

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A INTERSECÇÃO ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* NO ENFRENTAMENTO DA LITIGÂNCIA

TATIANA FIRMINO DAMAS

Itajaí-SC, junho de 2020.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A INTERSECÇÃO ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* NO ENFRENTAMENTO DA LITIGÂNCIA

Tatiana Firmino Damas

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI e da Widener University – Delaware Law
School como requisito parcial à obtenção do título de
Mestre com dupla titulação em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Orlando Zanon Júnior

Coorientador: Professor Brett Bendistis

Itajaí-SC, junho de 2020.

AGRADECIMENTOS

“Todo trabalho, por menor que seja em extensão, e maior em ambição, depende do apoio e do estímulo de várias pessoas” (Humberto Ávila, Teoria dos Princípios, 2005)

Agradeço ao meu noivo e futuro marido, Engenheiro Walter Luís Künzel, pelo grande amor e incentivo, carinho e compreensão pelas várias horas, dias e meses que me furtei ao seu convívio.

Ao meu filho, Christian Damas, que de tempos em tempos me ensina sobre maturidade emocional e é a razão da minha existência assim.

Aos meus “irmãos” da 2ª Vara Cível da Comarca de Braço do Norte, Dr. Júlio César Bernardes, meu chefe amigo e incentivador, que colocou seus conhecimentos e biblioteca à disposição; aos demais colegas e amigos Rafael Crocetta Rabelo, Rejane Fátima de Freitas, Cláudio Plácido Burato, Wilson Jorge Modolon Filho, Gabriela Cândido Tramontin, Lorelay Oliveira da Silva, Janine da Rosa, Olívia Zomer dos Santos e João Miguel Heidemann Müller pelo incentivo, compreensão, substituições, arranjos, carga e sobrecarga para que eu chegasse aqui.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Orlando Zanon Júnior, um gênio da ciência jurídica e pesquisador contumaz, pela confiança em assumir a minha direção já em avançado tempo, estímulo e, especialmente, pelo aprendizado oportunizado, fundamentais para a realização desta pesquisa.

Ao meu coorientador, Prof. Brett Bendistis, por ter aceitado o desafio e por todo o apoio na condução desta Dissertação com as referências de Direito Americano.

Aos demais professores e colaboradores do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí.

Aos amigos e colegas, pela parceria e pelos bons momentos compartilhados

ao longo desta caminhada, em especial aos também mestrandos Juliana Padrão Serra de Araújo, Gabriela Marson Sandri, Fabrício D'ambrosio, Miguel Ortale, Tainá Pedrini, Tatiana Vetoretti e Cristine Dagostin e Heloísa Husadel Telles.

Aos meus alunos, pela paciência em algumas ausências, sobretudo pelo incentivo, em especial a Jessé H. Carlen pela generosidade no compartilhamento de sua biblioteca de e-books.

Ao amigo, incentivador e colega dos tempos de faculdade, o Professor e Advogado Me. Tonison Rogério Chanam Adad.

Ao egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, por uma política institucional de estímulo à produção científica e qualificação de seus membros, possibilitou a realização desta pesquisa.

Finalmente, agradeço a todos que de alguma forma me auxiliaram direta ou indiretamente durante todo o Mestrado.

DEDICATÓRIA

Ao Criador por todas as bênçãos recebidas nesta vida.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando de tal responsabilidade a Universidade do Vale do Itajaí e a Widener University – Delaware Law School, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador.

Itajaí-SC, junho de 2020.

Tatiana Firmino Damas

Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de defesa de mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 07/07/2020, às 19 horas, a mestranda TATIANA FIRMINO DAMAS, fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título: “A INTERSECÇÃO ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* NO ENFRENTAMENTO DA LITIGÂNCIA”.

A Banca examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI) como presidente e orientador, Doutor Pedro Miranda de Oliveira (UFSC) como membro, Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI) como membro e Doutor Marcelo Buzaglo Dantas (UNIVALI) como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), dia 07 de julho de 2020.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC/2002	Código Civil de 2002
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EC	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EUA	Estados Unidos da América
IAC	Incidente de assunção de competência
IRDR	Incidente de resolução de demandas repetitivas
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
USA	United States of America
V.G.	<i>Verbi Gratia</i>

ROL DE CATEGORIAS

Ativismo Judicial

[...] é uma expansão do exercício da discricionariedade judicial, no qual um Juiz ou um Tribunal cria ou estende um direito, afasta a aplicação da lei, ou utiliza-se do poder judicial para promover mudanças sociais (*judicial overreaching*) e intervir ou efetivar políticas públicas (*policy making*).¹

Civil Law

[...] família romano-germânica tem seu berço na Europa. Formou-se graças aos esforços das universidades europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do imperador Justiniano, uma ciência jurídica comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno. A denominação romano-germânica foi escolhida para homenagear esses esforços comuns, desenvolvidos ao mesmo tempo nas universidades dos países latinos e dos países germânicos².

Common Law

“[...] the English common law system developed over many centuries. You know that as judges decided cases, rules slowly evolved and became recognized as judicial precedents, which began to be written down and followed. [...] With its emphasis on judge made law, this approach differs markedly from the legal systems found in France, Germany, and Italy. Those countries follow a different approach, often referred to as the civil law system³.”

¹ OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. pg. 91.

² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pgs. 23 e 24.

³ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. 2019. pg. 90. . “o sistema de direito comum inglês se desenvolveu ao longo de muitos séculos. Você sabe que, quando os juízes decidiam casos, as regras evoluíam lentamente e se tornaram reconhecidas como precedentes judiciais, as quais passavam a ser escritas e seguidas. [...] Com sua ênfase no juiz, essa abordagem difere acentuadamente dos sistemas jurídicos encontrados na França, Alemanha e Itália. Esses

Constitucionalismo

Pensamento que tem por finalidade o exame e a discussão das influências políticas, filosóficas e jurídicas sobre o poder.⁴ O constitucionalismo moderno se caracteriza pelo conjunto de doutrinas que aproximadamente depois da segunda metade do século XVII teve por objetivo político a limitação do poder do Estado e garantia dos direitos fundamentais.⁵

Deontologia Jurídica

“é a indagação do fundamento da ordem jurídica e da razão da obrigatoriedade das normas de Direito, da legitimidade da obediência às leis, o que quer dizer indagação dos fundamentos ou dos pressupostos éticos do Direito e do Estado⁶.”

Diálogo das Fontes

“Método que permite conciliar valores de diferentes normas, ensejando a aplicação coerente do direito”.⁷

Direito Jurisprudencial

Direito criado pelos juízes, também conhecido como direito judiciário.⁸

Distinguish

Ao lidarem com um Precedente, os advogados com frequência procedem à analogia, distinção (*distinguishing*) de fatos do caso do seu cliente a partir dos fatos materiais de casos anteriores ou superação do Precedente (*overruling*). Então, o

países seguem uma abordagem diferente, geralmente referido como o sistema de direito civil” [tradução livre do autor]

⁴ CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 1999. p. 48.

⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüeda a Nuestros Días*. Madrid: Trotta. Tradução de Manuel Martínez Neira. 2001. P. 85.

⁶ REALE, M. **FILOSOFIA DO DIREITO**. 20. ed. São Paulo, 2013. Id 8. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:600232>>.

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pg.17.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. pg. 13/21.

advogado que queira a aplicação do Precedente ao caso presente tentará demonstrar que os fatos materiais apresentados são análogos, acaso não queira que os casos anteriores sejam utilizados deverá argumentar que os fatos materiais precedentes diferem substancialmente dos atuais, ou que o Precedente deve ser superado, o que leva à conclusão de que um resultado diferente deve ser alcançado e criado novo Precedente.⁹

Equity

“(1) Fairness. A type of justice that developed separately from the common law and that tends to complement it. The current meaning is to classify disputes and remedies according to their historical relationship and development. Under modern rules of civil procedure, law and equity have been unified. Historically, the courts of equity had a power of framing and adapting new remedies to particular cases, which the common law courts did not possess. In doing so, they allowed themselves latitude of construction and assumed, in certain matters such as trusts, a power of enforcing moral obligations that the courts of law did not admit or recognize. (2) A right or obligation attaching to property or a contract. In this sense, one person is said to have a better equity than another¹⁰.”

“O complexo de princípios jurídicos de criação judiciária e originalmente de natureza ética, estabelecidos para integrar ou corrigir determinados princípios da *common law* ou de competência.”¹¹

⁹ FINE, Toni. M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo. 2011. p. 71.

¹⁰ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. 2019. pg. 581. “Justiça. Um tipo de justiça que se desenvolveu separadamente do direito comum e que tende a complementá-lo. O significado atual é o de classificar disputas e soluções de acordo com o seu relacionamento e desenvolvimento histórico. Sob as modernas regras do processo civil, a lei e a equidade foram unificadas. Historicamente, os tribunais de patrimônio tinham o poder de enquadrar e adaptar novos recursos para casos particulares, já os tribunais de direito comum não o possuíam. Ao fazê-lo, permitia-se latitude de construção e assumiam, em certos assuntos, relações de confiança, um poder de impor obrigações morais que os tribunais não admitiam ou reconheciam. (2) Um direito ou obrigação vinculado à propriedade ou a um contrato. Nesse sentido, diz-se que uma pessoa tem uma equidade melhor do que outra.” [tradução livre do autor]

¹¹ CRISCUOLI, Giovani. **Il Diritto Costituzionale Americano**. Palermo: Celup, 1977. Pg. 109. Apud STRECK, Lenio Luiz; BRANDÃO, Paulo de Tarso, OLIVIEIRO, Maurizio, CRUZ, Paulo Márcio, CASTRO Jr, Osvaldo Agripino de, SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de, CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart, PINHEIRO, Denise, PILATI, José Isaac, SANTOS, Adécio Machado dos, DIAS, Bruno Smolarek, VEIGA Jr, Celso Leal da, MARDEGAN, Herick, GUIMARÃES, Isaac Sabbá, GONÇALVES, Sandra Krieger, ZANON Jr, Orlando Luiz, SANTO, Davi do Espírito, PASOLD, Cesar.

Hermenêutica Jurídica

“É o domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do direito. A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas”.¹²

Judicial Review

[...] the authority of courts to set aside actions of another branch of government which, in the judges' view, conflict with the Constitution¹³.

Jurisdição

[...] “é o poder do Estado de interpretar e aplicar o direito de maneira autoritativa mediante a atuação de um terceiro imparcial com irrevisibilidade externa de seus provimentos.”¹⁴

Jurisprudência

[...] consubstancia-se na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para solução de casos, cuja múltipla reiteração gera a uniformização capaz de servir de parâmetro de controle, não gozando de autoridade formalmente vinculante”.¹⁵

Morosidade

Reflexões sobre a Teoria da Constituição e do Estado. Florianópolis: Insular. 2013. Pg. 51.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5ª ed. São Paulo, 2016. pg. 304.

¹³ Mason, Alpheus Thomas and STEPHENSON, Donald Grier Jr. **American Constitutional Law.** 2019. pg. 104. [...]“a autoridade judicial para anular ações de outro ramo do governo que, na opinião dos juízes, conflita com a Constituição.” [tradução livre do autor]

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 3ª ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.pg. 180.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 3ª ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.pg. 1003.

Característica de algo ou alguém que é lento no desempenho da função. No caso do Poder Judiciário, o adjetivo se deve à demora no trâmite processual e também na prolação das decisões jurisdicionais, o contrário de razoável duração do processo.

Obiter Dictum

[...] passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia. O *obiter dictum*, assim considerado, não se presta para ser invocado como Precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão”.¹⁶

Ordenamento Jurídico

[...] “o conjunto de regras acolhidas (ou que têm a possibilidade de serem acolhidas) por um juiz,”¹⁷ [...]

[...] “o conjunto de todos os padrões de julgamento que podem ser legitimamente empregados na aplicação normativa. [...]. sua estrutura é um sistema orbital, composto por diversos subsistemas, os quais, por sua vez, contém vários microssistemas e, eventualmente, satélites ainda menores, a depender das tradições jurídicas específicas de cada comunidade¹⁸.”

Overruling

Na *common law*, pelo instituto da *overruling*, quando se observa que o Precedente é anacrônico ou insustentável, e de maneira fundamentada, sobretudo em razão dos efeitos a ensejar, se supera o Precedente.¹⁹

¹⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito**. Tese apresentada para concurso ao cargo de Professor Titular de História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 171-175. Apud Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord) **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 42.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006. pg. 28.

¹⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2016. pg. 355.

¹⁹ ALVIM, E. A.; LEITE, G. S.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e Jurisprudência No Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo, 2018. Id 1. Disponível em: <

Positivismo Jurídico

[...] “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo²⁰.”

[...] “o direito como um conjunto de comandos emanados pelo soberano, [...] considerando, portanto, como normas jurídicas todas as normas emanadas num determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, prescindindo do fato de estas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade[...]”²¹.

Pós-Positivismo Jurídico

“(a) Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao normalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teoria da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário²².”

Precedente

<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627121>>.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006. pg 26.

²¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006. pg 142.

²² SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador. 2011. pgs. 76-77.

O Precedente é formado a partir da decisão judicial, como razões generalizáveis extraídas da justificação dessas decisões. No Brasil, emanam exclusivamente das Cortes Supremas, sendo sempre obrigatórios-isto é, vinculantes.²³

Razoável Duração do Processo

[...] a adoção de técnicas processuais que viabilizem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos em prazo razoável, [...] e a previsão de aproveitamento sempre que possível das formas processuais, [...] a edição de legislação que reprima o comportamento inadequado das partes em juízo e o regulamento minimamente e a responsabilidade civil do Estado por duração não razoável do processo;²⁴ [...]

Ratio Decidendi

(...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*. Sob o aspecto analítico, três são os elementos que a integram: a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgement*). Cumpre esclarecer que a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a 'norma legal' (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta. (...) Para a correta inferência da *ratio decidendi* propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada a *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva. Como regra necessária à decisão, não se confunde com o *obiter dictum*, vale dizer, passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião,

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pg. 1005.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pg. 160.

prescindível para o deslinde da controvérsia. O *obiter dictum*, assim considerado, não se presta para ser invocado como Precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão”.²⁵

Restatements

Os *restatements* ou compêndios de direito ocupam um lugar especial entre as fontes jurídicas nos Estados Unidos ante a dificuldade em entender as tendências das leis estaduais, considerando o seu desenvolvimento variável nos diversos estados, em especial nas áreas nas quais o *case law* era dominante, como contratos, direito possessório e responsabilidade civil. Com isso em mente, o *American Law Institute* (ALI) foi criado em 1923 para “o esclarecimento e a simplificação do direito”. Os *restatements* de cada área são elaborados por um ou mais relatores – eminentes professores de direito - em colaboração com consultores, advogados e juízes²⁶.

Rule of Law

A regra de direito da *Civil Law* consiste na técnica jurídica da interpretação das fórmulas legislativas ao inverso da *Common Law* que se caracteriza pelo processo das distinções²⁷.

Segurança Jurídica

A segurança é o indispensável ao bem-estar das pessoas, sem ela ocorre desestabilização, uma vez que sentir-se seguro é condição *sine qua non* ao equilíbrio e tranquilidade, indispensáveis ao desempenho dos vários papéis reservados à pessoa natural, tanto no cenário familiar, quanto no âmbito do trabalho.²⁸

²⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito**. Tese apresentada para concurso ao cargo de Professor Titular de História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 171-175. Apud Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord) **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 42.

²⁶ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo. 2011. pg. 54.

²⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 105.

²⁸ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 25ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2018, pg. 83.

Na interpretação de Ávila, a segurança jurídica é tratada por Jerome Frank²⁹ como algo inatingível (uma "ilusão" ou um "mito"), e referida por Bobbio³⁰ como algo necessário (um elemento intrínseco) para a existência do Direito. Sendo, ao mesmo tempo, possível e impossível, porque Frank se refere à segurança jurídica como capacidade de prever com exatidão uma decisão judicial futura, e Bobbio faz remissão à calculabilidade aproximada do fenômeno jurídico, isto é segurança jurídica.³¹

Stare Decisis

In general, a judicial policy that guides courts in making decisions. The doctrine normally requires lower-level courts to follow the legal precedents that have been established by higher-level courts³².

Súmula

“Entende-se por súmula a cristalização positiva de um posicionamento consolidado na jurisprudência, de forma a ditar em categoria normativa o posicionamento dos tribunais sobre o assunto. Estabelece-se, assim, uma orientação jurídica de caráter precedente.”³³

Súmula Vinculante

“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,

²⁹ FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**, New Brunswick, Transaction. 2ª ed. rev. New York: Brentano's Inc. 2009, p. 13. Apud ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 75.

³⁰BOBBIO, Norberto. **La certezza del Diritto é un mito?** Rivista Internazionale di Filosofia dei Diritto, n. 28, p. 150, 1951. Apud ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 76.

³¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pgs. 75/76.

³² SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. 2019. pg. 595. .” Em geral, uma política judicial que orienta os tribunais na tomada de decisões. A doutrina normalmente exige que os tribunais inferiores sigam os precedentes legais que foram estabelecidos pelos tribunais superiores.” [tradução livre do autor]

³³ GONZALES, Douglas Camarinha. **Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da common law e do sistema romanístico**. Revista CEJ. Brasília, Ano XIII, n. 46, jul/set 2009. pg. 76.

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. 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”.³⁴

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 dez. 2019.

SUMÁRIO³⁵

RESUMO.....	20
ABSTRACT	21
INTRODUÇÃO.....	22
1. CAPÍTULO 1: O VOLUME DE LITIGÂNCIA NO CENÁRIO BRASILEIRO.	25
1. CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS	25
2. ENTRADA E ACERVO DE PROCESSOS	26
3. ENFRENTAMENTO DO VOLUME DE LITIGÂNCIA	32
4. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	38
5. SEGURANÇA JURÍDICA	52
2. CAPÍTULO 2: O HIBRIDISMO ENTRE <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i> NO BRASIL	66
1. CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS	66
2. SISTEMAS JURÍDICOS.....	67
3. <i>CIVIL LAW</i>	72
3.1. As Codificações Modernas	74
3.2 Fontes Jurídica de <i>Civil Law</i>	75
3.2.1 Fontes Materiais	76
3.2.2 Fontes Formais	77
3.2.3 Fontes Informais	82
4. <i>COMMON LAW</i>	83
4.1. Fontes jurídicas do sistema anglo-americano	89
4.1.1 Fontes Primárias.....	89
4.1.2 Fontes Secundárias.....	91
5. O MODELO HÍBRIDO BRASILEIRO	91
3. CAPÍTULO 3: ENFRENTAMENTO DA LITIGÂNCIA MEDIANTE ARTICULAÇÃO DE FONTES JURÍDICAS.....	116
1. CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS	116
2. DIÁLOGO DAS FONTES	122
3. SISTEMA DOS PRECEDENTES	139
3.1. O problema da hermenêutica da decisão	139
3.2. Doutrina brasileira do Precedente	151
3.3. Obrigatoriedade dos Precedentes brasileiros	165
3.4. O sistema de Precedente brasileiro como condutos de segurança e celeridade	173
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	191
REFERÊNCIAS.....	198

³⁵ O presente Projeto é composto conforme: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 13. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015, especialmente p. 137-145.

RESUMO

A presente dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI em dupla titulação com a Widener University, de Wilmington, Delaware, Estados Unidos. Foi usado o método dedutivo de abordagem e como método procedimental a análise de dados estatísticos, bibliográfica, jurisprudencial e legal. Teve como objetivo estudar, a partir do gradiente numérico do Sistema Nacional de justiça, o Direito Processual Civil modificado pelo Código de Rito de 2015, sob uma perspectiva das fontes jurídicas, que transformaram o ordenamento jurídico pátrio de raízes na *civil law* para híbrido, conferindo maior segurança jurídica e auxiliando o enfrentamento do elevando volume de litigância. A investigação parte das seguintes hipóteses: a) o sistema jurídico brasileiro está caracterizado pelo fenômeno estatístico do excesso de litigância; b) o sistema jurídico brasileiro pode ser considerado um modelo híbrido entre o *civil law* e o *common law*, com características específicas; c) a utilização da fonte jurídica dos Precedentes, como elemento auxiliar e complementar na fixação da interpretação dos textos legais, ao conferir maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico, pode auxiliar no enfrentamento do excesso de litigância. O primeiro capítulo abordou a taxa de demandas nacional, produtividade e congestionamento processual, com especial atenção para ações de acesso à justiça, duração razoável do processo e segurança jurídica. Por sua vez, o segundo capítulo analisou os sistemas jurídicos *civil* e *common law*. Observadas as distinções traçaram-se os elementos do atual sistema jurídico híbrido brasileiro, a partir da Teoria Complexa do Direito do Professor Orlando Luiz Zanon Junior. No terceiro e último capítulo, com fundamento na adoção do Sistema de Precedentes a partir do CPC de 2015, a pesquisa debruçou-se sobre sua concepção, objetivos, fundamentos, além das hipóteses de vulneração à sua força vinculante. Por fim, trouxeram-se os elementos axiológicos legitimadores a conferir igualdade, segurança e celeridade ao Sistema de Justiça.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Sistema de Precedentes. Ordenamento Jurídico Híbrido.

ABSTRACT

This dissertation is part of the Constitutionalism and Law Production Research Line of the Stricto Sensu Graduate Program in Legal Science at the University of Vale do Itajaí-UNIVALI in double title with Widener University, of Wilmington, Delaware, United States. The deductive approach method was used and as a procedural method the analysis of statistical, bibliographic, jurisprudential and legal data. The objective was to study, based on the numerical gradient of the National Justice System, Civil Procedural Law modified by the 2015 Rite Code, from the perspective of legal sources, which transformed the legal system of roots in civil law to hybrid, giving greater legal certainty and helping to cope with the increased volume of litigation. The investigation starts from the following hypotheses: a) the Brazilian legal system is characterized by the statistical phenomenon of excessive litigation; b) the Brazilian legal system can be considered a hybrid model between civil law and common law, with specific characteristics; c) the use of the legal source of the Precedents, as an auxiliary and complementary element in setting the interpretation of legal texts, by providing greater legal certainty to the legal system, can assist in coping with excess litigation. The first chapter addressed the national demand rate, productivity and procedural congestion, with special attention to actions for access to justice, reasonable duration of the process and legal certainty. In turn, the second chapter analyzed the civil and common law legal systems. Observing the distinctions, the elements of the current Brazilian hybrid legal system were traced, based on the Complex Theory of Law of Professor Orlando Luiz Zanon Junior. In the third and last chapter, based on the adoption of the Precedent System from the CPC 2015, the research looked at its conception, objectives, fundamentals, in addition to the hypotheses of violation of its binding force. Finally, the axiological elements that brought legitimacy to equality, security and speed to the Justice System were brought.

Keywords: Civil Procedural Law. Precedent System. Hybrid Legal System.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali, com dupla titulação pela Widener University – Delaware Law School.

Por sua vez, o objetivo científico da pesquisa é analisar se a articulação das fontes jurídicas consistentes em legislação e precedentes pode auxiliar no enfrentamento tempestivo do elevando volume de litigância diagnosticado no sistema jurídico brasileiro, considerado como um modelo híbrido entre *civil law* e *common law*, sob a ótica da Teoria Complexa do Direito.

O presente estudo pretende responder a seguinte questão: O Sistema de Precedentes brasileiros refletirá maior Segurança Jurídica e conseqüentemente será instrumento de contenção às demandas repetitivas, de modo a viabilizar a razoável duração do processo?

Justifica-se que a relevância do tema não poderia ser mais atual, na medida em que se vivencia uma transição do ordenamento jurídico tradicional de *civil law* para híbrido, mediante adaptações de aportes da *common law*, vocacionado a conferir maior segurança jurídica ao Direito e por conseguinte aplacar a alta judicialização de conflitos repetitivos.

A necessidade de renovação se tornou urgente no Brasil com a explosão de acesso à justiça proveniente da redemocratização, a Constituição de 1988 e a impossibilidade de vazão pelo Poder Judiciário. Além disso, o mundo se modernizou e com ele a sociedade de massa e a expansão dos mercados mundiais, obrigando à análise do impacto na agilidade decisória que passa a refletir extraterritorialmente. A era virtual e a conseqüente conectividade global estende o alcance e a importância dos níveis de motivação departamental, ou seja, as decisões tomadas no Brasil afetam brasileiros e não brasileiros e logo serão cotejadas e confrontadas.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

Hipótese 1 – O sistema jurídico brasileiro está caracterizado pelo

fenômeno estatístico do excesso de litigância, com as peculiaridades fáticas daí decorrentes.

Hipótese 2 – O sistema jurídico brasileiro pode ser considerado um modelo híbrido entre o *civil law* e o *common law*, com características específicas.

Hipótese 3 – A utilização da fonte jurídica dos Precedentes, como elemento auxiliar e complementar na fixação da interpretação dos textos legais, ao conferir maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico, pode auxiliar no enfrentamento do excesso de litigância.

O resultado do trabalho e o exame das hipóteses está exposto na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se no Capítulo 1 pela análise do volume de litigância no cenário brasileiro, em que o contato com a judicialização da vida trouxe o efeito colateral do peso da morosidade jurisdicional nacional, de modo a encontrar subsídios para responder a hipótese 1, antes referida.

O primeiro capítulo trata da análise dos dados de demandas no Poder Judiciário nacional, a partir da base Justiça em Números 2019 do Conselho Nacional de Justiça³⁶, abordando principalmente a taxa de demandas, produtividade e de congestionamento processual, com especial atenção para ações de acesso à justiça e duração razoável do processo e segurança jurídica.

Pode-se apurar que o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, com freio numérico pela primeira vez registrado desde o início das aferições em 2009 de quase um milhão de processos, em sua maioria creditados à Reforma Trabalhista, responsável pelo decréscimo de 861 mil novos casos, os demais creditados à produtividade crescente dos demais Tribunais que chegou ao índice de 113%.

³⁶ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acessado em: 02/01/2020.

Revelando preocupação do legislador com um dos maiores entraves do funcionamento da justiça: a demora no julgamento dos processos, a Emenda Constitucional n. 45/2004 insere no texto constitucional o princípio da duração razoável do processo.

Não obstante os esforços Constitucionais de estabilização do Direito, a acepção de Estatal Social, promotora de direitos sociais e de igualdades, também o conduziu para o alargamento legislativo. No intuito de “assegurar” direitos, acabou por compor um arcabouço normativo de alta compleição e potencial desconhecimento que resultou em maior insegurança jurídica.

Em adição, para contribuir para mais insegurança, parte do Poder Judiciário deforma o Protagonismo decorrente do movimento constitucionalista em Ativismo e Decisionismo Judicial.

Para dar solução, desde o início da década de 1994 até 2006, operaram-se minirreformas processuais, pautadas na garantia de maior efetividade e segurança jurídicas.

