



UNIFACIG - CENTRO UNIVERSITÁRIO

**GARANTIAS PROCESSUAIS E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE SOBRE A
VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

João Pedro Schuab Stangari Silva

MANHUAÇU / MG
2019

JOÃO PEDRO SCHUAB STANGARI SILVA

**GARANTIAS PROCESSUAIS E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE SOBRE A
VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Superior de Direito da UNIFACIG - Centro Universitário, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Civil e Direito Constitucional

Orientadora: Msc. Fernanda Franklin Seixas Arakaki

MANHUAÇU / MG
2019

JOÃO PEDRO SCHUAB STANGARI SILVA

**GARANTIAS PROCESSUAIS E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE SOBRE A
VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Superior de Direito da UNIFACIG - Centro Universitário, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Civil e Direito Constitucional

Orientadora: Msc. Fernanda Franklin Seixas Arakaki

Banca Examinadora

Data de Aprovação: 03 de dezembro de 2019

Prof^a. Msc. Fernanda Franklin Seixas Arakaki – Presidente; Centro Universitário UNIFACIG

Prof^a. Msc. Alcymar Aparecida Rosa Paiva – 1º Examinadora; Centro Universitário UNIFACIG

Prof. Esp. Patrick Leonardo Carvalho dos Santos – 2º Examinador; Centro Universitário UNIFACIG

RESUMO

Este estudo tem como escopo a compreensão e análise da inserção de uma nova roupagem a respeito da consideração obrigatória dos precedentes judiciais das decisões dos Tribunais de segundo grau de jurisdição e Tribunais de Superposição na fundamentação em decisões futuras. Para tanto, desenvolveu-se apontamentos dos aspectos gerais das tradições jurídicas do *civil law* e do *common law*. Examinou-se, inicialmente, suas raízes históricas, passando pelas estruturas e pelas fontes do Direito. Em seguida examinou-se a noção de precedente judicial inserido no ordenamento jurídico brasileiro, majoritariamente após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, apresentando os modelos de construção dos precedentes no Brasil. E, ao final, investiu-se no exame da autoridade vinculante dos precedentes perante a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, apontando como necessária a criação de mecanismos para a revisão dos precedentes judiciais no Brasil. O presente trabalho ampara-se na vertente metodológica jurídico-sociológica, e em relação aos seus tipos metodológicos, utiliza-se o jurídico-dogmático, bem como o jurídico-comparativo. No tocante às técnicas metodológicas, trata-se de uma pesquisa descritiva, de natureza aplicada e abordagem qualitativa, com uma pesquisa bibliográfica do levantamento de referências teóricas já publicadas, e de normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Democracia; Processo; Precedentes Judiciais

ABSTRACT

The purpose of this study aims to understand and analyze the insertion of a new guise regarding the obligatory consideration of the judicial precedents of the decisions of the second jurisdictional courts and overlapping courts in the grounds for future decisions. To this end, notes on the general aspects of the legal traditions of civil law and common law were developed. Initially, its historical roots were examined, passing through the structures and sources of law. Then, the notion of judicial precedent inserted in the Brazilian legal system was examined, mainly after the 2015 Civil Procedure Code, presenting the models of precedent construction in Brazil. In the end, it was invested in the examination of the binding authority of the precedents before the Neoinstitutionalist Theory of the Process, pointing out as necessary the creation of mechanisms for the revision of the judicial precedents in Brazil. The present work is based on the juridical-sociological methodological aspect, and in relation to its methodological types, the juridical-dogmatic as well as the comparative juridical one is used. Regarding the methodological techniques, it is a descriptive research, applied in nature and qualitative approach, with a bibliographic research of the survey of theoretical references already published, and norms of the Brazilian legal system.

Keywords: Democracy; Process; Judicial Precedents

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

IAC - Incidente de Assunção de Competência

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 METODOLOGIA	11
3 ASPECTOS GERAIS JURÍDICOS DO CIVIL LAW E COMMON LAW	12
3.1 A FORMAÇÃO DO CIVIL LAW	12
3.2 A FORMAÇÃO DO COMMON LAW.....	14
3.3 FONTES DO DIREITO NAS TRADIÇÕES JURÍDICAS	16
4 NOÇÃO DE PRECEDENTE JUDICIAL NO COMMON LAW	18
4.1 RATIO DECIDENDI E OBTER DICTUM	19
4.2 TÉCNICAS DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	22
4.2.1 Distinguishing	22
4.2.1.1 Ampliative distinguishing e Restrictive distinguishing	24
4.2.2 Overruling	24
4.2.2.1 Express overruling e Implied overruling.....	26
4.2.2.2 Retrospective overruling e Prospective overruling	26
4.2.2.3 Anticipatory overruling	27
4.2.2.4 Overriding.....	27
5 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: ALARGAMENTO DAS FONTES DO DIREITO E REFLEXOS NA HERMENÊUTICA JURÍDICA E PROCESSUAL	28
5.1 SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO	29
5.2 RECONHECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS	32
5.3 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E REFLEXOS NA HERMENÊUTICA PROCESSUAL.....	34
5.4 A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO	36
6 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	39

6.1 SÚMULAS VINCULANTES	40
6.2 REPERCUSSÃO GERAL.....	41
6.3 RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS REPETITIVOS.....	43
6.4 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	43
6.5 INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA.....	45
7 AUTORIDADE VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	46
7.1 A LEI Nº 13.256/2016 E O FIM DAS TÉCNICAS DE FLEXIBILIZAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES	49
8 A CRIAÇÃO DE PROCEDIMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA REVISÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES	51
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
10 REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

Constituindo um dos assuntos de maior discussão no contexto jurídico atual, principalmente após o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), a inserção no ordenamento jurídico de uma nova roupagem a respeito da consideração obrigatória dos precedentes judiciais de decisões dos Tribunais de segundo grau de jurisdição e Tribunais de Superposição, na fundamentação em decisões futuras, é tema carregado tanto de críticas, como de fortes impulsionamentos em todo o Brasil.

John Rawls (1997) entende que uma teoria dos precedentes deve ser justificada no princípio da equidade, ou seja, a noção segunda a qual casos semelhantes devem receber tratamento semelhante. Para Rawls, devemos supor que os critérios de semelhanças são fornecidos pelas próprias regras jurídicas e pelos princípios utilizados para interpretá-las. Todavia, o preceito de que em casos semelhantes se adote decisões semelhantes acaba por limitar a discricção dos juízes e de outros que ocupam cargos de autoridade. O princípio da equidade força os magistrados a fundamentar a distinção que fazem entre as pessoas, mediante uma referência aos princípios e regras legais pertinentes. Em qualquer caso particular, se as regras forem complicadas e pedirem interpretação, pode ficar fácil justificar uma decisão arbitrária. Mas, à medida que o número de casos aumenta torna-se mais difícil construir justificações plausíveis para julgamentos tendenciosos. A exigência de coerência vale naturalmente para interpretação de todas as regras para justificativa em todos os níveis. Fica mais difícil formular argumentos racionais para decisões discricionárias e a tentativa de fazê-lo torna-se menos convincente. Esse princípio vale também caso de equidade, quando deve-se abrir uma exceção quando a regra estabelecida causa uma dificuldade inesperada. Mas com a ressalva de que não há uma linha definida, separando-se esses casos excepcionais, como nas questões de interpretação, que praticamente qualquer diferença fará uma diferença. Nesses casos, aplica-se o argumento de autoridade, mas ressaltando que não é suficiente a autoridade do precedente ou do veredicto conhecido (RAWLS, 1997, p. 260).

Rawls (1997) alerta para o risco de uma decisão autoritária dentro da teoria dos precedentes, mas na *Common Law* americana o juiz é eleito pelo povo, ele estará sensível às questões sociais. A ideia norteadora é que os princípios de Justiça para a estrutura básica da sociedade, que são o objeto do consenso original.

Theodor Viehweg (2008), em sua obra a *Tópica Jurisprudencial*, explica que uma teoria dos precedentes não pode correr o risco de suprimir as garantias da dialética processual. O autor alemão explica, que a *Tópica* é uma das seis obras Aristotélicas que, sucessivamente foram reunidas no *Organon*. Ela se encontra ao lado dos escritos da “Ciência da Lógica”, após a “Categorias”, da obra “Perihermenias” e dos “Analíticos”, antes dos “Argumentos Sofísticos”. Nesta última, se encontra o que se pode chamar de continuação da “*Tópica*”, que se destaca como a ciência da lógica (VIEHWEG, 2008, p. 22). A *tópica* pertence ao terreno dialético, o que não é apodítico, mas que Aristóteles estudou como um método possível de se estabelecer conclusões relativamente a todos os problemas apresentados, a partir de proposições opináveis, e de que se possa evitar as contradições, quando se tiver que sustentar um discurso (VIEHWEG, 2008, p. 25).

Desta forma, tem-se como problema de pesquisa a importação dos precedentes judiciais vinculantes, instituto que é extremamente atrelado ao sistema de *common law*. A pesquisa busca demonstrar a ruptura do processualismo democrático com o advento de tal vinculação, demonstrando a necessidade de criação de mecanismos para revisão das jurisprudências.

A presente pesquisa justifica-se devido a institucionalização das Súmulas Vinculantes, do instituto da repercussão geral, dos recursos repetitivos, bem como do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidente de Assunção de Competência, que emergiu da ânsia do legislador em desafogar um judiciário que contou com a entrada de 29.113.579 milhões de processo novos em 2017, e apesar de terem sido baixados 31.017.900, ainda conta com 80.069.305 milhões de casos pendentes, com um gasto total de R\$ 90.846.325.160 bilhões de reais de acordo com o relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2018. Sob um plano de fundo de total ineficiência do sistema judiciário e com a premissa, que, de acordo com Asperti (2017), a eficiência do Judiciário e a efetividade das decisões judiciais têm como justificativa uma concepção de Judiciário enquanto um prestador serviço que, como tal, deve ser avaliado com parâmetros não só de qualidade, mas também de produtividade perante seus usuários.

Desta forma, o objetivo da pesquisa envolve-se na análise dos precedentes judiciais no Brasil, bem como seus efeitos diante da Teoria Neoinstitucionalista do Processo. O presente trabalho ampara-se na vertente metodológica jurídico-sociológica, e em relação aos seus tipos metodológicos, utiliza-se o jurídico-

dogmático, bem como o jurídico-comparativo. No tocante às técnicas metodológicas, trata-se de uma pesquisa descritiva, de natureza aplicada e abordagem qualitativa, com uma pesquisa bibliográfica do levantamento de referências teóricas já publicadas, e de normas do ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo realizado foi dividido em 9 capítulos. No capítulo II foi apresentada a metodologia em que o trabalho se baseou, haja vista a necessidade da explicitação dos tipos metodológicos utilizados para maior entendimento da proposta e fins da pesquisa. No capítulo III desenvolveu-se apontamentos dos aspectos gerais das tradições jurídicas do civil law e do common law. Examinou-se, inicialmente, suas raízes históricas, passando pelas estruturas e pelas fontes do Direito.

No capítulo IV examina-se a noção de precedente judicial no instituto do *common law*, desenvolvendo um aprofundamento da conceituação da *Ratio Decidendi*, do *Obiter Dictum*, bem como das técnicas de flexibilização dos precedentes judiciais, perpassando sobre os institutos do *Distinguishing*, *Overruling* e *Overriding*.

O capítulo V volta-se para a análise do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo. Procurou-se analisar o atual panorama do Direito no Brasil, perpassando desde a questão da ultrapassagem do positivismo jurídico e do reconhecimento da força normativa dos princípios, voltando-se também pelo tema da primazia e efetividade da Constituição, bem como seus reflexos na hermenêutica processual, finalizando com a apresentação do Marco Teórico do estudo, qual seja a Teoria Neoinstitucionalista do Processo. O capítulo VI apresentou os modelos de construção dos precedentes no Brasil, que a legislação brasileira a partir de 2004 começou a adotar, o estudo se deu nos institutos da Súmula Vinculante, da Repercussão Geral, dos Recursos Repetitivos, do Incidente de Assunção de Competência e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

No capítulo VII, investiu-se no exame da autoridade vinculante dos precedentes e seus efeitos, analisando as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo civil, em especial pela lei 13.256.16, e, ao final, no capítulo VIII a propositura da criação de mecanismos para revisão dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, no capítulo IX, afigurou-se de forma sucinta as considerações finais, com o apanhado das ideias desenvolvidas no trabalho de pesquisa realizado.

2 METODOLOGIA

O presente trabalho ampara-se na vertente metodológica jurídico-sociológica, eis que se pretende o desenvolvimento da pesquisa com o embasamento na noção do Direito como uma ciência social aplicada que deve se preocupar prioritariamente com a eficiência, a eficácia e a efetividade do fenômeno jurídico em um ambiente social mais amplo (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 22). Nesse desiderato, a pesquisa teve como ponto de partida que o sistema jurídico deve ser assimilado não como um fim em si mesmo, mas com a premissa de uma perspectiva de que a sua principal finalidade torna-se alcançar os objetivos propostos pela ordem jurídica e atender às necessidades da realidade social.

Em relação aos seus tipos metodológicos, utilizou-se o método jurídico-dogmático e o método do direito comparado para perfazer uma - sistematização das tradições jurídicas do *civil law* e do *common law*, ao ponto que o objetivo da pesquisa desdobra-se em analisar a vinculação obrigatória dos precedentes judiciais vinculantes que foram implantados no âmbito do direito processual brasileiro, perante a processualidade democrática trazida pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

No tocante às técnicas metodológicas, cumpre suscitar que se trata de pesquisa descritiva, de natureza aplicada e abordagem qualitativa. A pesquisa se desenvolveu como uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se do levantamento de referências teóricas já publicadas, com especial ênfase na doutrina sobre a matéria e a análise jurídico dogmática de normas do ordenamento jurídico brasileiro, cuja reflexão discursiva servir-se-á, sobre a base do método hermenêutico doutrinal para a investigação *in loco* dos conceitos e análise do tema.

