dos sistemas da *common law* e da *civil law*, cada um dentro das suas particularidades, no entanto, ambos com o mesmo problema: a dupla indeterminação do direito e a busca por segurança jurídica, igualdade e liberdade.

Em seguida, foi analisado o sistema de precedentes judiciais, inserido no CPC de 2015, cujo objetivo foi realizar uma interpretação sistemática dos artigos em comparação aos institutos do precedente genuíno da *common law*. Por fim, foi investigado os conceitos de segurança jurídica e igualdade, cujas premissas são o Norte para a efetivação da devida tutela jurisdicional.

Em relação aos sistemas jurídicos, foi realizado um panorama histórico da evolução de ambas as famílias. Na romano-germânica, desde uma perspectiva do juiz boca da lei até a possibilidade de interpretação e preenchimento de cláusulas abertas; na anglo-saxã, desde o precedente ilustrativo ao precedente vinculante.

Em ambas, foi verificada a mesma preocupação: a necessidade de efetivação da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade. Nesse sentido, foi apresentada a aproximação do sistema da *common law* no direito brasileiro – caracterizado por pertencer à *civil law*.

Verifica-se, nesse sentido, que mesmo antes da entrada em vigor do CPC, já havia uma receptividade com relação ao direito jurisprudencial. Apesar de haver dúvidas na doutrina acerca da sua caracterização como fonte do direito, não se pode negar a sua influência na aplicação desse.

Todavia, com o CPC/2015, houve a previsão de precedentes judiciais com a função de buscar a unidade do direito, conforme interpretação dos artigos 926 e 927. Ou seja, o legislador apostou que, por meio dos precedentes judiciais, pode-se melhorar a efetivação da tutela jurisdicional e cumprir as expectativas da segurança jurídica, igualdade e liberdade.

Em relação ao sistema de precedentes judiciais do CPC, buscou-se apresentar seu conceito e delimitação, seus elementos, aplicação e formação, e a necessidade de efetivar a unidade do direito. Ainda, abordou-se as formas de superação e os tipos de eficácia dos precedentes judiciais em comparação ao precedente genuíno, para assim concluir: precedente judicial é diferente de jurisprudência, súmula e coisa julgada; o objeto vinculante do precedente judicial é a *ratio decidendi*; não há qualquer relação entre repetitividade de causas e unidade do direito; o precedente judicial deve possuir eficácia vinculante para todo o sistema jurídico; a superação deve possuir efetivo prospectivo.

Com base nessas premissas, pode-se pensar em um bom sistema de precedentes judiciais para o direito brasileiro. Contudo, ao interpretar o CPC, não se verifica uma clara menção à necessidade de eficácia vinculante, à vinculação da *ratio decidendi*, à diferenciação de precedente judicial em relação à súmula, à jurisprudência e à coisa julgada. Por outro lado, a necessidade de não-surpresa e de contraditório potencializam a formação de precedentes, assim como a necessidade de fundamentação específica para distinção e superação efetivam as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, o que demonstra acertos realizados pelo CPC.

Uma vez que o legislador não foi claro em sua redação, tornou-se duvidosa a interpretação do CPC a respeito de um devido sistema de precedentes judiciais. Portanto, não se pode afirmar que ele é efetivo, em razão de, em alguns momentos, o legislador incorrer em acerto e, em outros, em erro, com base nos conceitos acima apresentados.

No quarto e último capítulo foi investigado o perfil de Cortes, mais precisamente, de Corte Superior e de Corte Suprema. A primeira tem por premissas a teoria cognitivista da interpretação; norma e texto como sinônimos; controle da legalidade das decisões e função reativa. A segunda tem por premissas a teoria lógico-argumentativa da interpretação; dissociação de texto e norma; consecução da unidade do direito e função proativa.

Nesse sentido, foi analisado que, com a passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito, houve uma mudança em relação à teoria das normas, à teoria da interpretação e a relação da legislação com a jurisdição. Passou-se de norma e texto como sinônimos para uma dissociação entre ambos, na qual a norma é a interpretação do texto.

A teoria cognitivista da interpretação evoluiu para a teoria lógico-argumentativa: enquanto a primeira buscava a descrição do texto, a segunda tem como finalidade sua interpretação. Por fim, foi modificada a relação entre legislação e jurisdição de um papel secundário da jurisdição com a legislação para uma atuação conjunta e coordenada.