O Capítulo 2, por seu turno, trata de estudar especificamente o hibridismo entre *civil law* e *common law* no Brasil, pois, em uma mudança de paradigma, o legislador processual civil brasileiro abandona a solução exclusiva do *civil law*, que enxerga na lei a segurança jurídica necessária ao Direito, e passa a adotar preceitos ligados à *common law* e realiza no ordenamento jurídico nacional uma revolução ao adaptar características do sistema de Precedentes alicerçados na *stare decisis*. Esta parte do texto está relacionada com a hipótese 2.

Países afiliados à família jurídica romano-germânica e outros à *common law* tiveram e têm relações jurídicas. Atualmente observa-se uma aproximação das culturas jurídicas de *civil law* por institutos de *common law* e vice-versa.

Para os países da família romano-germânica essa aproximação no período contemporâneo surge após a 2ª Guerra Mundial. O direito pós-guerra permaneceu legicêntrico, mas sob os influxos dos estudos do norte-americano Ronald Dworkin e do alemão Robert Alexy sobre a carga normativa dos princípios,

incluindo-os ao lado das leis, houve uma substancial mudança no alargamento do conceito de norma. O Direito passou a constituir-se de leis e princípios. A proposta pós-positivista de inclusão dos princípios, inseriu a acepção do Direito dos valores constitucionais, sobretudo da dignidade humana, aproximando-o do conceito de Justiça.

No Brasil, a Emenda Constitucional 45/2004 institui a Súmula Vinculante, o primeiro instituto com natureza jurídica ligada à *common law*. Após, o Código de Processo Civil de 2015 adota o Sistema de Precedentes.

A adoção do Sistema de Precedentes modifica as fontes jurídicas do sistema jurídico pátrio, transformando-o em híbrido – de *civil e common law*. As novas premissas categóricas de fontes jurídicas do sistema híbrido brasileiro refletem uma combinação bem específica e peculiar dos conjuntos de fontes dos dois sistemas e, consequentemente de norma jurídica.

Para afastar a insegurança jurídica do Direito brasileiro, o ordenamento jurídico pátrio adota o sistema de Precedentes, num diálogo de complementariedade com a lei positiva, transformando o sistema jurídico tradicionalmente romano-germânico (*civil law*) em híbrido, com a peculiar característica de precessão da lei, quando o juiz em seu mister de interpretar o Direito deve mesclar lei e precedentes para concepção da norma ao caso concreto. Os Precedentes como fonte jurídicas formais do sistema jurídico híbrido, mas posicionado hierarquicamente logo abaixo dos Textos Normativos e dos Princípios Jurídicos, na lição de Zanon Jr em sua Teoria Complexa do Direito.

Já o Capítulo 3 discorre sobre o enfrentamento da litigância mediante a utilização dos Precedentes, quando, atualmente, concebe-se um Código Processual que confere extraordinária importância à jurisprudência como instrumento de segurança jurídica e de enfrentamento às demandas repetidas, determinando que os tribunais a uniformizem, mantenham-na estável, íntegra e coerente, editando enunciados de súmulas para universalizar o seu acesso. Nesse capítulo, será buscada uma resposta para a hipótese 3.

Com inspiração na *common law* e em seu primado da *stare decisis* como fundamento de segurança jurídica, a doutrina nacional do Precedente é prevista como de criação dos Tribunais Superiores e demais Tribunais, com obrigatoriedade para seus membros e órgãos bem como para toda cadeia jurisdicional abaixo deles.

A aplicação padronizada da jurisprudência estabilizada e vinculante a casos semelhantes desencoraja o ajuizamento de lides temerárias, otimizando a prestação jurisdicional. Isso porque o Direito previsível e a entrega da célere da decisão judicial materializam as carências por segurança jurídica e duração razoável do processo.

Para tanto, o maior desafio dos juízes que compõem os Tribunais é o de utilizar em suas decisões fundamentos universalizáveis, não particularistas, que possam ser replicados em decisões futuras, promovendo-se, com isso, a dispensa de tratamento isonômico aos jurisdicionados. Isso porque o reconhecimento dos Tribunais como Cortes de Precedentes lhes torna responsáveis também pela criação de direito na medida em que dão concretude aos dispositivos legais. Aos magistrados das instâncias inferiores corresponde o dever de justificar de maneira adequada a aplicação da *ratio decidendi* do julgado anterior, porque a aplicação desarrazoada de um Precedente judicial produz decisões tão injustas como aquelas que aplicam a lei para fatos nela não previstos.

O CPC de 2015 apresenta um sistema orgânico e funcional de tratamento de casos idênticos, com vistas ao julgamento conjunto da questão de direito que lhes seja comum. Desta feita, além do julgamento de recurso extraordinário e recursos especial repetitivos, cuja disciplina é aprimorada, inovou-se com o incidente de resolução de demandas repetitivas³⁷, deixando clara a sua vocação ceifadora de demandas seriais.

Em que pese a coexistência no sistema de Precedentes entre Precedentes obrigatórios e enunciativos, o estabelecimento de norma que impõe aos tribunais o dever de manterem sua jurisprudência estável e íntegra, bem como

³⁷ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 564.

a observância dos Precedentes em geral por si estabelecidos e pelos tribunais superiores, acaba por criar ambiente que afasta o espaço para tergiversações ou vacilações de entendimentos, trazendo segurança jurídica e consigo eficiência.

A Dissertação finaliza com as Considerações Finais, oportunidade em que são trazidos à tona os aspectos destacados da pesquisa, com as respostas para as hipóteses.

A cristalização de entendimentos jurisprudenciais faz diminuir a litigiosidade, a medida que torna evidente para os contendentes a solução para determinada modalidade de questionamento fático. Todavia, tal redução dependerá da força coercitiva que a própria jurisdição conferirá aos seus julgados, o contrário exigirá mais recursos humanos e econômicos para a realização de uma justiça que resolve pontualmente cada problema, restaurando a forma simples Estado.

Portanto, sob suportes axiológicos claros, o sistema de Precedentes alicerçado no princípio da igualdade, segurança jurídica, motivação das decisões e contraditório, é introduzido no sistema jurídico brasileiro como fato jurídico que promove a criação do Direito, assentado que está em uma norma surgida em caso concreto, com aptidão a universalizar-se.

O Método utilizado foi o dedutivo, e as técnicas empregadas foram as pesquisas bibliográfica e documental.

Ressalta-se que, no decorrer da Dissertação, os conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial, bem como no fluir do texto. Destaca-se o uso de citações indiretas, com indicação das referências em nota de rodapé, quando as ideias dos autores citados foram incorporadas ao texto, bem como a utilização de citações diretas para os trechos nos quais o objetivo era preservar a ideia original dos autores citados.

CAPÍTULO 1

LITIGÂNCIA, MOROSIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA NO CENÁRIO BRASILEIRO

1. CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS

O presente capítulo objetiva apresentar e contextualizar os problemas da litigância, da morosidade e da falta de segurança jurídica no cenário brasileiro. Inicia-se com a demonstração quantitativa do Anuário do Conselho Nacional de Justiça, Justiça em Números 2019. Dele se pode apurar que o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, com freio numérico pela primeira vez registrado desde o início das aferições em 2009 de quase um milhão de processos, em sua maioria creditados à Reforma Trabalhista, responsável pelo decréscimo de 861 mil novos casos, os demais creditados à produtividade crescente dos demais Tribunais que chegou ao índice de 113%.

Obtêm-se, também, os índices de produtividade de cada ramo da justiça, com destaque para a Justiça dos Estados, por comportar o maior acervo de 80% dos processos pendentes de julgamento, contra 12,8% da Justiça Federal, 6,2% da Justiça Trabalhista e outros 1% dos demais seguimentos somados. Números que, em leitura absoluta, determinam que sem ingressar nenhuma nova demanda e, mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 10 meses de trabalho para zerar o estoque. Por interesses geográfico e de pertinência, destaca-se, ainda, o desempenho do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que terminou 2019 tendo julgado 989.249 processos, correspondente a um acréscimo de 14,8% em relação às 857.805 ações julgadas em 2018. Apesar do aumento do número de sentenças, a demanda pela solução de novos conflitos também cresceu, em 2019 o Judiciário Catarinense recebeu 1.295.886 novas ações, um número 10,9% maior do que o registrado em 2018, de 1.169.033. Embora o acervo dos processos no Estado tenha se reduzido em 4,4%, quando em 31 de dezembro de 2018 era de 3.512.204 processos, em 2019 caiu

para 3.355.284³⁸.

As mazelas atribuídas ao sistema processual, como a demora procedimental, o alto custo, a formalidade excessiva, a baixa eficiência e o arraigamento de práticas, ganha argumentos sedutores a fim de deslocar a finalidade do processo e justificar soluções miraculosas, por meio de alteração legislativa ou de heroísmo do juiz, culminando em mais insegurança jurídica. Para aplacar as altas taxas de judicialização demonstradas, creditadas ao novo momento do pensamento filosófico jurídico, à redemocratização e acesso à justiça, reformas processuais e até mesmo no Poder Judiciário foram operadas, no afã de solucionar as crises de morosidade e segurança jurídica instaladas.

As reformas processuais de 1994/2006 auxiliam na fluidez processual e até mesmo em seu sincretismo, mas não o bastante. O Conselho Nacional de Justiça, responsável pela unicidade ao Poder Judiciário, órgão de disciplina e controle, irá eleger, disciplinar e controlar a política de enfrentamento de acervos, também insuficientes, embora em números absolutos tenha obtido um número robusto de 113% na produtividade nacional.

Em uma mudança de paradigma, o legislador brasileiro abandona a solução do *civil law*, que enxerga na lei a segurança jurídica necessária ao Direito, e passa a adotar preceitos ligados à *common law* e realiza no ordenamento jurídico brasileiro uma revolução ao adotar Precedentes alicerçados na *stare decisis*, com ele pretendendo dar integridade e coerência ao Direito, elementos indissociáveis da perseguida segurança jurídica. Com ela, otimização dos trabalhos com a aplicação padronizada da jurisprudência estabilizada a casos semelhantes, além do desencorajamento de lides temerárias pela obrigatoriedade dos Precedentes.

2. ENTRADA E ACERVO DE PROCESSOS

O Poder Judiciário já não passa despercebido nem é visto com indiferença devido à redemocratização do país, com recuperação das liberdades democráticas e garantias da magistratura. Juízes e Tribunais deixaram o

³⁸ SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/produtividade-dos-juizes-em-santa-catarina-cresce-14-8-ao-longo-de-2019>> Acesso em: 27/01/2020.

departamento técnico para dividir o espaço político com os poderes Legislativo e Executivo. A ascensão institucional do Judiciário levou ao aumento da demanda por justiça³⁹.

A marcha do século XX na direção do Estado Social fez com que o pêndulo da tutela jurisdicional se deslocasse do campo estritamente individual para o coletivo. A ascensão dos direitos de terceira geração repercutiu amplamente na seara do direito processual civil, tendo ensejado uma grande efervescência na comunidade jurídica⁴⁰ e consequentemente uma explosão de demandas.

Segundo dados extraídos da principal fonte estatística oficial do Conselho Nacional de Justiça, o anuário Justiça em Números 2019⁴¹, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação. Desses, 14,1 milhões, ou seja, 17,9%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, desconsiderados tais processos, tem-se em andamento ao final do ano de 2018, 64,6 milhões ações judiciais.

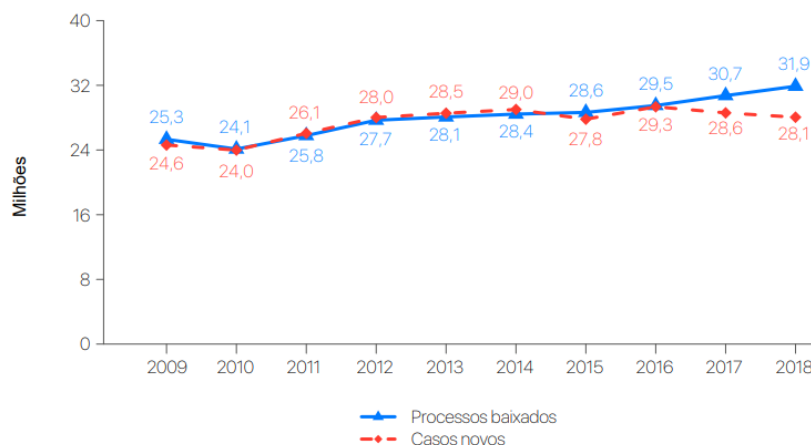
Investigando os últimos dois anos estatísticos, pode-se observar um freio numérico no ano de 2017. Em 2018 houve redução efetiva no volume de casos pendentes de julgamento, com queda de quase um milhão de processos judiciais, configurando um Índice de Atendimento à Demanda, instrumento que afere a relação entre o que se baixou e o que ingressou, de 113,7%, conforme se pode melhor observado no gráfico oficial⁴².

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo, 2016. pgs. 511/512.

⁴⁰ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 560.

⁴¹ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em:<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. p. 79.

⁴² BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em:<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. p. 79.



O decréscimo processual foi creditado ao desempenho da Justiça do Trabalho, com queda de 861 mil novos processos, podendo o bom desempenho estar relacionado à Reforma Trabalhista. Não obstante as razões, houve redução no estoque de 656 mil processos⁴³.

Durante o ano de 2018, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 28,1 milhões de processos e foram baixados⁴⁴ 31,9 milhões. Houve decréscimo dos casos novos em -1,9%, com aumento dos casos solucionados em 3,8%⁴⁵.

Registra-se, também, que a Justiça Estadual detém 80% dos processos pendentes de julgamento, contra 12,8% da Justiça Federal e outros 6,2% da Justiça Trabalhista. Os demais segmentos juntos acumulam 1% dos casos. Infelizmente, da leitura absoluta desses números, nota-se que mesmo que não houvesse ingressado nenhuma nova demanda e, mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 6 meses de trabalho

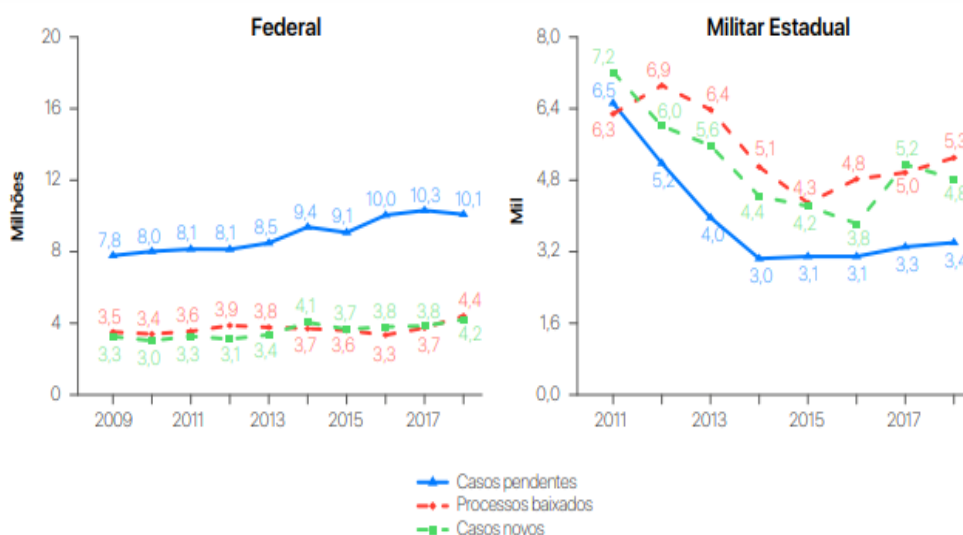
⁴³ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf> > Acesso em: 02/01/2020. p. 79.

⁴⁴ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução número 76 (2015)**. Brasília, DF. **Diário da Justiça**, Distrito Federal, 6 nov. 2015. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/110> > Acesso em: 24/02/2020. “Consideram-se baixados os processos: • Remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; • Remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; • Arquivados definitivamente; • Em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução.”

⁴⁵ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf> > Acesso em: 02/01/2020. p. 79.

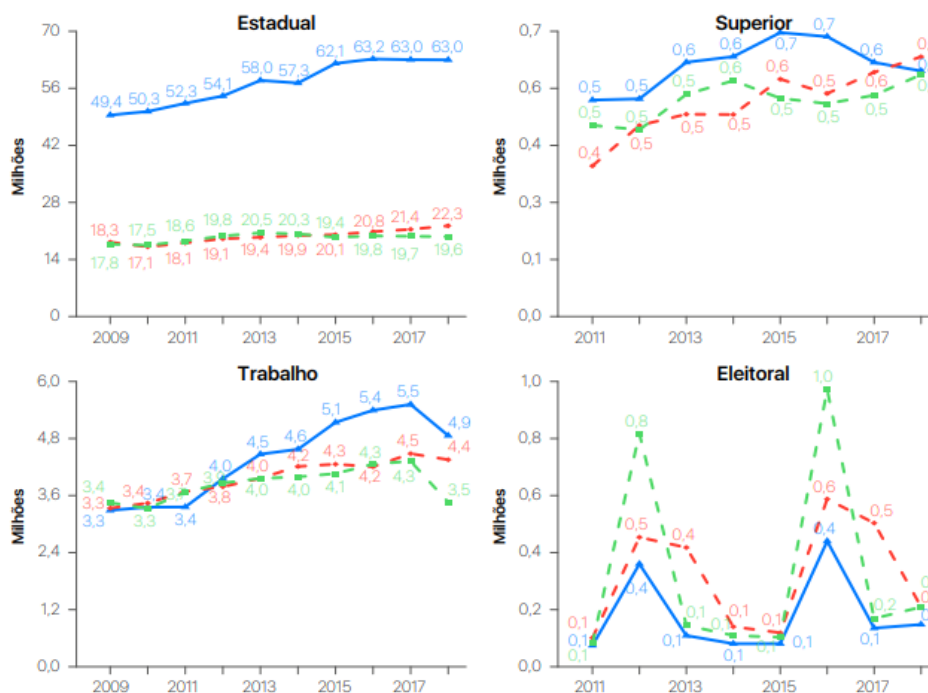
para zerar o estoque. Esse indicador é denominado pelo CNJ como “Tempo de Giro do Acervo”⁴⁶.

O tempo de giro do acervo na Justiça Estadual é de 2 anos e 10 meses, na Justiça Federal é de 2 anos e 4 meses, na Justiça do Trabalho é de 1 ano e 1 mês, na Justiça Militar Estadual é de 7 meses e nos Tribunais Superiores é de 11 meses, nos termos da representação que se segue⁴⁷.



⁴⁶ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. p. 80

⁴⁷ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. p. 80



Por outro lado, a taxa de congestionamento processual⁴⁸ apresentou redução nos últimos 2 anos, com taxa superior somente ao índice verificado no ano de 2009. Assim, somente no ano de 2018 houve redução de um ponto percentual, fato bastante positivo e, até então, nunca antes observado, posto que ao longo de 9 anos de aferição, a taxa de congestionamento havia variado apenas 0,6 ponto percentual⁴⁹.

Na Justiça Estadual, a taxa de congestionamento é de 73,9%, com índices oscilantes entre 53,5% (TJRR) a 82,1% (TJSC)⁵⁰. Na Justiça do Trabalho,

⁴⁸ “A taxa de congestionamento mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitando no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos. A taxa de congestionamento líquida, por sua vez, é calculada retirando do acervo os processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório.” BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. p.95.

⁴⁹ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. p.95.

⁵⁰ O TJSC contesta a sua classificação, sob a alegativa de que a metodologia aplicada pelo CNJ não é adequada, porquanto considerada a taxa de congestionamento bruta. A Justiça Estadual Catarinense afirma que o adequado seria considerar a taxa de congestionamento líquida, pois melhor reflete o desempenho da jurisdição ao incluir dentre os processos baixados aqueles de execução

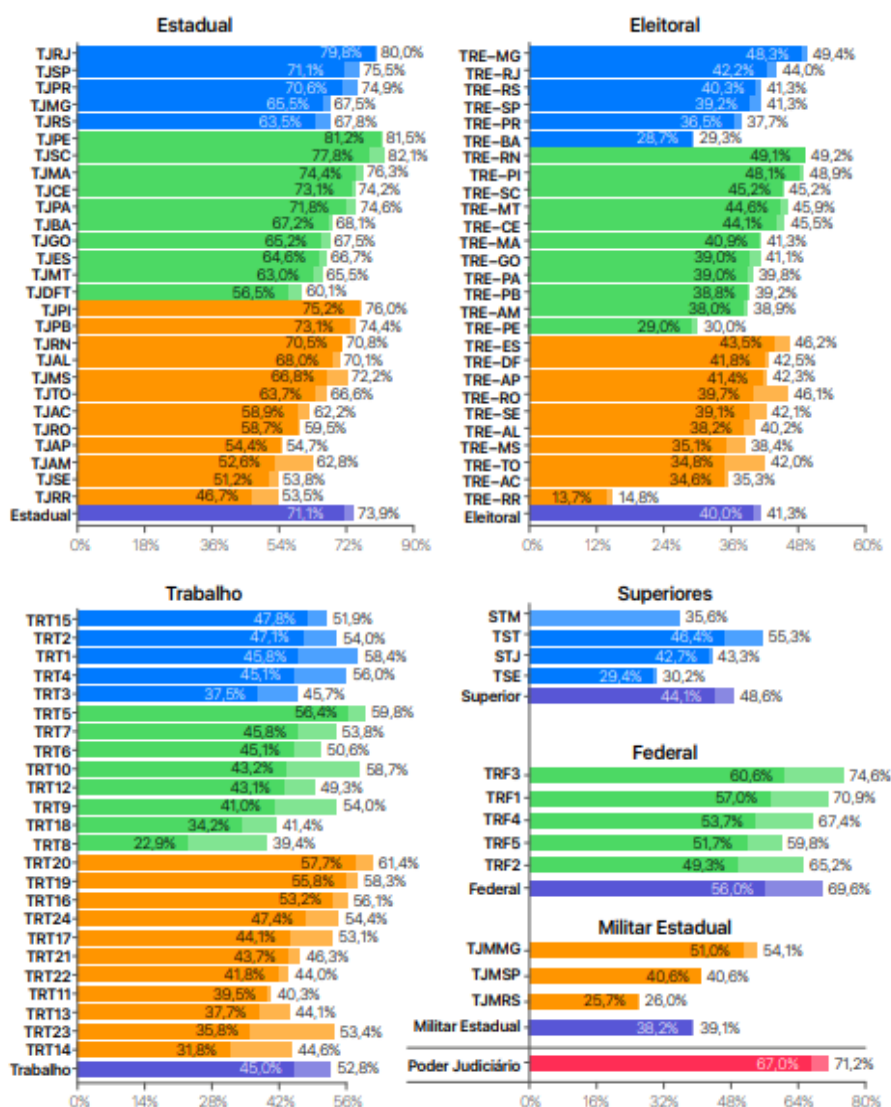
com taxa de congestionamento de 52,8%, os índices partem de 39,4% (TRT8) e chegam a 61,4% (TRT20), e na Justiça Federal, com 69,6% de congestionamento, a menor taxa está no TRF5 (59,8%) e a maior, no TRF3 (74,6%). Exceto pela Justiça Eleitoral, que possui características sazonais em razão dos anos eleitorais, todos os demais segmentos de justiça conseguiram reduzir suas taxas de congestionamento. A maior redução foi na Justiça Federal (3,8 pontos percentuais), o seguimento jurisdicional com o maior número de processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório.⁵¹

A taxa de congestionamento total e líquida, por tribunal, é representada no diagrama a seguir⁵².

“arquivados administrativamente”, em que não se encontrou bens e se aguarda a prescrição intercorrente, sem quaisquer outras medidas a serem adotadas pela jurisdição.

⁵¹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/012020. p.95.

⁵² BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/012020. p.98.

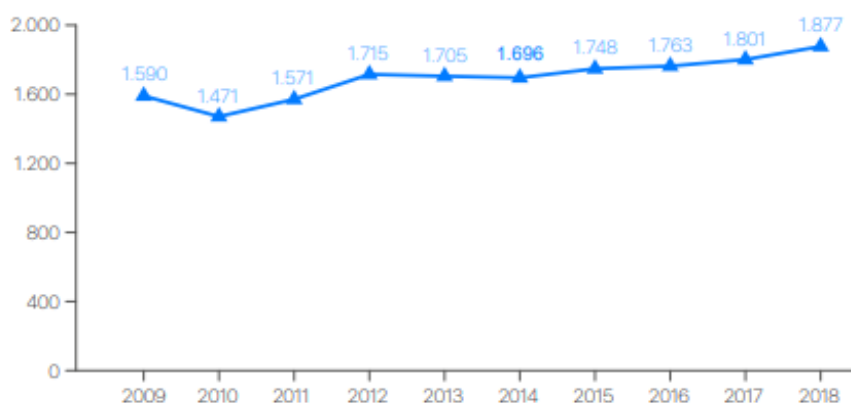


3. ENFRETAMENTO DO VOLUME DE LITIGÂNCIA

Os atuais índices de produtividade dos magistrados servidores são calculados pela relação entre o volume de casos baixados e o número de magistrados e servidores que atuaram durante o ano na jurisdição. A carga de trabalho indica o número de procedimentos pendentes e resolvidos no ano, incluindo não somente os processos principais, como também os recursos internos e os incidentes em execução julgados e em trâmite. Para os magistrados, o volume de processos médio sob sua gestão foi de 6.775 em 2018 (aumento de 4,2%). Para os

servidores, houve crescimento na ordem de apenas 0,1%, segundo o CNJ⁵³.

No período de 4 anos, a produtividade aumentou em 10,7%, alcançando a média de 1.877 processos baixados por magistrado em 2018, ou seja, uma média de 7,5 casos solucionados por dia útil do ano, sem descontar períodos de férias e recessos⁵⁴, conforme figura abaixo extraída do próprio anuário do CNJ Justiça em Números:

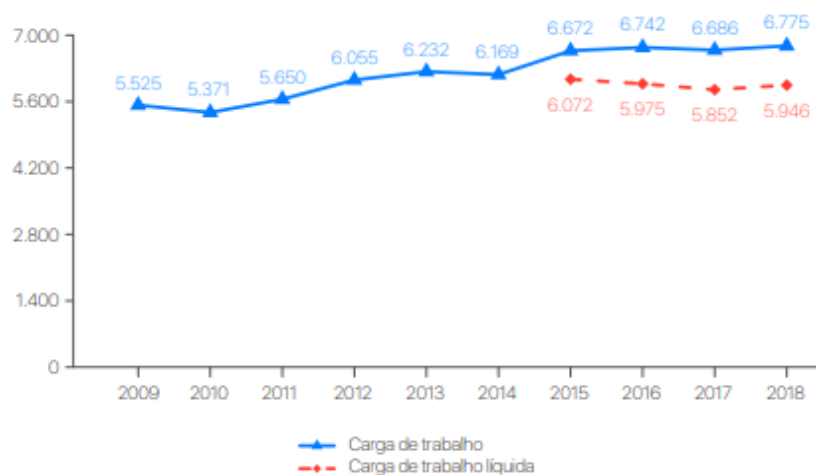


Analisando a produtividade por segmento jurisdicional, pode-se inferir que no âmbito da Justiça Estadual, a maior produtividade está no TJRJ, com 3.339 processos baixados por magistrado componente, enquanto a menor, no TJPB, com 828, ou seja, uma diferença de 2.511. Diferenças significativas também são encontradas na Justiça Federal, em que a variação entre o TRF mais produtivo e menos produtivo é de 1.131 processos. Na esfera da Justiça do Trabalho existem diferenças, mas em menor magnitude, por isso o maior valor foi alcançado no TRT22 com 1.983 processos baixados por magistrado e o menor, no TRT14 com 642, nos termos esquematizados abaixo⁵⁵.