3 ASPECTOS GERAIS JURÍDICOS DO *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

As tradições jurídicas do *civil law* e o *common law* emergiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de sistemas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios a cada um dos institutos, sendo que as duas tradições compõem os dois principais modelos jurídicos existentes no mundo (MARINONI, 2009, p. 11). No presente capítulo, planeja-se a compreensão das diferenças estruturais sobre as experiências do *common law* e do *civil law*.

É de suma importância para o desenvolvimento deste trabalho o destaque que, em ambas as tradições, a pretensão é de alcançar, a um só tempo, a justiça e a segurança jurídica (RESENDE, 2016, p. 26), bem como a afirmativa de que tais tradições não se revelam sólidas e imutáveis, ou seja, as experiências jurídicas acompanham seu contexto histórico e traços culturais, e estão submetidas a um longínquo processo de mutação. Posto isso, é que iremos perceber que, embora existam características que são intimamente ligadas a determinada experiência, ela pode, eventualmente, não apresentar a mesma força nos dias atuais. (DRUMMOND; CROCETTI, 2012, p. 42).

A abordagem que se realizará no presente capítulo envolta-se das origens histórias e formação das tradições, e as fontes jurídicas a que cada uma se embebeda, para a posterior compreensão da sistemática dos precedentes em cada sistema.

3.1 A FORMAÇÃO DO *CIVIL LAW*

De acordo com Resende (2016) a formação da tradição jurídica do *civil law* é essencialmente marcada pela ocorrência de dois acontecimentos históricos, sejam eles o reestudo dos arquivos relativos ao Direito Romano e a Revolução Francesa.

A organização do direito é remetida primariamente aos romanos, porquanto realizaram a extração das regras jurídicas dos casos concretos cotidianos, identificando e classificando as normas para sua posterior aplicação em novos casos. (CRETELLA, 1986, p. 3) A jurisprudência, no direito romano clássico, se mostra como interpretação e constitui atividade criadora, porém em um sentido derivado, sendo a

norma jurídica apresentada como o limite para a sua interpretação¹.(BARREIRO; PARICIO, 2010, p. 40)

Houve então, um reestudo dessa cultura jurídica romanística pela Universidade de Bolonha, na Itália, mais precisamente no Século XI, estudo qual que passou a ocupar a posição de protagonista. De tal método de análise textual exegético, nasceu a primeira literatura jurídica em forma de anotações explicativas ao texto romano, denominadas glosas, atribuindo aos juristas o nome de glosadores. (BARREIRO; PARICIO, 2010, p. 189-190)

O marco divisório entre as tradições jurídicas ocidentais, deriva-se do renascimento do Direito Romano e a sua consequente recepção pelos países da Europa Continental, porquanto, na tradição do civil law, o Direito Neo-romano foi adotado como fonte primária do Direito, ao passo que a experiência do common law foi marcada pela recusa de tal adoção (DRUMMOND; CROCETTI, 2012, p. 43).

O segundo acontecimento histórico marcante na formação da tradição jurídica do *civil law* se deu com os acontecimentos na França no século XIX, associados aos excessos de privilégios, que culminaram na Revolução Francesa, destruindo a antiga ordem feudal.

A revolução causou uma ruptura com o antigo direito francês, a monarquia absolutista e seus magistrados, juntamente com uma ascensão da burguesia e do parlamentarismo, e, nesse contexto, baseado nas ideias de Montesquieu², surge a necessidade de controlar a atuação judicial, limitando o papel do poder judiciário a apenas aplicação da legislação.

De acordo com Montesquieu, o “poder de julgar” deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, não produtiva de

¹ O que hoje se reconhece como sistema de direito romano-germânico, de cediço predomínio nos países da Europa continental e, via de consequência, nos países da América latina, por influência de Portugal e Espanha, teve seu início no século XIII, principalmente a partir do desenvolvimento das universidades, em cujo seio se retomou o estudo do Direito Romano, fonte de sua inspiração. Por isso que se afirma que a base do sistema da civil law é romanística, vale dizer, prevaleceram no seu desenvolvimento os princípios do direito romano em contrapartida às práticas, costumes e regras das civilizações bárbaras que durante os primeiros séculos após as invasões e o declínio do Império Romano regeram os povos que coabitavam o território europeu (MACEDO, 2005, p. 78).

² A preocupação em desenvolver um novo direito e permitir o desabrochar de uma nova sociedade exigiu a admissão dos argumentos de Montesquieu, aceitando-se a necessidade de separação dos poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário. Tornou-se imprescindível limitar a atividade do Judiciário, subordinando-o de forma rígida ao parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo. (MARINONI, 2009, p. 28/29)

“direitos novos”. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria também o poder de executar materialmente as decisões que constituem o “poder de julgar”. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei”. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo” (em quelque façon, nulle). (MARINONI, 2009, p. 29)

Nesse desiderato, para a realização das metas propostas na Revolução Francesa, foi necessário a adoção no plano jurídico-filosófico, de uma concepção que se guarda a vontade do povo que estava contida na lei. Logo, se a lei fosse inteiramente respeitada, respeitava-se também a vontade do povo (WAMBIER, 2012, p. 25). Ou seja, para a meta de garantir a igualdade e que a vontade do povo fosse finalmente ouvida, os magistrados passaram a ter um papel meramente de aplicar a letra da lei, sendo assim, não teriam como proteger seus próprios interesses.

O *civil law* registra sua base revisitando o direito romano, e sendo consagrado pela Revolução Francesa, a qual objetivou a criação de um novo modelo de direito, quebrando a ligação com tudo o que antes existiam e rigidamente embasado na separação dos poderes proposta por Montesquieu, atrelado ao pensamento da proibição do juiz em interpretar a lei, para resultar na concretização da liberdade, igualdade e certeza jurídica, culminando em um processo intenso de codificação do direito.

3.2 A FORMAÇÃO DO COMMON LAW

O *common law* ou “direito comum” diferencia-se do sistema romano-germânico, porquanto sua origem se dá em regras não escritas, que foram criadas inicialmente por juízes ingleses e lapidadas ao longo do tempo. É um sistema baseado no direito costumeiro e na continuidade, razão pela qual é fruto de uma grande evolução sem interrupções. (WAMBIER, 2009, p. 54)

Enquanto na França e nos demais países que sofreram influência da tradição do *civil law*, onde a lei desdobra-se como sujeição ao juiz, tendo este somente a tarefa de aplicá-la, na Inglaterra a lei foi tida no tradicional regime do *common law*, sem ter anulado o poder do juiz.

A afirmação do parlamento, sublinhada pela Revolução inglesa de 1688, não teve o propósito de marcar o início de um novo direito. O seu caráter foi conservador. Afirmou-se que a Revolução não foi dotada de verdadeiro “espírito revolucionário”, não desejou desconsiderar o passado e destruir o direito já existente, mas, ao

contrário, confirmá-lo e fazê-lo valer contra um rei que não o respeitava. Portanto, ao invés de pretender instituir um novo direito mediante a afirmação da superioridade – na verdade absolutismo – do parlamento, nos moldes da Revolução Francesa, a Revolução inglesa instituiu uma ordem em que os poderes do monarca estivessem limitados pelos direitos e liberdades do povo inglês. (MARINONI, 2009, p.26)

Na tradição jurídica do *common law* o direito não sofreu o processo intenso de codificação, razão pela qual permaneceu aberto para das ordens judiciais.

É possível distinguir quatro fases históricas do Direito Inglês, sendo que o primeiro período é o que se precede a conquista normanda de 1066; O segundo período, estende-se dessa data até a dinastia dos Tudor (1485); O terceiro período, constitui o período da *equity*; E, o quarto, foi inaugurado com a Lei de Organização do Judiciário (STRECK; ABOUD, 2013, p.20)

No primeiro período, nos séculos X e XI não havia unidade no território inglês, sendo este totalmente subdividido em distritos administrativos, havendo inúmeros castelos militares de defesa de terras, que aplicavam através de cortes judiciais o direito oriundo dos povos germânicos, denominado “direito popular anglo-saxão”. (CROCETTI; DRUMMOND, 2010, p. 20-21)

Assim, o marco fundamental para a formação do sistema jurídico baseado no *common law* foi a conquista normanda da Inglaterra em 1066, consubstanciado como segundo período. A conquista normanda resultou com o surgimento de um poder forte, centralizado. (DAVID, 2000, p. 358). Sendo que este processo se deu com o estabelecimento de cortes reais, com os juízes sendo enviados aos distritos, sendo também introduzida a figura do *sheriff*, atribuindo a ele a execução das decisões do monarca, e a imposição de expedientes autoritários para suprimir a jurisdição senhorial para julgar certos tipos de causa. (CROCETTI; DRUMMOND, 2010, p. 51; STRECK; ABOUD, 2013 p. 20)

O terceiro período se dá com a formação da *equity* inglesa. Durante este processo de consolidação dos preceitos do *common law* na segunda fase, houve outro tipo de jurisdição que concorria com o Tribunais Reais de Justiça devido ao excesso de formalismos adotados, acabava que não era incomum deixar casos sem solução. (RAMIRES, 2010, p. 61)

Ou seja, com o excesso de formalismos e dificuldades com o acesso à justiça, começou a ser comum a busca pela *equity*, que constituía a uma espécie de recurso, cabível em uma flagrante injustiça praticada pelos Tribunais Reais nas demandas

judiciais. Este recurso (*equity*) era direcionado inicialmente ao Chanceler do Rei, que era responsável de orientar e guiar o Rei, o real responsável pelo julgamento da medida. (STRECK; ABBOUD, 2013 p. 22)

Esse sistema, acabou subsistindo paralelamente à *common law* inglesa, com suas regras próprias, sendo acordado um compromisso de coexistência entre *common law* e *equity* até 1873 e 1875 (Quarto período, e ultimo, do desenvolvimento do direito inglês), quando surgiram os *Judicature Acts*, que suprimiram as Cortes do Chanceler e unificaram os dois sistemas de direitos, sob a competência das cortes comuns. (RAMIRES, 2010, p. 64)

3.3 FONTES DO DIREITO NAS TRADIÇÕES JURÍDICAS

Em ambas as tradições jurídicas encontram-se aproximadamente as mesmas fontes jurídicas, quais sejam a lei, a jurisprudência, os costumes, os princípios gerais do Direito e a doutrina. Ocorre que, o que diferencia as tradições jurídicas do *civil law* e *common law* consiste na diferenciação das fontes primárias e secundárias (CARNEIRO JÚNIOR, 2012. p. 126)

No *civil law*, a lei escrita toma escopo de fonte primária do Direito, sendo o poder legislativo a autoridade máxima para editá-lo, existindo todo um sistema legislativo (dentre eles podemos citar a Constituição, Leis complementares, Leis Ordinárias, Decretos, etc), aprovado com critérios previamente decididos, que regulam as situações fáticas na sociedade. (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p.123)

Os costumes, jurisprudência e doutrina entram como papel secundário na experiência, utilizados em casos de omissão legislativa, e tendo em via de regra que, as decisões proferidas pelo Judiciário, não possuem caráter vinculativo. (CARNEIRO JÚNIOR, 2012 p.123)

Os princípios gerais de direito, consistem em postulados que, ainda que não escritos, expressam valores que permeiam o ordenamento jurídico, dando-lhe sustentáculo, e também são consideradas fontes secundárias. (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p.126)

Já na tradição jurídica do *common law*, a lei escrita se mostra também como fonte primária do direito, entretanto, apesar de ela ser fonte primária, não é a única, e nem tampouco a mais relevante. Nesse sistema, o legislativo atua de forma restritiva, tendo que respeitar a terminologia jurídica e as divisões tradicionais das matérias, somente operando quando instituições e conceitos jurídicos já foram consolidados.

Colimando que, na tradição do *common law*, os precedentes judiciais atuam como fonte primária mais importante e abundante desse sistema, ou seja, as decisões que forem proferidas pelos Tribunais Superiores constituem o Direito, dando-lhe os principais conceitos, institutos, princípios e regras jurídicas, e, não obstante, quando proferidos por alguns tribunais, se tornam obrigatórios a serem observados em casos futuros. (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 127 e 132).