Assim, o melhor modelo para os Tribunais Superiores que encontra amparo para viabilizar um sistema de precedentes judiciais, bem como que atende os requisitos acima pretendidos, é o modelo de Corte Suprema. Contudo, o sistema jurídico brasileiro ainda não tem previsão normativa coesa para suportar esse modelo, sendo necessária uma substancial mudança cultural e legislativa.

Concluindo o último capítulo, buscou-se resolver o cerne do problema da dissertação, qual seja: os precedentes judiciais podem controlar o ativismo judicial? Como afirmado acima, buscou-se apresentar etapas a serem percorridas para o enfrentamento do problema. Ou seja, as premissas acima estabelecidas demonstram o enfrentamento, buscando-se, nesse momento, um entrelaçamento dessas.

Apresentar uma solução para o fenômeno do ativismo judicial é uma tarefa complexa na atual realidade do sistema jurídico brasileiro, ainda mais no momento de crise que vive a democracia brasileira, na qual as instituições não encontram qualquer respaldo por parte da população brasileira. Salienta-se, ainda, que o ativismo judicial tem uma relação com diversas teorias da decisão judicial, o que não é o objeto de estudo da presente dissertação, razão pela qual não se apresenta ou discute qualquer alternativa nesse sentido.

Nesse ínterim, surge o CPC de 2015 com a previsão de um sistema de precedentes judiciais. Contudo, não se pode afirmar que esse é efetivo, e três motivos podem isso: primeiro, o código não trouxe um corpo legislativo claro sobre a melhor aplicação de um sistema de precedentes judiciais, havendo margem para muita interpretação por parte dos operadores do direito; segundo, um sistema de precedentes judiciais necessita de um modelo de Cortes

Supremas, fato que não é a realidade brasileira, pois, no CPC, apesar de alguns artigos estabelecerem uma interpretação nesse sentido, há necessidade de uma profunda alteração legislativa para implementá-los; e terceiro, não qualquer resquício cultural da prática de precedentes pelo direito brasileiro, de modo que o sistema proposto pelo CPC em nada tem a ver com a aplicação de um precedente genuíno da *common law*.

Ou seja, o modelo atual de precedentes judiciais no Brasil não encontra amparo para uma melhora na tutela jurisdicional, seja na dimensão particular (caso concreto) seja na dimensão geral (unidade do direito). Se ausente a efetivação da dimensão geral, sem dúvidas, não há como defender os precedentes judiciais como uma forma de controle do ativismo judicial.

Contudo, o presente trabalho não se filia ao entendimento de parte da doutrina de que os precedentes judiciais são mais uma técnica processual para uniformidade ou que podem ser caracterizados uma forma de realismo jurídico. O sistema de precedentes judiciais do Brasil tem aspectos positivos e, com base numa melhor disposição legislativa acerca da sua aplicação e por meio da implementação de um modelo claro de Cortes Supremas, pode-se pensar em um instrumento coeso e seguro para o controle do ativismo judicial, para a melhora da tutela jurisdicional e para a efetivação dos princípios constitucionais da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade.

Nessa ideia, os precedentes teriam eficácia vinculante vertical e horizontal: a primeira, em relação aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e aos juízes de primeiro grau; a segunda, em relação aos próprios ministros do STF e do STJ, razão pela qual estariam constrangidos pelos próprios precedentes. Nesse sentido, quando não for o caso de aplicação ou haver indícios do precedente estar desgastado, pode-se usar a técnica do *distinguishing* e do *overruling*.

Ademais, a interpretação da decisão, para ser segura, deve ter como base uma devida justificação, bem como a efetivação da coerência e da universalização da decisão. Ou seja, a decisão deve ser bem justificada, no âmbito interno, pela relação das proposições levantadas pelas partes com as razões da decisão, e no âmbito externo, pela adequação das premissas utilizadas dentro do sistema jurídico. Deve ser coerente, quando há uma relação normativa consistente, bem como deve ser universalizável: a justificação deve ser replicável para os casos futuros.

Com base nessas premissas, há possibilidade de um controle do ativismo judicial sobre a atuação das Cortes de Justiça e das Cortes de Vértice. Nada obstante, há um caminho espinhoso a ser percorrido pelo direito brasileiro, de um melhor desenvolvimento legislativo

acerca de um modelo de Cortes de Precedentes e, acima de tudo, de uma mudança cultural, na qual todos os operadores do direito estarão inseridos nesse objetivo.