⁵³ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. p.88.

⁵⁴ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. p.89.

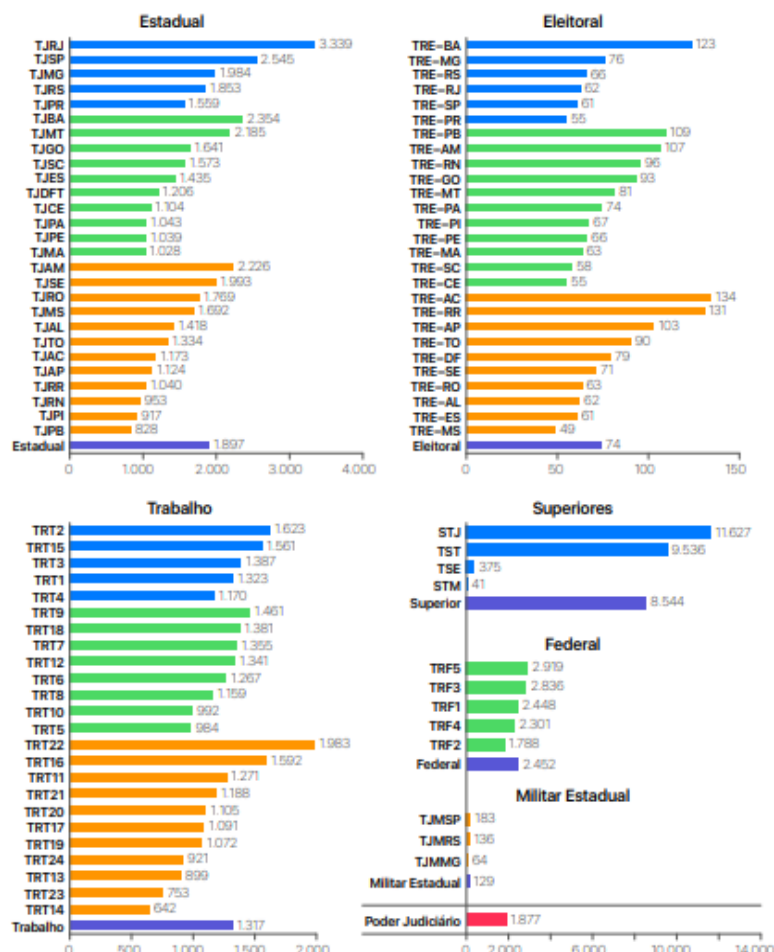
⁵⁵ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em:



A série histórica de mensuração de produtividade por ramo da Justiça vem escalonada assim pelo CNJ⁵⁶:

02/01/2020. p.89.

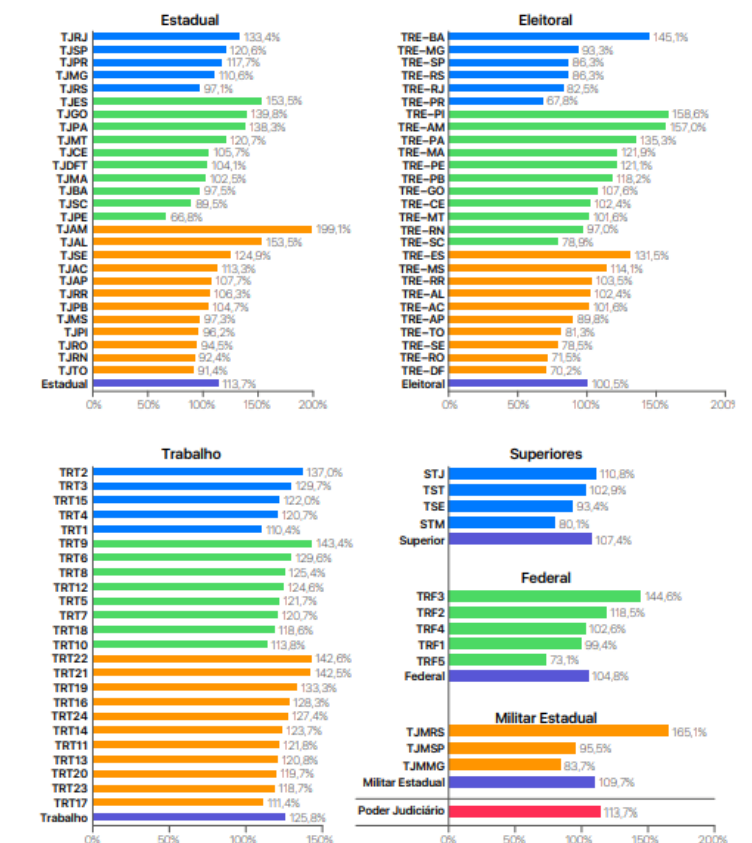
⁵⁶ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em:<
<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em:
 02/01/2020. p. 91.



O indicador global no Poder Judiciário aponta para o alcance de 113,7% de índice de solução de processos no ano de 2018, consistente na relação entre o número de processos baixados e que ingressaram, culminando em redução do estoque em 936 mil processos. Pela primeira vez na última década, todos os ramos de justiça superaram o patamar mínimo desejável de 100% no IAD57, com destaque para a Justiça do Trabalho, que baixou 125,8% dos casos novos e com todos os 24 TRTs registrando índices acima de 100%. A Justiça Estadual possui os menores e maiores indicadores dentre os 90 tribunais sindicados, com 66,8% no TJPE e 199,1% no TJAM⁵⁸.

⁵⁷ Índice de Atendimento à Demanda (IAD): instrumento que afere a relação entre o que se baixou e o que ingressou de processos judiciais. BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. p. 79.

⁵⁸ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em: <



O Poder Judiciário de Santa Catarina terminou 2019 com números positivos, os magistrados de 1º grau divididos nas 111 comarcas julgaram 989.249 processos no ano de 2019, correspondente a um acréscimo de 14,8% em relação às 857.805 ações julgadas em 2018. A maior parte dos conflitos apreciados é da competência cível, que foi responsável por 236.063 sentenças, na sequência estão as execuções fiscais, com 157.910 processos⁵⁹.

Apesar do aumento do número de sentenças, a demanda pela solução de novos conflitos também cresceu. Em 2019, o Judiciário Catarinense recebeu 1.295.886 novas ações, um número 10,9% maior do que o registrado em 2018, de 1.169.033. A esfera cível continua como a mais demandada pelos Catarinenses, com 260.900 novos processos, a competência criminal aparece logo atrás, com

<https://www.cnj.ius.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. p. 95.

⁵⁹ SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.tjsc.ius.br/web/imprensa/-/produtividade-dos-juizes-em-santa-catarina-cresce-14-8-ao-longo-de-2019>> Acesso em 27/01/2020.

154.669 ações⁶⁰.

O acervo dos processos no Estado teve uma redução de 4,4%, quando em 31 de dezembro de 2018 era de 3.512.204 processos, em 2019 o acervo caiu para 3.355.284⁶¹.

A alta taxa de digitalização do acervo e ingresso de novos processos em meio digital⁶² fez com o TJSC aumentasse a sua produtividade, superando até mesmo tribunais de grande porte,⁶³ durante a suspensão do expediente presencial e adoção do trabalho em modelo de *home office* decorrente da Pandemia causada pela COVID-19.⁶⁴

A empurrar à locomotiva nacional pela produtividade, durante o ano de 2018, apenas 16,2% do total de processos novos ingressaram fisicamente; em apenas um ano, entraram 20,6 milhões de casos novos eletrônicos. Nos 10 anos cobertos pela sindicabilidade do CNJ, foram protocolados, no Poder Judiciário, 108,3 milhões de casos novos em formato eletrônico, caracterizando uma curva sempre ascendente e notória do percentual de casos novos em formato eletrônicos, configurando um percentual de adesão que já atinge 83,8% dos casos novos⁶⁵.

Adentrando às esferas de jurisdição, destaca-se a Justiça Trabalhista com maior índice de virtualização dos processos, ou seja, 100% dos casos novos eletrônicos no TST e 97,7% nos Tribunais Regionais do Trabalho, sendo 93,6% no 2º grau e 99,9% no 1º grau. Na Justiça Eleitoral, houve adesão apenas em alguns

⁶⁰ SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/produtividade-dos-juizes-em-santa-catarina-cresce-14-8-ao-longo-de-2019>> Acesso em 27/01/2020.

⁶¹ SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/produtividade-dos-juizes-em-santa-catarina-cresce-14-8-ao-longo-de-2019>> Acesso em: 27/01/2020.

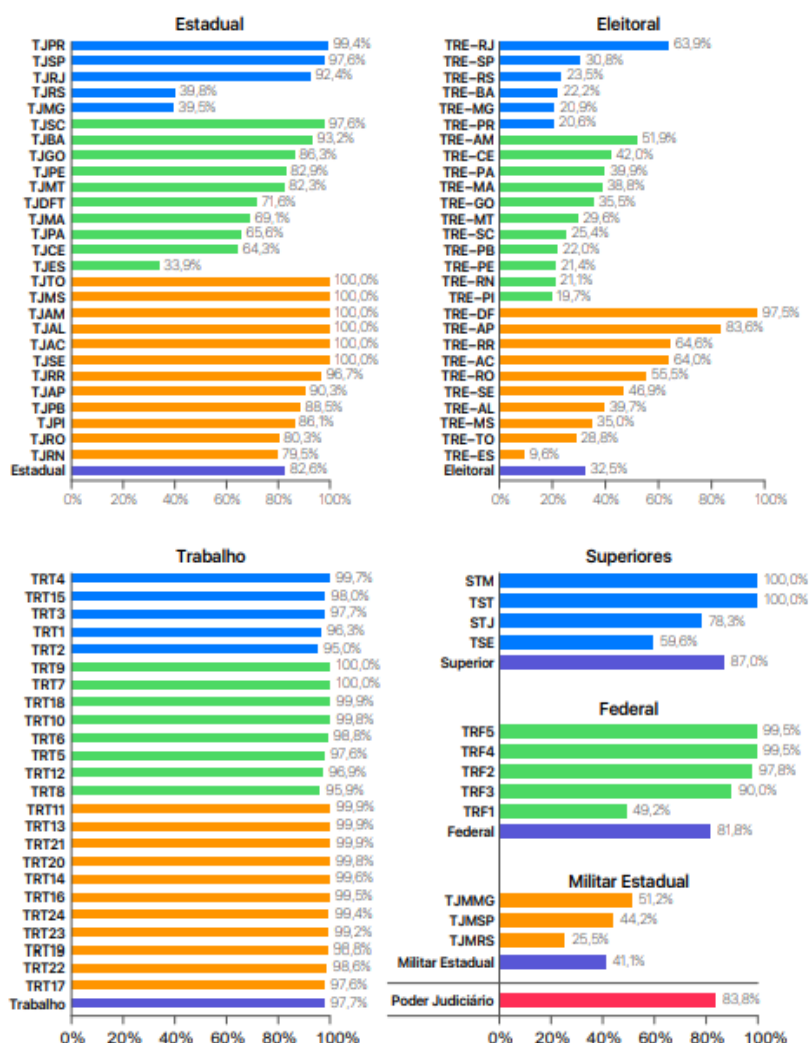
⁶² No TJSC o processo eletrônico foi implantado em 2013, por meio da Resolução Conjunta n. 3/2003-GP/CGJ, sob a plataforma de software onerosa SAJ-5. Em 2018 a Resolução Conjunta n. 5/2018-GP/CGJ passa a adotar a plataforma de software gratuita e desenvolvida pela Justiça Federal Eproc.

⁶³ SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/servidor/coronavirus/produtividade-semanal-do-pjsc>> Acesso em: 16/07/2020.

⁶⁴ A Resolução 10/2019-GP instituiu o *home office* no Poder Judiciário Catarinense em decorrência da Pandemia por COVID-19 (Coronavírus).

⁶⁵ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. p. 95.

poucos tribunais. A Justiça Militar Estadual começou a implantação do processo eletrônico ao final de 2014, mas ainda abarca apenas 41,1% dos casos novos. Na Justiça Federal, 81,8%, e na Justiça Estadual, 82,6%, com destaque para seis Tribunais Estaduais que alcançaram 100% de processos eletrônicos novos nos dois graus de jurisdição: TJAC, TJAL, TJAM, TJMS, TJSE, TJTO⁶⁶.



4. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O tema acesso à justiça⁶⁷ é assunto que integra um dos grandes dilemas

⁶⁶ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.ius.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. p. 95 e 96.

⁶⁷ “Acesso à justiça é expressão aberta e plurissignificativa [...] Hoje, existem basicamente duas visões preponderantes sobre como o acesso à justiça, no sentido que esta deve ser entendida em

do mundo jurídico contemporâneo, podendo ser analisando sob variados enfoques, desde concepções sobre processo judicial como instrumento de resolução de conflitos até o campo da política e justiça social⁶⁸.

Cappelletti vaticina que o acesso à justiça tem sofrido transformações importantes, acarretando uma mudança no ensino do processo civil. Nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX significa essencialmente o direito formal do indivíduo demandado de contestar uma ação. O Estado, por seu turno, não precisava preocupar-se com questões de legitimidade e ampla defesa, uma vez que não era tarefa estatal a garantia da utilização plena da justiça. Ademais, a justiça tinha um custo e não havia mecanismo para assistência aos pobres. Entretanto, a medida que os conceitos de direitos humanos ganharam corpo, passaram a refletir também no direito ao acesso à Justiça.⁶⁹

Integrante da categoria de direitos humanos, o acesso à justiça encontra-se positivado em declarações internacionais como na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e nas constituições de inúmeros países e é considerado até mesmo implícito dentro do sistema de separação de poderes e inerente ao devido processo legal⁷⁰. O sistema brasileiro comporta a

acepção mais restrita, como acesso ao Poder Judiciário. A segunda, mais ampla, liga-se à necessidade de que o sistema jurídico leve a resultados individual e coletivamente justos." GUISI, Marco Aurélio Machado; SIEGEL, Frederico Andrade; FREITAS, Juarez; PÓVOAS, Maurício Cavallazzi; MARCOS, Rudson; BERNARDES, Júlio César; TERRES, Sônia Maria Mazzetto Moroso; MAURÍCIO JUNIOR, Alceu; MELIM, Claudio; CELANT, João Henrique Pickcius; FARAH, Paulo Eduardo Huergo; ENZWEILER, Romano José; SALLES, Bruno Makowiecky. **O Judiciário como Instância de Governança e Sustentabilidade: Descobertas, dúvidas e discordâncias.** Florianópolis: EMais, 2018. pg. 277.

⁶⁸ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. **A insurreição da Aldeia Global contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos sobre a opressão e a liberação judiciais do meio ambiente e do consumidor.** *Apud* GUISI, Marco Aurélio Machado; SIEGEL, Frederico Andrade; FREITAS, Juarez; PÓVOAS, Maurício Cavallazzi; MARCOS, Rudson; BERNARDES, Júlio César; TERRES, Sônia Maria Mazzetto Moroso; MAURÍCIO JUNIOR, Alceu; MELIM, Claudio; CELANT, João Henrique Pickcius; FARAH, Paulo Eduardo Huergo; ENZWEILER, Romano José; SALLES, Bruno Makowiecky. **O Judiciário como Instância de Governança e Sustentabilidade: Descobertas, dúvidas e discordâncias.** Florianópolis: EMais, 2018. pg. 278, 279 e 280.

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. pgs. 09/10.

⁷⁰ GUISI, Marco Aurélio Machado; SIEGEL, Frederico Andrade; FREITAS, Juarez; PÓVOAS, Maurício Cavallazzi; MARCOS, Rudson; BERNARDES, Júlio César; TERRES, Sônia Maria Mazzetto Moroso; MAURÍCIO JUNIOR, Alceu; MELIM, Claudio; CELANT, João Henrique Pickcius; FARAH, Paulo

fundamentalidade de tal direito, previsto em nível Constitucional no art. 5º, XXXV⁷¹.

Explicando a origem do acesso linear à justiça, Marinoni ensina que o Direito Liberal imaginava que para garantir a liberdade do homem deveria intervir o mínimo possível na esfera particular, conformando com uma ideia de igualdade formal. Como as particularidades sociais eram ignoradas, o Estado Liberal legislava para um cidadão “sem rosto”, ou padronizado, evidenciando uma série de discriminações e injustiças. Por sua vez, o Poder Judiciário, dentro da lógica liberal, aplicava unidade procedimental, ou melhor, um único procedimento para atender a tudo e a todos.⁷²

Lamy ensina que a difundida crise da jurisdição brasileira funda-se na litigiosidade da cultura luso-brasileira, no grande número de feitos a serem julgados, no insuficiente número de magistrados, na estrutura inadequada do judiciário, na universalização do procedimento comum ordinário, na multiplicação de decisões díspares sobre uma mesma questão de direito, no descrédito da população, sintetizados na demora da prestação jurisdicional.⁷³

Corolário da evolução do acesso à justiça, a duração razoável do processo passa a previsão Constitucional pela emenda 45/2004, encontrando assento no art. 5º, LXXVIII⁷⁴, apesar de que o Pacto de San José da Costa Rica⁷⁵,

Eduardo Huergo; ENZWEILER, Romano José; SALLES, Bruno Makowiecky. **O Judiciário como Instância de Governança e Sustentabilidade: Descobertas, dúvidas e discordâncias**. Florianópolis: EMais, 2018. pg. 278.

⁷¹ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2020.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pgs. 44 e 45.

⁷³ LAMY, Eduardo de Avelar. **Súmula Vinculante: um desafio**. Revista de Processo, vol. 120, fev / 2005. Revista dos Tribunais on line. 2005.

⁷⁴ “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)) BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 dez. 2019.

⁷⁵ “em seu art. 8º, usa a expressão ‘praz o razoável’” TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pgs. 417.

referindo-se ao direito de toda pessoa ser ouvida por um juiz ou tribunal competente.

de 1969, ratificado pelo Brasil, já o consagrasse,⁷⁶ mas talvez porque, “embora o acesso à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico em modernas sociedades, o conceito de efetividade é, por si só, algo vago.”⁷⁷

O Ministro Catarinense do Superior Tribunal de Justiça, Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, quando ainda Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina disse: justiça tardia não é justiça, é consolação.

Sequer aos leigos em temáticas típicas das ciências jurídicas é desconhecida a eterna luta, travada sem tréguas pelos operadores do direito, na busca da efetividade da prestação jurisdicional, vez que, como igualmente tornou-se voz comum, perdoe-se aqui o emprego do dito popular, “Justiça tardia não é Justiça”, pois esta, entregue a destempo, mais tem de consolação do que verdadeiramente de reparação ou restauração.⁷⁸

Para o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, a Reforma do Judiciário capitaneada pela EC 45/2004 assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. O direito ao julgamento sem dilações indevidas, passou a qualificar-se como prerrogativa fundamental decorrente da garantia constitucional do *due process of law*.⁷⁹

Essas reformas objetivaram, basicamente, modernizar a atuação do Poder Judiciário através de uma atuação mais rápida e efetiva na prestação jurisdicional adequada. Para tanto, notadamente com a criação do Conselho Nacional de Justiça - órgão permanente de planejamento e reflexão, capaz de plasmar o modelo de Judiciário que se deseja, a municiá-lo de alternativas e a fixar a política judiciária a ser adotada, observa-se um aumentar no número de juízes; investimento no aprimoramento dos magistrados e no corpo dos seus demais servidores; melhora nos critérios de recrutamento dos magistrados; aumento dos investimentos no aparelhamento do Poder Judiciário; valorização dos juizados

⁷⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Curso de direito processual civil. Vol 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte) 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.pg. 72.

⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. pg. 15.

⁷⁸ BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Prefácio à obra de TEIXEIRA, Odelmir Bilhalva. **Súmula vinculante: perigo ou solução**. Campinas: Russell Editores, 2008. pg. 11.

⁷⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. pg. 187.

especiais e incentivo aos mecanismos alternativos de soluções de conflitos; integração com o Poder Legislativo e Executivo, sem prejuízo da participação de setores da comunidade jurídica para superar o formalismo excessivo da processualística brasileira, com mudança no processo de execução, simplificação do sistema recursal, inclusive com redução das vias impugnativas.⁸⁰

O art. 4º⁸¹ do Código de Processo Civil de 2015 repete o dispositivo Constitucional, acrescentando que ele se aplica, também, à fase satisfativa de cumprimento de sentença.

A positivação da duração razoável do processo revela a preocupação geral do legislador com um dos maiores entraves do funcionamento da justiça: a demora no julgamento dos processos. Boa parte das alterações e acréscimos havidos na legislação processual, nos últimos anos, têm por fim buscar uma solução mais rápida para os conflitos. Esse princípio se dirige, em primeiro lugar, ao legislador, que deve cuidar de editar leis que acelerem o andamento dos processos e, em segundo lugar, aos Tribunais, que deverão zelar pela manutenção dos órgãos judiciários, aparelhando-os de sorte a dar efetividade à norma constitucional e, por fim, aos juízes, que, no exercício de suas atividades, devem diligenciar para que o processo caminhe para uma solução rápida.⁸²

O fator tempo é uma variável que preciso ser dimensionada, do contrário resulta efeitos idênticos ou até mais danosos que o de negativa de acesso à justiça. As partes em litígio buscam uma solução e muitas das vezes esperam por dois, três ou mais anos. Os efeitos da delonga podem ser devastadores, aumentando o custo da demanda e funcionando de elemento de pressão para o economicamente mais fraco abandonar a causa ou a aceitar acordos vis.⁸³

⁸⁰ BUZZI, Marco Auréli Gastaldi. Prefácio à obra de TEIXEIRA, Odelmir Bilhalva. **Súmula vinculante: perigo ou solução**. Campinas: Russell Editores, 2008. pg. 17,18.

⁸¹ As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil do Brasil**. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 fev. 2020.

⁸² GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Curso de direito processual civil. Vol 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte) 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.pg. 72.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

De nada adiantará ampliar o acesso à justiça, permitir a ampla participação e proferir decisão com justiça, se tal decisão se mostrar ineficaz. O “ganhou, mas não levou” é inadmissível dentro do ideal de acesso à ordem jurídica justa. A eficácia da decisão é essencial para concretizar a promessa constitucional de inafastabilidade da jurisdição e também a prevista no art. 5º, LXXVIII, e no art. 4º do CPC vigente, que garante às partes uma razoável duração do processo por meio da adoção de técnicas procedimentais que permitam uma maior celeridade, naturalmente sem afastar as garantias constitucionais do processo. O raciocínio é bastante simples, quanto maior a demora de uma demanda judicial, menores serão as chances de resultado final eficaz.⁸⁴

A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece, explicitamente, no art. 6º, parágrafo 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.⁸⁵ Atualmente, a mesma Corte Europeia de Direitos Humanos passou a adotar um importante critério na definição do tempo razoável do processo, trata-se da relevância do direito posto em juízo para a vida da parte prejudicada pela excessiva demora do processo.⁸⁶

Convém observar, que celeridade nem sempre é possível, como também nem sempre é saudável para a qualidade da prestação jurisdicional. Não se deve confundir duração razoável do processo com celeridade do procedimento, para que não se sacrifique outros direitos fundamentais processuais visando somente a obtenção de celeridade processual. Demandas mais complexas exigem maior atividades dos advogados, mais estudo dos juízes e, em decorrência disso, mais tempo processual, sem que, contudo, se possa ofender o princípio constitucional da duração razoável do processo. Além da complexidade da demanda, o comportamento dos litigantes é essencial para a verificação da dilação indevida do processo, não se podendo apontar ofensa ao princípio por atrasos imputados à

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. pg. 20.

⁸⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016. pg 21.

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. pgs. 20/21.

⁸⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016. pg 26.

atuação dolosa das partes.⁸⁷

Note-se que, apesar de se valer de conceito indeterminado, o inciso LXXVIII refere-se à razoável duração. Isso inculca a ideia de celeridade, a qual, muito embora não esteja referida expressamente, apresenta-se, inegável. A razoabilidade recomenda, entretanto, uma quebra dessa preocupação exclusiva com a rapidez, uma vez que o processo deverá durar o mínimo, mas também todo o tempo necessário para que não haja violação da própria prestação jurisdicional.⁸⁸

A preocupação com um processo célere faz parte da segunda onda constitucional de acesso à justiça, nas palavras de Mitidiero, que continua seu raciocínio dizendo que há 30 anos e, em um primeiro momento de consolidação do Estado Democrático, era natural fosse priorizada uma perspectiva quantitativa da cláusula de acesso à justiça. A redação originária do texto constitucional preocupou-se especialmente em ampliar – numericamente o acesso à jurisdição. Todavia, já em um segundo momento, é possível afirmar que o postulado do devido processo legal preserve e contenha algumas das garantias materiais que podem ser relacionadas à perspectiva qualitativa da prestação jurisdicional, talvez por não ter sido suficientemente contemplada pelo constituinte originário. Evidentemente, essas duas perspectivas – quantitativa e qualitativa – do direito à tutela judicial por vezes se apresentam de maneira contraditória ou em uma relação de consecutividade, sendo compreensível que à ampliação do acesso corresponda uma perda de qualidade e mesmo que haja um momento anterior de universalização do acesso a que se segue naturalmente uma demanda por qualidade na prestação jurisdicional. Portanto, a inclusão do inciso LXXVIII no artigo 5º marca a consolidação de uma nova etapa: uma fase em que o constituinte, já havendo assegurado o acesso à justiça, preocupa-se em garantir a qualidade do cumprimento dessa missão estatal⁸⁹.

⁸⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016. pg 26.

⁸⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pgs. 416/417.

⁸⁹ CANOTILHO, JJ. MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz. **Comentário à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2018. pg. 997.