Hodiernamente, os costumes são considerados fontes secundárias do *common law* e, por esse motivo, só terão aplicabilidade quando não incidirem fontes primárias de Direito. (RESENDE, 2016, p. 44)

A doutrina, no *common law*, desempenhou historicamente a função de compor comentários a respeito dos precedentes judiciais. Porém, com o passar do tempo a doutrina passou a contribuir intensivamente para o ensino do Direito por meio da elaboração de tratados e manuais e, assim, tem adquirido maior importância no âmbito do *common law*, até mesmo para a formação dos precedentes (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 134-135). Os princípios gerais do Direito também são considerados fontes relevantes do Direito na tradição do *common law* (RESENDE, 2016, p. 44)

4 NOÇÃO DE PRECEDENTE JUDICIAL NO COMMON LAW

A noção de precedente é desenvolvida no *common law* como instituto para proporcionar a segurança jurídica e igualdade pelas decisões judiciais, conceito o qual que está sendo exportado a partir de um crescente tendencionismo de convergência com o sistema de *civil law*, tendência que está presente no CPC/2015. (PINHEIRO, 2016, p.17-57)

O regramento do precedente (*stare decisis*) "se explica pelo adágio *stare decisis et non quieta movere*, isto é, continuar com as coisas decididas e não mover as 'coisas quietas'".(STRECK; ABOUD, 2013, p. 33) Ou seja, em uma conceituação genérica do que vem a ser o precedente, Neil Duxbury (2008) diz que "precedent is a past event which serves as a guide for present action."³ (DUXBURY, 2008, p. 01)

É importante também frisar que não se pode confundir *common law* com *stare decisis*. Porquanto a tradução jurídica do *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rules of precedent*⁴. (MARINONI, 2009, p.17)

Indo em acordo com a perspectiva que o precedente se baseia em decisões passadas, Macêdo (2015) disserta que os precedentes "são do ponto de vista prático, decisões anteriores que servem como ponto de partida ou modelo para as decisões subsequentes", possuindo um "inegável aspecto relacional, na medida em que só pode ser aplicado quando há casos análogos". O autor vai além apontando duas noções de precedentes, sendo uma mais ampla e outra mais restrita. (MACÊDO, 2015, p.89)

Com a noção ampla, o autor diz que há uma aproximação do significado de caso, e coloca que nela irá abarcar todo o ato decisório, transformando o precedente em uma fonte de direito, como um fato jurídico que contém uma norma. Já na

³ "Precedente é um evento passado que servirá como um guia para a ação presente" (Tradução nossa)

⁴ "Como escreve Simpson, qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda. Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ela funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*." (MARINONI, 2009, p.17)

concepção mais estrita, trabalha-se o precedente como o sinônimo de *ratio decidendi* (razão de decidir), onde os mesmos seriam desenvolvidos a partir de uma parcela do ato decisório, principalmente de sua fundamentação, onde "é a norma que se constrói a partir do precedente". (MACÊDO, 2015, p. 89-90)

Temos então que, para uma decisão judicial se tornar um precedente, deverá ter características visando a potencialidade de se tornar um referente para a orientação da interpretação do direito pelos sujeitos processuais. Vale dizer, se todo precedente é extraído de uma decisão judicial, nem toda decisão é passível de se tornar um precedente. (MARINONI, 2016a, p. 159)

Marinoni justifica tal posicionamento pelo fato de que "é preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto", admitindo também um precedente emergindo a partir da conjuntura de diversos casos, e quando a questão de direito for decidida pela maioria de um órgão colegiado. (MARINONI, 2016a, p.158-159)

Faz-se importante trazer a distinção entre precedente, jurisprudência e súmula (sendo esta vinculante ou não). A distinção entre precedente e jurisprudência se encontra em um viés quantitativo, certamente afetando o entendimento qualitativo deste. Levando em conta a perspectiva quantitativa, o precedente vai referir a uma decisão particular, enquanto a jurisprudência a uma pluralidade de casos, inclusive podendo ser distintos entre si. Na perspectiva qualitativa, o precedente irá fornecer uma regra universal, podendo esta ser aplicada como um critério de decisão posterior com identidade similar, enquanto a jurisprudência possui a limitação de fazer um comparativo entre os fatos (TARUFFO, 2007, p.12-15)

Já a súmula, sendo esta vinculante ou não, se torna, consiste em uma tentativa para se extrair o fundamento que determinou o entendimento jurisprudencial de um determinado tribunal, para facilitação da identificação pelos outros julgadores da jurisprudência daquele órgão jurisdicional sobre um determinado tema. (PEIXOTO, 2015, p. 159-162)

4.1 *RATIO DECIDENDI E OBTER DICTUM*

Após a devida distinção dos precedentes, súmulas e jurisprudências, é de suma importante destacar também os elementos constitutivos dos precedentes, sejam eles a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*.

Resende (2016) alerta que não existe no processo civil brasileiro, um instituto ou divisão das decisões judiciais que correspondam à *ratio decidendi* ou à *obiter dictum*, e destaca que elas não se confundem com o relatório, com a fundamentação ou com a parte dispositiva do precedente, constituindo elementos externos, estranhos e distintos a todos esses elementos. (RESENDE, 2016, p.53)

A *ratio decidendi* se torna a própria razão de decidir do magistrado, é a opção realizada pelo julgador do caso no momento de sua interpretação, apresentando caráter geral, pela sua função de espelhar sua aplicação à situações futuras e semelhantes. Instituto que é denominado de *holding* na doutrina estadunidense, é composto pelos fundamentos jurídicos decisivos, ou seja, pela tese jurídica aplicada na solução da lide. Constituindo o elemento nuclear do precedente judicial. (ROSA, 2016, p.29)

Sendo assim, temos a *ratio decidendi* como a regra jurídica que irá ser utilizada na fundamentação decisória, porém, a mesma não pode por si própria ser considerada, porquanto se torna necessário ter sua correspondência ao caso solucionado, tendo função dupla, a de ser fundamento jurídico ao caso e de evitar decisões arbitrárias. (STRECK; ABBoud, 2013, p. 46)

“[...] a *ratio decidendi* encerra uma escolha, uma opção hermenêutica de cunho universal que repercutirá nos casos futuros [...] as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado, devendo possuir grande grau de generalização, considerando não apenas o que é melhor para o caso em tela, mas o que se mostra mais adequado enquanto uma norma geral e abstrata a ser aplicada em futuros casos análogos [...]” (TUCCI, 2004, p.176)

Considera-se como a *ratio decidendi* todos os componentes elencados como essenciais pelo magistrado (ou tribunal) ao alcance da decisão, componentes estes que servem de norte para o julgado, e, se ao acaso fossem diferentes, indubitavelmente o caráter decisório mudaria por completo, porquanto elementos distintos levariam a uma decisão distinta. (ROSA, 2016, p.19)

Verifica-se historicamente o desenvolvimento de inúmeros métodos para possibilitar a identificação da *ratio decidendi* em uma decisão. Ramires (2010) informa que Karl Llewellyn em meados da década de 60, identificou 64 métodos distintos para encontrá-la, consubstanciando em uma temática de enorme complexidade até os dias de hoje. (RAMIRES, 2010, p.69)

Macêdo (2015) relata que, especificamente no direito brasileiro, a extração da *ratio decidendi* de um precedente dependerá de seu conjunto normativo, bem como das razões a que lhe estão submetidas e circunstâncias do caso, não sendo possível estabelecer um método de definição do mesmo, sendo que sua compreensão deve se dar à luz das circunstâncias do caso concreto e a dimensão argumentativa do Direito. (MACÊDO, 2015, p. 322)

Afigura-se que a tarefa de subtrair as razões de decidir (*ratio decidendi*) do precedente cabe ao juiz posterior, sendo que este irá realizar a tarefa de analisar se existe ou não a identificação do caso em concreto e a situação inicial que originou o precedente, para, após isso, afirmar se sua aplicação seria vinculada. Destarte, temos aí a razão da importância da identificação da *ratio decidendi*, haja vista que é ela que possui o efeito vinculante, tendo o poder de coerção ao julgador se segui-la das decisões futuras. (ROSA, 2016, p. 30)

Ponto importante a ser ressaltado para a correta compreensão da sistemática dos precedentes judiciais é que não é a decisão judicial como um todo que vincula, mas apenas a *ratio decidendi* do precedente, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente. [...] a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionados adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 389)

Recapitulando, a norma jurídica de caráter geral, proclamada pelo magistrado na fundamentação decisória, constitui a *ratio decidendi*. Disto isso, constitui também elemento constitutivo do precedente o *obiter dictum*, que se caracteriza por ser identificado como acessório à *ratio decidendi*, ou seja, seu complemento. Não constitui a razão de decidir, mas sim o auxílio a sua argumentação, não possuindo caráter vinculante, somente poder persuasivo. Sendo este, obtido pelo método de exclusão, porquanto o que não constitui *ratio decidendi* e permanece no enunciado, é tido como *obiter dictum*. (ROSA, 2016, p.32)

Constituindo argumento incidental, o *obiter dictum* não se torna objeto de debate para os julgadores, e consta apenas na fundamentação do julgador singular nos órgãos colegiados, constituindo passagens, argumentos laterais, motivo pelo qual não podem ser usados como referente normativo, ou seja, como *ratio decidendi* (MACÊDO, 2015, p. 338)

O *obiter dictum* (...) consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundária, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão ("prescindível para o deslinde da controvérsia). Normalmente é definido de forma negativa: é *obiter dictum* a proposição ou regra de Direito que não compuser a *ratio decidendi*. É apenas algo que se fez constar "de passagem", não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão. (DIDIER, 2011, p. 388)

Apesar de ser aspecto mais irrelevante para a elaboração da decisão, o *obiter dictum* pode se transfazer em *ratio decidendi*, quando o julgador subsequente, ao observar determinado precedente, transforma o *obiter dictum* na *ratio decidendi* de sua decisão, ou seja, elevando para status de norma. (MACÊDO, 2015, p. 340)

4.2 TÉCNICAS DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Nas palavras de Duxbury "*A precedent may be a guide to action, but decision-makers do not always accept the guidance*⁵". (DUXBURY, 2008, p.111)

Precedentes possuem efeitos imediatos sobre as partes integrantes do processo e, não obstante, também podem se envolver de efeito vinculativo para as relações posteriores por sua *ratio decidendi*, mas, para que essa aplicação de forma posterior se dê de forma correta, é preciso valer-se de ferramentas capazes para se aplicar um precedente, tais ferramentas nada mais são do que técnicas de confronto e de superação.

Quando ao julgador é aplicada a tarefa de identificação da *ratio decidendi* do caso anterior para a análise sobre a sua vinculação ou não, é que estamos diante das técnicas de confronto dos precedentes, as quais se dividem em *restrictive* e *ampliative distinguishing*.

Já as técnicas de superação dos precedentes, que se dividem em *overruling* e *overriding*, são aplicadas quando o magistrado põe fim à aplicação de uma regra de direito (*ratio decidendi*) aplicada por um anterior, e adota outra regra jurídica, tais técnicas são utilizadas para que o direito não fique engessado.

4.2.1 Distinguishing

A técnica do *distinguishing* consiste na compreensão e análise da *ratio decidendi* oriunda de um precedente para em seguida, comparar, diferenciar e

⁵ "O precedente pode ser um guia para a ação, mas os tomadores de decisão nem sempre aceitam esta orientação" (Tradução nossa)

distinguir com o caso sob julgamento, aferindo se o precedente irá exercer autoridade, ou não, sobre o caso concreto. (RESENDE, 2016, p. 59)

O *distinguishing*, que em uma tradução literal para português significaria “distinção”, constitui uma “técnica essencial no sistema de precedentes”, haja vista que ele “possibilita à parte que seu caso se diferencie dos precedentes ou dos padrões decisórios que gravitam em torno da matéria nele tratada”. (NUNES; HORTA, 2015, p. 301)

Temos na doutrina que o *distinguishing* pode ser tido por 2 vertentes, sendo uma em sentido amplo e outra em sentido estrito. A técnica de distinção em sentido amplo consiste no procedimento argumentativo ou decisional pelo qual o raciocínio contra-analógico se desenvolve. Já a técnica em sentido estrito é tida quando observado o resultado do processo argumentativo, ou seja, quando efetivamente houve a diferenciação dos casos e situações, culminando no afastamento da aplicação do precedente. (NUNES; HORTA, 2015, p.311)

Classifica-se o *distinguishing* como uma das modalidades de rupturas dos precedentes, e sua importância está intimamente ligada a quanto a autoridade jurisprudencial exerce no determinado ordenamento jurídico. A primeira etapa para a aplicação do instituto é o descobrimento do que foi decidido no precedente, ou seja, a descoberta da *ratio decidendi*. (NUNES; HORTA, 2015, p.312-314)

Realizada a distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* do precedente⁶, adentra-se na segunda etapa do *distinguishing*, que, segundo Duxbury (2008) podemos denominar de *distinguishing between cases*. Com a premissa que jamais um caso será idêntico ao outro, a técnica pode ser utilizada em maior ou menor grau.

Distinguishing between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case – of showing that the ratio of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand. Since no two cases are exactly the same, distinguishing is always possible at one or another level, though rationes which are broadly formulated are likely to be less easily distinguishable than those which have a narrower range of application.⁷ (DUXBURY, 2008, p.113)

⁶ O que Duxbury denomina de "Distinguishing within a case". (DUXBURY, 2008, p.113)

⁷ Distinguishing between cases (Distinção entre os casos), antes de mais nada, é uma questão de demonstrar as diferenças factuais entre o precedente anterior e o atual - demonstrando que a *ratio decidendi* de um precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em questão. Como não existem dois casos exatamente iguais, sempre é possível utilizar o *distinguishing* em diferentes níveis, embora as razões amplamente formuladas possam ser menos

Mostra-se mais importante do que o debate acerca da diferença material entre os fatos do precedente e do caso presente, a discussão valorativa acerca desses fatos. Ou seja, a discussão a respeito da relevância normativa das comparações entre esses fatos e sobre em que medida tais comparações são consideráveis e, que podem levar à aplicação da norma jurisprudencial ou à sua rejeição. (NUNES; HORTA, 2015, p.316)

4.2.1.1 Ampliative distinguishing e Restrictive distinguishing

Adentramos então na diferenciação entre a modalidade do *ampliative distinguishing* e *restrictive distinguishing*.