O CPC apresentou o modelo de precedentes e o desafio está posto. Não se busca trazer uma solução definitiva, mas contribuir para o debate existente no Brasil. Nesse sentido, cabe à doutrina seguir debatendo, a fim de apresentar uma melhor aplicação do sistema de precedentes judiciais, e à jurisprudência, buscar o aperfeiçoamento das técnicas provenientes do precedente genuíno. Por fim, é necessária uma alteração legislativa profunda, com o objetivo de inserir clara e objetivamente um modelo de Cortes Supremas, com base nas ideias apresentadas no presente trabalho. Desse modo, haverá um instrumento completo e possível para que seja efetivada a melhora da tutela jurisdicional da ordem jurídica brasileira e a consequente concretização da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Juristocracia delegativa: os riscos da degeneração democrática trazidos pelo ativismo judicial. *In*: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE; George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; NERY JUNIOR, Nelson. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line. **Revista dos Tribunais Online**, Thomson Reuters: mar. 2016. Disponível em: http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/ABBOUD-Georges_Discricionariedade-e-penhora.pdf. Acesso em: 16 out. 2020.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, p. 21-47, abr. 2015.

ABBOUD, Georges; VAUGHN, Gustavo Favero. Notas críticas sobre a reclamação e os provimentos vinculantes do CPC. **Revista de Processo**, v. 287/2019, Jan/2019.

ALVIM, Tereza Arruda. STJ acerta ao fixar tese antes de julgar recurso repetitivo. **Consultor Jurídico**, [S. l.], 05 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/teresa-arruda-alvim-stj-acerta-fixar-tese-antes-julgar-repetitivo>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Vinícius Gonçalves; CAMBI, Eduardo. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 260, p. 277-304, out. 2016. Direito Jurisprudencial.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de processo civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e casos repetitivos. Por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de

massa? *In*: JOBIM, Marco Félix; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Precedentes Judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 169-204.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Escolar, 2014.

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

ÀVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BALL, David T. **The historical origins of judicial review, 1536-1803**: the duty to resist tyranny. Queenston: Edwin Mellen, 2005.

BARBOSA, Claudia Maria; ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 115-133, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3046>. Acesso em: 15 out. 2020.

BARGOS, Marcelo B.; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; VIANNA, Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, out./dez. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 22 out. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Themis – Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/241>. Acesso em: 15 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul-set. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020**: relatório analítico. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 9. ed. Brasília: Senado Federal, 2016a. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517855/CPC_9ed_2016.pdf?sequence=3. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília, DF: Senado Federal, 2016b. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf?sequence=1. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Recurso Especial nº 1.696.396/MT. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 05 de dezembro 2018. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**, Brasília, DF, 19 dez. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Súmula 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. 28 jun. 1990. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 03 jul. 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO [...]. Relator: Min. Ayres Britto, 05 maio 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 198, ementário n. 2607 - 1, 14 out. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&pgI=1&pgF=274>. Acesso em: 23 out. 2020.

BEATTY, David. **A Essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BIGLIAZZI, Renato; PAIXÃO, Cristiano. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Finatec, 2011.

BONFIM, Vinícius Silva; OLIVEIRA DE SÁ, Mariana. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, 2015.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 2.

BRASIL, Deilton Ribeiro; LELIS, Henrique Rodrigues. A aproximação dos sistemas jurídicos do common law e civil law: os precedentes judiciais no código de processo civil. *In*: ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de; VASCONCELOS, Oton de Albuquerque (Coord.). **Processo, jurisdição e efetividade da justiça II**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 149-173. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/pi88duoz/8ho08rbe/o4h7xNpXT8uzlKsW.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2017.

CAMPOS, Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 249, p. 421-4448, nov. 2015.

CHIASSONI, Pierluigi. **Técnica da interpretação jurídica**. Tradução de Daniel Mitidiero, Otávio Domit, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como Fonte de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

DURO, Cristiano. Entre autoridade, método e argumento: uma proposta para a superação dos precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 299, p. 289-321, jan. 2020.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedente**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana.

Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Dred Scott v. Sandford. **FindLaw for Legal Professionals**, [S. l.], 01 dez. 1856. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/60/393.html>. Acesso em: 10 out. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Lochner v. People of State of New York. **FindLaw for Legal Professionals**, [S. l.], 17 abr. 1905. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/198/45.html>. Acesso em: 10 out. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Marbury v. Madison. **FindLaw for Legal Professionals**, [S. l.], 01 fev. 1803. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>. Acesso em: 10 out. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 13-29.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 71-90.

FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi* x tese jurídica. A busca pelo efeito vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 265, p. 419-441, mar. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Florianópolis, mar. 2017. Disponível em: <http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

FREIRE, Alexandre. Súmula da Jurisprudência dominante, superação e modulação de efeitos no novo Código de Processo Civil. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MENDES, Aluisio; NUNES, Dierle (Org.). **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/15**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 83-118.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Interpretação como Argumentação. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação**: escritos de e em Homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 117-146.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Precedentes e Argumentação Jurídica. In: GARCIA, Marcos

Leite; KFOURI NETO, Miguel; SILVA, Rogerio Luiz Nery (Coord.). **Processo, jurisdição e efetividade da justiça II**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 27-47. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/y0ii48h0/2j5326sb/3R162VdC6qIj0dF2.pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

GIORDI JÚNIOR, Romulo Ponticelli. **Jurisdição Constitucional e Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista de Tribunais, 2017.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Introducción al derecho procesal constitucional**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e Argumentar**. Tradução de Adrian Sgarbi, Frederico Menezes Breyner e Fernando Daniel de Moura Fonseca. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HORTA, André Frederico de Sena; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. Os precedentes judiciais, o art. 926 CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 263, p. 335-396, jan. 2016.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KERN, Christoph. O papel das Cortes Supremas. Tradução de Maria Angélica Feijó e Ronaldo Kochem. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 948, p. 47-76, out. 2014.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, out. 2004.

KRAMER, Larry D. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Tradução de Marcelino de Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994.

LEPPER, Adriano Obach; STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 51-61, 2015.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa

Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO, Vandrê Sesti. **Discursos de fundamentação e discursos de aplicação da teoria da ação comunicativa de Habermas sob o enfoque da fenomenologia hermenêutica e da hermenêutica filosófica**. [S.l.], [20--?]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=14bfa6bb14875e45>. Acesso em: 23 out. 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes**. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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**, Curitiba: UFPR, n. 49, p. 29-68, 2009a.

MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do Civil Law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, v. 380, p. 45-50, jun. 2009b.

MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 249, p. 399-419, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.249.18.PDF. Acesso em: 17 out. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 15.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 255, maio 2016. Teoria Geral do Processo.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal e os precedentes: os desafios impostos pelo novo Código de Processo Civil. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; MENDES, Aluisio; NUNES, Dierle (Org.). **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/15**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 835-866.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: Instrumento do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jul./set. 2005.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Renovar, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no artigo 927 do novo Código de Processo Civil. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; MENDES, Aluisio; NUNES, Dierle (Org.). **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/15**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 119-130.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas do Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILLHISER, Ian. **Injustices**: the Supreme Court's History of Comforting the Comfortable and Afflicting the afflicted. New York: Nation Books, 2015.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 229, p. 51-74, 2014a.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *In*: **Processo Civil**: Estudos em homenagem ao professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012.

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

MITIDIERO, Daniel. **Reclamação nas Cortes Superiores**: Entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MITIDIERO, Daniel; TARUFFO, Michele. **A justiça civil**: da Itália ao Brasil, dos Setecentos

a Hoje. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MOTTA, Francisco José Borges; STRECK, Lenio Luiz. Coerência, integridade e decisão jurídica democrática no novo Código de Processo Civil. *In*: ALMEIDA; Diogo Assumpção Rezende de; AYOUB, Luiz Roberto; JATAHY, Carlos Roberto (Org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: FGV, 2016. p. 29-40.

MOTTA, Francisco José Borges; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e decisões por princípio: uma proposta de fixação dos limites da atuação do Poder Judiciário. **Revista de Processo**, v. 283, p. 481-502, 2018.

NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. **Revista de Informação Legislativa**, [Brasília], ano 52, n. 206, p. 111-136, abr./jun. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p111.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

NUNES, Raphael Marcelino de Almeida. O modelo brasileiro de precedentes: entre a segurança jurídica e o ativismo judicial. **Revista de Processo Comparado**, [S. l.], v. 10, p. 107-136, jul./dez. 2019.

OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 204, out./dez. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p25. Acesso em: 15 out. 2020.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [Santa Maria], v.11, n. 2, p. 751-772, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>. Acesso em: 15 out. 2020.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

POWELL, Alvin. Scalia condemns judicial moralism. **The Harvard Gazette**, [Cambridge], 30 set. 2004. Disponível em: news.harvard.edu/gazette/story/2004/09/scalia-condemns-judicial-moralism/. Acesso em: 10 out. 2020.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAATZ, Igor. Precedentes à brasileira: uma autorização para "errar" por último? **Consultor Jurídico**, [S. l.], 03 out. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-03/igor-raatz-precedentes-autorizacao-errar-ultimo>. Acesso em: 17 out. 2020.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei Fundamental da Alemanha aos 70 anos – vale apenas comemorar. **Consultor Jurídico**, [S. l.], 31 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/direitos-fundamentais-lei-fundamental-alemanha-aos-70-anos-vale-apenas-comemorar>. Acesso em: 22 out. 2020.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**. Princeton: Princeton University, 1997.

SCHLESINGER JR., Arthur. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, [S. l.], v. 35, n. 1, jan. 1947.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A vinculação aos precedentes judiciais, o artigo 927 do novo Código de Processo Civil brasileiro e seus impactos. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; MENDES, Aluisio; NUNES, Dierle (Org.). **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/15**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 609-634.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, [Itajaí], v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 10 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. As fontes de Direito e os rótulos de água mineral. **Consultor Jurídico**, [S. l.], 21 mar. 2013a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mar-21/senso-incomum-fontes-direito-rotulos-agua-mineral>. Acesso em: 22 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4 ed. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2013b.

STRECK, Lenio. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes – Parte II.

Consultor Jurídico, [S. l.], 29 set. 2016a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>. Acesso em: 23 out. 2020.

STRECK, Lenio. Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar?

Consultor Jurídico, [S. l.], 22 set. 2016b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>. Acesso em: 12 out. 2020.

STRECK, Lenio. Precedentes IV: final. Por que interpretar não é um ato de vontade.

Consultor Jurídico, [S. l.], 13 out. 2016c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-13/senso-incomum-precedentes-iv-final-interpretar-nao-ato-vontade>. Acesso em: 23 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**. Salvador: JusPodivm, 2018.

STRECK, Lenio. Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III.

Consultor Jurídico, [S. l.], 06 out. 2016d. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>. Acesso em: 23 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor; MORBACH, Igor. Da complexidade à simplificação na identificação da *Ratio Decidendi*: Será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil?.

Revista Jurídica, vol. 01, nº. 54, Curitiba, 2019.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

TARUFFO, Michelle. Precedente e Jurisprudência. Tradução de Teresa Arruda Alvim

Wambier e André Luís Monteiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 199, p. 139, set. 2011.

TARUFFO, Michelle. As funções das Cortes Supremas entre uniformidade e justiça.

Tradução de João Eberhardt Francisco. In: BONATO, Giovanni; CINTRA, Lia Carolina Batista; SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 39-50.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

THAYER, James Bradley. **The origin and Scope of the American Doctrine of**

Constitutional Law. Boston: Little Brown, 1893.

TREANOR, William Michael. Judicial Review before Marbury. **Stanford Law Review**, [Stanford], v. 58, n. 2, p. 455-562, 01 dez. 2005. Disponível em: <http://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/04/treanor.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

TORRANO, Bruno. Precedentes vinculantes do Direito brasileiro que não vinculam nada. **Consultor Jurídico**, [S. l.], 03 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-03/bruno-torrano-precedentes-vinculantes-nao-vinculam-nada>. Acesso em: 20 set. 2020.

TUSHNET, Mark. Democracy Versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution? **Dissent Magazine**, [S. l.], 2005. Disponível em: <https://www.dissentmagazine.org/article/democracy-versus-judicial-review>. Acesso em: 15 out. 2020.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts.** Princeton: Princeton University, 2000.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights:** judicial review and social Welfare Rights in comparative Constitutional Law. Princeton: Princeton University, 2008.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/en/publicacoes/revista/artigo/constituicao-de-1988-vinte-anos-depois-suprema-corte-ativismo-judicial-br>. Acesso em: 16 out. 2020.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, [New Haven], v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>. Acesso em: 15 out. 2020.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem.** Porto Alegre: Fabris, 1984.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review:** from constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams, 1994.

WURMBAUER JÚNIOR, Bruno. **Novo Código de Processo Civil e os Direitos Repetitivos.** Curitiba: Juruá, 2015.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. Comentários aos artigos 926 a 946 do CPC/15. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro Contemporâneo. *In*: AMARAL, Guilherme Rizzo; MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil: Estudos em homenagem ao professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.