Enquanto outros ordenamentos constitucionais que nos têm influenciado – a exemplo do norteamericano – consagraram normas semelhantes há mais de 200 anos, as Constituições brasileiras mais recentes foram omissas quanto ao tema, podendo-se dizer que a Emenda n. 45 representou simultaneamente uma inovação na Constituição vigente e uma mudança de paradigma em relação à nossa tradição constitucional. [...] Embora no plano internacional a grande referência constitucional do direito fundamental em análise seja a 6ª emenda à Constituição norte-americana – que assegurou o *right to a speedy trial* –, é inegável que o direito fundamental à razoável duração do processo floresceu e robusteceu-se a partir da jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos⁹⁰.

Isso porque da falta de acesso saltamos para judicialização da vida, quando o Poder Judiciário se transforma em palco central de decisões políticas, morais, econômicas e até mesmo científicas⁹¹.

Para Luis Guilherme Marinoni, o direito de ação, na concepção clássica e ainda presente em grande parte da doutrina do processo, é visto como direito à solução do litígio ou como direito a uma sentença de mérito, seja ela de procedência ou de improcedência do pedido. Nesta dimensão incompleta e restritiva, o direito de ação fica muito distante do direito à duração razoável do processo. Entretanto, quando se concebe o direito de ação com a compreensão de direito às técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção das tutelas prometidas pelo direito material, ele se aproxima do direito à duração razoável do processo e da efetividade. Nestas situações há que se conferir às partes meios para o controle dos atos judiciais, como por meio de agravo de instrumento, ao qual se pode agregar, com efeito benéfico, o pedido de tutela antecipatória recursal, quando se pretende corrigir um ato omissivo, ou o pedido de efeito suspensivo, quando se almeja afastar um ato comissivo do juiz de primeiro grau.⁹²

⁹⁰ CANOTILHO, JJ. MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz. **Comentário à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2018. pg.998.

⁹¹ GUIZI, Marco Aurélio Machado; SIEGEL, Frederico Andrade; FREITAS, Juarez; PÓVOAS, Maurício Cavallazzi; MARCOS, Rudson; BERNARDES, Júlio César; TERRES, Sônia Maria Mazzetto Moroso; MAURÍCIO JUNIOR, Alceu; MELIM, Claudio; CELANT, João Henrique Pickcius; FARAH, Paulo Eduardo Huergo; ENZWEILER, Romano José; SALLES, Bruno Makowiecky. **O Judiciário como Instância de Governança e Sustentabilidade: Descobertas, dúvidas e discordâncias**. Florianópolis: EMais, 2018. pg. 284.

⁹² AGRA, Moura, W. D., BONAVIDES, Paulo, MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/> pg.309 e 314.

Nesta toada, nem mesmo o acúmulo processual ou de trabalho justificaria a mora judicial. Configurando sim uma assunção de culpa na má gestão e administração da justiça, em uma verdadeira confissão de que o Poder Judiciário não está respondendo ao seu dever de prestar a tutela jurisdicional de modo tempestivo. Fazendo exsurgir, até mesmo, como mecanismo para a estruturação material adequada de um órgão judicial, – a ação coletiva em face do Estado, a ser proposta, pela Ordem dos Advogados do Brasil, através de qualquer das suas seções ou subseções, finaliza Marinoni.⁹³

No Brasil, em média obtida no anuário oficial Justiça em Números 2019⁹⁴, a cada grupo de 100.000 habitantes, 11.796 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2018. Neste indicador, são computados os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, excluídos os cumprimentos de sentença.

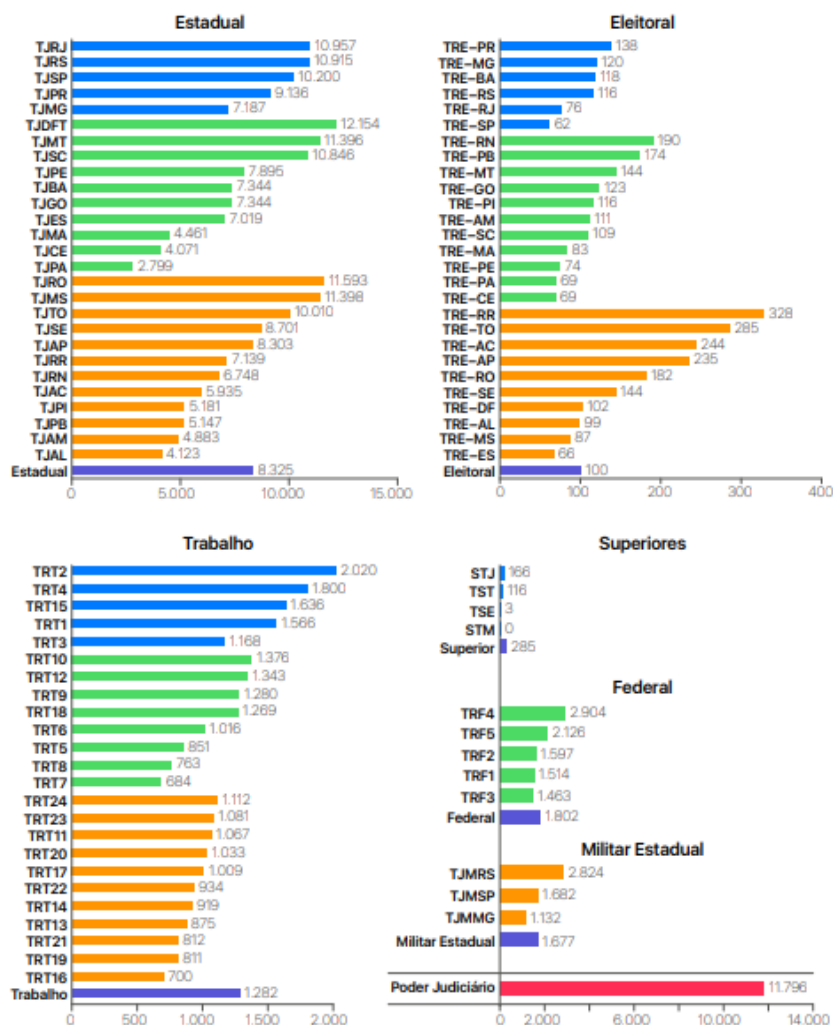
O Estado de Minas Gerais, apesar de figurar como tribunal de grande porte em todos os segmentos de justiça (TJMG, TRT3 e TRE-MG), é, dentre os de grande porte, o que apresenta a menor demanda por habitante. Na Justiça Estadual, o tribunal mais demandado é o TJDF (12.154) e o menos demandado é o TJPA (2.799). Na Justiça trabalhista os índices variam de 684 (TRT7) a 2.020 (TRT2). Na Justiça Federal, o único com demanda acima do patamar de 2.500 casos por cem mil habitantes é o TRF da 4ª Região, que abrange os estados da Região Sul do País.

Na tabela abaixo, da mesma fonte Justiça em Números 2019⁹⁵, pode-se observar o ingresso de novas ações pelo grupo de 100.000 (cem mil) habitantes e por Tribunal:

⁹³ AGRA, Moura, W. D., BONAVIDES, Paulo, MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988.** [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/> pg.309 e 314.

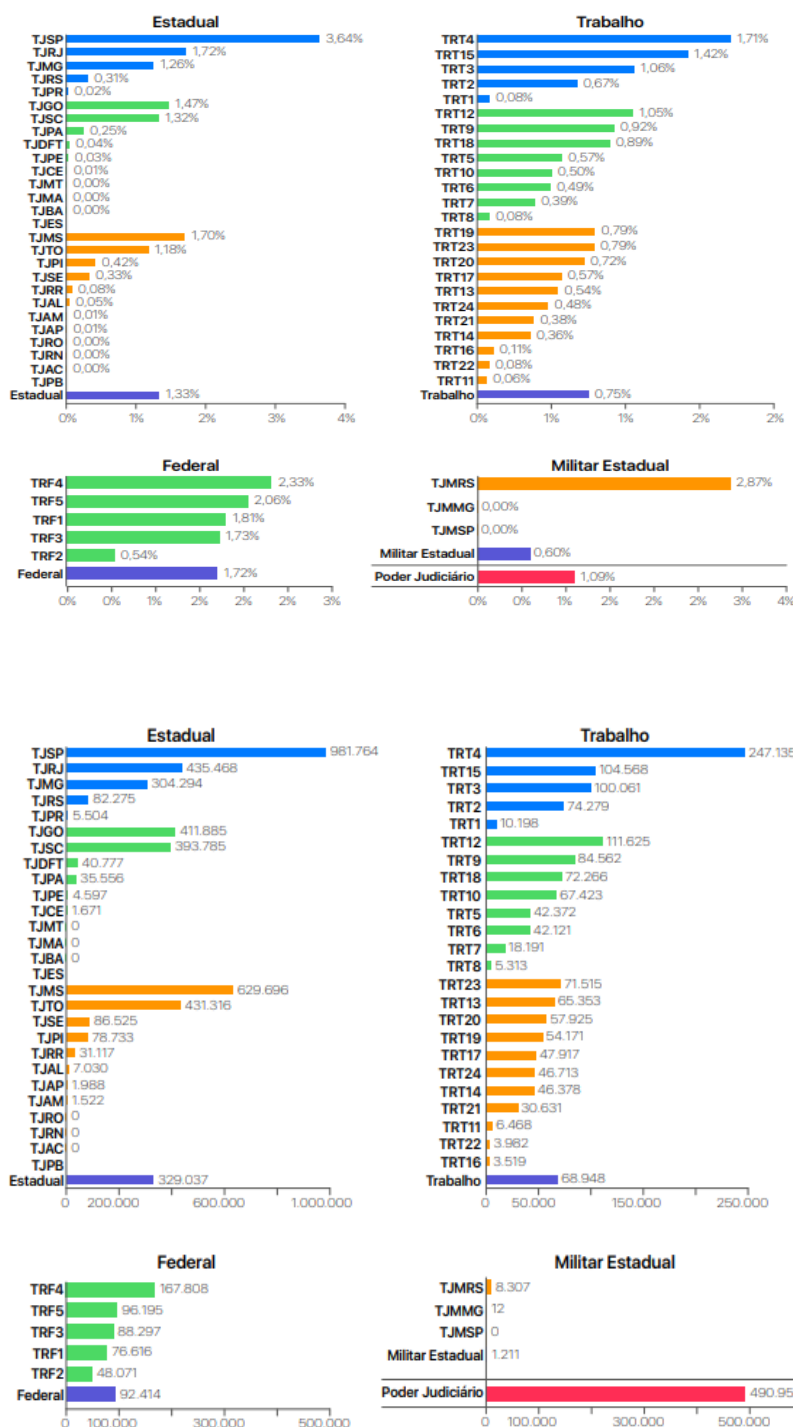
⁹⁴ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça.** Justiça em Números 2019. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. p. 84.

⁹⁵ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça.** Justiça em Números 2019. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. p. 85.



Curiosamente, dos números acima, os gastos com assistência judiciária gratuita equivalem a 1,09% do total das despesas do Poder Judiciário, ao custo de R\$4,91 por habitante. Os Tribunais Regionais Federais possuem os maiores gastos com assistência judiciária gratuita, proporcionalmente às suas despesas, e os Tribunais de Justiça, os maiores gastos por habitante, apesar de se verificar um excesso de valores próximos de zero, o que pode significar alguma dificuldade dos tribunais na apuração da despesa com assistência judiciária gratuita ou pagamento dos custos por outros órgãos públicos⁹⁶.

⁹⁶ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. p. 86.



Não obstante toda a demanda e os esforços continuados do CNJ e Tribunais para a gestão processual, a questão já foi submetida no âmbito dos Tribunais Superiores, com invocação do direito fundamental processual da razoável duração do processo em sede de Habeas Corpus, cujo *leading case* foi o HC/STF n.

91.041/PE⁹⁷, relatado pelo Ministro Carlos Britto⁹⁸, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal determinou que o Superior Tribunal de Justiça julgasse o HC/STJ n. 63.371/PE99, tendo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentado no sentido de que a razoável duração do processo deve ser aferida à luz da complexidade da causa, da atuação das partes e do Estado-Juiz¹⁰⁰.

O direito a razoável duração do processo, do ângulo do indivíduo, transmuta-se em tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário. Direito, esse, a que corresponde o dever estatal de julgar. No *habeas corpus*, o dever de decidir se marca por um tônus de presteza máxima¹⁰¹.

No entanto, a questão ainda divide a Suprema Corte Brasileira, tanto que o Ministro Lewandowski em voto divergente no HC 91.041,¹⁰² rechaçou expressamente a possibilidade da expedição de uma “ordem de julgamento” para uma corte ou juiz. Para o ministro, a questão deveria resolver-se em perdas e danos, assim como ocorre no âmbito do direito civil quando se está diante do descumprimento de uma obrigação de fazer, ao passo que teria ocorrido o descumprimento de um dever fundamental do Estado – o de proferir justiça em tempo razoável – cuja inobservância levaria a um direito à indenização porque diante da responsabilidade do Estado por falha ou defeito do Poder Judiciário¹⁰³.

⁹⁷ “HABEAS CORPUS. WRIT IMPETRADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DEMORA NO JULGAMENTO. DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. NATUREZA MESMA DO HABEAS CORPUS. PRIMAZIA SOBRE QUALQUER OUTRA AÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.” BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 91.041. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 2007. Diário da Justiça, Brasília, 17 ago. 2007. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2504011> >. Acesso em: 8 dez. 2019.

⁹⁸ CANOTILHO, JJ. MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz. **Comentário à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2018. pg.1004.

⁹⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n. 63.371. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, 2007. Diário da Justiça, Brasília, 12 jun. 2007. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=HC+63.371&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO> >. Acesso em: 8 dez. 2019.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 91.041. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 2019. Diário da Justiça, Brasília, 30 ago. 2007. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750812266> >. Acesso em: 8 dez. 2019.

¹⁰¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 91.041. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 2007. Diário da Justiça, Brasília, 17 ago. 2007. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2504011> >. Acesso em: 8 dez. 2019.

¹⁰² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 91.041. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 2007. Diário da Justiça, Brasília, 17 ago. 2007. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2504011> >. Acesso em: 8 dez. 2019.

¹⁰³ CANOTILHO, JJ. MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz.

Fala-se de um direito fundamental processual, da duração razoável do processo¹⁰⁴, realizável mediante uma prestação estatal, para o caso e em maior escala ao Poder Judiciário na administração da justiça e ao Poder Legislativo na elaboração das leis. A asseguuração do direito passa, portanto e necessariamente, por medidas de política e gestão judiciária, uma vez que o juiz brasileiro é simultaneamente juiz e administrador da justiça, sem olvidarmos dos recursos arrecadados pelo Executivo para financiar os custos do cumprimento do dever de prestar justiça em tempo hábil.¹⁰⁵

A exposição de motivos do então projeto de novo Código de Processo Civil de 2015¹⁰⁶, também expressou sua preocupação em proporcionar celeridade processual ao mencionar que “o novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa. E também, que “levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça”.

E o que ocorre se um processo não tramitar em um tempo razoável? Resposta é a responsabilização civil do Estado pelo ressarcimento dos danos

Comentário à Constituição do Brasil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2018. pg.1005.

¹⁰⁴ “A compreensão do conceito de “razoável duração do processo” passa inicialmente pela determinação do que ele não é. Tempo razoável não se confunde ou se identifica com prazo processual. Ou seja, não basta que haja o transcurso do(s) prazo(s) processual(ais) fixado(s) para a prática de um dado ato para que se considere violado o direito fundamental. Nesse caso, houve o mero descumprimento de um prazo processual, que tem consequências próprias, fixadas na legislação ordinária. Por outro lado, a duração razoável do processo não pode ser também matematicamente fixada a priori, em um determinado número de dias ou meses, como uma regra geral aplicável a casos distintos. Assim, toda identificação do direito fundamental com um intervalo temporal predeterminado parece-nos redutora de seu conteúdo, que precisa ser concretizado de forma individualizada, a partir das peculiaridades do processo específico cuja duração é questionada.” CANOTILHO, JJ. MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz. **Comentário à Constituição do Brasil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2018. pg.1002.

¹⁰⁵ CANOTILHO, JJ. MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz. **Comentário à Constituição do Brasil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2018. pg.1000.

¹⁰⁶ Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em: 23 de fev de 2020.

experimentados pela parte.¹⁰⁷

A duração razoável do processo depende cada vez menos de reformas processuais, isso porque os processualistas já operaram modificações de qualidade e o processo continua moroso, v.g. os instrumentos de celeridade introduzidos no Código de Processo Civil de 2015: julgamento antecipado de mérito (art. 355); procedimento monitório (arts. 700 a 702); julgamento de improcedência liminar (art. 332); julgamentos monocráticos do relator (art. 932); prova emprestada (art. 372); processo sincrético; comunicação dos atos processuais por via eletrônica; repressão à chicana processual (art. 77§ 2º); julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (arts. 1.036 a 1.041); incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987); incentivo à prática de atos processuais pelo meio eletrônico (arts. 170; 171; 183, § 1º; 194, 205, § 3º; 228, § 2º; 232; 235, § 1º; 246, V; 263; 270; 334, § 7º; 513, § 2º, III, 837; 854, §§ 6º e 9º; 876, § 1º, III; 879, II; 880, § 3º; 892; 915, § 4º; 945; 979; 1.019, III; 1.038, §1º); previsão expressa da tutela da evidência (art. 311); aumento da eficácia vinculante de Precedentes e súmulas (art. 927). Porém, o combate à morosidade deve se dar no maior condicionamento material do Poder Judiciário para o enfrentamento crescente das demandas, erigindo-o do subjugo do Poder Executivo-interessado na mora judicial por ser um dos grandes ou o maior dos litigantes.¹⁰⁸ Uma vez que, se as condições estruturais do sistema judiciário não podem ser alteradas magicamente, pois o “legislador todo-poderoso” não passa de uma abstração, reforça-se a desconfiança na efetividade desse novo direito.¹⁰⁹

A análise numérica trazida alhures confirma o empenho do Poder Judiciário com o direito fundamental à razoável duração do processo. Ano após ano registram-se incrementos de produtividade, no entanto, também um crescente de novas demandas. A abertura social do Estado trouxe mais direitos e, com eles, uma maior procura pela jurisdição, a qual - ao mesmo tempo e na mesma sanha de

¹⁰⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016. pg 26.

¹⁰⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016. pg 27.

¹⁰⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pgs. 417.

reconhecimento de direitos, enfrenta os acervos com a legislação de então sob o novo enfoque de acesso real à justiça. As demandas se avolumam e o Poder Judiciário se fragiliza diante do descontentamento do cidadão que, no seu senso de justiça, anseia por justiça célere de qualidade. O legislador, por seu turno, expressa aquilo que já estava imbuído nos demais direitos de acesso à justiça e no devido processo legal, resolvendo a insatisfação popular com mais lei, introduzindo a duração razoável do processo à Constituição e em denominada Reforma do Poder Judiciário, culpando-o formalmente. Tavares, em alusão a Guilherme Amorim Campos da Silva, chama a manobra de dispersão dos enfoques.¹¹⁰

5. SEGURANÇA JURÍDICA

Deus implantou em todos os seres vivos o instinto da autopreservação, por isso, o medo da morte e o instinto de proteger a vida e seus bens da destruição. Essa ideia de segurança é a origem do desenvolvimento de todas as capacidades do homem civilizado. Ela capacitou o homem pré-histórico a conseguir se defender com utensílios de pedra e posteriormente a construir muros para a proteção da casa. Para a proteção contra homens inimigos, a espada, as armas de guerra; para a proteção contra prejuízos econômicos futuros, desenvolveram-se a poupança, o ente de provisão e de seguridade. O conceito de segurança foi assim o pai da Arte, da Arquitetura, da construção das cidades, para a proteção da vida e da saúde, e atingiu a ciência médica com desenvolvimento da Biologia, Bacteriologia Higiene, do mesmo modo com o domínio da tecnologia aeroespacial dos satélites. Entretanto, o ápice da ideia de segurança é o Estado e o Direito¹¹¹.

Ataliba ensinou que Direito é, por excelência, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras são as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não

¹¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pgs. 417.

¹¹¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 4.

discrepância¹¹².

Tomando em empréstimo as palavras de Reale, a segurança jurídica pode ser observada pelo enfrentamento de dois pensamentos sobre o Direito, o expresso de maneira abstrata e racional nas leis e o que aparece na espontaneidade do viver social, ou seja, no costume.¹¹³

Inicia-se a problemática do tema segurança jurídica com o diálogo entre Calamandrei e Carnelutti quando este último diz que a representação cênica e o processo possuem suas leis, se o público que os assiste não as conhece, nada entende. E, por nada entender, o público toma as regras por injustas, mas tal fato quando se trata de um entretenimento (futebol, por exemplo) não significa uma tragédia, mas, se o que está em jogo é uma propriedade ou a liberdade, isso ameaça ao mundo. Para que o mundo continue o seu percurso é preciso ter paz, e a paz de justiça tanto quanto o homem de oxigênio para respirar¹¹⁴.

A concepção de segurança jurídica de sistema jurídico pura e originariamente de *civil law*, é alicerçado na concepção de Direito como expressão da lei, conforme Reale supramencionado. Porém, como nos conta a história, essa ideia de entrelaçamento de Direito e lei na realização da segurança jurídica não foi suficiente.

Enquanto a sociedade correspondeu às regras positivadas nos Códigos, os juristas se preocupavam com a vigência das normas, porém quando o mundo se transformou pelo crescimento populacional e com os impactos de poderosas forças técnicas e econômicas, estabeleceu-se uma ruptura entre a lei e o fato social, impondo-nos outras soluções de ordem hermenêutica. Mas como responder a uma série de reclamações sociais com legislações omissas?¹¹⁵

¹¹² ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pgs. 180-181. Apud ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg.5.

¹¹³ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo, 2013. Id 8. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:600232>>.

¹¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. Campinas, 2015. pg. 11.

¹¹⁵ REALE, M. **FILOSOFIA DO DIREITO**. 20. ed. São Paulo, 2013. Id 8. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:600232>>.

A evolução do Direito sempre orbitou o anseio ou objetivo de segurança jurídica. Com foco no ponto de vista histórico, a ascensão da burguesia e a maior necessidade de espaço à garantia da segurança jurídica dos ideais liberais, especialmente ligados à garantia de que os contratos devem ser cumpridos e de que a intervenção estatal nos negócios privados deveria limitar-se ao estabelecimento das regras gerais claras e homogêneas. Dentro desse espírito de unificação e de racionalização, houve o nascimento das codificações modernas¹¹⁶.

Paradoxalmente, o fenômeno da expansão do direito legislativo foi uma das principais causas do crescimento do direito judiciário ou jurisprudencial e, assim, do papel criativo do juiz,¹¹⁷ mas também do crescente nível de insegurança jurídica.¹¹⁸ Os termos "complexidade", "obscuridade", "incerteza", "indeterminação", "instabilidade" e "descontinuidade" servem para ilustrar tal momento, ao ponto de se falar em "chuva de leis" (*Gesetzesflut*), "histeria legislativa" (*Gesetzgebungshysterie*) e "caos legislativo" (*Gesetzgebungschaos*), "furacão normativo", "incontinência legislativa", "aluvião de normas" e "orgia na produção de leis". Tudo isso para expressar a instabilidade do Direito, porque o Estado que precisa saber de tudo, ser capaz de tudo (*alles können*) e poder tudo (*alles dürfen*), mas quando isso acontece, ele se torna, pela restrição que causa à liberdade, a própria fonte daquilo que desejava afastar: a insegurança.¹¹⁹

Por outro viés, a vida na sociedade de "alta velocidade" (*high-speed society*), em que todas as questões terminam sendo decididas como se a sociedade estivesse em uma espécie de "estado de emergência", com implicações, inclusive, sobre a atividade do Poder Legislativo, o autorizando a qualificá-la como uma "sociedade líquida" (*liquid society*), em que são exaltados os valores da mudança,

¹¹⁶ COSTA, Alexandre Araújo. **Hermenêutica Jurídica**. pg. 35.

¹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. pg. 18.

¹¹⁸ "Embora o nosso estudo não tenha o alcance da discussão ético-moral, sobre a abundância legislativa, não olvidamos sobre a transição do papel de Estado Liberal para Estado Providência, entendido como gerador de prestações. O intervencionismo estatal, às vezes superutilizado para efeito de ingerência social, aliado à aceleração e à multiplicação das relações sociais, demanda um aumento da quantidade de leis, cada vez mais repletas de regras gerais e excepcionais" [...] ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 39.

¹¹⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pgs. 35 e 40.

flexibilidade e da mobilidade, perdendo importância as dimensões espaciais da vida social e jurídica. Nesse apressado compasso, o legislador, para assegurar os interesses dos cidadãos e orientar a sua ação, age com rapidez; mas o faz desse modo de maneira equivocada, editando açodadamente novas normas destinadas a retificar as anteriores. O paradoxo é este: se o legislador age rápido, age mal e tem que rever os seus atos, o que provoca insegurança; se demora, não assegura os direitos reclamados pelos cidadãos, nem os orienta, criando um estado de insegurança. Em busca de garantir segurança, o legislador termina criando insegurança. E, ao lado do fenômeno da particularização da legislação, surge o fenômeno da sua rápida obsolescência, fazendo com que a lei perca as suas características tradicionais de solenidade, de generalidade e de permanência.¹²⁰

Com isso, a autonomia individual desaparece e o problema da falta do Direito é solucionado com mais Direito, a provocar outros problemas derivados de sua complexidade e incerteza. Em suma, soluções tornam-se problemas.¹²¹

Em resposta ao insuficiente modelo de Direito como expressão da lei positiva, nas últimas décadas, o Brasil e países adeptos do constitucionalismo, vêm experimentando a transferência de parte do poder político para o Poder Judiciário, que mais precisamente, tem saído do legislativo e aderido ao judiciário. O crescimento da importância dos Tribunais deveu-se ao enfrentamento de questões políticas, morais e religiosas para a sociedade, a qual enxerga no judiciário um fórum apropriado para o enfrentamento de tais questões.¹²²

No Brasil, a Constituição de 1988, no movimento de reconstrução da segurança jurídica nacional, passa a conceber a salvaguarda como norma-princípio dentro do texto constitucional, por meio de um método capaz de progressivamente reduzir a sua indeterminação e de atribuir-lhe a maior funcionalidade. Há menção do seu caráter fundamental já no preâmbulo, quando institui um Estado Democrático

¹²⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 46.

¹²¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 40.