Temos que o *ampliative distinguishing* ocorre quando o juiz ou tribunal adota uma interpretação extensiva do precedente quando, na atividade argumentativa do caso em questão, verifica que há diferenças entre o caso que serve de guia e o caso em apreço, ou seja, poderá proceder ao julgamento do caso concreto de forma independente. (ROSA, 2016, p.41)

Já a modalidade do *restrictive distinguishing* ocorre quando o magistrado, ou o tribunal, emprega uma interpretação restritiva do precedente, ao observar, igualmente na técnica do *ampliative distinguishing*, que há diferenças entre o caso que serve de guia e o caso em questão, podendo, da mesma forma, julgar o caso concreto de forma independente. (ROSA, 2016, p.42)

4.2.2 Overruling

Adentrando nas técnicas de superação dos precedentes judiciais, temos o *overruling*, técnica utilizada quando o magistrado adota a revogação do precedente anterior, formulando uma nova *ratio decidendi*, totalmente incompatível como precedente primitivo, diferentemente do *distinguishing*, que se dá quando a *ratio decidendi* ainda sobrevive, embora possa vir a ser reformulada. (RESENDE, 2016, p.61)

Ou seja, na técnica do *distinguishing* o magistrado apenas não aplica ao caso concreto a *ratio decidendi* do precedente originário, ao passo que no *overruling* ele

facilmente distinguíveis do que aquelas com uma faixa de aplicação mais restrita. (tradução nossa)

não aplica e ainda realiza o cancelamento do precedente primitivo e o rompimento com a sua *ratio decidendi*. (RESENDE, 2016, p.61)

Resende (2016) ainda acrescenta uma diferença essencial entre as técnicas em relação à competência de sua aplicação, sendo que o *distinguishing*, pode ser aplicado por qualquer julgador, e de qualquer instância, porquanto o mesmo não retira a autoridade do precedente, somente declara sua inaplicabilidade, porém o *overruling*, somente pode ser utilizado pelo próprio Tribunal que editou o precedente anterior, tendo em vista que, pela lógica do *stare decisis*, as Cortes inferiores se submetem aos precedentes das cortes superiores. (RESENDE, 2016, p.61)

O *overruling*, como técnica de superação de entendimento anterior sob um objeto agora novamente em julgamento, constitui mecanismo de tornar o sistema dos precedentes dinâmico e evitar que o mesmo fique engessado. Tal técnica traz duas regras, a primeira em relação ao entendimento já superado, e a segunda em relação ao novo precedente, afirmando que este novo entendimento é que deve ser utilizado e seguido (PEIXOTO, 2015, p.197-198).

Porém, a técnica do *overruling* não pode ser utilizada em demasia, sobre o risco de causar insegurança jurídica ao ordenamento jurídico, necessitando de certas circunstâncias em que deve ser adotada.

[...] um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade – basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta – mas fundamentam a sua revogação do que a sua preservação (MARINONI, 2016a, p. 389).

O precedente deve ser revogado quando este não mais corresponde à realidade fática da sociedade, sendo que, a sua não revogação pode causar a perda da força do precedente⁸.

⁸ É interessante aqui voltarmos nas palavras de Konrad Hesse, em sua obra "A Força Normativa da Constituição". Hesse, em meados de 1959 com sua aula inaugural em Freiburg inicia, influenciado em uma base eleita por Lassale, a defender a mutação constitucional ilimitada, haja vista que para ele, a interpretação constitucional tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da constituição, ou seja, ela estaria submetida ao sentido ótimo de concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Porquanto se o direito é sobretudo a constituição, e esta tem sua eficácia condicionada aos fatos concretos da vida, não pode se dizer que se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. A interpretação adequada seria aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (HESSE, 1991, p.22-23)

É natural, portanto, que a técnica do *overruling* seja aplicada de forma criteriosa e excepcional, não sendo admissível, no âmbito do *common law*, que os precedentes e, por conseguinte, o próprio Direito, sejam alterados ao sabor do acaso (MARINONI, 2016a, p. 400). Ataíde Júnior (2012) coloca como requisitos básicos para a revogação de um precedente a perda de congruência social e o surgimento de uma inconsistência sistêmica.

4.2.2.1 *Express overruling e Implied overruling*

A superação do precedente, pode se dá de duas formas, expressamente ou implicitamente. A revogação expressa, que é chamada de *express overruling*, ocorre quando por meio de um julgado, houve menção expressa para a revogação do paradigma adotado, passando o tribunal a adotar, expressamente, uma nova interpretação. Já a revogação implícita, denominada de *implied overruling*, ocorre quando no julgamento da lide for adotado uma interpretação diferente, sem a menção de forma literal desta superação no corpo do texto. (ROSA, 2016, p. 46)

4.2.2.2 *Retrospective overruling e Prospective overruling*

Em relação aos efeitos dessa revogação, também podemos dividir em 2 possibilidades, o *retrospective overruling* e o *prospective overruling*.

A primeira possibilidade se dá quando a superação do precedente atingir fatos pretéritos ao julgamento, essa modalidade ocorre quando trata-se de precedente recente, ainda não consolidado, ou seja, ainda não houve tempo suficiente para a geração de confiança no enunciado e a decisão proferida for embasada em regras novas, ainda que inexistente no momento que ocorreu o fato. Essa nova interpretação, irá ser aplicada em fatos e situações pretéritas, mas ainda não julgadas, e consequentemente em fatos futuros. (ROSA, 2016, p. 46-47)

Já na segunda possibilidade (*prospective overruling*), a superação precedencial aplicar-se-á apenas a casos futuros, ou seja, da data da decisão em diante, por tratar de fundamentos já cristalizados no ordenamento jurídico, sendo necessário a conciliação da possibilidade de sua superação com a boa-fé objetiva e a confiança depositada neste precedente, não tendo eficácia retroativa. (ROSA, 2016, p. 46-47)

4.2.2.3 *Anticipatory overruling*

Acaso um órgão judicial tiver conhecimento de que o precedente irá ser revogado pelas Cortes Superiores, este pode passar a não aplicar o precedente como uma forma de antecipação da decisão que está para ser publicada, denominado de *anticipatory overruling*. (ROSA, 2016, p.47)

Entende-se como a atuação antecipada das cortes de apelação estadunidenses em relação à Suprema Corte. Constitui um fenômeno identificado como antecipação a provável revogação precedencial, sendo utilizada desde 1981, onde as cortes de apelação, excepcionalmente vem considerando circunstâncias que indicam que o precedente da suprema corte irá ser revogado, para não o aplicar no caso em julgamento. (MARINONI, 2016, p.403)

4.2.2.4 *Overriding*

Denomina-se *overriding* quando ocorre a revogação parcial do precedente, ou seja, o julgador irá restringir a atuação da decisão anterior, mas não a revogando por completo. Somente ocorrendo uma limitação precedencial, em razão de nova regra jurídica (ROSA, 2016, p. 49).

É uma espécie de revogação parcial, semelhante ao que ocorre quando se revoga parcialmente uma lei, portanto, no *overriding*, não há superação total do precedente, apenas sua limitação de incidência, em função de superveniência de uma regra ou princípio legal. (DIDIER, 2011, p.397)

5 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: ALARGAMENTO DAS FONTES DO DIREITO E REFLEXOS NA HERMENÊUTICA JURÍDICA E PROCESSUAL

Após as devidas noções da formação das tradições jurídicas do *civil law* e do *common law*, a introdução ao comportamento e noção de como os precedentes funcionam no *common law* e suas técnicas de superação e confronto, parte-se ao estudo das alterações contemporâneas no Direito Brasileiro.

Como visto anteriormente, as tradições não são imutáveis e paradas no tempo, estando elas a mercê de intensos processos de mutação, culminando que determinados elementos, apesar de intimamente ligados a determinado sistema jurídico, podem apresentar ou não a mesma força e relevância contemporaneamente. (DRUMMOND; CROCETTI, 2012, p.42)

Devido ao processo de colonização brasileiro, nosso ordenamento jurídico sempre integrou a tradição jurídica do *civil law*, com peculiaridades e similaridades com os aspectos mais tradicionais dessa tradição.

É interessante sublinhar que o Direito no Brasil foi efetivamente estruturado em consonância com os postulados elementares do *civil law*, dentre os quais se destacam: i) primazia da lei como única fonte primária do Direito; ii) intensa produção legislativa, com destaque para os códigos pretensamente exaustivos; iii) prevalência da concepção de que a atividade do magistrado se restringia à aplicação da lei (método da subsunção); iv) adoção da tradicional distinção entre direito público e direito privado, com os mesmos ramos fundamentais: direito constitucional, direito administrativo, direito internacional público, direito penal, direito previdenciário, direito processual, direito civil, direito empresarial ou comercial, direito do trabalho etc; v) compreensão, no âmbito da ciência jurídica, de que as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores são dotadas tão somente de caráter persuasivo, não vinculando a classe dos juízes e nem, tampouco, os jurisdicionados. (RESENDE, 2016, p.66)

Deve-se levar em conta, que a estruturação de um ordenamento jurídico possui uma relação direta com a organização do Estado e sua sociedade em um determinado período histórico.⁹ Nos últimos anos, têm-se adivinhos diversas alterações

⁹ “Toda interpretação, assim como toda atividade humana, dá-se num contexto histórico, pressupõe paradigmas e, para usar uma expressão de Habermas, um pano de fundo de mundo da vida compartilhado, que simplesmente não pode ser, em sua totalidade, colocado entre parêntesis, através de uma atividade de distanciamento ou de abstração, porque o ser humano não pode abstrair-se de si mesmo, não pode fugir à sua condição de ser de linguagem; ‘paradigmas’, ‘mundo da vida’ compartilhados são condições para interpretação, são condições para a linguagem.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 1998, p.132)

legislativas, transformando a estrutura base do sistema jurídico brasileiro, alterações essas que ampliaram o rol das fontes jurídicas e implementaram novas técnicas de interpretação dos textos legais. Neste capítulo a intenção é pormenorizar o cenário do Direito no Brasil, perpassando a superação do positivismo jurídico, com o reconhecimento da força normativa dos princípios, para após adentrar na supremacia da Constituição e desdobramentos na hermenêutica jurídica e processual, e, não obstante, o marco teórico do Estudo, qual seja a Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

5.1 SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

O conceito de norma jurídica, que inicialmente foi desenvolvido a partir da primeira metade do século 20, passa a ter importância fundamental para a teoria do Direito. É com Kelsen, na Teoria Pura do Direito, que temos uma das primeiras e mais importantes conceituações, o qual disserta que o conceito de direito se confunde com o próprio conceito de norma jurídica. Entretanto, não confundindo o conceito de norma com o de lei, porquanto Kelsen determina que a lei, em suma, é uma espécie de norma que faz parte da estrutura jurídica. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2013, p. 284)

Uma das características principais do positivismo normativo de Kelsen, constitui a exclusão da análise de qualquer conteúdo que ultrapasse o direito positivo. Para Kelsen, a norma jurídica é conceituada como um esquema de interpretação, determinando o sentido objetivo dos atos humanos, ou seja, conferindo a eles um significado de direito. Culminando que, pela teoria positivista de Kelsen, a norma jurídica possui um caráter semântico, preexistindo abstratamente antes da problematização jurídica. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 351)

Assim, o estabelecimento ou fixação de uma norma simplesmente geral opera-se sempre em correspondência com a natureza desta norma geral - sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas. Uma lei de sanidade determina que, ao manifestar-se uma epidemia, os habitantes de uma cidade têm de, sob cominação de uma pena, tomar certas disposições para evitar um alastramento da doença. A autoridade administrativa é autorizada a determinar estas disposições por diferente maneira, conforme as diferentes doenças. A lei penal prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas - podendo, para esta determinação, ser fixado na

própria lei um limite máximo e um limite mínimo. (KELSEN, 1998, p.246)

Kelsen, com sua teoria de norma jurídica, passou a influenciar diversos juristas¹⁰, um exemplo foi Robert Alexy, que em sua obra "Teoria dos direitos Fundamentais", estabeleceu um conceito semântico de norma jurídica, vez que admitiu a norma com grau de abstratividade, se subdividindo em duas espécies: regras e princípios. Assim como Kelsen, Alexy mantém o conceito de norma como sistema de interpretação, dissertando sobre a dispensabilidade de problematização para a sua existência¹¹. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 352)

O conceito semântico de norma certamente não é igualmente adequado a todas as finalidades, mas quando se trata de problemas de dogmática jurídica e da aplicação do direito é sempre mais adequado que qualquer outro conceito de norma. Esses âmbitos dizem respeito a questões como a de saber se duas normas são logicamente compatíveis, quais são as consequências de uma norma, como interpretá-la e aplicá-la, se ela é válida e, algumas vezes, se a norma, quando invalidada, deveria ser válida. O conceito semântico de norma é adequado exatamente para lidar com essas questões (ALEXY, 2012, p.85)

Porém, conforme influenciou outros autores, também surgiram correntes contrárias ao caráter semântico da norma jurídica. Ronald Dworkin vai ao oposto dos autores supracitados, dizendo que não há conceito prévio e abstrato de norma, concluindo para sua teoria, que a normatividade somente surgiria concretamente na atividade interpretativa, e não em um sistema previamente determinado. Dworkin critica sustentando a necessidade de uma interpretação construtiva e pragmática da aplicação do direito. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 352)

Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que

¹⁰ Kelsen, embora a Teoria Pura do Direito tenha sido escrita em 1960, já constituía capítulo de um livro em 1911, o *Hauptproblemen Staatsrechtlehre*. (KELSEN, 1998, p. 246)

¹¹ Robert Alexy, em 1945, começa seus estudos com a constituição imposta pelo americanos na convenção de *Herrenchiemsee* (1945), onde os alemães não podiam mudar a constituição, mas mudaram a interpretação com base no supra positivismo defendido por Hesse, mas agora dentro dos limites propostos por Kelsen, deixando claro que a atividade jurisdicional é mais do que a simples subsunção da norma ao fato concreto, sendo que os princípios gerais de direito não se prestam somente à colmatação de lacunas. Normas de direito fundamentais inseridas na ordem constitucional passam a ter status de norma principiológicas. Alexy ressalta que se tornam verdadeiros mandamentos de otimização, ainda dizendo que princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas já existentes (ALEXY, 2012, p.103-104)

pertençam. Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; que um membro da comunidade hipotética fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé afirmar que, na verdade, a cortesia exige que as riquezas sejam compartilhadas. Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto. (DWORKIN, 2007, p.63-64)

Tem-se advindo o pensamento de Dworkin, que o conceito de norma foi alterado, sendo esta colocado no plano objetivo, ou seja, concreto, e não abstrato, de acordo com as ideias anteriores de Kelsen e posteriormente de Alexy.