¹²² QUEIROZ, E. M. D. **Precedentes judiciais e segurança jurídica : fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em; < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581085>>.

destinado a "assegurar", isto é, a "tornar seguros" tanto os direitos sociais e individuais, quanto os valores, dentre os quais o próprio valor "segurança". Por outro lado, o mesmo preâmbulo qualifica a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça, e também a "segurança", como "valores supremos da sociedade". Contém, igualmente, referências diretas e indiretas à "segurança". No título referente aos "Princípios Fundamentais", ela institui um Estado Democrático de Direito (art. 1º), doutrinariamente associado à ideia de segurança jurídica. No título relativo aos "Direitos e Garantias Fundamentais", ela não só prevê o direito fundamental à "segurança" (art. 5º, caput) como também estabelece uma série de "garantias", isto é, de "instrumentos assecuratórios" de direitos.¹²³

Não obstante os esforços Constitucionais de estabilização do Direito, a acepção de Estatal Social, promotora de direitos sociais e de igualdades, também o conduziu para o alargamento legislativo, como dito alhures. No intuito de "assegurar" direitos acabou por compor um arcabouço normativo de alta compleição e potencial desconhecimento que resultou em maior insegurança jurídica.

Portanto, quanto mais detalhadas forem as regras, menos compreensíveis elas serão; quanto mais o Estado assumir a tarefa de proteger os direitos fundamentais, maior será o número de normas; e quanto maior a sua quantidade, menos inteligível será o ordenamento jurídico; quanto mais regras particulares existirem, igualmente menos acessíveis elas se tornarão. É o Direito, e a teoria a seu respeito, criando insegurança jurídica.¹²⁴

As mazelas atribuídas ao sistema processual, como a demora procedimental, o alto custo, a formalidade excessiva, a baixa eficiência e o arraigamento de práticas, ganha, por vezes, sedutores argumentos populistas a fim de deslocar a finalidade do processo e justificar soluções miraculosas, por meio de alteração legislativa ou de heroísmo do juiz,¹²⁵ a contribuir por mais insegurança

¹²³ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 29/30.

¹²⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 55.

¹²⁵ FACHIN, Tiago. **Ativismo Judicial Processual: iniciativa do juiz na formulação dos argumentos e na produção da prova em cotejo com o princípio do contraditório. Perspectivas brasileira e europeia**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. pg. 60.

ante a mudança das regras do jogo.

Na interpretação de Ávila, infere-se, ainda, que enquanto a segurança jurídica é tratada por Jerome Frank¹²⁶ como algo inatingível (uma "ilusão" ou um "mito"), ela é referida por Bobbio¹²⁷ como algo necessário (um elemento intrínseco) para a existência do Direito. Sendo, ao mesmo tempo, possível e impossível, porque Frank se refere à segurança jurídica como capacidade de prever com exatidão uma decisão judicial futura, e Bobbio faz remissão à calculabilidade aproximada do fenômeno jurídico.¹²⁸

Obtêm-se dos dois diferentes prismas supramencionados uma convergência, que é a decisão judicial o instrumento hábil a mergulhar na imensidão legislativa, identificar a adequação normativa, conformá-la com a Constituição, princípios jurídicos, o tempo, e, então, revelar o Direito. Assim, inexorável que no atual caminhar da história do direito, em que ainda perseguimos o ideário absoluto de segurança, mas sem esquecer o passado propulsor- costume tribal, misticismo, moral e ética, direito natural, vontade régia, positivismo, pós-positivismo, constitucionalismo- cada qual com sua razão e seus ensinamentos, convergirmos em dois elementos para a realização da segurança jurídica moderna, norma e decisão judicial.

O protagonismo judicial, contraposição do modelo pós-positivista ao juiz boca de lei, equivocada e pejorativamente denominado ativismo judicial¹²⁹ ou

¹²⁶ FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**, New Brunswick, Transaction. 2ª ed. rev. New York: Brentano's Inc. 2009, p. 13. Apud ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 75.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. **La certezza del Diritto é un mito?** Rivista Internazionale di Filosofia dei Diritto, n. 28, p. 150, 1951. Apud ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 76.

¹²⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pgs. 75/76.

¹²⁹ "A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas." BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em: 23 de fev de

república dos juízes, e por isso tem recebido severas críticas, sobretudo de legitimidade de seu sistema contra majoritário de composição, em que seus integrantes não são eleitos pelo povo e assim agindo estabelecem o “governo de juízes” em vez do governo do povo¹³⁰.

O debate acerca do ativismo judicial tem raízes na *Common Law*, em particular nos Estados Unidos. No entanto, o tema tem o significado associado à possibilidade do juiz de criar a lei.¹³¹

O Ativismo judicial¹³² consiste em “uma expansão do exercício da discricionariedade judicial, no qual um Juiz ou um Tribunal cria ou estende um direito, afasta a aplicação da lei, ou utiliza-se do poder judicial para promover mudança sociais (*judicial overreaching*) e intervir ou efetivar políticas públicas (*policy making*)”.¹³³ Pelo seu conceito evidencia diferença com o protagonismo judicial, movimento constitucionalista ou pós-positivista que foca a figura do juiz como o grande intérprete da lei, afastando a ideia do Poder Judiciário como departamento técnico-burocrático que efetua mecânico silogismo entre fato e lei, apenas. Como fruto dessa nova ordem tem-se o magistrado ponderação, juízo de valor, aquele que não mais se conforma no papel de boca da lei, despontando como intérprete da ordem jurídica e emissário da norma através de suas decisões, assim como o legislador com lei. Com maior poder, atua na concretização dos direitos e garantias

2020.

¹³⁰ QUEIROZ, E. M. D. **Precedentes judiciais e segurança jurídica : fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em; < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581085>>.

¹³¹ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Princeton: Princeton University Press. 2009, pg. 264.

¹³² “Quem primeiro usou o termo foi Arthur Schelesinger Jr. Em janeiro de 1947, em um artigo da Revista Fortune. As origens do ativismo judicial podem ser encontradas na jurisprudência norte-americana. Em primeiro momento foi de natureza conservadora: foi a favor da segregação racial (como no julgado Dred Scott X Sanford, 1857), da invalidação das leis sociais em geral (era Lochner, 1905-1937). Esta situação se inverteu na década de 1950, com a Presidência da Suprema Corte do Juiz Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produzindo jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, como o casos dos negros 9Brown X Board of Education, 1954), dos acusados em matéria criminal (Miranda X Arizona, 1966), das mulheres (Richardson X Frobtiam, 1973), assim como o direito de privacidade (Griswold X Connecticut, 1965), e, por último, mas não menos importante, a interrupção da gravidez (Roe X Waria, 1973)” BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Retrospectiva 2008**. Rio de Janeiro: Mimeo, 2009. pg. 06. Apud OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. pgs. 91/92.

¹³³ OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. pg. 91.

fundamentais do cidadão afastando interpretações e leis contrárias a esses direitos.

A judicialização e o ativismo judicial não se confundem, entretanto se parecem. Judicialização, no contexto brasileiro, é decorrência do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, instalado em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.¹³⁴

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Juiz procura reduzir sua interferência nos outros Poderes, por essa linha, juízes e tribunais evitam aplicar diretamente a Constituição sem lei ordinária; utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade; e abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era linha de atuação do Judiciário brasileiro.¹³⁵

Barak, entretanto, adverte ser um erro afirmar que a autocontenção judicial é adotada por juízes conservadores e o ativismo por juízes liberais. Tais termos, conservadorismo e liberalismo, traduzem resultados de atividade judicial, mas não o modo pelo qual ela se desenvolve.¹³⁶

O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista, diz Barroso, ao passo que ilustra a afirmação com a fidelidade partidária, quando o STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político, criando, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. No âmbito da Justiça estadual e

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433> > Acesso em: 23 de fev de 2020.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433> > Acesso em: 23 de fev de 2020.

¹³⁶ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Princeton: Princeton University Press. 2009, pg. 264.

federal, exemplifica o ativismo judicial nas decisões que condenam a União, o Estado ou o Município-ou solidariamente os três – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais, e alguns casos, os tratamentos têm determinação para serem realizados no exterior.¹³⁷

Muito embora a noção de ativismo, como ruptura do formalismo positivista, mostra-se benéfico método hermenêutico em prol da efetividade dos comandos constitucionais, a ausência de balizas predefinidas para a atuação do magistrado, isso porque, ao intérprete, independentemente de sua boa intenção em favor de certos direitos, por mais nobres que sejam, não é dado julgar conforme a sua consciência.¹³⁸

“Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana,”¹³⁹ porém a inclusão desses elementos subjetivos, em um primeiro momento, causou desorientação, a medida que cada julgador entendeu poder inculcar o seu próprio sentido das coisas ao declarar o direito. O juiz deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo, emanado do povo, e em seu nome deve ser exercido, razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social.¹⁴⁰

Para o aposentado Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, o

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433> > Acesso em: 23 de fev de 2020.

¹³⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Ativismo Judicial e Construção do Direito Civil: entre dogmática e práxis**. Novos Estudos Jurídicos. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/14173> >. Acesso em: 23 de fev de 2020.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433> > Acesso em: 23 de fev de 2020.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433> > acessado em: 23 de fev de 2020.

Poder Judiciário de hoje converteu-se em um produtor de insegurança jurídica, isso porque a interpretação da norma deve ser prudente, devendo a decisão judicial correta ser tomada com consciência do que deve e não do que pode. Para o jurista, o direito moderno é racional porque permite um horizonte de previsibilidade, sobretudo aos comportamentos de mercado¹⁴¹.

Apontando alta volatilidade da jurisprudência como um problema de segurança jurídico a ser combatido, Ávila afirmar tornar-se cada vez mais recorrente e intensa, chegando-se, em alguns casos, ao ponto de se falar em jurisprudência "zigzague" ("*Zick-Zack-Rechtsprechung*"), ou em "direito gasoso", em razão do fato de que ele desaparece antes mesmo de ser entendido pelos destinatários.¹⁴²

Barroso, ao tratar especificamente da jurisprudência em casos de acesso à saúde pública, enfatiza, que o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. O excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal e, em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.¹⁴³

Para Streck, não só no Brasil, sob o pretexto de os juízes não mais representarem o boca da lei, os princípios jurídicos passaram a autorizar uma era de abertura interpretativa ou era de criação judiciária, consequentemente na astenia do significado do pós-positivismo, transfigurando-o na abertura interpretativa, no ativismo ou protagonismo judicial.¹⁴⁴

Cappelletti discorda, ao afirmar que a expansão do papel do judiciário

¹⁴¹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2016.pg.17/18.

¹⁴² ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 49.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 23 de fev de 2020.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. pg. 106/107.

representa o contrapeso de um sistema democrático de *checks and balances*, ao passo em que ressalta no poder judiciário o seu aspecto político. Citando personalidades da Austrália, Alemanha e Itália presentes em congresso mundial juízes de tribunais de apelação, destaca a observância da chamada “orgia legislativa” na América constrangeu os Tribunais a fazer uso de instrumentos até então inconcebíveis, de *judicial activism*, para remediar a incapacidade do legislador de atualizar leis obsoletas¹⁴⁵.

Reale, na esteira de Cappelletti, diz que a norma é uma referência pré-constituída, um “querer já manifestado genericamente”, necessitando de interpretação à luz das circunstâncias histórico-sociais em que ela se situa. Isso porque nenhuma norma conclui ou exaure o processo jurígeno, sendo ela uma ponte elástica e flexível entre o complexo fático-axiológico que visa a atender¹⁴⁶.

Segurança é estado que integra a vida humana desde as funções mais simples, sendo necessária para que o homem possa planejar e conduzi a sua vida, por isso é a segurança jurídica necessária ao Direito. Os sistemas de origem na *civil law* enxergaram na lei a segurança jurídica necessária ao Direito, já os afiliados à *common law* a realizaram no sistema de Precedentes alicerçados na *stare decisis*¹⁴⁷.

Considerar-se-á, então, a partir desse momento, a expressão "segurança jurídica" associada aos ideais de determinação, de estabilidade e de previsibilidade do Direito.¹⁴⁸

A exposição de motivos ao Código de Processo Civil de 2015¹⁴⁹ deixa evidente a sua preocupação com a segurança jurídica ao passo que com clareza opta pela estabilização do Direito através das decisões judiciais como mecanismo de

¹⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. pg. 19.

¹⁴⁶ REALE, Miguel. **FILOSOFIA DO DIREITO**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pg. 564.

¹⁴⁷ QUEIROZ, E. M. D. **Precedentes judiciais e segurança jurídica : fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em; <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581085>>.

¹⁴⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg.30.

¹⁴⁹ Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em:<<https://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em: 23 de fev de 2020.

obtenção da segurança ao dizer:

A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. 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. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável. De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isto porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos ex tunc. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso. Diz, expressa e explicitamente, o novo Código que: 'A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas'; E, ainda, com o objetivo de prestigiar a segurança jurídica, formulou-se o seguinte princípio: "Na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais superiores, ou oriunda de julgamentos de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica"¹⁵⁰

Didier ensina que a segurança jurídica do Código de Processo Civil de 2015 pressupõe a existência de uma regulamentação prévia, gerando certeza e previsibilidade e isso ocorre quando o juiz respeita o "princípio da legalidade" observando os precedentes judiciais e a jurisprudência dos tribunais. Quando os órgãos jurisdicionais decidem sempre levando em consideração os Precedentes relacionados com a questão jurídica posta a julgamento, caso existam, numa espécie de autorreferência, que consiste no dever específico de fundamentação, a exigir dos órgãos jurisdicionais o diálogo com os precedentes que tratem do mesmo problema jurídico.¹⁵¹

O Código prestigia o princípio da segurança jurídica, de origem constitucional, pois se "hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa

¹⁵⁰ Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em: 23 de fev de 2020.

¹⁵¹ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord) **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 296.

a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas, 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”.¹⁵²

A regra de ouro reside, portanto, no fato de que, para ser mais acessível, o Direito precisa ser mais simples; e para tanto se requer a desconsideração de muitas particularidades individuais, que dificultam a proteção de que todos os interesses estejam particularizados na lei. Isso porque, em busca de maior segurança, o Direito comumente adentra em círculo vicioso de, para ser mais seguro necessita ser mais protetivo e, para tal, passa a considerar os mais variados interesses¹⁵³, consequentemente se torna complexo e inacessível. A simplicidade leva à acessibilidade e ambas à segurança; portanto se por mais segurança se pretende garantir, menos segurança se pode conquistar. É precisamente por isso que o problema da segurança jurídica sempre envolve uma tentativa de reação, por meio do Direito, contra a insegurança criada pelo próprio Direito, e o combate envolve, pois, uma luta do sistema jurídico "contra si mesmo".¹⁵⁴

Outrossim, se segurança é a síntese dos estados ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade normativas, alcançáveis mediante instrumentos garantidores de acessibilidade, abrangência, inteligibilidade, estabilidade, continuidade, anterioridade e de vinculatividade do ordenamento jurídico, e essa síntese é um espectro abrangente a ser gradualmente atingido de fato por meio da fixação de critérios, parâmetros e procedimentos claros.¹⁵⁵

Vimos anteriormente que a principal causa política da alta judicialização

¹⁵² Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em: 23 de fev de 2020.

¹⁵³ “Para acentuar o quadro de incerteza normativa até aqui retratado, os interesses, além de diferentes, são defendidos por grupos sociais e econômicos muitas vezes poderosos. Tais grupos exigem respostas rápidas e precisas para a proteção dos seus interesses, causando uma espécie de “subjetivação do Direito”. Quanto maior o número de interesses reclamados, maior o número de normas a serem editadas, e maior a justaposição de atos normativos adotados sob perspectivas, circunstâncias e motivações diversas. Exige-se o Direito em todas as áreas, para todos os interesses: é o ‘totalitarismo jurídico’”. ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 45.

¹⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pgs. 41/42.

¹⁵⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 69.

de casos deriva da redemocratização do país e da adoção da Constituição de 1988 em seus termos extensamente analíticos, dando margem à judicialização de miríade de assuntos, inclusive os de ordem política. Concomitantemente no mundo jurídico, o movimento pós-positivista ganha corpo e o direito revelado pelos juízes ultrapassa o modelo silogístico de cotejo automático entre fato e norma existente. O conceito de norma se transforma e passa a ser integrado pelos *enunciados normativos*¹⁵⁶ e também pela jurisprudência, com ela ainda sem suas bases devidamente estabilizadas, as oscilações e até mesmo o ativismo judicial condutores de insegurança jurídica. O Poder Judiciário, invadido por um *tsunami* de litígios não tem suas estruturas preparado e é assolado e muito cobrado pela sociedade porque não corresponde com decisões céleres. A necessidade de renovação processual se tornou urgente, além disso, o mundo se modernizou e com a sociedade de massa e a expansão dos mercados mundiais, pressionaram, ainda mais, à análise do impacto na agilidade decisória que passa a refletir extraterritorialmente, com importância para a confiabilidade da economia. Por último, talvez um problema da ordem política, a encorajar enquadramento normativo, os grandes litigantes a fomentar mais e mais demandas judiciais, isso porque o controle de qualidade prévio talvez seja mais barato que o judicial.

Como saber qual o melhor método garantidor da almejada segurança jurídica? Com humildade acadêmica, parece que o conhecimento e respeito ao sistema jurídico é o caminho, ao menos o escolhido democraticamente para a segurança. Para tanto, o desafio do intérprete é atingir o equilíbrio em atividade hermenêutica, consistente em considerar o ordenamento em sua unidade e complexidade sem, contudo, derivar para ativismo irresponsável, de criação livre do direito, despreocupado com o desenho institucional democrático.¹⁵⁷ Atualmente, o modelo brasileiro processual civil é híbrido, como se verá no próximo capítulo, em razão da crescente previsão legislativa de normas de conceito vago, indeterminado, que deixam ao intérprete a técnica de abrir o sistema jurídico às realidades

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. pg. 53.

¹⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Ativismo Judicial e Construção do Direito Civil: entre dogmática e prática**. Novos Estudos Jurídicos. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/14173>>. Acesso em: 23 de fev de 2020.

sociais,¹⁵⁸ bem como da opção pela doutrina do Precedente no Código de Processo Civil de 2015.

¹⁵⁸ BUENO, Cassio Scapinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático.** 3ª ed. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171633/> pgs. 57/59 e 63.

CAPÍTULO 2

O HIBRIDISMO ENTRE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW* NO BRASIL

1. CONSIDERAÇÕES PROPEDEÚTICAS

O atual estágio da ciência jurídica brasileira, após operar diversas reformas procedimentais menores, para dar vazão à escalada de conflitos judicializados em tempo razoável de duração do processo, com maior segurança jurídica, encontra-se em uma moldura híbrida entre o tradicional romano-germânico ou *civil law*, legicêntrico, e a *common law*, dos precedentes judiciais.

Muito embora o modelo tradicional de afiliação não excluísse a jurisprudência como fonte de direito formal, sua função não estava muito bem delineada. Para uns, seu mister consiste em aplicar e interpretar o direito positivo, para outros além.

Em ambiente de incerteza, mergulhado em um sem fim de processos, o Poder Judiciário recebeu pouco nobres adjetivos, como moroso e inseguro, e se perdeu, confundiu-se, ora se caracterizou no legalismo, ora no decisionismo ou até mesmo no ativismo, contribuindo para mais insegurança jurídica.

Para dar solução, desde o início da década de 1994 até 2006, operaram-se minirreformas processuais, pautadas na garantia de maior efetividade e segurança jurídicas.

Com destaque, a Emenda Constitucional número 45/2004 deu o primeiro passo em direção à intersecção entre os sistemas *civil* e *common law* no direito brasileiro, com a criação da súmula vinculante, instituto próximo à *stare decisis* devido à sua estabilização e quórum qualificado para aprovação e modificação. Causando estranhamento e até perplexidade para muitos, a súmula vinculante mostra-se instrumento contundente de controle judicial de legalidade e também interpretação, obrigando a todos, sejam poderes, administração, demais órgãos da justiça e cidadãos.

Não bastante, uma vez que as súmulas vinculantes pertencem a espectro restrito do acesso à justiça - o Supremo Tribunal Federal, além da contínua alta nas taxas de judicialização, com destaque para demandas repetitivas e grandes litigantes, e a crise de segurança jurídica oriunda da falta de orientação para as decisões; sob os influxos do constitucionalismo pós-guerra e da mais moderna ideia de direito integridade de Dworkin, o Código de Processo Civil de 2015 fez a opção pela doutrina do Precedente, erigindo oficialmente a decisão judicial ao patamar de fonte jurídica formal, delimitando-a. É nesse complexo contexto envolvendo evolução e carências do Poder Judiciário, que a processualística brasileira insere a questão que tem desencadeado acirrados debates doutrinários, dividindo opiniões. Portanto, o estudo dos sistemas jurídicos *civil e common law*, bem como de suas fontes jurídicas, permitirá extrair a configuração do sistema híbrido brasileiro e, assim, estabelecer suas fontes e o conceito de norma como nos ensina a Teoria Complexa do Direito do Professor Orlando Luiz Zanon Junior.

2. SISTEMAS JURÍDICOS

O homem, desde os primórdios de sua existência, sempre desenvolveu relações sociais, inicialmente em grupos menores como a família, o clã ou a tribo e posteriormente em aldeias, cidades, Estados. Entretanto, durante o seu desenvolvimento, mesmo antes da escrita, já concebia noções de direito como regras impostas para a convivência em grupo. Na pré-história, o direito era não escrito, somente reconhecido através de vestígios em pinturas, armas. Na fase posterior, já sob o domínio da escrita, por volta de 28 ou 27 a.c as instituições jurídicas são conhecidas porque documentadas em escritos¹⁵⁹.

Sem o intuito de historiar o nascedouro do Direito, mas na intenção de introduzir o estudo dos sistemas jurídicos com ideia de que o Direito está para o homem desde sua primeira relação com o próximo, isso porque a sua história pressupõe o conceito de historicidade. “O Direito não só tem história; mas o Direito é

¹⁵⁹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Introdução ao Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em:< <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:630478>>.

a história em sua essência”¹⁶⁰.

O Direito é um fenômeno do cotidiano, encontrado a todo momento e a toda a parte, porque os homens estão mergulhados no Direito assim como na atmosfera. O Direito resguarda, defende, ampara, protege e serve ao indivíduo, regulando as suas relações em sociedade, porquanto Direito e sociedade se pressupõe¹⁶¹. Entretanto a sua definição é afeta à filosofia e não ao jurista, de quem se espera que apenas declare o que é o direito.¹⁶²

“Quem do pináculo da civilização hodierna, estende o olhar para o passado procurando ver as grandes marcas da estrada do Direito, os monumentos que serviram à edificação da moderna Cidade jurídica, encontra imediatamente diante de si três grandes construções legislativas. São elas: o *Corpus Juris Romani*, o *Corpus Juris Germanici* e o *Corpus Juris Canonici* (...)”.¹⁶³

Para contextualizar as raízes dos sistemas jurídicos, importante que se saiba que, apesar da queda do império romano do ocidente (ano 476), o direito romano sobreviveu, ainda que houvesse perdido sua vigência como ordenamento positivo. No ocidente, de par com o direito bárbaro - que também sofreu grande influência sua - o direito romano continuou a ser empregado, ainda que subsidiariamente. No século XII, recobra sua força e passa a ser praticamente considerado como *jus commune* (direito comum), em paralelo com o direito particular de cada unidade territorial, o *jus proprium* (o direito próprio). Foi, precisamente, da combinação do *jus commune* com o *jus proprium* que surge o direito territorial composto (*jus compositum*), embrião do que veio a ser conhecido como direito civil moderno.¹⁶⁴

A ideia de que a sociedade deve ser regida pelo direito é antiga, como

¹⁶⁰ DEMO, Wilson. **Manual de História do Direito**. 5ª ed. Curitiba: Alteridade, 2016. pg. 15.

¹⁶¹ PALAIA, Nelson. **Noções Essenciais de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:618622>>.

¹⁶² MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Introdução ao Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:630478>>.

¹⁶³ MARTINS, J. Isidoro Júnior. História do Direito Nacional. Apud MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg.498.

¹⁶⁴ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg.498.

visto, mas a retomada desse pensamento no século XII foi uma revolução, quando, então, filósofos e juristas (*civil law*) e também o rei (*common law*) exigiram que as relações sociais fossem regidas pelo direito e razão e não mais pelo sobrenatural¹⁶⁵. Isso ocorreu por causa de uma intromissão da igreja em assuntos os mais variados da vida social ordinária, em nome da perseguição do pecado onde quer que ele estivesse. Ao mesmo tempo que o aumento exponencial de poderes à Igreja desagradava ao Imperador.¹⁶⁶

O Direito torna possível a convivência e participa na ordem geral das coisas. Como objeto do conhecimento, não pode ser considerado parte destacada da realidade e cultivado isoladamente. A sua compreensão precisa ser alcançada na visão universal dos fatos e fenômenos. Entretanto, o funcionamento da sociedade pressupõe comando e ordem e, para tanto, é preciso, de um lado, que se organize a estrutura de poder e, de outro, que se estabeleça um ordenamento jurídico.¹⁶⁷

Nas lições de Kelsen, O Direito como ordenamento ou ordenamento jurídico é um sistema de normas jurídicas. Uma pluralidade de normas forma uma unidade, um sistema, um ordenamento [...].Diferentes são as normas de direito. Estas não valem por causa do conteúdo. Todo e qualquer conteúdo pode ser direito. Não existe conduta humana que, como tal, por sua essência, esteja excluída de tornar-se o conteúdo de uma norma jurídica.¹⁶⁸

O ordenamento jurídico parte do pressuposto de que os homens, cuja conduta ele regula, consideram o ato coercitivo pela violação ao sistema um mal que procuram evitar. O seu objetivo é, portanto, o de motivar os homens a uma conduta, através da representação desse mal que os ameaça. Nesta motivação está a eficácia do ordenamento jurídico.¹⁶⁹

¹⁶⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 40.

¹⁶⁶ Bittar, Carlos Alberto. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:641330>>.

¹⁶⁷ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 25ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2018, pg. 29 e 54.

¹⁶⁸ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 9ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. pg. 121, 122 e 123.

¹⁶⁹ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 9ª ed. rev. São

O sistema jurídico, então, é uma estrutura moderna de estudo e divisão do direito, presente em todo o pensamento jurídico dogmático, em seus princípios e valores. De influência tão profunda e constante que muitas vezes não aparece abertamente ao trabalho do prático do Direito, mas estará, em absoluto, sobre ele subentendido. Assim, então, não é um dado real, concreto, encontrado empiricamente; é uma construção artificial e científica, para explicar a realidade, tendo um padrão que podemos denominar objeto-modelo ou tipo ideal.¹⁷⁰

As três principais famílias jurídicas reconhecidas são a Romano-Germânica ou *Civil Law*, a *Common Law* e a dos Direitos Socialistas, todas as demais são delas decorrentes. Não há nenhum direito que não tenha tirado, a uma ou outra dessas famílias, alguns de seus elementos.¹⁷¹ Entretanto, nos ateremos somente às duas primeiras.