A norma, assim, não possui significado ou normatividade em abstrato, mas apenas concretamente após a atividade interpretativa e construtiva. Pode-se dizer que essa virada no conceito de norma jurídica, decorrente da distinção entre texto normativo e norma jurídica, atribuindo-lhe um caráter pragmático ou estruturante e não mais semântico, foi o principal fundamento teórico para o surgimento do paradigma pós-positivista da norma jurídica e, por consequência, da decisão judicial, contribuindo, assim, para a superação do positivismo normativo de Kelsen, seguido, em certa medida, por Alexy. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 353)

Sendo assim, os fundamentos do pós positivismo giram em torno da superação do caráter semântico da norma, sendo que o direito constitui, de acordo com as teorias pós positivistas, uma atividade de aplicação, ou seja, subsunção, com o objetivo de revelar a plena vontade da lei. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 353)

Streck explica o novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, dissertando que este se torna incompatível com a velha teoria das fontes, bem como com a "plenipotenciariade dos discursos da fundamentação, sustentada no predomínio da regra e no desprezo pelos discursos de aplicação, e com o modo de interpretação fundado nos paradigmas aristotélicos-tomistas e da filosofia da consciência." (STRECK, 2006, p.436-437)

Culminando que, de acordo com Streck a teoria positivista das fontes vem a ser superada com o advento da Carta Magna. A antiga teoria da norma dá lugar para a superação da regra pelo princípio, "e o velho modus, interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem a dar lugar ao giro linguístico-ontológico, fundado na intersubjetividade." (STRECK, 2006, p.436-437)

Atribui-se o desenvolvimento do termo 'pós-positivismo', bem como a sistematização do paradigma da obra de Friedrich Müller¹². O Autor constrói uma teoria para a complementação do positivismo jurídico, englobando dois pontos principais: as conquistas e inovações filosóficas trazidas do giro-linguístico para o ordenamento jurídico, bem como a "teoria da norma atrelando a ao fenômeno decisório com o intuito de se superar a concepção de que decisão judicial seria mero ato de vontade ou uma operação mecânica de cariz silogístico". (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 354)

De forma resumida, a obra de Friedrich Müller é fundamental para expor que a superação do positivismo (que nunca deve ser um fim em si mesmo) precisa passar ao menos pelos seguintes enfrentamentos: (a) a norma não pode mais ser reduzida ao seu texto; (b) o ordenamento jurídico positivo sem lacunas é uma verdadeira ficção puramente artificial; (c) a solução dos casos jurídicos não pode mais pretender ser realizada pelo silogismo, porquanto a decisão de cada caso deve ser estruturada e construída a partir dos dados linguísticos (programa da norma) e extralinguísticos (âmbito da norma), a fim de se alcançar a norma decisória do caso concreto (não há norma em abstrato – sem problema a se solucionar não há norma); (d) em suma, o pensamento pós-positivista não pode mais partir de uma cisão ficcional entre o jurídico e a realidade, ou seja, o pós-positivismo supera e transcende a clássica distinção entre questão de fato e de direito. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 354)

Nesse contexto pós-positivista, a norma deixa de ter status abstrato, passando a inexistir antes do pragmatismo (*ante casum*), haja vista que a mesma não se equipara mais ao simples texto legal, passando a ser coconstitutiva do desenvolvimento do caso concreto. "Essa nova concepção de norma jurídica demanda uma visão do direito que abandone os dualismos irrealistas tais como norma/caso e direito/realidade, bem como o silogismo como mecanismo de aplicação do direito." (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2013, p. 56)

5.2 RECONHECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Após a superação do positivismo jurídico, como supracitadamente explicado, começa-se a perceber a necessidade de uma evolução da ciência jurídica,

¹² As bases teóricas do pós-positivismo foram inicialmente formuladas por Friedrich Müller em sua obra previamente determinado construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto" direito positivo Juristische Methodik, que teve a sua primeira edição lançada no ano de 1971. Aliás, deve-se ao próprio Friedrich Müller a criação do termo "pós-positivismo", que serviu para identificar um novo paradigma do direito, instituído de acordo com metódica estruturante do direito. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 354)

principalmente após a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, movimentos tais que usaram da aparência de "estrita legalidade" para cometer inúmeras brutalidades.

O pós-positivismo, não emerge com o simples e puro ideal de retorno ao jusnaturalismo, nem tampouco de uma desconstrução completa do positivismo, mas como já dito, de complementação a ele. O Direito que começa a ser construído nas bases pós-positivistas advém com um significativo grau de respeito ao ordenamento jurídico, e, ao mesmo tempo, com uma busca da superação do conhecimento jurídico tradicional, para a reintrodução dos valores de justiça e legitimidade, que estavam sendo esquecidos. (BARROSO, 2009, p. 328)

Não obstante, verifica-se no movimento pós-positivista uma reaproximação da Ética e do Direito, e para isso, a corrente embasa seu ideal nos valores compartilhados na sociedade, usando para isso, a materialização de tais valores em princípios, os quais, com o advento dessa nova concepção jurídica-filosófica, passariam a estar descritos, implicitamente ou explicitamente, nas Constituições. (BARROSO, 2009, p. 328)

Vale esclarecer que a notável inovação do constitucionalismo moderno não reside no reconhecimento dos princípios, pois sabe-se que vários princípios já se inscreviam de longa data no ordenamento jurídico e até mesmo na Constituição como, por exemplo, os princípios da liberdade e da igualdade. Na realidade, a significativa mudança promovida pelo pós-positivismo foi o reconhecimento da normatividade dos princípios e a superação da concepção tradicional segundo a qual os princípios teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, com limitada eficácia jurídica e sem aplicabilidade direta e imediata. (RESENDE, 2016, p. 70)

Diante do exposto, passa-se a classificar as normas constitucionais em duas categorias distintas, quais sejam as normas-disposição e as normas-princípios, dispondo elas de funções diferentes no ordenamento jurídico, conforme preceitua Luís Roberto Barroso:

As normas-disposição, por evidente, contêm uma diretriz mais objetiva e pragmática. A aplicação da norma-disposição se dá, via de regra, por meio do método da subsunção. Nesse sentido, quando os fatos previstos na norma-disposição ocorrem, o intérprete deve reconhecer a sua incidência e a consequente produção de seus efeitos jurídicos no caso concreto. Por esse motivo, normalmente as normas-disposição devem ser aplicadas na plenitude de sua força normativa, sob pena de serem violadas pelo intérprete

Por outro lado, as normas-princípio possuem um certo grau de subjetividade, visto que, normalmente, são dotadas de elevadas cargas valorativas, de fundamentos éticos e até mesmo de decisões políticas. A colisão de normas-princípio é natural e decorre da própria lógica do Direito moderno, não somente porque o nosso sistema é marcado pelo pluralismo, mas também porque muitas vezes se verifica que as normas-princípio abrigam valores aparentemente contrapostos. Desse modo, diferentemente do que ocorre com as normas-disposição, a aplicação das normas-princípio não se dá em termos de *tudo ou nada*. A aplicação das normas-princípio é nitidamente mais complexa, uma vez que, quando o intérprete se depara com antagonismos principiológicos, é chamado a analisar o peso e a importância de cada princípio que está em jogo e, à luz dos elementos do caso concreto, fazer escolhas fundamentadas. Destarte, nesses casos de tensão normativa o jurista deve harmonizar os valores e bens jurídicos contrapostos na situação de fato apreciada, por meio da técnica da *ponderação* (BARROSO apud RESENDE, 2016, p. 72).

O artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657/42, consubstanciado na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro traz a concepção do paradigma pós-positivista, ao afirmar que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Trazendo um ideal de superação do papel secundário que os princípios exerciam. (BRASIL, 1942, online)

O papel exercido pelos princípios no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo é fundamental, integrando atualmente o rol de fontes primárias do Direito, os quais são considerados núcleo de toda a ordem jurídica, enraizando em todos os ramos do Direito. Destarte, os princípios são dotados de efetividade e normatividade, sendo assim, plenamente capazes de instituir direitos e deveres a todos os cidadãos. (RESENDE, 2016, p. 74)

5.3 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E REFLEXOS NA HERMENÊUTICA PROCESSUAL

Com o advento da corrente pós positivista e a elevação dos princípios a um status com efetividade e normatividade, sendo estes trazidos, implicitamente ou explicitamente pelas constituições, é de suma importância que a Constituição, como fonte primária do ordenamento jurídico, seja cada vez mais valorada e efetiva.

O constitucionalismo moderno advém neste sentido, tendo as modernas Constituições se impondo com ordens moralmente imperativas, trazendo o referencial de justiça como ideal daquela sociedade. As constituições, de acordo com o supracitado movimento, devem ser consubstanciadas em volta de valores, princípios e regras que se entendeu prevalente. (PIOVESAN, 2010, p. 413)

No Brasil, tem-se o marco do constitucionalismo moderno a Constituição da República de 1988, e, não obstante, observa-se a ascensão da doutrina brasileira da efetividade como instrumento fundamental para a superação do positivismo jurídico no Brasil, bem como para a reformulação de diversos institutos jurídicos, os quais intrincavam a aplicação da justiça em nosso país. (RESENDE, 2016, p.84)

Não obstante, pontua-se também sobre a efetiva aplicação da Constituição, que nos dias atuais parece óbvio, mas como Sarmento pontua:

O que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade (SARMENTO, 2009, p. 31-32).

Trazendo assim, a efetiva força normativa da Constituição, conforme Hesse preceitua. Nesse contexto, com o entendimento do conceito de que nenhum dispositivo da constituição é desprovido de normatividade, e, não obstante, a constituição é aplicada e seguida pelos cidadãos, é que a Carta Magna passa a exercer o papel de verdadeira protagonista do ordenamento jurídico, passando a ocupar o ápice de todo o sistema jurídico brasileiro, culminando com a consagração do princípio hermenêutico da supremacia constitucional. (RESENDE, 2016, p.84)

Diante de tal contexto, e com o princípio da supremacia constitucional em vigor, os fundamentos do pós-positivismo, neoconstitucionalismo, bem como do constitucionalismo moderno foram responsáveis por diversas mudanças no âmbito do direito processual, o qual ganha a denominação de neoprocessualismo.

Esse novo quadro filosófico e constitucional, nas últimas décadas, vem se traduzindo no empenho dos operadores do Direito em geral (e dos magistrados, em particular) pela concretização das normas constitucionais (em especial de suas normas- princípio), através da adoção das modernas técnicas de hermenêutica constitucional, do reconhecimento de um espaço de atuação mais amplo do Poder Judiciário (que, de simples intérprete das normas positivas, passa a ser o concretizador dos princípios e das regras constitucionais e legais) e do uso criativo dos novos instrumentos processuais predispostos a assegurar, a todo aquele que sofrer lesão ou ameaça de lesão a seu direito material, uma tutela jurisdicional realmente

efetiva (ou seja, célere, específica e adequada) (PIMENTA, 2009, p. 10-11).

Destarte, além do princípio da supremacia constitucional, tem-se que é de suma importância para o entendimento do direito processual no paradigma do neoconstitucionalismo o princípio da unidade do ordenamento jurídico. Torna-se impossível, no atual momento da concepção hermenêutica jurídica, a compreensão do direito processual separadamente do comprometimento com a realização dos direitos materiais, e, principalmente com a concretização da justiça e dignidade humana.

O direito processual, definitivamente, não pode ser considerado como um fim em si mesmo. Os direitos positivados no ordenamento jurídico existem para serem realizados e o direito processual serve precipuamente ao desígnio de torna-los realidade. (RESENDE, 2016, p. 85)

Marinoni ressalta a importância de ver o processo não apenas como uma relação jurídica processual, sendo que esta, nada fala sobre o conteúdo do processo em si. Ressalta-se a visão do processo como procedimento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constitucional, sendo ele responsável pela participação, e o conduto que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário, e além disso, para a proteção dos direitos fundamentais. (MARINONI, 2006, p.305)

Por esta importância, que, após a consubstanciação dos valores constitucionais sendo atribuídos ao processo, este deve ser compreendido em razão dos valores que lhe dão conteúdo, assim permitindo a identificação de suas finalidades, sendo que o procedimento, à luz da teoria puramente processual, não pode e não deve ser compreendido de forma indiferente aos direitos fundamentais e aos valores do Estado Constitucional. (MARINONI, 2006, p.306)

5.4 A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

Como já dissertado, Kelsen relatava que a interpretação do Direito seria uma atividade exclusiva do jurisdicionado, "sendo que a norma, intencionalmente ou não, sempre deixa espaço para esta atividade interpretativa, por ele denominada de 'autêntica'" (FREITAS, 2019, p. 63)

Porquanto Kelsen, ao realizar a omissão quanto a hermenêutica de aplicação da norma, ela abstrata, deixa ao julgador (monocráticos ou colegiados), a função de

inoculação do ideal de justiça no ordenamento jurídico, sobre a premissa de estar dando cumprimento à vontade do legislador. (LEAL, 2017, p.16)

Aponta Rosemiro Pereira Leal que o Positivismo Jurídico se sustenta no dogma de que seria impossível alcançar uma “hermenêutica que ofereça simétrico exercício de igual direito de interpretação da lei para todos e que ponha todos os intérpretes em função de um único interpretante lógico-jurídico-discursivo. Por isso, é que o positivismo se sustenta na ideia de que seria necessário atribuir ao julgador a função interpretativa de forma solitária, como se esse fosse o único sujeito capaz de buscar a interpretação adequada. Assim, perpetua-se um mito da autoridade do julgador, excluindo qualquer possibilidade de participação de outros interessados. (FREITAS, 2019, p.64)

Neste trabalho, adota-se como marco teórico a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, que tem como premissa a superação total do positivismo jurídico, impedindo que a atividade interpretativa seja reduzida a mera vontade do jurisdicionado, “tendo em vista que a função do julgador se limita a ser o aplicador da lei como intérprete das articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes construtoras da estrutura procedimental” (FREITAS, 2019, p.65)

(...) os tribunais gerarem a esmo normas em que juízos de ponderabilidade, otimização, proporcionalidade, repercussão geral, boa-fé, clamor público, bem-estar social e segurança jurídica, em elásticos espectros semânticos, orientem, como pressupostos interpretativos, a realização de escopos metajurídicos a reafirmarem a dogmática positivista (kelseniana) de que, por interpretação autêntica, a lei é o que o juiz diz que ela é. (...). (LEAL, 2018, p.314)

A compreensão proposta é a que o processo deve legitimar a Democracia, porquanto o mesmo deve ser considerado um mecanismo de institucionalização da vontade democrática da sociedade, superando a visão de um julgador que está acima das partes, porquanto de acordo com a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, todo provimento, seja ele legislativo, jurisdicional ou até mesmo administrativo, somente pode ser desenvolvido pela observância das normas constitucionais de Estado Democrático de Direito.(FREITAS, 2019, p.65)

A teoria que o presente trabalho adota como marco teórico, visa o afastamento da versão hegeliana e habermasiana do Estado como “manto fetichizado” da sociedade que seria preexistente, bem como a superação da visão do direito como mero produto normatizante da articulação da sociedade, superando a visão da teoria pura do direito. (LEAL, 2013, p.4)

A premissa proposta é a de desvencilhamento da Ciência Dogmática Jurídica, a qual contempla a autoridade jurisdicional, com o intuito de compreensão da processualidade democrática. Porquanto que, se usada de forma proposital e completamente deliberada, irá promover uma blindagem da fundamentação de produção normativa, bem como a interdição da problematização em torno da inconsistência, bem como da aplicação do Direito. (GRESTA, 2014, p.3)

É que, na dogmática jurídica, em não se delineando previamente a teoria da produção e da operacionalização da lei, as relações sýgnicas, no plano sintagmático e associativo, ficam entregues à consciência do decisor, criando uma sobrecarga de instabilidade psíquica e social para todos no que se refere à fiabilidade do direito, uma vez que os campos seletivo-associativos (paradigmas e sintagmas) dos signos jurídicos adquirem alguma viscosidade (evanescência) semiológica devastadora a extrapolar normas escritas e fatos (situações) para se estabilizarem (paradigmatizarem) nos “valores” cristalizados de uma sociedade hipotética ecridamente subjacente ao direito que, por suas estruturas historicamente ideologizadas, já assegura uma vitória de seu imanente sistema cultural repressivo e estratégico antes mesmo que haja processualmente disputa ou confronto de direitos (lide, litígio) entre partes. (LEAL, 2017, p. 162)

Karl Popper, o qual é um dos autores que fundamentam a teoria Neoinstitucionalista do Processo desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, desenvolve seu pensamento pela lógica do racionalismo crítico, dissertando que a construção do conhecimento científico deve se desenvolver a partir de uma epistemologia inviabilizadora de qualquer tipo de monopólio da verdade (LEAL, 2017, p. 162) Sendo que, o ordenamento jurídico brasileiro, em supostamente elaborado nas bases de um Estado Democrático de Direito, continua permitindo que os órgãos judiciários apliquem, sob uma ótica de processo instrumental, o Direito que não é questionado em suas premissas, coerente por ficções lógicas e ainda justificado pela dominação. (FREITAS, 2019, p. 72)

Ao ponto que, quando a meta de um Estado seja ser democrático, não é possível que se admita a instauração de mecanismos para perpetuação de dogmas, sendo estes invulneráveis a apontamentos de avarias. Sendo o Poder Judiciário um órgão que simplesmente realiza a tarefa de repetir informações sobre a premissa que as mesmas já foram ditas anteriormente, sem mesmo estas informações serem levados à refutação. Conjugando a afirmativa de que, a principiologia constitucional se torna amortizada pela continuidade ideológica da dogmática jurídica. (GRESTA, 2014, p.5)

6 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Desde a entrada primeiramente pela Emenda Constitucional nº. 3, de 16 de março de 1993, que inseriu a concepção de que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), teriam eficácia erga omnes e efeito vinculante¹³ e, posteriormente pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que disserta sobre o princípio da duração razoável do processo no ordenamento pátrio¹⁴, nota-se uma transformação substancial no direito processual brasileiro.

Brêtas (2009) disserta que virou obstinação dos operadores do direito uma a busca por uma jurisdição-relâmpago e instantânea. Para tanto, desde então tem sido buscado pelo legislador facetas para a diminuição desta morosidade, e por consequente, uma hipotética efetividade processual.

Não obstante, percebe-se que o ponto culminante no processo histórico-evolutivo de enaltecimento dos precedentes judiciais veio com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015. O autor relata que a Lei, ao consolidar no direito processual brasileiro um autêntico regime de precedentes vinculantes, foi revolucionária ao obrigar os Tribunais no cumprimento de deveres gerais tanto com a criação, bem como com a manutenção dos precedentes judiciais. (RESENDE, 2016, p. 162-163)

Deu-se, com o advento de tais dispositivos legislativos, maior ênfase aos diversos mecanismos de construção dos precedentes, como as Súmulas Vinculantes, os Recursos Repetitivos, a Repercussão Geral, o incidente de assunção de competência e o incidente de demandas repetitivas. Tais mecanismos, foram ressaltados para a tentativa de alcançar os objetivos da exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil.

Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.
[...]

¹³ Art. 40, § 2.º CF - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (BRASIL, 1993, *online*)

¹⁴ Art. 5º, LXXVIII CF - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, 2004, *online*)

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

[...]

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria idéia, antes mencionada, de estado democrático de direito.

A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do poder judiciário. Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma.

A tendência à diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos tribunais de segundo grau e superiores é resultado inexorável da jurisprudência mais uniforme e estável.

Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia.

Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o asoerboamento de trabalho no poder judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. (BRASIL, 2010, p.26-28)

A partir da leitura da exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil, percebe-se que tal elaboração se deu com vista a solução de problemas conjunturais do Poder Judiciário, por meio da simplificação dos procedimentos e pela aplicação dos entendimentos padronizados. (FREITAS, 2019, p.40)

6.1 SÚMULAS VINCULANTES

O primeiro mecanismo instituído para a vinculação dos entendimentos judiciais no Brasil foi a Súmula Vinculante, trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, denominada de Reforma do Judiciário.

De acordo com tal emenda, a Constituição Federal passou a vigorar acrescida do artigo 103-A, que institui as súmulas:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso." (BRASIL, 2004, online)

A súmula, que nas palavras de Marinoni é "a inscrição de um enunciado a partir da *ratio decidendi* de precedentes - ou, excepcionalmente, de precedente - que versaram uma mesma questão constitucional". (MARINONI, 2016a, p.490) marca o objetivo exposto na exposição de motivos de tal emenda constitucional, que "através dos julgados que os direitos se tornam incontestáveis e a vontade de seus titulares se apresenta em forma coercitiva. As decisões dos juízes e tribunais são, portanto, a última etapa da vida do Direito.". (BRASIL, 2004b, online)

A exposição de motivos, segundo Freitas (2009) traz um discurso vinculativo da atividade jurisdicional com a moral daqueles que a vão exercer, para uma suposta garantia de um Judiciário imparcial, trazendo também uma perpetuação da mitológica confiança no saber jurisprudencial. (FREITAS, 2019, p.46) Tal concepção completamente atrelada ao pensamento positivista de Kelsen e Alexy.

6.2 REPERCUSSÃO GERAL

Também trazido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o instituto da repercussão geral é disposto pelo artigo 102, §3º da Constituição de 1988.

§ 3º 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, 1988, online)

Tal dispositivo adentra no ordenamento jurídico atribuindo o caráter obrigatório para que os recursos extraordinários sejam aceitos, vinculando ao recorrente a demonstração da repercussão geral. O conceito de repercussão geral está inscrito no Código de Processo Civil, em seu artigo 1.035, §1º.

Art. 1.035. 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.

§ 1º 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, 2015, online)

O instituto, que resgata uma ideia de triagem dos recursos que irão ser julgados pelo Supremo Tribunal Federal, por um conceito abrangente, que consiste no "ponto de vista do interesse público - pela repercussão, pelo número de casos, pelas consequências amplas". (FREITAS, 2019, p.49)

Sendo assim, caso dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal votem pelo não reconhecimento da repercussão geral do recurso, a questão que ali versa não será mais debatida pelo órgão, sendo inadmitidos todos os posteriores recursos extraordinários que versem sobre matéria similar, conforme §8º do art. 1035 do CPC/2015.

§ 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

Não obstante, trata ainda sobre o instituto da repercussão geral o art. 1030, I do CPC, dissertando que o presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido, quando recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, deverá negar seguimento ao recurso extraordinário que verse sobre questão constitucional à qual o STF não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou até mesmo ao recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral. (BRASIL, 2015, online)

Caso seja reconhecida a existência da repercussão geral no recurso extraordinário, os demais recursos que versarem sobre matéria similar ao que está em julgamento deverão ser suspensos, para o devido julgamento de forma igual e, não obstante, após o julgamento, os mesmos deverão ser remetidos ao tribunal de origem para realização do juízo de retratação. Restando clara a vinculação obrigatória do instituto da repercussão geral. (FREITAS, 2019, p.50)

6.3 RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS REPETITIVOS

Ao art. 1036 do CPC de 2015 foi incumbido tratar sobre a multiplicidade dos recursos especiais e extraordinários, os quais que, se tratarem sobre as mesmas matérias, o recurso escolhido será representativo para os demais, assim como parâmetro para os posteriores¹⁵.

Sendo assim, de acordo com Freitas (2009) o Código criou uma forma de julgamento simplificado dos recursos repetitivos, com a vinculação de todos os demais tribunais às decisões do STF, concordando com a proposição de Marinoni (2011) ao afirmar que a criação do Instituto foi um paliativo ao problema da insubordinação à autoridade dos precedentes.

Não obstante, a autora ainda traz a afirmativa que os recursos, passaram a ser julgados por amostragem, porquanto ao se ter diversos recursos que tratem da mesma matéria, somente alguns desses recursos seriam escolhidos e analisados, mas, o resultado desse julgamento irá comprometer todos os demais. (FREITAS, 2019, p. 51)

6.4 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Previsto nos artigos 976 a 987 do CPC/2015, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), surge com o tendencionismo do código para a celeridade processual, dissertando que é cabível a instauração do incidente quando houver a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma

¹⁵ Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. § 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso. § 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento. § 3º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 2º caberá apenas agravo interno. § 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia. § 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem. § 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida. (BRASIL, 2015, online)

questão unicamente de direito, bem como quando houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, não sendo necessário a multiplicidade de julgados em sentidos diversos, mas somente a multiplicidade de casos idênticos. (BRASIL, 2015, online)

O mecanismo autoriza ainda que o pedido de instauração do incidente seja dirigido pelo juiz ou relator, por ofício, pelas partes, por petição ou até mesmo pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. (BRASIL, 2015, online)

Torna-se mais um instituto trazido para buscar maior previsibilidade dos julgados, por meio da padronização decisória, que, juntamente com a vinculação das Súmulas, a repercussão geral e até mesmo os recursos especial e extraordinário repetitivos, mostram uma clara predisposição para a utilização de instrumentos do *common law*. (FREITAS, 2019, p.54)

Após suscitado o incidente, o seu julgamento caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal, sendo que o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente. (BRASIL, 2015, online)

Sendo o incidente admitido, o relator, deverá suspender os processos pendentes, que tiverem matéria semelhante, sendo eles individuais ou coletivos, e o incidente deverá ser julgado em 1 ano, sob pena dos processos voltarem a ter tramitação normal. O caráter vinculante, vem à tona com o art. 985 do CPC:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

- I - A todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;
- II - Aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. (BRASIL, 2015, online)

Destaca-se, que a elaboração de medidas de desafogamento do Judiciário, como as mostradas até o momento, não podem considerar apenas argumentos extrajurídicos fundados em praticidade, porquanto de acordo com o já dissertado, devem também observar a constituição federal e os direitos fundamentais. (DUTRA, 2018, p.135) E, não obstante, de nada adianta a busca desenfreada e impensada para celeridade processual, sem que haja a observância dos princípios processuais, como a isonomia, contraditório e ampla defesa. (FREITAS, 2019, p. 56)

6.5 INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Por fim, trazido pelo artigo 947 do CPC, o Incidente de Assunção de Competência (IAC) consiste na transferência da competência entre os órgãos de um mesmo Tribunal, diante da repercussão social do tema abordado, seja ela tratada em recurso, em remessa necessária, ou até mesmo feito de competência originária.