O sistema romano-germânico moderno produziu-se por intelectuais durante os séculos XII a XVIII, fundando-se na afirmação de um poder político ou na centralização de uma autoridade soberana, ao passo que o sistema da *Common Law* ligou-se ao progresso do poder real¹⁷² e sem exigir curso universitário, somente prévio conhecimento acerca dos Precedentes judiciais¹⁷³.

Ambos possuem institutos e conceitos próprios e distintos entre si, diferença creditada às circunstâncias políticas, históricas e culturais que deram origem a cada um deles. Com influência comum no direito romano primitivo modulada em intensidade e a reação, fatos estes responsáveis pelas semelhanças e diferenças nas estruturas jurídicas do *Civil Law* e da *Common Law*.¹⁷⁴

A regra de direito da *Civil Law* consiste na técnica jurídica da

Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. pg. 92.

¹⁷⁰ NUNES, L. A. R. **Manual de Filosofia do Direito**. 7. ed. São Paulo, 2018. Id 154. Retirado de:< <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627689>>.

¹⁷¹ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 28.

¹⁷² DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 5ª ed. São Paulo. 2014. pgs. 40 e 41.

¹⁷³ AGUIAR, Ana Lúcia de. **História dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos**. São Paulo. 2010. pgs. 83 e 85.

¹⁷⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz, NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira, ABREU, Pedro Manoel Abreu (Org), LOCCHI, Maria Chiara, OLIVIERO, Maurizio, SANTOS, Rafael Padilha dos (Coord), GUASQUE, Adriane ... [et al.] **Coleção principiologia constitucional e política do direito: Direito, Democracia e Constitucionalismo**. T. 3 Itajaí: UNIVALI, 2017. Pg. 253.

interpretação das fórmulas legislativas ao inverso da *Common Law* que se caracteriza pelo processo das distinções¹⁷⁵.

Quanto à concepção de Direito, ambos os sistemas a perseguem com o sentido de “descoberta e realização da justiça”. A diferença reside, unicamente, no fato de a família da *civil law* a buscar por soluções que têm o ponto de partida na lei, enquanto na *common law* na decisão judiciária. Disso resulta uma análise diferente da regra de direito, concebida sob o aspecto legislativo no sistema romano-germânico e jurisdicional no *common law*.¹⁷⁶

A principal distinção do Direito da família da *common law* perante a família do Direito romano-germânico reside, em termos pragmáticos em três níveis: a) na estrutura de concepção do direito; b) nas suas fontes; c) nos seus conceitos paradigmáticos.¹⁷⁷¹⁷⁸

São adeptos da *common law* os países que compõem o Reino Unido, Estados Unidos-com exceção da Luisiana, Canadá-exceto Quebec, Austrália e demais ex-colônias inglesas; da *civil law* toda a Europa continental e suas ex-colônias.

Na América-Latina,¹⁷⁹ as colônias espanholas, portuguesas, francesas e

¹⁷⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 105.

¹⁷⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 116.

¹⁷⁷ “Os conceitos paradigmáticos do direito são tidos como conceitos chaves do direito, próprios de sua principiologia, ora derivados do direito, ora derivados da evolução doutrinária, como a autonomia da vontade, o dolo, a culpa, o poder paternal, o usufruto, a força maior, a taxatividade dos direitos reais, entre outros. Já o Direito inglês, por sua vez, não trabalha com esses conceitos; pelo contrário, trabalha com conceitos novos, como trust, bailment, stoppel, consideration, trespass. GONZALES, Douglas Camarinha. **Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da *common law* e do sistema romanístico**. Revista CEJ. Brasília, Ano XIII, n. 46, jul/set 2009. pg. 73.

¹⁷⁸ GONZALES, Douglas Camarinha. **Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da *common law* e do sistema romanístico**. Revista CEJ. Brasília, Ano XIII, n. 46, jul/set 2009. pg. 73.

¹⁷⁹ “América Latina, nome usado pela primeira vez por patriotas latino-americanos (Francisco Bilbao; José Marias Torres Caicedo na década de 1860) no quadro de projetos de estruturas político-jurídicas articuladas e unitárias, derivação da ideia bolivariana de ‘república das repúblicas’, para a defesa de uma madura identidade do continente; nome, outrossim, usado nos mesmos anos em Roma pelo sacerdote chileno José Ignacio Eyzaguirre Portales na criação do Pio Colégio Latino-americano destinado à formação do clero do continente.” SHIPANI, Sandro. ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de. **Sistema Jurídico Romanístico e Subsistema Jurídico Latino-Americano**. São Paulo.

holandesas, estabelecidas em terras praticamente desabitadas ou cuja civilização nativa estava desaparecendo, aceitaram de modo natural às concepções jurídicas do colonizador, de família romano-germânica. Inicialmente era um direito bastante primitivo, em consequência da subadministração em relação ao país de domínio e da ausência de juristas. Mas à medida que a América foi se desenvolvendo, o direito prático se aproximou do erudito.¹⁸⁰

3. CIVIL LAW

A família romano-germânica tem seu berço na Europa continental. Formou-se em razão dos esforços das universidades europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base nas compilações de Justiniano¹⁸¹, uma ciência jurídica comum a todos e apropriada às condições do mundo moderno. A sua denominação romano-germânica deveu-se aos esforços comuns dos países latinos e germânicos que, com o renascer das cidades e do comércio, toma de novo consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessária ao progresso¹⁸².

Entretanto, a tradição da *Civil Law* traça suas raízes historicamente nos códigos de direito famosos, como o Romano *Corpus Juris Civilis* e o Código Napoleão da França¹⁸³.

O Direito no *Civil Law* é composto por regras de conduta elaboradas abstratamente, cabendo ao Juiz identificar a norma e aplicá-la ao caso concreto. Neste ponto reside a maior diferença entre os sistemas jurídicos analisados, visto que a *Common Law* surge como conjunto de regras processuais, cabendo ao juiz,

2015. pg. 9.

¹⁸⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 77.

¹⁸¹ “conjunto de regras e princípios jurídicos que governaram os romanos, desde as origens (a fundação de Roma, que se admite como tendo ocorrido em 753 a.C.) até o século VI, mais precisamente até 565, ano em que morreu Justiniano – o célebre compilador do que Denis Geoffroy (Dionísio Godofredo) denominou em 1583, de *Corpus Juris Civilis*.” MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg. 498.

¹⁸² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 24 e 39.

¹⁸³ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. 2019. pg. 90.

para a solução para o caso concreto, buscar o Precedente judicial a ser aplicado.¹⁸⁴

A regra de direito da *Civil law* para a decisão judicial consiste na técnica jurídica da interpretação das fórmulas legislativas. Sua técnica tende a confundir direito e lei, está difundida no ocidente e oriente, conquistando praticamente toda a América Latina, uma grande parte da África, países do Oriente próximo, o Japão e a Indonésia, devido à colonização, com reconhecimento, inclusive de subsistemas jurídicos secundários denominados: direitos latinos, germânicos ou escandinavos, direitos da América-Latina.¹⁸⁵

Ao contrário da *common law* e sob influência dos ideais revolucionários franceses, tem-se o princípio da separação dos poderes de Montesquieu¹⁸⁶, com notável preocupação em limitar-se o Poder Judiciário, de maneira a assegurar que estaria adstrito a aplicar a norma feita pelo Legislativo, *le juge la bouche de la loi*¹⁸⁷.

A lei, *lato sensu*, é a fonte primordial, quase exclusiva, do direito nos países da família romano-germânica, com um direito escrito em que os juristas procuram descobrir as soluções de direito estribados em textos legislativos ou regulamentares¹⁸⁸. Nesse contexto, a lei confere maior certeza da segurança jurídica, proibindo-se o juiz de criar do direito por meio de decisões judiciais.

A divisão entre o direito público e privado¹⁸⁹ são característicos seus,

¹⁸⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz, NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira, ABREU, Pedro Manoel Abreu (Org), LOCCHI, Maria Chiara, OLIVIERO, Maurizio, SANTOS, Rafael Padilha dos (Coord), GUASQUE, Adriane ... [et al.] **Coleção principiologia constitucional e política do direito: Direito, Democracia e Constitucionalismo**. T. 3 Itajaí: UNIVALI, 2017. Pg. 259.

¹⁸⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pgs. 33 e 34 e 105.

¹⁸⁶ Dizia Montesquieu na obra "Espírito das Leis" que o julgamento deveria ser apenas um texto exato da lei, do contrário constituiria na opinião particular do juiz e, dessa forma, viver-se-ia na sociedade sem saber-se precisamente dos compromissos nela assumidos. Concluindo que os juizes em uma sociedade não são mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor. MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural. 1973, pg. 160. Apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pgs. 29 e 30.

¹⁸⁷ QUEIROZ, E. M. D. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581085> >.

¹⁸⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 111.

¹⁸⁹ "De acordo com uma ótica bastante difundida, trata-se de uma divisão das relações jurídicas, de modo que o direito privado apresentaria uma relação entre sujeitos de igual ordem, juridicamente

podendo, ainda, se subdividir em ramos fundamentais: constitucional, administrativo, internacional, criminal, processual, civil, comercial, do trabalho, etc¹⁹⁰.

O positivismo jurídico do século XIX, filosofia jurídica dominante no romano-germânico moderno, sobretudo após a Revolução Francesa e sob seus fundamentos – de codificação e do juiz boca da lei, produziu diversos dogmas, dentre eles: o de que o Direito acaba por se identificar com a lei; a Justiça torna-se apenas uma possibilidade especulativa; a Lei positiva é o Direito ideal racionalista; o sistema jurídico tende a constituir um todo acabado; o Poder Legislativo legitimado pela vontade geral é onipotente; a codificação é consequência coerente de uma razão escrita cristalizada e, por isso, incontestável.¹⁹¹

3.1 As Codificações Modernas

Embora o Direito Romano seja conhecido como um direito legislado, já na Antiguidade, tinha como fonte, dentre outras, as decisões judiciais. Seu caráter legislativo é verificado entre os séculos XII e XIII com os estudos de Direito Romano nas Universidades e, posteriormente, no século XVIII, com as influências germânicas.¹⁹²

O surgimento das cidades burguesas e suas feiras, pontos de efervescência econômica e intercultural, decorrente da circulação de pessoas oriundas das rotas de comércio e caravanas de produtos entre o Oriente e Ocidente; o surgimento do humanismo cristão e seu encontro com os escritos de Aristóteles; a afluência de pessoas de todas as partes e as Universidades; foram condições sociopolítico-econômica suficientes para a formação de uma atmosfera que

equivalentes, e o direito público uma relação entre um sujeito subordinante e outro subordinado, portanto, entre dois sujeitos, dos quais um tem valor jurídico maior que o outro.” Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 9ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Pg. 163.

¹⁹⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pgs. 85 e 89.

¹⁹¹ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg. 354.

¹⁹² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pg. 22.

floresceu no século XIII. Este foi o período do renascimento jurídico do Direito.¹⁹³

Inobstante, embora não se objetive o esvaziamento da temática, não se olvidam os estudos que datam o liminar do direito romano-germânico calcado em codificações mais antigas como a Lei das XII Tábuas e o *Codex Theodosiano*, apesar do Código Justiniano ser considerado, em larga maioria, o ponto de convergência de formas fundamentais de elaboração do direito em leis¹⁹⁴.

Bobbio pontua que o monopólio estatal na produção jurídica se inicia na compilação de Justiniano, quando o direito romano era de formação “social”. Nesse período a produção jurídica estava espalhada entre a jurisdição pretoriana e na elaboração dos jurisprudentes, tendo Justiniano recolhido todo esse complexo corpo normativo e o transformado no *Corpus Juris Civilis*¹⁹⁵.

O direito da família romano-germânica adota sistemas de normas, organizadas metódica e coerentemente com o objetivo de resolver o conflito com o prévio regramento de toda e qualquer espécie de questões de relevância jurídica. Caracteriza-se, assim, como um sistema fechado, pois quer que todas as situações, ao menos em tese, sejam resolvidas pela interpretação da lei vigente.

Os sistemas de *civil law* são baseados em códigos legislativos detalhados, e não em Precedentes judiciais. As codificações¹⁹⁶ são coletâneas abrangentes e autorizadas de regras que cobrem todos os principais assuntos de direito, geralmente desenvolvidos por acadêmicos, baseados em filosofia, teoria e princípios abstratos, e aprovadas pelos órgãos legislativos. São sistemas de leis que geralmente rejeitam o uso de precedentes, dispensam júris em casos civis e evitam

¹⁹³ Bittar, Carlos Alberto. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:641330>>.

¹⁹⁴ SHIPANI, Sandro. ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de. **Sistema Jurídico Romanístico e Subsistema Jurídico Latino-Americano**. São Paulo. 2015. pgs. 49, 50 e 54.

¹⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006. pg. 30.

¹⁹⁶ “Da codificação começa a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dito.” BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006. pg. 32.

regras de evidência¹⁹⁷.

3.2 Fontes jurídicas de *Civil Law*

A expressão fontes do direito é utilizada de forma figurada para designar a origem, o ponto de partida para o surgimento do direito e do seu estudo pela ciência jurídica. Servindo, também, para demonstrar as formas de como se apresenta o direito em um sistema jurídico.¹⁹⁸

Para Kelsen, embora a considere inútil e ambígua para a sua proposta da Teoria Pura do Direito, em um sentido *lato* considera fonte do direito toda e qualquer norma jurídica, não apenas a geral, mas também a individual, enquanto dela flui, assim como do direito objetivo, o direito em sentido subjetivo, isto é, um dever jurídico ou uma autorização.¹⁹⁹

Em razão da multiplicidade de soberanias que aditam o sistema romano-germânico e suas peculiaridades, a catalogação das fontes jurídicas se torna empresa difícil²⁰⁰, no entanto, elencar-se-ão as estáveis.

A compreensão da natureza e eficácia das normas jurídicas pressupõe o conhecimento de suas fontes, tanto pelo o cientista jurídico quando pelo cidadão.²⁰¹ A teoria tradicional do direito subdivide as suas fontes em materiais e formais.

3.2.1 Fontes materiais

Fontes materiais são o conjunto de fatores reais que determinam a remota formação do Direito, sendo eles a religião, cultura, história, política, violência e costumes sociais. As formais, por sua vez, são expressão do Direito positivo, como

¹⁹⁷ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. 2019. pg. 90

¹⁹⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 22.

¹⁹⁹ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 9ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. pg. 135.

²⁰⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 111.

²⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2010, pg. 50.

a lei em sentido *latu*, o contrato, as convenções entre as partes.²⁰²

As fontes materiais ou sociais de Direito são emanções da legitimação popular de poder, irradiadas pelos elementos sociais. São compreendidas a partir de um complexo de fatores que advém dos demais subsistemas sociais.²⁰³ As vivências da sociedade, o dia-a-dia, tudo que importa ao homem, seriam natural e genuinamente fontes materiais de Direito.

O homem pensa o direito para o realizar e realiza-o pensando-o. Ainda que procure assumir a atitude teórica mais pura, o homem pensa a partir de um contexto histórico determinado. Inexoravelmente, também se projetam nas suas construções, o local em que reflete, as condições sociais e culturais que naquela altura o envolvem²⁰⁴.

Por não decorrem de produção estatal formal, possuem apenas as dimensões da existência e da eficácia e, não tendo passado pelos filtros formais decorrentes da instituição do Estado, elas carecem das dimensões da validade e da vigência. Outra decorrência de não terem formalização estatal é o seu grau de eficácia ser limitado. Isto se justifica, ainda, pelo fato de sua aferição ser dificultosa, porquanto deriva de situações diluídas no tecido social, que demandam análises antropológicas e sociológicas de delimitação e compreensão.²⁰⁵

Na tradição jurídica brasileira são as seguintes, na classificação do Professor Zanon Jr.: (a) princípios éticos, que são o conjunto de valores compartilhados em sociedade, considerando o embate dos diversos grupos de maiorias e minorias sobre as opções axiológicas para a determinação de condutas; (b) doutrina (*communis opinio doctorum*), que consiste nas bases de conhecimentos técnicos disponíveis para auxiliar na tomada de decisão, com preponderância da

²⁰² Bittar, Carlos Alberto. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:641330>>.

²⁰³ Bittar, Carlos Alberto. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:641330>>.

²⁰⁴ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg. 100.

²⁰⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Formas Jurídicas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), setembro-dezembro 2016.

modalidade científica dos saberes; (c) costumes, consubstanciam-se em práticas reiteradas no cenário social que, igualmente, são consideradas pelo hermeneuta, haja vista conformarem as tratativas cotidianas de uma determinada cultura.²⁰⁶

3.2.2 Fontes formais

As Fontes Jurídicas formais decorrem da filtragem das fontes materiais transformadas em substrato institucional, geralmente em textos oficiais, com a finalidade de padronização das substâncias prevalentes em determinado Estado.²⁰⁷

São consideradas fontes formais, diretas ou imediatas²⁰⁸ aquelas reconhecidas pela ordem jurídica estabelecida como tal. No Brasil, são elas a lei, analogia, costumes e pelos princípios gerais de direito²⁰⁹, conforme art. 4.º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.²¹⁰

Para efetivar sua prevalência no âmbito de determinado Estado, o sistema estabelece graus de eficácia superiores ao meramente limitado, atingindo as forças decisiva, vinculante ou até intransponível.²¹¹

Porém, em resposta ao insuficiente modelo de Direito como expressão da lei positiva, nas últimas décadas, o Brasil e países adeptos do constitucionalismo, vêm experimentando a transferência de parte do poder político para o Poder

²⁰⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Formas Jurídicas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), setembro-dezembro 2016.

²⁰⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Formas Jurídicas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), setembro-dezembro 2016.

²⁰⁸ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 22.

²⁰⁹ [...]“cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico.” DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica, norma jurídica e aplicação do direito**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, pg. 26.

²¹⁰ BRASIL. **Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**. Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 9 mar. 2020.

²¹¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Formas Jurídicas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), setembro-dezembro 2016.

Judiciário, que mais precisamente, tem saído do legislativo e aderido ao judiciário.²¹²

Para Streck, não só no Brasil, sob o pretexto de os juízes não mais representarem o boca da lei, os princípios jurídicos passaram a autorizar uma era de abertura interpretativa ou era de criação judiciária, consequentemente na astenia do significado do pós-positivismo, transfigurando-o na abertura interpretativa, no ativismo ou protagonismo judicial.²¹³

Não obstante, a lei, texto normativo ou legislação que consistem na expressão escrita em vernáculo com o objetivo de delimitar a margem decisória das pessoas em sociedade, e cuja elaboração compete às autoridades legiferantes legitimadas politicamente, em representação da força predominante na comunidade, ainda representa o corpo de referência principal e inderrogável. De observância obrigatória para todas as autoridades políticas e pessoas provadas dentro da área abrangida pelo Estado, consoante a premissa máxima da submissão de todos à lei, basilar nas Sociedades democráticas modernas.²¹⁴

Portanto, a lei é a fonte primordial, às vezes quase exclusiva, do direito de família da *civil law*. Todos os países são adeptos do direito escrito, e têm na lei, antes de tudo, a solução de Direito. O papel do jurista fica adstrito em buscar o alcance da vontade do legislador – *mens legislatoris*, ou então, alternativamente, a vontade objetiva da lei, *mens legis*. As demais fontes são subordinadas, portanto, secundárias, em que pese a confusão entre Direito e lei jamais ter sido a intensão do sistema romano-germânico. As leis são hierarquizadas, em seu vértice encontram-se as Constituições ou leis constitucionais, adotadas de forma escrita e com certo prestígio por todos os países de afiliação romano-germânica.²¹⁵²¹⁶

²¹² QUEIROZ, E. M. D. **Precedentes judiciais e segurança jurídica : fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em; < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581085>>.

²¹³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. pg. 106/107.

²¹⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Formas Jurídicas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), setembro-dezembro 2016.

²¹⁵ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 5ª ed. São Paulo. 2014. pgs. 111, 112 e 120.

²¹⁶ “A autoridade encarregada de exercer [o controle de constitucionalidade] varia segundo o país. No Japão e em diversos Estados da América Latina qualquer juiz pode, como nos Estados Unidos,

O escalonamento do ordenamento jurídico pode ser representado esquematicamente da seguinte maneira: em primeira grandeza a Constituição como norma fundamental, em camada jurídico-positiva mais alta – tomando-a no sentido material da palavra cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica legislativa. Entretanto, a Constituição poderá determinar também o conteúdo das leis futuras; em segunda as leis gerais produzidas no processo legislativo; em terceira os regulamentos administrativos.²¹⁷

Os usos e costumes são ocorrências fáticas cuja reiteração ao longo do tempo gera expectativas sociais. Em outras palavras, consubstanciam práticas reiteradas no cenário social de uma determinada cultura.²¹⁸

Segundo Maria Helena Diniz, a qual invoca em confirmação Storm, Windscheid, Wachter, Gierke, Unger, Stahl, Goldschmidt, Besfeier, Regelsberger, Clóvis Beviláqua, Washington de Barros Monteiro, Vicente Ráo, o costume jurídico é formado por dois elementos necessários: o uso e a convicção jurídica, que integram o processo total da formação do direito consuetudinário²¹⁹.

Como norma não escrita, é fruto da prática social individualizada, do caso a caso, e é obrigatório porque os indivíduos assim o concebem e se auto-obrigam. Em pequenas sociedades o costume pode ser facilmente identificado, o contrário ocorre em sociedades mais complexas. São classificados doutrinariamente *secundum legem*; *praeter legem* ou *contra legem*. O seu reconhecimento pelo Poder Judiciário não o transforma em norma escrita, isso porque a jurisdição apenas o reconhece, não o estabelece. Desse modo, aquele que alega costume tem o ônus de prová-lo, seja por decisões precedentes que o reconheça, testemunhas, perícia,

declarar que uma lei é contrária à Constituição e conseqüentemente recusar-lhe a aplicação, naturalmente sob controle do Supremo Tribunal. Na Europa e nos países da África, pelo contrário, o poder de declarar uma lei inconstitucional é reservado a um tribunal especial de justiça constitucional, instituído para este fim.” DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 121.

²¹⁷ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 9ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Pgs. 132, 133.

²¹⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Formas Jurídicas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), setembro-dezembro 2016.

²¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica, norma jurídica e aplicação do direito**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, pg. 280.

etc.²²⁰

Os negócios jurídicos estão para o direito privado assim como a lei para o direito público e guardam o princípio da autonomia da vontade. Por eles, os sujeitos a serem obrigados participam da produção da norma obrigatória, que consiste em regra em um contrato. Como normas jurídicas civis que se aplicam nos tribunais, entre a lei e a sentença judicial, interpõe-se o negócio jurídico, que, em relação à situação de fato, exerce uma função individualizadora. Delegadas pela lei, as partes estabelecem normas concretas, normas que estabelecem um comportamento recíproco e cuja infração está ligada à consequência do ilícito, isto é, à execução judicial.²²¹

Juntando as definições do Código Civil Alemão (BGB) e de Miguel Reale, os negócios jurídicos podem ser definidos como espécie de ato jurídico, únicos ou plúrimos, volitivos, que implicam em uma declaração expressa de vontade, instauradora de uma relação jurídica entre dois ou mais sujeitos.²²² Ou sejam, são contratos entre as partes envolvidas que encontram agasalho na lei, desde que respeitem seus regulamentos mínimos.

A jurisprudência, a depender da ideia que o ordenamento jurídico tenha da função dos juízes, se mero aplicadores do direito já expresso por outras fontes ou se de produtores do direito através das suas decisões, pode ou não estar listada dentre as fontes de direito formal.²²³

A concepção de Jurisprudência consiste no conjunto de textos que expressam decisões anteriores das autoridades judiciárias, cuja força depende de previsão normativa e da tradição jurídica de cada comunidade. A importância da jurisprudência reside em dois pontos, a um, na previsibilidade das decisões encaminhada ao Poder Judiciário (Estado), e, a dois, na manutenção da coerência

²²⁰ NUNES, R. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:641039>>.

²²¹ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 9ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. pgs. 164, 138, 139.

²²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2010, pg. 317 e 318.

²²³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pg. 98.

na adjudicação, de modo a tratar casos similares da mesma maneira.²²⁴

A sentença judicial é uma norma jurídica individual, uma individualização ou concretização da norma geral ou abstrata, a continuação do processo de produção do direito, do geral para o individual e que somente o preconceito, de que todo direito está contido na norma geral, identificando erroneamente o direito com a lei, poderia obscurecer esse ponto de vista, diz Kelsen.²²⁵

Dentro da significação do costume jurídico, poder-se-ia dizer que a jurisprudência é um derivativo seu, o costume judiciário, isso porque se reveste dos dois elementos essenciais “uso” e “obrigatoriedade”, conduzindo-a ao posto de fonte formal.²²⁶

Para Vigliar, a jurisprudência é fonte de direito porque, por previsão constitucional, a súmula vinculante possui força que supera até mesmo a da lei, posto que a lei pode ser interpretada e levada aos tribunais ao passo que a decisão, nos limites do previsto na Constituição Federal, não.²²⁷

Na mesma senda Gonçalves, quando afirma que malgrada a classificação da jurisprudência como fonte meramente intelectual, a realidade tem a revelado fonte criadora de direito.²²⁸

3.2.3 Fontes informais

Já as fontes informais ou mediatas, que não constam da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, constituídos basicamente, pela história, doutrina e jurisprudência- para aqueles que entendem que os magistrados não criam o Direito através das suas decisões-, são as que não geram por si sós regra jurídica, mas

²²⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Formas Jurígenas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), setembro-dezembro 2016.

²²⁵ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 9ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. pg. 136, 137.

²²⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 26.

²²⁷ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **A Reforma do Judiciário e as Súmulas de Efeitos Vinculantes**. 2005, pg 288. Apud TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 25.

²²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2010, pg. 50.

acabam contribuindo para a sua elaboração e interpretação.²²⁹

Pela sua racionalidade e força lógica de expressão, preeminentes juristas filósofos aceleram a marcha de evolução do pensamento, estabelecendo novas veredas dialéticas e atraindo seguidores. Nas ideias que a doutrina jurídica apresenta, quase nada se verifica de homogêneo ou de uniforme. A controvérsia é própria e imanente à Filosofia e doutrina que a materializa e, em nada se poderá estranhar a pluralidade de opiniões sobre um mesmo objeto. Esta característica do pensamento filosófico não impede, todavia, ao longo dos anos, que novos princípios e teorias sejam consagrados, operando uma reciclagem contínua do pensamento.²³⁰

As fontes históricas são as que deram origem aos institutos jurídicos ou a um sistema, como a Lei das XII Tábuas, o Digesto, as Institutas, o *Corpus Iuris Civilis*, as Ordenações do Reino, etc.²³¹

Para Tartuce, pela sistemática do Código Civil de 2002²³², a considerar equidade como a justiça do caso concreto, também a transforma em fonte formal, mediata do Direito Privado, assim como a doutrina e a jurisprudência. Isso porque adota o Código Civil um sistema de cláusulas gerais, pelo qual por diversas vezes é o aplicador do Direito convocado a preencher.²³³

4. COMMON LAW

A formação da *Common Law* se inicia em 1066, com a invasão das ilhas da Bretanha pelos bárbaros normandos, militarizados e acostumados a um estilo de vida diferente do tribal anglo-saxão, acabam formando na Inglaterra uma certa organização política centrada na figura do governante, com poder de solução dos

²²⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 26.