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. (BRASIL, 2015, online)

Tem-se que o procedimento da assunção de competência refere-se a intenção legislativa da vinculação dos precedentes, porquanto trata-se de instituto que previne eventual divergência de entendimento em decisões futuras, evitando que decisões futuras sejam julgadas diferentemente daquelas adotadas como o modelo. (FREITAS, 2019, p.58)

O procedimento permite que determinado órgão de um tribunal, passe a assumir a competência para julgar o caso, sob a premissa da "grande repercussão geral"¹⁶, quando ainda não se tem multiplicidade de controvérsias, já prevenindo e instituindo entendimento jurisprudencial a ser seguido em casos futuros. (FREITAS, 2019, p. 58)

¹⁶ A respeito da compreensão do conceito de repercussão geral, Marinoni no diz que: Questão de direito com grande repercussão social é aquela que, além de não ter relevo apenas para a solução do caso sob julgamento, tem valor para a sociedade. Na verdade, quando se fala em questão com grande repercussão social não se quer apontar para algo que diz respeito à sua relevância técnico- processual, que atingiria outros casos repetitivos ou casos respeitantes a direitos coletivos ou difusos. Alude-se a uma questão de direito com grande repercussão social para evidenciar o seu excepcional relevo em face da vida social nas perspectivas política, religiosa, cultural e econômica. (MARINONI, 2016b, p. 2)

7 AUTORIDADE VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

O Brasil, no decorrer dos últimos anos, vem salientando uma nova metodologia no Direito Processual, colocando em posição de destaque a atuação paradigmática dos órgãos jurisdicionais. Ataíde Jr. (2012, p. 363) disserta que essa nova perspectiva “se volta a solucionar com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia as demandas de massa, as causas repetitivas, ou melhor, as causas cuja relevância ultrapassa os interesses subjetivos das partes”.

E é precisamente isso que a força dos precedentes judiciais visa proporcionar, ao uniformizar a interpretação de determinada regra jurídica no âmbito do Poder Judiciário: atribuir-lhe o significado e o alcance (univocidade); garantir que os precedentes editados pelo Poder Judiciário serão respeitados e as decisões posteriores a respeito da mesma questão jurídica serão proferidas em consonância com as razões determinantes dos precedentes (previsibilidade); bem como assegurar que os precedentes serão dotados de razoável continuidade, ou seja, que eles serão cancelados ou alterados somente quando as circunstâncias econômicas, sociais ou jurídicas assim exigirem e, ainda assim, sem prejudicar os titulares das relações jurídicas que se consolidaram com base no entendimento jurisprudencial alterado (estabilidade) (RESENDE, 2016, p. 167).

O discurso de segurança jurídica, segundo Mundim (2017), é usado para justificar a estabilização dos precedentes, visando uma maior celeridade, efetividade e previsibilidade das decisões judiciais, e traz a concepção que o Código de Processo Civil de 2015 possui como meta o combate à chamada jurisprudência lotérica, a qual o autor explica como a liberdade dos tribunais inferiores e superiores de decidirem não respeitando o mínimo de previsibilidade. "Nunca antes na história da legislação notou-se tamanha valorização dos precedentes e da jurisprudência dominante dos órgãos superiores da jurisdição, identificada, cada vez de forma mais aberta, como fonte do direito." (FARIA, 2012, p. 70).

Porém, percebe-se que a intuição legislativa de tal padronização decisória, que se preocupa demais com a eficiência processual, buscando-se sempre modos de buscar cada vez mais decisões judiciais rápidas, podem ocasionar em descon siderações do devido processo legal e das bases da processualidade democrática.

O advento dos mecanismos de vinculação dos precedentes judiciais, ao ponto que para alguns juristas veio com um suspiro legislativo para a aceleração e a efetividade do processo, para outros, não foi tão bem-vindo. Freitas (2019) disserta que:

Possivelmente, por uma grande descrença na atividade legislativa, pela perpetuação do mito positivista da inevitável lacuna da lei e pela fé no dogma da onipotência do julgador, é que vem se fortalecendo a ideologia de que não se pode deixar que a criação/construção de normas seja uma atividade somente legislativa, sendo o Direito também criado pela atividade jurisprudencial. Talvez essa ideologia seja difundida não por estes motivos, mas sim para perpetuar os mecanismos de dominação do Estado de uma forma mais discreta, transferindo o locus da autoridade para o Judiciário (FREITAS, 2019, p. 7).

Não obstante, temos o pensamento de Abboud (2012) que relata sua preocupação sobre a instalação do sistema de precedentes e a supressão dos direitos e garantias do cidadão:

O maior risco que essas reformas trazem é que, no afã de implantar um sistema de precedentes em nosso ordenamento – porque tal sistema supostamente geraria maior isonomia e celeridade processual –, estas reformas acabam por suprimir verdadeiros direitos e garantias fundamentais do cidadão, na medida em que ignoram a flexibilidade ínsita ao sistema de precedente do common law (ABBOUD, 2012, p.493).

Freitas (2019) relata que a problemática dos estudos processualistas advém da somente consideração da efetividade meramente temporal da atividade jurisdicional, não sendo considerado, para fins de estudo, a inclusão do processo, e, consequentes precedentes judiciais, no Estado Democrático de Direito.

O projeto de construção de um Estado Democrático de Direito inclui o imprescindível rompimento com a teoria do Estado Mínimo dos neoliberais e com a superação do paradigma do Estado Social, comprometendo-se, de modo amplo e irrestrito, “com a liberdade política de participação para equacionar o número de demandas e as respostas surgidas na problemática do povo” (FREITAS, 2019, p. 22).

Tal argumento encontra base quando passamos a analisar, não somente em aspecto linear temporal, e sim na efetividade da resolução da demanda. Encontramos um total contraponto às críticas das teorias ideologizadas sobre os precedentes judiciais, porquanto deve-se analisar, o contexto, bem como a argumentação usada na construção da decisão judicial, e não somente “aspectos semelhantes” para aplicá-las em temas futuros. Ao instituir tal instituto, é deveras necessário a lembrança da democracia em que vivemos, para analisar a vinculação obrigatória das decisões.

No contexto atribuído à construção da vinculação obrigatória dos precedentes judiciais no Brasil, percebe-se que o legislador insiste em buscar meios para a maior celeridade, bem como advém para perpetuação, de acordo com Freitas (2019) da

Ciência Dogmática do Direito, atribuindo ao Jurisdicionado a autoridade de construção dos dogmas, sendo estes sem nenhuma crítica.

É preciso se desvencilhar da Ciência Dogmática, que contempla a autoridade, a fim de compreender a lógica da processualidade democrática. Isso porque a dogmática jurídica, de forma deliberada e proposital, “promove a blindagem dos fundamentos da produção normativa e a interdição da problematização em torno da inconsistência e da aplicação do Direito. (FREITAS, 2019, p.71)

O Código de Processo Civil de 2015, traz em seu corpo técnicas ideológicas para a aceleração de procedimentos, sendo que estas violam e impedem o resguardo dos direitos fundamentais à população, sob a premissa pela implantação de uma “jurisdição relâmpago”. (MUNDIM, 2017, p. 115)

Essas técnicas, que se amparam no ideal para harmonização de decisões futuras, e com a premissa de levar a todos um poder judiciário repleto de segurança jurídica, efetivamente não chega a cumprir com uma uniformização de jurisprudência estável, íntegra e coerente, porquanto exercem a perpetuação da ciência dogmática, colocando o Jurisdicionado como rei, como salvador e amparando uma ‘sociedade órfã’ de direitos fundamentais do devido processo. (MUNDIM, 2017, p.115)

Destarte, a afirmativa de que a simples aplicação e não alteração do entendimento jurisprudencial pela vinculação obrigatória dos precedentes irá trazer a previsibilidade e segurança jurídica ao resultado do processo é vaga, porquanto o que traria tal segurança seria a estruturação procedimental processualizada que antecede a decisão, e, utilização de todos os meios para as partes usufruírem de suas garantias e faculdades processuais. (CRUZ, 2016, p. 170)

Assim, concordamos com Rosemiro Pereira Leal, no sentido de que no Estado Democrático de Direito a almejada *unidade* do direito não é advinda de uma atividade jurisdicional segundo a livre convicção e consciência dos julgadores, mas de “uma fundamentação egressa da *cognitividade objetiva* das estruturas lógico-discursivas da procedimentalidade processualizada que legitima a construtividade dos *precedentes* no âmbito de uma *decisão jurídica*, não mais de uma instrumental *de-cisão judicial* a partir de uma razão performativa do saber jurisdicional”
[...]

Portanto, a construção e aplicação dos precedentes na processualidade democrática somente será constitucionalmente legítima se balizadas pelo *devido processo legal* como regente de um *processo de conhecimento* articulado por direitos fundamentais processualmente pré-decididos no plano instituinte do direito, razão pela qual somente assim torna-se possível “acatar uma *celeridade*

argumentada” a se gerar legitimidade democrática e eficiência sistêmica. (MUNDIM, 2017 p.142-143)

Porquanto a interligação entre os precedentes, a cognição e o devido processo legal, exige a aplicação de procedimentos processualizados aptos a instituir a hermenêutica cognitiva de igual direito para a interpretação a todos na comparação de legitimidade democrática e eficiência sistêmica. (MUNDIM, 2017, p.142)

7.1 A LEI Nº 13.256/2016 E O FIM DAS TÉCNICAS DE FLEXIBILIZAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

Antes da entrada do novo Código de Processo Civil de 2015, no seu período de *vacatio legis* foi editada e promulgada a lei 13.256/2016, alterando vários dispositivos do novo Código, dificultando significativamente o acesso aos tribunais superiores, porquanto o CPC/2015 havia acabado com o mecanismo de duplo juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários, deixando que os mesmos fossem realizados somente pelos tribunais superiores, e, conforme já explanado por este trabalho, tal reforma legislativa alterou o art. 1.030 do texto legal, adicionando a figura da repercussão geral como requisito para admissibilidade dos recursos pelos tribunais superiores.

Tal legislação é problemática, eis que possui um caráter jurisdizante, ou seja, homologa práticas autoritárias reificadas em uma realidade e as transforma em lei, dando ares de legalidade a algo criado jurisprudencialmente pela autoridade do Estado-juiz de Exceção. (MUNDIM, 2017, p.85)

Apesar que ainda ser cabível o recurso de Agravo Interno, este sendo disposto no §2º do referido artigo, que será direcionado ao órgão especial do tribunal inferior, porém quando o mesmo for inadmitido, restará impossibilitada o acesso aos tribunais superiores, pois não há mais nenhuma previsão de recurso. (BRASIL, 2015, online)

Sendo que, tal inadmissibilidade recursal e não previsão de outro recurso para o acesso às Cortes Superiores, geraria a completa mitigação das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, porquanto barrado se torna o acesso aos tribunais que editam e criam os precedentes vinculantes.

Tal escolha não traria grandes embaraços se fosse assegurado acesso técnico aos Tribunais Superiores para viabilizar a mudança (superação) de seus entendimentos, pois os tribunais não pode(ria)m petrificar seus entendimentos, sob pena de uma falsa e equivocada crença de que caberia a tais órgãos dar a última e definitiva palavra sobre o Direito. (THEODORO JÚNIOR et al, p.185)

Culminando em uma trágica piora do sistema recursal do ordenamento processual brasileiro, bem como do fornecimento de embasamento para a maior defesa dos tribunais superiores, já que os mesmos são criadores de teses gerais e abstratas, porquanto com o advento de tal mudança legislativa, o acesso a eles foi completamente restringido, e com isso, as técnicas de superação e flexibilização precedencial. (MUNDIM, 2017, p. 87)

Aqui, a reforma da Lei 13.256/2016 alcança um nível de fechamento e vinculatividade de decisões tamanha que a legitimidade de construção do direito é passada a um judiciário praticamente incontrolável, na medida em que se cria um empecilho à superação. (MUNDIM, 2017, p.87)

Porquanto, de acordo com a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, o direito deve se desenvolver a partir de premissas contrafáticas, reprimindo e sendo contra qualquer prática abusiva estatal, bem como não homologando as práticas que assim estão vigentes. Culminando em um direito construído sobre bases juridificadas, com ampla fiscalidade, "com estrutura normativas acessíveis ao conjunto de legitimados ao processo, pela via do devido processo e os institutos do contraditório, ampla defesa e isonomia, o que criará maior legitimidade aos planos constituinte e constituído do direito." (MUNDIM, 2017, p.87)

8 A CRIAÇÃO DE PROCEDIMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA REVISÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES

Cria-se, perante o contexto trazido, a necessidade de tentar minimizar a violência normativa imposta pelo Judiciário Brasileiro. Para tanto, busca-se nas ideias de Mundim (2017) e Freitas (2019) a criação de mecanismos democráticos para a melhoria de tal sistemática, com a criação de ferramentas para revisão dos precedentes vinculantes.

Mundim (2017) embasa a proposta de tais mecanismos nos ideais de Faria (2012), que traz a proposta de criação de Câmaras Mistas de Revisão de Jurisprudência no próprio âmbito dos tribunais, com o objetivo de "“desconstrução de enunciados jurisprudenciais por processos autônomos de (re)discussão dos entendimentos matriciais forjados nos tribunais pátrios”. (MUNDIM, 2017, p.144)

Porém, Mundim (2017) vai além da proposta de criação das Câmaras Mistas, e propõe a criação de um Procedimento Constitucional de Revisão de Precedentes Vinculantes, perante o contexto de inacessibilidade aos tribunais superiores trazidos no CPC de 2015, e embasado na Teoria Neoinstitucionalista, para, embasar a criação do procedimento sob o viés "teórico-jurídico-discursivo à conjectura de um Procedimento Constitucional de Revisão de Precedentes Vinculantes, principalmente por possibilitar a *qualquer do povo* a testificação e arguição dos provimentos estatais." (MUNDIM, 2017, p.144)

Nesse aspecto, o *Procedimento Constitucional de Revisão de Precedentes Vinculantes* se difere do *Procedimento Constitucional de Súmula Vinculante*, principalmente no tocante à inexistência de um rol de legitimados para a sua instauração, pois a criação de tal rol restringe ao povo o direito de interpretar, criticar, testificar, desconstruir, argumentar, enfim, de exercer ampla fiscalidade e legitimar os atos estatais.

O Procedimento Constitucional de Revisão de Precedentes Vinculantes tampouco deve ser regulado por regimentos internos dos tribunais (*interna corporis*) como ocorre em grande parte com a revisão da súmula vinculante. Isso porque, no Estado Democrático de Direito, há que se ter "um amplo e irrestrito diálogo, no qual todos os participantes têm igual acesso", assegurando que o povo crie, transforme, extinga e desconstrua direitos. Os regimentos internos são apenas acessíveis aos juízos ordálicos dos tribunais, insuficientes à construção de uma teoria processual da democracia por excluir a fiscalidade normativa de qualquer do povo. (MUNDIM, 2017, p.144-145)

Não obstante, o autor ainda relata a necessidade, haja vista o procedimento ser "uma estrutura técnica de atos sequenciais em que o ato antecedente determina

o consequente numa relação espaço temporal até se alcançar o provimento final", da necessidade de o procedimento proposto ter o processo de conhecimento como um referente lógico. (MUNDIM, 2017, p.145)

Nesse sentido, qualquer do povo poderia instaurar o procedimento com requerimento de revisão de precedente direcionado ao tribunal responsável pela sua construção, o que possibilitaria o exercício de fiscalidade e controle de constitucionalidade (democraticidade) em relação ao precedente, podendo revê-lo, desconstruí-lo e superá-lo a partir de novos argumentos técnico-jurídicos e não mais por escopos extrassistêmicos criados pelo decididor. (MUNDIM, 2017, p.145)

Destarte, Freitas (2019) também considerou a criação de mecanismos para a revisão da jurisprudencialidade. Perante a premissa de garantir a isonomia essencial para a aplicação precedencial, porquanto se trata do meio adequado para garantir a participação dos legitimados na construção do provimento, e, perante o ideal de crítica a falácia que a simples menção da garantia do contraditório e a sua vinculação ao dever de fundamentação das decisões, estariam as partes em condições de igualdade de interpretação da norma.

Propôs-se a criação de um modelo fiscalizatório, por ora denominado nesta tese de "controle difuso de jurisprudencialidade", em que os enunciados, teses e súmulas elaborados pelos Tribunais possam ser submetidos a uma testificação contínua, transformando-os, assim, em verdadeira teoria científica, capaz de produzir conhecimento objetivo. Conjecturou-se que a instauração deste procedimento apto a permitir a interrogação acerca da legitimidade democrática da decisão utilizada como precedente, bem como a sua validade, a partir de sua abertura à crítica. Assim, a questão acerca da possível aplicação do precedente não se resume aos importados institutos do distinguishing e do overruling. (FREITAS, 2019, p.99)

Sendo assim, confluindo na crítica à autoridade do julgador, implementada incisivamente pela Doutrina Dogmática do Direito, visando a concretização do Estado Democrático de Direito, nas bases Popperianas trazidas pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo. Traz-se a baliza processual a possibilidade de os atos estatais, inclusive os jurisdicionais de estarem abertos à crítica. (FREITAS, 2019, p.99)

Culminando na ideia de repúdio à vinculação de um precedente pelo simples motivo da lei ter criado uma "esdrúxula modalidade de precedentes vinculantes", a qual disserta que os órgãos criadores de tais precedentes seriam plenamente capazes de alcançar respostas definitivas de pretensões jurídicas, sendo estas não alcançadas

pelo devido processo legal, conferindo assim, "fundamento de legitimidade ao paradigma de Estado Democrático de Direito na contemporaneidade". (FREITAS, 2019, p.100)

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, apresentou-se uma abordagem a respeito da nova roupagem da vinculação obrigatória dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro após o Novo Código de Processo Civil, visando a análise de tal vinculação com as bases da processualidade democrática dissertadas na Teoria Neoinstitucionalista do Processo, e a apresentação da criação de mecanismos para revisão de tais precedentes. As reflexões trazidas nos capítulos iniciais, serviram para o enfrentamento da questão central da pesquisa, que se desenvolveu com a apresentação dos institutos atuantes no Brasil, as quais culminaram na percepção da necessidade dos mecanismos processuais para revisão dos precedentes vinculantes.

As considerações trazidas pelo presente estudo estão aquém de esgotar as discussões sobre a temática proposta, porquanto a argumentação trazida foi de demonstração da necessidade de revisão doutrinária e criação de mecanismos legais para reforçar a necessidade de mitigar a visão de um judiciário que está acima dos legitimados processuais, que cria dogmas, e se tornam irrefutáveis.

A estruturação de determinada tradição jurídica possui relação direta com o contexto histórico em que ela foi desenvolvida, sendo a tradição jurídica do *civil law* desenvolvida principalmente após a Revolução Francesa, em um contexto onde os magistrados exacerbaram suas funções, e nos conceitos formulados por Montesquieu, na divisão dos poderes, foi atribuído ao Poder Judiciário a tarefa de "boca da lei", e dado início a um processo codificador do direito. Em tal tradição percebemos que a lei codificada constitui fonte primária de desenvolvimento do direito, sendo que a jurisprudência, os princípios gerais, os costumes e a equidade se mantêm como fontes secundárias, sendo estas usadas quando ainda não codificado determinado assunto tratado. Não obstante, observa-se que o desenvolvimento da tradição jurídica do *common law* se deu em circunstâncias histórias completamente adversas, porquanto no direito inglês, direito consubstancialmente consuetudinário, o qual sua origem se embasa em regras não escritas, que foram criadas inicialmente por juízes e lapidadas ao longo do tempo. Com a identificação das quatro fases de desenvolvimento do *common law* no direito inglês, tem-se que tal tradição iguala a jurisprudência ao patamar da norma codificada como fonte primária de seu direito, e, não diferente da *civil law*, tem as demais fontes como secundárias.

A noção de precedente judicial desenvolvida no *common law* como instituto que é desenvolvido para proporcionar a segurança jurídica e igualdade pelas decisões judiciais naquele ordenamento, foi consubstancialmente importada pelo legislador brasileiro sem, no entanto, perceber a necessidade da refutação como elemento primordial da processualidade democrática.

Com a contextualização do ordenamento jurídico brasileiro, que, com a ascensão do pós-positivismo, adveio com novas e revolucionárias concepções jurídicas que foram incorporadas ao sistema jurídico brasileiro, o presente estudo utilizou-se da Teoria Neoinstitucionalista do Processo para a demonstração da necessidade de um processualismo que legitime a democracia, devendo o processo ser considerado um mecanismo de institucionalização da vontade democrática da sociedade.

Sendo assim, constrói-se a argumentação de repúdio a institutos legislativos que continuam a legitimar a matriz de um Estado Dogmático, como a intuição legislativa trazida pelo CPC/2015 da padronização decisória, que se preocupa demais com a eficiência processual, e culmina com desconSIDERAÇÕES do devido processo legal e das bases da processualidade democrática. Confluindo na máxima que o direito deve se desenvolver de premissas contrafáticas, não deixando espaço para práticas que ainda estão atreladas a ciência dogmática, as quais colocam o decisionismo judicial acima de tudo, criticando fielmente a autoridade do Poder Judiciário, e que não constroem um ordenamento jurídico sobre bases de ampla fiscalidade, com devido processo e institutos do contraditório.

Os dispositivos legais do Novo Código, após a reforma trazida pela lei 13.256/13 acabou por mitigar os institutos de superação e flexibilização dos precedentes, tornando de difícil acesso os tribunais superiores, que são os criadores das teses gerais e dos precedentes vinculantes, e resultando na criação de uma afronta a base democrática, onde as teses firmadas pelas cortes supremas, acabam que não são refutadas em nenhum momento.

Para a resolução de tal conflito, haja vista a necessidade de tentar minimizar a violência normativa imposta pelo Judiciário Brasileiro, o presente estudo propõe a criação, nas ideias de Mundim (2017) e Freitas (2019) de mecanismos para a revisão das Súmulas Vinculantes, dos enunciados, das teses e das jurisprudências. É necessário que o Estado Democrático, tendo em vista a supremacia constitucional e os direitos e garantias fundamentais, disponha de institutos para controlar a

jurisprudencialidade, haja vista que são criadas sem a participação, e muito menos sem a fiscalização da sociedade.

10 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Precedente judicial versus Jurisprudência dotada de efeito vinculante**: A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Ed. RT, 2013.

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, M. A. **Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma pós-positivismo**. *Revista de Processo*, v. 245, p. 351-378, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012,

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário**. *Revista de Processo*. vol. 263. ano 42. p. 233-255. São Paulo: ED. RT, jan 2017.

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. **O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos** (Coord. Fredie Didier e Antonio Adonias Aguiar Bastos). Salvador: Juspodivm, 2012.

BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2018**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> Acesso em 21 jun. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 mai 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 28 mai 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm>. Acesso em 30 mai 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. 2004a** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em 30 mai 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 - Exposição de motivos.** 2004b. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaodemotivos-149264-pl.html>>. Acesso em 19 ago 2019.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 30 out 2019.

BRASIL. Congresso. Senado. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.** Brasília, 2010. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **As reformas do Código de Processo Civil e o Modelo Constitucional de Processo.** In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

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

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CRUZ, Clenderson Rodrigues da. **A ampla defesa na processualidade democrática.** *Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. 10.

DAVID, René. **O direito inglês.** Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela.** V. 2. 4ª ed. Salvador: Juspodvm, 2009.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela.** V. 2. 6ª ed. Salvador: Juspodvm, 2011.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DONIZETTI, Elpídio. **As forças dos precedentes no novo código de processo Civil.** *Revista de Direito UNIFACS- Debate Virtual*, n. 175, 2015. Disponível em:

<<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472>>. Acesso em 08 jun 2019.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias e CROCETTI, Priscila Soares. **Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivum, 2012, p. 41-82.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do Direito: Reflexões no Contexto da Processualidade Democrática**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

FERREIRA, Leandro José; GOMES, Magno Federici. **A teoria neoinstitucionalista do processo e a possibilidade de concessão de tutela provisória liminar para a proteção do direito fundamental ao meio ambiente**. Revista Argumentum, Marília, v.18, n. 3, p. 625-643, set./dez. 2017. Disponível em: <https://goo.gl/yk91o9>. Acesso em: 18 mai 2019

FREITAS, Gabriela Oliveira. **Controle difuso de jurisprudencialidade**. 2019, 108 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

GALIO, Morgana Henicka. **História e formação dos sistemas civil law e common law: A influência do direito romano e a aproximação dos sistemas**. In: Eneá de Stutz e Almeida; Juliana Neuenschwander Magalhães; Antonio Carlos Wolkmer. (Org.). *História do Direito II*. 1ªed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v., p. 233-255.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**. Tradução de Álvaro Valls. Porto Alegre, 1998

HESSE, Konrad, **A Força Normativa da Constituição** (Die Normative Kraft der Verfassung), Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Editora: Sérgio Antônio Fabris editor, Porto Alegre, 1991

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo Como Teoria da Lei Democrática**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**. 13 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectiva para o terceiro milênio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2015.

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 de Processo, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 175-232, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2016a.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Sobre o incidente de assunção de competência**. Revista de Processo, vol. 260/2016, p. 233 – 256, Out / 2016b.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 95, n. 852, p. 275-306, out. 2006.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. In: Novos Estudos CEBRAP. N. 58. São Paulo: Fundação Carlos Chagas. novembro de 2000.

MUNDIM, Luis Gustavo Reis. **Segurança jurídica e precedentes no código de processo civil de 2015: uma análise crítico-epistemológica a partir da teoria neoinstitucionalista do processo**. 2017, 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

NOGUEIRA, Fábio Roque Abreu. **Controle de constitucionalidade das súmulas e dos precedentes judiciais obrigatórios no estado democrático de direito**. 2016, 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Org.). **Precedentes** - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 301-334.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: JusPodivm, 2015.

PIMENTA, José Roberto Freire. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire Pimenta; FERNANDES, Nádia Soraggi; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. (Org.). **Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em Juízo**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2009, v. 1, p. 9-50.

PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação de precedentes, súmulas e decisões vinculantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAWLS, John, **Uma Teoria da Justiça**, tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, Editora: Martins Fontes, São Paulo, 1997.

RESENDE, Cauã Baptista Pereira de. **Precedentes judiciais e a efetividade dos direitos fundamentais**. 2016, 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

ROSA, Fernanda Néri. **Precedentes judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de fundamentação descontextualizado**. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Constituição e constituir: da interpretação de textos à concretização de direitos** – a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença entre texto e norma. Democracia, direito e política: estudos em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, Fundação Boiteux, 2006.

TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

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

VIEHWEG, Theodor. **Tópica Jurisprudencial: Uma Contribuição a Investigação dos Argumentos Jurídicos Científicos**. Tradução: Prof^a Kelle Susane Alfen da Silva. Porto Alegre. Ed. Sérgio Fabris. 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito** – civil law e common law. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009a.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009b.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do direito**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-96.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Juspodivm, 2016.