²³⁰ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 25ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2018, pg. 30.

²³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2010, pg. 50.

²³² BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil do Brasil**. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 9 mar. 2020.

²³³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 27.

conflitos²³⁴.

Embora o seu estudo se inicie obrigatoriamente no Direito Inglês²³⁵, a ele não se reduz *vg.* o direito americano. Mas então, nesse limiar a *comune ley* (francês) ou *common law* (inglês) foi, em oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra.²³⁶

A *Common Law* nasceu da necessidade de unificação do direito, de maneira que afastou os costumes locais de cada povo em homenagem ao direito comum a toda a Inglaterra. Dessa informação se pode deduzir com facilidade que o atrativo do sistema inglês foi e é a segurança jurídica e assim cita-se o seu conceito extraído das lições de Schubert, obra adotada pela *Delaware Law School* na disciplina de *Legal System* do *Summer Program* 2019:

“[...] the English common law system developed over many centuries. You know that as judges decided cases, rules slowly evolved and became recognized as judicial precedents, which began to be written down and followed. [...] With its emphasis on judge made law, this approach differs markedly from the legal systems found in France, Germany, and Italy. Those countries follow a different approach, often referred to as the civil law system²³⁷.”

Em uma primeira fase, caracterizada por um direito comum de significado diverso do de origem romana, consistente em um direito comum consuetudinário, de origens anglo-saxã, decorrente das relações sociais que são agasalhadas pelos juízes nomeados pelo Rei; numa segunda fase, a *common law* se transforma em um direito de elaboração judiciária, ou seja, por regras adotadas pelos juízes para

²³⁴ AGUIAR, Ana Lúcia de. **História dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos**. São Paulo. 2010. pg. 84.

²³⁵ [...] “o direito inglês está limitado, no seu domínio de aplicação, à Inglaterra e ao País de Gales. Não é nem o direito do Reino Unido, nem mesmo do da Grã-Bretanha, visto que a Irlanda do Norte, por um lado, a Escócia, as Ilhas do Canal da Mancha e a Ilha de Man, por outro, não estão submetidas ao direito ‘inglês’”. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 353.

²³⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 359.

²³⁷ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. 2019. pg. 90. “[...] o sistema de direito comum inglês se desenvolveu ao longo de muitos séculos. Você sabe que, quando os juízes decidiram os casos, as regras evoluíram lentamente e se tornaram reconhecidas como precedentes judiciais, que começaram a ser anotadas e seguidas. [...] Com sua ênfase no juiz, essa abordagem difere acentuadamente dos sistemas jurídicos encontrados na França, Alemanha e Itália. Esses países seguem uma abordagem diferente, geralmente chamada de sistema de direito civil.”

resolução dos problemas²³⁸.

Como curiosidade, Aguiar²³⁹ menciona que a *Common Law* não surge de um movimento de intelectuais, mas de juízes ligados ao rei, sem exigir curso universitário, exigindo somente prévio conhecimento acerca dos Precedentes judiciais e que o aparecimento de um sistema tão diverso do encontrado na Europa continental (*civil law*) se deve ao feudalismo tardio inglês cuja característica foi a de estar ligado à figura real.

O direito comum de então, pode parecer pouco desenvolvido aos olhos destreinados, mas para aquelas condições em que a Inglaterra era uma terra áspera e selvagem, com uma pequena população dispersa. Viajar era difícil, com estradas há muito tempo sem reparo e a maioria dos rios sem pontes. A terra era muito importante, não apenas necessária para a subsistência, mas também o principal determinante do status social. A agricultura era a principal atividade e pouco comércio continuava. Disputas centradas em terra, com ferimentos a pessoas e propriedades simples. Um sistema legal primitivo bastava.²⁴⁰

Na doutrina de Bobbio é possível encontrar a afirmação de que a Inglaterra jamais sucumbiu ao absolutismo graças à *common law*, ou direito comum, o qual contrasta, limita e sobrepõe o Poder do Estado (no caso o Real).²⁴¹

Dado este contraste entre direito comum e direito do Estado, as tendências autoritárias e absolutistas tiveram na Inglaterra umas das suas típicas manifestações na polêmica contra a *common law*. Os soberanos absolutistas, como Jaime I e Carlos I, tentaram fazer valer a preeminência absoluta do direito estatutário, negando aos juízes o poder de resolver as controvérsias com base no direito comum; encontraram, porém, uma firme posição, da qual o porta-voz e expoente máximo foi sir Edward Coke (autor das Instituições do direito inglês,

²³⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006. pg. 33.

²³⁹ AGUIAR, Ana Lúcia de. **História dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos**. São Paulo. 2010. pgs. 83 e 85.

²⁴⁰ CLERMONT, Kevin M. **Princípios de Processo Civil** (Concise Hornbook Series). 5ªed. United States of America West Academic, 2019. pg. 911.

²⁴¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006. pg. 33.

trabalho considerado como a “*summa*” da *common law*).²⁴²

Sobre o direito que inicialmente tratou a *common law*, David²⁴³ explica que diferentemente do continente, os juristas ingleses se concentravam no direito processual. *Remedies Precede Rights*: em primeiro lugar o processo e somente mais tarde e aos poucos passou a conter normas substantivas.

Antes, porém, de reinar a *Common Law*, o Direito Inglês foi, também, informado pelo sistema rival e interno denominado *Equity*, ou do julgamento por equidade. Que surgiu, nas palavras de David²⁴⁴ da esclerose do *Common Law*, ou seja, dos obstáculos existentes na administração justiça pelos Tribunais de Westminster, no excessivo formalismo, fazendo com que a numerosos casos não fosse dada solução justa, gerando recurso direto ao Rei, o qual era fonte de toda justiça e generosidade, com julgamento de equidade em detrimento do julgamento por princípios jurídicos.

Desde o início, o direito comum afundou em rigidez e estreiteza. Para mitigar esse pensamento estanque o novo se tornou galopante. Os limites consequentemente incertos sobre as formas de ação causaram todo tipo de dificuldades. Todo o sistema inevitavelmente exaltou o tecnicismo hediondo. Em suma, as inadequações acima descritas do procedimento em madeira, remédios limitados e direito substantivo limitado eram evidentes demais. O sistema de equidade surgiu para superar as crescentes inadequações do direito comum. O eventual marcador da Equity foi que seus tribunais não conduziram julgamentos de júri, mas deram alívio na forma de ordenar que o réu fizesse ou não algo de acordo com uma lei substantiva relativamente dinâmica.²⁴⁵

Da *Equity*, por exemplo, adveio a conquista do afastamento do tribunal do júri pelo julgamento feito exclusivamente pelo magistrado, com informalidade e rapidez.

²⁴² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006. pgs. 33 e 34

²⁴³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pgs. 3635 e 364.

²⁴⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 371.

²⁴⁵ CLERMONT, Kevin M. **Princípios de Processo Civil** (Concise Hornbook Series). 5ªed. United States of America West Academic, 2019. pg. 1245-1252.

[...] o direito inglês possuiu e ainda possui uma estrutura dualista. Ao lado das regras da common law que são obras dos tribunais Reais de Westminster, também designados por tribunais de common law, ele apresenta solução de equity, que vieram completar e aperfeiçoar as regras da common law. [...] contudo, as soluções de equity tornaram-se, com o decorrer dos séculos, tão estritas, tão “jurídicas” como as do common law²⁴⁶ [...]

Então, o sistema da equidade surgiu para superar o atavismo do direito comum. Seus Tribunais não encaminhavam os feitos ao Júri dando alívio aos demandantes com decisões calcadas na lei substantiva, tanto que no século XVII chegou a prevalecer para os casos de conflito com o direito comum. No entanto, no século XIX a equidade naufragou, tornando-se pesada e cara.²⁴⁷

Não obstante, adverte Clermont, o sistema de equidade não estava atrelado a nenhuma forma de ação e tinha seu próprio procedimento e diferia muito do procedimento legal, o que era muito positivo porque bastante informal e simplificado, entretanto terminou como um procedimento quase inquisitorial muito complexo²⁴⁸.

A concepção legal de *rule na common law*, é do direito feito pelos juízes (*judge made law*) em que as aplicações jurisprudenciais tomam o lugar das disposições que o legislador editou. A regra contida no bojo da lei não é suficiente para gerar a legal *rule*, pois só a partir das reiteradas decisões judiciais, que são fontes normativas primárias, ter-se-á a legal *rule*, permeada de conceitos fáticos. Nessa tradição, as leis não possuem força cogente enquanto não chanceladas pelo Poder Judiciário, não passando de meras abstrações a receber a força da concreção após a judicialização. Portanto, a regra do direito inglês é apta a dar, de forma imediata, a sua solução a um litígio, a um caso concreto, sendo caracterizada, por esse aspecto, como um sistema jurídico aberto. Então, a função da jurisprudência não se limita, a aplicar o direito, mas destacar as regras do direito; sua importância é equivalente a da lei no Direito de família romano-germânica, uma vez que constitui

²⁴⁶ DAVID, René. Op. Cit. p. 374/375.

²⁴⁷ CLERMONT, Kevin M. **Civil Procedure: Black Letter Outlines**. 11^a ed. United States of America, 2019. pg. 49 e 50.

²⁴⁸ CLERMONT, Kevin M. **Princípios de Processo Civil** (Concise Hornbook Series). 5^aed. United States of America West Academic, 2019. pg.1278.

norma jurídica primária.²⁴⁹

Como visto alhures, a fonte primordial do direito inglês é a jurisprudência ou *case law*, ou o direito feito pelos juízos (*judge made law*). Contudo, as demandas atuais do final do século XX e XXI vêm sinalizando necessitar maior intervenção estatal em alguns pontos da economia e da própria sociedade, o que tem realçado a importância à lei para ditar comandos normativos à sociedade.²⁵⁰

Na *Common Law* há até mesmo os códigos, porém o que os difere da matriz romano-germânica é a falta de pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar, a medida que não existe a preocupação em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. Isto porque, *no common law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz o poder de interpretar a lei.²⁵¹

Sobre o momento em que as Treze Colônias Americanas fizeram a opção jurídica pelo *Common Law*, antes e depois da independência, houve uma espécie de confusão de sistemas jurídicos, de um lado os colonos que queriam se afastar das regras inglesas, de outro a influência francesa na Canadá e na Luisiana com as codificações de influência francesa, sem olvidar do influxo espanhol com o direito romano-germânico, até o triunfo da *Common Law* devido em muita medida à língua inglesa falada no território americano de povoamento originariamente inglês²⁵².

Não obstante, lembra Fine, o direito inglês não é o mesmo aplicado na América, talvez por isso tenha sido cunhado como sistema jurídico “anglo-

²⁴⁹ GONZALES, Douglas Camarinha. **Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da *common law* e do sistema romanístico**. Revista CEJ. Brasília, Ano XIII, n. 46, jul/set 2009. pgs. 73, 74.

²⁵⁰ GONZALES, Douglas Camarinha. **Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da *common law* e do sistema romanístico**. Revista CEJ. Brasília, Ano XIII, n. 46, jul/set 2009. pg. 75.

²⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba, n. 49, 2009. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>>. Acesso em: 29 mar de 2020.

²⁵² DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 5ª ed. São Paulo. 2014. pgs. 450/454.

americano²⁵³”.

O american way of life não constitui nem a realidade, nem o ideal dos ingleses; a educação americana é diferente da educação inglesa; a própria língua americana tende a dissociar-se da língua inglesa. Neste país, tão diferente da Inglaterra, é evidente que se apresentem problemas que são considerados e resolvidos de modo diferente que na Inglaterra. [...] Não se deve, contudo, exagerar estas diferenças. Apesar delas, existe um fundo comum aos dois direitos que é muito importante: o bastante para que os americanos se considerem, sem hesitação, como membros da família da common law. Contudo, é necessário saber que, apesar destes sentimentos, a realidade é constituída por uma grande diversificação dos dois direitos. Se um americano não tem grande dificuldade em abordar o direito inglês, quando se formou como jurista nos Estados Unidos, o inverso já não é verdadeiro: o jurista inglês não se sente à vontade no direito americano; falta-lhe para estudar este direito, uma iniciação²⁵⁴.

Schubert²⁵⁵, por sua vez, também ressalta o período de guerra entre Ingleses e Franceses pelo domínio da América do Norte presente no direito americano, de uma ponta o *Code Napoleon* e de outra a Magna Carta, a representar as duas grandes castas jurídicas *Civil e Common Law*. Os estados americanos basicamente seguiram o modelo inglês até as reformas de código do século XIX.

4.1. Fontes jurídicas do sistema anglo-americano

Quando se fala em *Common Law* como um sistema normativo deve-se ter em mente que suas fontes são não escritas e também escritas, a lei ou *legislation*. São fontes do sistema anglo-americano a *common law* (precedentes), a *equity* (princípios jurídicos éticos) e os *statutes law*.²⁵⁶

4.1.1 Fontes primárias

²⁵³ “O termo “anglo-americano” é utilizado para referir-se ao sistema jurídico dos Estados Unidos, o qual possui suas raízes no *common law* inglês.” In FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo. 2011. pg. 01.

²⁵⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pgs. 457/458.

²⁵⁵ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. 2019. pgs. 8, 11, 90.

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz; BRANDÃO, Paulo de Tarso, OLIVIEIRO, Maurizio, CRUZ, Paulo Márcio, CASTRO Jr, Osvaldo Agripino de, SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de, CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart, PINHEIRO, Denise, PILATI, José Isaac, SANTOS, Adelcio Machado dos, DIAS, Bruno Smolarek, VEIGA Jr, Celso Leal da, MARDEGAN, Herick, GUIMARÃES, Isaac Sabbá, GONÇALVES, Sandra Krieger, ZANON Jr, Orlando Luiz, SANTO, Davi do Espírito, PASOLD, Cesar. **Reflexões sobre a Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular. 2013. Pgs. 49/51.

São consideradas fontes primárias no sistema anglo-americano as normativas, portanto a Constituição dos Estados Unidos da América, leis federais, atos normativos do executivo e das agências reguladoras (regras administrativas) e decisões judiciais de cortes federais bem como, por simetria, a Constituição do Estado-membro, suas leis, atos do executivo e decisões das cortes estaduais (*judge made law*).

It is important to understand that the rules constituting American law derive from several authoritative sources. The most important of these are the federal and state constitutions; legislation produced at the federal, state, and local levels of government; decisions of federal and state courts; and regulations and adjudicatory rulings of federal, state, and local administrative agencies²⁵⁷.

No campo da hierarquia ou respeito, segundo Fine²⁵⁸, uma lei federal válida sobrepuja a estadual que com ela conflitar de acordo com a cláusula de supremacia do *Article VI* da Constituição Americana. Sobre a força vinculante das fontes primárias, continua a autora, todas, com exceção do *case law*, são totalmente obrigatórias.

Sobre o *case law*, nem todas serão vinculantes. O *Case Law* é o advindo de prévias decisões judiciais sobre o tema, as quais vinculam decisões futuras, e é considerado fonte primária. Isso porque uma característica básica do *Common Law* é a doutrina do Precedente, pela qual os juízes se utilizam de princípios estabelecidos em casos precedentes para decidir novos casos similares, sob a ideia de que também os juízes e não só as leis estabelecem regras que possuem um impacto que se estende para além das partes em litígio.

Para casos em que não há precedente, a Corte deve julgar sob o influxo de princípios gerais, por analogia e com base no que ela acredita ser razoável e de interesse comum, isso porque para o jurista da *Common Law* o direito é jurisprudencial e as regras formuladas pelo legislador só serão assimiladas ao

²⁵⁷ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. 2019. pg. 89. “É importante entender que as regras que constituem a lei americana derivam de várias fontes autorizadas. As mais importantes delas são as constituições federal e estadual; legislação produzida nos níveis federal, estadual e local do governo; decisões de tribunais federais e estaduais; e regulamentos e decisões judiciais de órgãos administrativos federais, estaduais e locais.”

²⁵⁸ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo. 2011. pg. 03, 49, 50 e 51.

sistema jurídico quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelas cortes. Quando não há precedente o jurista americano dirá que não direito sobre a questão (*there is no law on the point*)²⁵⁹.

Fine²⁶⁰ esclarece que o Precedente pode ser persuasivo ou vinculante, também chamado de obrigatório ou controlador. O vinculante, como o nome sugere, vincula casos subsequentes. O persuasivo é consistente na boa prática jurídica, de maneira uma corte considere a autoridade persuasiva da decisão anterior. No entanto, para que um Precedente seja controlador ou persuasivo ele deve ser relevante.

O *case law* encontra em posição de destaque no sistema de *Common Law* dos Estados Unidos. Ler, analisar e sumarizar o *case* é *práxis* no país. Segundo as regras da *stare decisis*, o Precedente deve vincular a Corte subsequente que considerar uma mesma questão legal. Ainda, embora as fontes constitucionais e legais sejam superiores aos *cases* na hierarquia das fontes de direito, qualquer Precedente é consultado quando da aplicação de regras constitucionais ou legais no futuro. Em outras palavras, as cortes nos Estados Unidos não empreendem nova interpretação das normas constitucionais e estatutárias em cada caso; consultam decisões já existentes sobre a norma legal e que estejam à disposição do julgador, em relação às quais o Precedente pode ou não estar vinculado.²⁶¹

4.1.2 Fontes secundárias

Quanto às fontes secundárias, estas não criam direitos nem obrigações, mas são importantes porque explicam, discutem e interpretam as fontes primárias. São elas no direito anglo-americano a doutrina em forma de livros, artigos, resenhas e as leis uniformes²⁶². Não são vinculantes, mas exercem uma influência inexorável²⁶³.

²⁵⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. p. 460.

²⁶⁰ FINE, Toni. M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo. 2011. p. 68.

²⁶¹ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo. 2011. pgs. 03/04.

²⁶² “Leis uniformes são meras propostas para o Legislativo de cada estado do país, [...]” In FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo. 2011. pg. 55.

²⁶³ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo. 2011. pgs. 51/56.

Os *restatements* ou compêndios de direito ocupam um lugar especial entre as fontes jurídicas nos Estados Unidos. No início do século XX, verificou-se haver uma crescente dificuldade em entender as tendências das leis estaduais, considerando o seu desenvolvimento variável nos diversos estados, em especial nas áreas nas quais o *case law* era dominante, como contratos, direito possessório e responsabilidade civil. Com isso em mente, o *American Law Institute (ALI)* foi criado em 1923 para “o esclarecimento e a simplificação do direito”. Os *restatements* de cada área são elaborados por um ou mais relatores – eminentes professores de direito - em colaboração com consultores, advogados e juízes²⁶⁴.

5. O MODELO HÍBRIDO BRASILEIRO

O desenvolvimento social brasileiro mais lento e consequentemente o campo jurídico, é resultado do processo de colonização e do fato de que a sua independência²⁶⁵ - desejada e ao mesmo tempo reprimida no século XVIII - somente alcançada no século XIX, veio sob bases muito determinantes: população analfabeta; economia monocultora, latifundiária e escravagista; Estado absolutista e ausência de cidadania. Enquanto os Estados Unidos, na mesma época, já desenvolviam sob bases muito mais sólidas. A legislação brasileira²⁶⁶, desvinculada

²⁶⁴ FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo. 2011. pg. 54.

²⁶⁵ Em agosto de 1822, o Príncipe Regente Dom Pedro deixou o Rio de Janeiro e empreendeu viagem a São Paulo. Viagem que possui uma cena bastante presente no imaginário dos brasileiros. O pintor Pedro Américo imortalizou com felicidade o Grito do Ipiranga. Antes de deixar a Corte carioca e iniciar o périplo que visava apaziguar o sul do país, onde grassava um ambiente de paixões políticas perigoso para a unidade nacional, Dom Pedro entregou o poder à Princesa Leopoldina. Foi no dia 14 de agosto que a Princesa de Habsburgo ascendeu à chefia do Conselho de Estado e Regente do Brasil, com poderes legais para governar o Brasil durante a ausência do marido. Houve reunião do Conselho em 2 de setembro de 1822, tratou-se da reunião de nº 13, que decidiu pela Independência do Brasil em relação a Portugal. O decreto foi assinado pela Regente, estando presentes, dentre outros, José Bonifácio de Andrade, Clemente Pereira, Martim Francisco e Gonçalves Ledo. A histórica reunião foi retratada 100 anos depois por Georgina de Albuquerque e o quadro se encontra no Museu Histórico Nacional, no Rio de Janeiro. Ao regressar de sua viagem a Santos, a caminho de São Paulo, Dom Pedro recebe cartas de Dona Leopoldina e José Bonifácio, que o decidiram a declarar a Independência. Na mesma noite deste dia de 7 de setembro é aclamado no Teatro de São Paulo com três “Viva o primeiro Rei do Brasil! MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *A História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg. 245.

²⁶⁶ No século XX, o Brasil experimentou cinco Constituições (ou seis, se considerada a Emenda nº 1 de 1969, como entendem alguns, como uma Constituição autônoma), de par com a reforma à Carta de 1891, ocorrida em 1926. Ademais, o primeiro Código Civil brasileiro foi aprovado em 1916, para entrar em vigência a partir de 1º de janeiro de 1917, e outros códigos também foram editados, como os de processo civil (de 1939 e de 1973), penal (1940), processo penal (1941), além de outras importantes leis, como, por exemplo, a Lei das Contravenções Penais (1941) e a Consolidação das Leis do Trabalho (1943). Como se sabe, a Constituição do Império (25 de março 1824) foi expressa,

das Ordenações Portuguesas desde 1603, começará a se desenvolver desde então, na forma de verdadeira enxurrada de novos documentos oficiais.²⁶⁷²⁶⁸

Paralelamente ao movimento da enciclopédia e em meio à euforia do Iluminismo, nasceu o movimento da codificação. A sistematização do Direito pela razão iluminada, atendidas as exigências do jusracionalismo. Era a lógica burguesa que tendia para a unificação do Direito e sua exposição sistemática.²⁶⁹ Então, dos civilistas franceses²⁷⁰, o Brasil e demais adeptos da *civil law* herdaram a codificação das leis, bem como a fórmula de que a positivação é a mais apta forma de exprimir o direito em um Estado Democrático. Limitando jurisprudência e doutrina ao papel de aplicação e comentário das leis.

Entretanto, o direito comparado revelou a falseabilidade da segurança dos civilistas franceses na exaltação das codificações, mostrando-nos que outras nações, julgadas democráticas, aderiram a fórmulas muito diferentes das codificações, por outro lado, outros Estados, considerados falsamente democráticos, aderiram às codificações²⁷¹.

Savigny, em interpretação tomada por Reale, antecipou o problema das codificações em sua Escola Histórica, ao se opor ao Código Civil Alemão,

em seu art. 179 (tratava da inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros), inciso XVIII: “Organizar-se-á quanto antes um código civil, e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça, e equidade.” O Código Criminal veio a lume em 1830, e, por consequência, o Código de Processo Criminal em 1832. Revogava-se, assim, o Livro V das Ordenações Filipinas. O primeiro Código Civil, fruto em grande parte do gênio Clóvis Beviláqua, contudo, levou muito tempo para ser elaborado, tendo contado com diferentes projetos até que fosse aprovado, em 1916. MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg. 374.

²⁶⁷ Bittar, Carlos Alberto. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:641330>>.

²⁶⁸ Constituição Federal (1824), Código Penal (1832), Código Comercial (1850), Lei de Terras (1850), Consolidação das Leis Civil (1858) Bittar, Carlos Alberto. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:641330>>.

²⁶⁹ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg. 292.

²⁷⁰ O Código francês ou de Napoleão, como também é conhecido, foi a expressão do primado do individualismo liberal. Lá estavam, por exemplo, a propriedade como um direito absoluto, que a Declaração de 1789 eregira em um dos direitos inalienáveis, imprescritíveis do homem e, de igual modo, o princípio da autonomia da vontade, do qual se extraía, inclusive, que o contrato fazia lei entre as partes. MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg. 496.

²⁷¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 6.

reclamando uma visão mais concreta e social do Direito, por entender que a Alemanha não formava uma Nação, propondo uma codificação única para um momento de maior maturidade. Temia ele a existência de leis dotada de vigência, mas não de eficácia, asseverando que regras de caráter consuetudinário deviam ser transformadas em leis, isso porque somente verdadeiras leis traduziriam o “espírito do povo”²⁷².

Países afiliados à família jurídica romano-germânica e outros à *common law* tiveram e têm relações jurídicas. A *common law* conserva sua estrutura, embora o papel desempenhado pela lei tenha aumentado e assim os métodos utilizados em ambas as famílias tendem a se aproximar. Há países que se classificam como de família jurídica mista, como é o caso de Israel, Escócia, da província de Québec²⁷³.

A Escola francesa da Livre Pesquisa do Direito, aceitando a insuficiência do texto legal, embora ainda como a Escola Exegética a priorize, incorpora o costume como fonte de direito ao sistema romano-germânico, para só então autorizar a “livre pesquisa” dentro dos parâmetros do Direito Natural²⁷⁴.

O positivismo jurídico teve hegemonia no Brasil durante o século XX, sobretudo pela influência da Escola Científica alemã e pela Escola Normativista liderada por Hans Kelsen.²⁷⁵ Em decorrência, o Código Civil brasileiro de 1916 estava atrelado ao legalismo estrito, embora permeável pelos influxos do trabalho da doutrina e da jurisprudência e do autorizativo previsto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil²⁷⁶.

Editar a lei ou o regulamento é função da autoridade legislativa, porém, a lei apenas possui valor prático pela maneira como é aplicada e ela pressupõe um processo de interpretação. Os métodos hermenêuticos são os mais variados e o juiz,

²⁷² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo, 2013. Id 8. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:600232>>.

²⁷³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 26.

²⁷⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo, 2013. Id 8. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:600232>>.

²⁷⁵ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg. 355.

²⁷⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo, 2013. Id 8. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:600232>>.

na preocupação que o acusem de arbítrio, concede preferência ao modelo que busca a intensão do legislador e, na maioria do caso, faz um raciocínio lógico e gramatical. Contudo, se o ideal de justiça o exigir, ele deverá encontrar meios para se libertar do texto legal.²⁷⁷

Para Sarmento, até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia uma cultura jurídica centrada na legislação, em que a lei editada pelo parlamento consistia a fonte principal do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. As constituições eram meros programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas não podiam ser invocados pelo Judiciário na defesa de direitos²⁷⁸.

Como fruto dessa nova ordem, surgem as premissas do magistrado ponderação, juízo de valor, dando-lhes maior poder na concretização dos direitos e garantias do cidadão, bem como para afastar interpretações contrárias a esses direitos. Nasce o protagonismo judicial. O que não significa a criação de um produto despótico nem mesmo destinado a agradar maiorias. Nas palavras do Ministro aposentado da Suprema Corte Brasileira, Eros Grau, uma vez que ao Juiz não é dado o livre arbítrio de decidir para plateias, mídias, de maneira que o ato de julgar não se dá em um picadeiro. O fundamento da decisão judicial deve buscar amparo, sempre, no direito, jamais na própria consciência do julgador²⁷⁹.

Grandes possibilidades são concedidas aos juízes, de modo que até mesmo o próprio legislador emprega, muitas vezes, deliberadamente ou não, termos ou expressões desprovidas de precisão. O juiz é chamado, em cada caso concreto, a fazer uma apreciação e dizer se as circunstâncias justificam ou não a aplicação dos preceitos da lei.²⁸⁰

Alexy explica que o conceito semântico de norma jurídica difere do de

²⁷⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 130.

²⁷⁸ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de (org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador. 2011. pgs. 76-77.

²⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014. Pgs. 133 e 131.

enunciado normativo, estes representados por fórmulas com conteúdo deônticos de dever, proibição ou permissão. Já as normas, podem ter por base um enunciado normativo ou não, como exemplo as luzes de um semáforo.²⁸¹

Ávila, por sua vez, diz que normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos, quando os dispositivos se constituem no objeto da interpretação, e as normas no seu resultado. Não existe correspondência entre norma e dispositivo, isto é, nem sempre que houver uma norma haverá um dispositivo que a corresponda. Exemplos dessa constatação seriam: quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do direito? Outro bom exemplar é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.²⁸²

O Brasil, país de afiliação jurídica tradicionalmente romano-germânica, assim como outros países de mesma matriz, possuem códigos, múltiplas leis, quando as regras e soluções de Direito deveriam ser buscadas em documentos menos sistemáticos; técnica jurídica, que seguramente permitiria acomodar o Direito às necessidades da sociedade moderna, fazendo desaparecer muito da incerteza. Os jurista franceses do século XIX acreditaram que seus códigos realizariam a “perfeição da razão” e doravante o meio mais seguro de obtenção de justiça, essa ilusão perdurou por algum tempo, hoje não mais serve de solução.²⁸³

Assim sendo, ultrapassa-se a visão obtusa de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto. Para tanto, a construção da norma deverá partir do dispositivo, acaso existente, e após para conexões axiológicas.²⁸⁴ Isso porque, embora o sistema jurídico romano-germânico permita a interpretação legislativa e até mesmo a sua motivação para alcance da justiça, em certos casos

281 ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. pgs. 53/56.

282 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005. pg.13.

283 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pgs. 113/114.

284 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005. pgs.25/26.

essas soluções não bastam, necessitando os Juízes, para proferirem decisões justas, de muita audácia e libertação.²⁸⁵

Por isso, o professor Zanon Jr. rompe com o pensamento tradicional brasileiro e remodela a acepção de fontes jurídicas, a uma frase, quando diz serem elas os 7 argumentos teóricos admitidos pelo Direito como legítimos limitadores para a tomada de decisões em uma Sociedade específica. Leis, princípios, jurisprudência, políticas, doutrina, costumes e conhecimentos interdisciplinares. Explicando que, dentre os inúmeros critérios que podem ser pesquisados e invocados para determinar e amparar uma decisão, somente alguns são considerados legítimos em cada tradição jurídica. Enxergando-as não como uma pirâmide de escalonamento formal, mas de um sistema orbital centralizado pelo subsistema constitucional, que exerce forças centrípeta, centrífuga e irradiante sobre os demais subsistemas e microssistemas.²⁸⁶

Da reconfiguração acima, o autor readéqua o conceito de norma para “o resultado da produção normativa na modalidade aplicação, com pretensão de correção, consistente na articulação das Fontes Jurídicas para a formulação de um direcionamento de conduta diante de determinados fatos aferidos por aproximação” Porque um juiz não dispõe de uma Norma Jurídica passível de ser simplesmente aplicada ao caso, cabendo-lhe construí-la para cada situação concreta, de acordo com os detalhes fáticos específicos, mediante a articulação do material jurídico disponível, consubstanciado precisamente no conjunto de fontes jurídicas reconhecidas em sua respectiva tradição jurídica.²⁸⁷

O ordenamento jurídico, oriundo do sistema romano-germânico, estava baseado fundamentalmente na norma escrita, embora mesmo antes da entrada em vigor do CPC de 2015 já fosse possível identificar a influência do sistema anglo-saxônico. A adoção do sistema dos Precedentes vinculantes transformou o ordenamento, ainda predominantemente embasado na *civil law*, em híbrido, já que,

²⁸⁵ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 131.

²⁸⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Formas Jurídicas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), setembro-dezembro 2016.

²⁸⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Formas Jurídicas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), setembro-dezembro 2016.

tal como nos países da *common law*, os precedentes e súmulas vinculantes se erigem em verdadeira fonte formal do Direito.²⁸⁸

Estabelecidas as novas premissas categóricas de fontes do sistema híbrido brasileiro que refletem uma combinação, bem específica e peculiar, dos conjuntos de fontes tanto do *civil law* e da *common law* e, conseqüentemente de norma jurídica, passa-se ao estudo da escalada do direito jurisprudencial no Direito brasileiro, em hierarquia posicionada logo abaixo dos Textos Normativos e dos Princípios Jurídicos, na lição de Zanon Jr.²⁸⁹

Portanto, a categoria dos Precedentes judiciais é destacada como própria da Teoria Geral do Direito, com noção ligada diretamente ao próprio funcionamento dos sistemas jurídicos, uma vez que a tomada de decisões para resolução de casos concretos é o momento fundamental da experiência jurídica. Ao passo que existência e a utilização dos Precedentes independem da utilização ou não da doutrina dos Precedentes vinculantes.²⁹⁰

Fredie Didier, na mesma senda, explica que houve uma remodelagem do princípio da legalidade que passou a ser mais adequado na expressão princípio da juridicidade, uma vez que lei não é mais a única fonte do Direito, mas apenas uma delas. Quando, então, o Direito passa a ser compreendido a partir do ordenamento jurídico, tendo a Constituição como a principal fonte, a exigir que o juiz julgue em conformidade com o Direito, com o ordenamento jurídico, com o sistema normativo aplicável ao caso. O princípio da legalidade se alicerça na segurança jurídica, que confere maior previsibilidade para casos que possam subsumir-se à norma previamente estabelecida, afastando arbitrariedades ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou vicissitudes pessoais do julgador. A segurança pressupõe, portanto, a existência de uma regulamentação prévia, que gere certeza e

²⁸⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. Vol I. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. pg. 34.

²⁸⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz, LUIZ, Fernando Vieira. **Apontamentos iniciais sobre a força gravitacional da jurisprudência no novo Código de Processo Civil**. Revista Jurídica Cesumar set./dez. 2016, v. 16, n. 3, p. 753-784.

²⁹⁰ CARVALHO, Thúlio Mesquita Teles de. **Precedentes judiciais vinculantes e conceitos jurídicos indeterminados: contribuições do Código de Processo Civil de 2015 para a aplicação de expressões vagas**. Fortaleza: Edição do Autor. 2018. ps. 1150.

previsão, presentes em decisões judiciais proferidas por juízes que respeitam adequadamente o princípio da legalidade quando observam os Precedentes judiciais e a jurisprudência dos tribunais.²⁹¹

Na Suécia e Finlândia, conhecidos países de alto índice de desenvolvimento humano, desde 1550, as edições anuais das leis são precedidas das “regras para juízes” (*Domarereglerna*), embora jamais tenham sido editadas com força de lei, estão inseridas há mais de três séculos no direito nórdico. Em número de 43 (quarenta e três) elas concedem poderes amplos aos juízes na aplicação da lei como se pode verificar do enunciados “a lei que se reconheça nociva deixa de ser lei”; “o bom juiz sabe sempre decidir em razão das circunstâncias”; “considerar-se-á como lei o que se prove ser mais conforme ao bem do homem, mesmo quando a letra da lei escrita pareça dispor de modo diferente.”²⁹²

Mais de 70 anos após encerrada a segunda guerra mundial e o florescimento do pensamento pós-positivista, ainda hoje, se fosse indagado a um grande grupo de jurista brasileiros o que é o Direito, a grande maioria responderia ser o conjunto de normas reconhecidas como válidas. Ao contrário dos filósofos que desconectaram ética e religião, reconhecendo o caráter instrumental da religião para realização da ética, alguns juristas não conseguiram, ainda, separar o Direito (justo, correto) da norma jurídica. Direito e direito positivo são tratados como sinônimos.²⁹³

O direito pós-guerra permaneceu legicêntrico, mas sob os influxos dos estudos do norte-americano Ronald Dworkin e do alemão Robert Alexy sobre a carga normativa dos princípios, incluindo-os ao lado das leis, houve uma substancial mudança no alargamento do conceito de norma. O Direito passou a constituir-se de leis e princípios. A proposta pós-positivista de inclusão dos princípios, inseriu a acepção do Direito dos valores constitucionais, sobretudo da dignidade humana,

²⁹¹ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord) **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pgs. 295 e 296.

²⁹² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg. 136.

²⁹³ OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. pg. 14.

aproximando-o do conceito de Justiça.²⁹⁴

O Brasil, sob forte influência positivista, teve poucos recursos de criticidade em seu conhecimento jurídico, ou seja, de Teoria Crítica, com impactos nos rumos de racionalidade para o Direito, enquanto forma de contribuição ao humanismo democrático e da cultura do respeito aos direitos humanos e de desenvolvimento de valores republicanos. Nesse profundo mergulho no positivismo jurídico os danos foram imensos e a distância entre Direito e Sociedade de alargou. O contrário disso, seria pensar em uma Teoria do Direito que forma as convicções dos juristas nos conceitos básicos e estruturais e também nos problemas e conflitos do caso concreto.²⁹⁵

Após a Constituição Federal de 1988²⁹⁶ - sob influências de novos constitucionalismos como o português, o italiano, o alemão e o espanhol e não tão só dos tradicionais, como o francês e o norte-americano²⁹⁷ -, o despertar do Direito Civil brasileiro e, por conseguinte, da magistratura para a vida além do Código, na tentativa de abrir o sistema e buscar o conteúdo normativo dos preceitos a partir do compromisso constitucional da sociedade, alteraram radicalmente a preocupação da civilística nas últimas décadas. A experiência vivida constrói a norma, e a cultura – como complexo de experiências econômica, religiosa, política, tecnológica – condiciona o sistema jurídico e, consequentemente, a teoria da interpretação, que assume feição procedimental e dinâmica na formulação, pelo magistrado, da norma interpretada, ou do ordenamento do caso concreto, em cada sentença. O raciocínio da subsunção, que reduz a atividade do magistrado à aplicação mecânica da norma ao fato concreto, procedimento que se torna ainda menos criativo quando o texto

²⁹⁴ OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. pg.15

²⁹⁵ Bittar, Carlos Alberto. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:641330>>.

²⁹⁶ Lei das leis, na linha mais avançada do constitucionalismo contemporâneo, agasalha os direitos fundamentais ditos de terceira geração ou, mais precisamente, os direitos coletivos, os de solidariedade social e os interesses difusos, sem descuidar, naturalmente, das garantias e direitos clássicos, tanto os individuais quanto os sociais. MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg. 426.

²⁹⁷ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg. 426.

legal é considerado claro (*in claris non fit interpretativo*), torna-se obsoleto. Em direção oposta, o entendimento de que cada regra deve ser interpretada em conjunto com a totalidade do ordenamento, refletindo a integralidade das normas em vigor.²⁹⁸

Um traço inquestionável do Direito é que ele deve valer para todos e, por isso, está presente em todos os espaços institucionais, com maior ou menor eficiência. Para tanto, o Direito atravessa vários espaços de regulamentação, tais como, a casa, a escola, o quartel, o presídio, a igreja, a fazenda, a empresa, o mercado, a rua etc. para trazer transformação e também estabilização social.²⁹⁹

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Barroso, encampa o pensamento acima ao afirmar que a hermenêutica jurídica moderna passa pela justificação política do magistrado no seu mister, isso sem passar ao largo de críticas como a do ativismo judicial³⁰⁰, usurpação ou concentração de poder.

O plano da justificação política lida, substancialmente, com a questão da separação de Poderes e da legitimação democrática das decisões judiciais. É no seu âmbito que se procuram resolver as tensões que muitas vezes se desenvolvem entre o processo político majoritário – feito de eleições, debate público, Congresso, Chefes do Executivo – e a interpretação constitucional. Essa tensão se instaura tanto quando o Judiciário invalida atos dos outros dois Poderes – e.g., na declaração de inconstitucionalidade – como quando atua na ausência de manifestação expressa do legislador, por via da construção jurídica, da mutação constitucional ou da integração das omissões constitucionais. É nesse ambiente que se colocam discussões como ativismo judicial e autocontenção, supremacia judicial, supremacia

²⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Ativismo Judicial e Construção do Direito Civil: entre dogmática e práxis.** Novos Estudos Jurídicos. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/14173>>. Acessado em 23 de fev de 2020.

²⁹⁹ Bittar, Carlos Alberto. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:641330>>.

³⁰⁰ A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário³⁸; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição³⁹; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. In: BARROSO, Roberto, L. **Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610112/> pgs. 274 e 275.

legislativa e populismo constitucional, dificuldade contramajoritária e soberania popular³⁰¹.

Tratando da necessidade de feições até mesmo transnacionais para o Direito, Gonçalves relembra que para os conceitos - jurídicos clássicos os elementos são nação, soberania, Constituição e cidadania, sintetizados na expressão francesa *droits du citoyen* que significava a igualdade pois: “se todos são franceses de direito e de nascimento, como justificar as diferenças?” No entanto, e quanto ao advento da sociedade mundial construída na forma de estado da natureza como espaço de produção e da desigualdade jurídico-política, o que fazer com essa dicotomia? Esse cenário pode ser resumido em torno da expressão “crise de governabilidade” isto é, na crise operativa do direito e da política nacionais.³⁰²

Na mesma senda, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, sob o influxo de Canotilho, diz haver uma crise decorrente de vários problemas, dentre eles pontua o da referência, a evidenciar o papel de novos atores; da universalização, quando o Estado-soberano é ombreado por outras universalidades como o mercado, as empresas, sistemas de informação, tecnologias; a reinvenção do território, com direitos supranacionais ou internacionalizados; a transnacionalização da produção e seus reflexos. Concluindo que o modelo de Estado-império passa a Estado-região, deixando de ter a última palavra, isso porque os movimentos ligados à globalização abriram fendas nos característicos estatais (fronteira/cidadania/moeda/segurança), produzindo a necessidade de desenvolvimento de uma nova compreensão de integração política supranacional.³⁰³

³⁰¹ BARROSO, Roberto, L. **Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610112/> pg. 274.

³⁰² NEVES, Marcelo(org); LIMA, Marina C. A. (org); SABADELL, Ana Lucia; CHAMAS, Claudia Inês; RODRÍGUEZ, Darío M; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; MENDES, GILMAR; GONÇALVES, Guilherme Leite; TÔRRES, Heleno Taveira; SARLET, Ingo Wolfgang; WEHR, Ingrid; TAVARES, Juarez; MARTINS, Leonardo; SCHOUERI, Luís Eduardo; SCHUARTZ, Luiz Fernando; MACHADO, Maíra Rocha; LIMA, Martonio Mont'Alverne B; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de M; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; SCHULTE, Sabine Schlemmer; NASSER, Salem Hikmat; COSTA, Sérgio; SILVA, Virgílio Afonso da. **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens judiciais.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. pgs. 54/55.

³⁰³ NEVES, Marcelo(org); LIMA, Marina C. A. (org); SABADELL, Ana Lucia; CHAMAS, Claudia Inês; RODRÍGUEZ, Darío M; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; MENDES, GILMAR; GONÇALVES, Guilherme Leite; TÔRRES, Heleno Taveira; SARLET, Ingo Wolfgang; WEHR, Ingrid; TAVARES,

Sobre a importância do cultivo de um sistema jurídico aberto, permeável pela hermenêutica dos princípios e, portanto, de compleição subjetiva e totalmente humana, em oposição a um sistema estanque, legalista, porém com segurança jurídica, nos ensina Canotilho,³⁰⁴ se fazer indispensável reconhecer os princípios como parte do arcabouço normativo.

Pois, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais dão às leis um permanente sentido de atualidade, adequando a sua leitura aos fatos sociais e, à medida que estes se modificam, eles renovam a sua compreensão. Se não favorecem à segurança jurídica não chegam, todavia, a ser nocivos, posto que a resposta que se procura deve estar na realidade objetiva, nos costumes e na prática dos tribunais-que se valem das regras da experiência para a transformação do abstrato em concreto.³⁰⁵

Dworkin,³⁰⁶ diz, então, que não se pode reduzir o sentido de Estado de Direito somente ao “livro de regras”, por que vai além, envolve o campo dos direitos morais entre os cidadãos e político entre cidadão e Estado. Apesar de filósofos recusarem-se em reconhecer que pessoas tenham quaisquer direitos que não os concedidos a elas por leis ou outras decisões oficiais, ou mesmo que a ideia de tais direitos faça sentido.

Na direção da consideração do caso concreto para a formação do Direito, a antropologia jurídica já concorda, no ponto em que afirma que o Direito nada mais é que um saber local. Apontando, a necessidade do reconhecimento de múltiplas realidades e vicissitudes numa espécie de cultura jurídica para conformação do Direito. Sem olvidar dos problemas globais e interculturais, contudo, a conclusão que se chega não é outra, se não a que não se pode tratar o direito brasileiro com regras prontas e genéricas de direito europeu ou de qualquer outra realidade, sem

Juarez; MARTINS, Leonardo; SCHOUERI, Luís Eduardo; SCHUARTZ, Luiz Fernando; MACHADO, Maíra Rocha; LIMA, Martonio Mont'Alverne B; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de M; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; SCHULTE, Sabine Schlemmer; NASSER, Salem Hikmat; COSTA, Sérgio; SILVA, Virgílio Afonso da. **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens judiciais**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. pgs. 243/245.

³⁰⁴ CANOTILHO, JJ. Apud SOARES, Freire, R. M. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610235/>. pg. 87

³⁰⁵ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 25ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2018, pg. 85.

³⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo, 2001. pg.07.

considerar as variáveis culturais.³⁰⁷

Doutrina e jurisprudência têm se utilizado, cada vez mais, dos princípios na resolução de problemas concretos, tornando absolutamente necessário ao intérprete do direito compreender e utilizar estas espécies normativas, isso porque com a noção de Direito do pós-positivismo, os princípios foram inseridos no campo da normatividade. Assim, a nova hermenêutica jurídica procura dar força cogente aos princípios jurídicos, independentemente das dificuldades geradas pela sua vagueza ou ambiguidade. Não é outra a razão pela qual a doutrina tem apresentado um significativo empenho em compreender a morfologia e estrutura dos princípios jurídicos, na busca de seus elementos genuínos, diferenciando-os das regras jurídicas, diz Soares³⁰⁸.

Os princípios, por sua vez, expressam uma diretriz, sem regular situação jurídica específica, nem se reportar a um fato particular, prescrevendo o agir humano em conformidade com os valores jurídicos. Diante do maior grau de abstração, irradiam-se os princípios pelos diferentes setores da ordem jurídica, embasando a compreensão unitária e harmônica do sistema normativo. Deste modo, a violação de um princípio jurídico é algo mais grave que a transgressão de uma regra jurídica. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um plexo de comandos normativos.³⁰⁹

Salientando, ainda, o mesmo Soares³¹⁰, que as regras e os princípios, em sua sinergia e complementaridade, são indispensáveis ao equilíbrio do direito, visto que a concepção isolada destas espécies normativas poderia interferir no funcionamento do sistema jurídico.

As normas jurídicas, então, devem não apenas ordenar as relações sociais como também consagrar fórmulas que expressem o querer coletivo. Se as leis não refletem os anseios sociais, não houve respeito à vontade social. Todavia,

³⁰⁷ Bittar, Carlos Alberto. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:641330>>.

³⁰⁸ SOARES, Freire, R. M. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610235/>. pg. 87.

³⁰⁹ SOARES, Freire, R. M. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610235/>. pgs. 86 e 87.

³¹⁰ SOARES, Freire, R. M. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610235/>. pg. 87

não se quer declarar que o povo detenha fórmulas jurídicas, e sim que ao se preparar a lei devem-se eleger valores e buscar soluções compatíveis com as pretensões dominantes porque a sociedade possui problemas heterogêneos que ameaçam a sua estabilidade, competindo aos poderes instituídos a melhor solução, sem o risco de tornar vulneráveis outros interesses sociais.³¹¹

Nessa senda, o legislativo eleito pelo povo faz mais que aprovar leis, ele escolhe as políticas gerais e princípios que o Estado deve seguir e respeitar. O magistrado, por seu turno, investiga o princípio base para a provação da lei, de modo que a sua decisão em caso controverso possa ser governada por esse mesmo princípio. O espírito da democracia estaria aí aplicado, conclui Dworkin³¹².

A conclusão é, portanto, de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, e não apenas descrevem significados preconcebidos-em um silogismo perfeito, embora enfrente limites, alguns até mesmo de significados mínimos preexistentes ao processo de interpretação. Assim, a compreensão da palavra “provisória” como “permanente”; “trinta dias” como “mais de trinta dias”; “todos os recursos” como “alguns recursos” etc. O desrespeito ao sentido mínimo do texto normativo é a crítica que se faz para algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.³¹³

Ressalta-se, que o desenvolvimento contínuo de distintas formas de composição sistêmica judicial, calcadas em premissas objetivas de segurança jurídica, institucional e social, nos auxiliará na preparação e na composição das variáveis envolvidas para a construção da sociedade e do judiciário modernos. Nas palavras de Eros Grau, ministro aposentado do STF, “flexibilização e atualização do sistema jurídico inicialmente decorrem do seu simples movimento. A partir de determinado momento reclamam a sua transgressão³¹⁴.”

Cappelletti nos ensina que para além das diferenças entre os sistemas

³¹¹ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 25ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2018, pg. 54.

³¹² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo, 2001. pg.24.

³¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005. pgs. 23/25.

³¹⁴ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2016.pg. 126.

jurídicos da *civil e common law*, há potentes e múltiplas tendências de convergência, para tanto, se faz necessário confiar no terceiro poder de modo mais acentuado que em épocas passadas, porque será ele o responsável pela formação e desenvolvimento do direito, como consequência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas.³¹⁵

Destarte, a necessidade de renovação não mais deve se dissociar do sentido de sociedade de massa e da expansão dos mercados mundiais, e isso nos obriga à análise do impacto na agilidade e segurança decisórias. A era virtual e a consequente conectividade global estende o alcance e a importância dos níveis de motivação departamental, ou seja, as decisões tomadas no Brasil afetam brasileiros e não brasileiros e logo serão cotejadas e confrontadas. Pensando mais a longo prazo, a contínua expansão de nossas atividades nos prepara para enfrentar situações atípicas decorrentes da gestão inovadora da qual fazemos parte, não podendo o processo ser pensado para a solução de questões passadas.

Dentro dessa necessidade, entre os anos de 1994 e 2006 operaram-se algumas reformas processuais, todas objetivando a efetividade e segurança jurídicas.

A primeira foi a minirreforma de 1994-1995, quando a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994 alterou dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 introduziu a antecipação de tutela. A Lei nº 9.139 de 30 de novembro de 1995 modificou regras sobre o agravo de instrumento.

A segunda minirreforma de 2001-2002, mais ampla que a anterior, modificando, por meio da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, a regência de recursos como a remessa *ex officio*, o agravo, a apelação e os embargos infringentes. A Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001 promoveu um enrijecimento das sanções em decorrência de descumprimento de ordens judiciais, e através da Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, aperfeiçoou-se as regras para antecipação de tutela, trazendo do direito francês as *astreintes*, estabelecendo-

³¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. pg. 133/134.

se a fungibilidade entre os provimentos cautelares e os antecipatórios de tutela, e modificando-se regras do processo de execução.

A terceira e última minirreforma de 2005-2006, a maior de todas. A Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, reduziu o âmbito de cabimento do agravo de instrumento, fixando o agravo retido como regra geral. Sobre o processo de execução em particular, a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, alterou a execução de sentença. Basicamente, o legislador abandonou a dicotomia existente entre cognição e execução. Já a Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006, que regula o que se chamou de “súmula impeditiva de recursos” ou “súmula obstativa de recursos”, em primeiro grau, inova no que diz respeito à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais e ao recebimento de recurso de apelação. A Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, institui a possibilidade de o juiz, de plano, julgar improcedente um pedido formulado desde que trate de matéria de direito e sobre a qual já haja, no juízo, sentença de total improcedência.

Recentemente a mudança ocorreu na execução de títulos extrajudiciais, com a Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que altera os dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Também foi editada a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, alterando a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e a Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que trata da “repercussão geral”, ou seja, o recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral, configurada sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.³¹⁶

No hiato entre as reformas entre as reformas de 2001-2002 a de 2006, a Emenda Constitucional 45/2004 da Reforma do Judiciário, rompeu com as estruturas tradicionais de *civil law* e introduziu no Brasil o direito jurisprudencial ao prever a

³¹⁶ TEIXEIRA, Odelmir Bilhalva. **Súmula vinculante: perigo ou solução**. Campinas: Russell Editores, 2008. pgs. 97/101.

criação das súmulas vinculantes³¹⁷ de competência do Supremo Tribunal Federal. Após, a Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006, criou o que se chamou de “súmula impeditiva de recursos” ou “súmula obstativa de recursos”, em primeiro grau. Mecanismo que serão estudamos em fontes jurídicas do sistema híbrido brasileiro, adiante.

O sistema jurídico brasileiro encontra-se, há algum tempo, profundamente imerso no movimento de convergência entre as tradições do *civil law* e do *common law*, com a utilização cada vez mais corrente de decisões jurisprudenciais como fonte do Direito.

Na década de 60 o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, imerso em estudos de Direito Americano, introduziu a Súmulas da sua Jurisprudência, para vigorar a partir de 01.03.1964, como resposta ao volume de demandas que já assolavam a Corte Máxima.³¹⁸

Em notas ditadas ao jornalista Edísio Gomes de Matos, em 1964, o Ministro Victor Nunes Leal apontou dois problemas graves nos trabalhos do Supremo Tribunal Federal. O primeiro atinente ao desconhecimento de suas decisões, causado pela divulgação falha de seus julgamentos. O segundo de acúmulo de serviço, principalmente de processos com questões jurídicas repetitivas. Na época, os Ministros julgavam cerca de 7.000 processos por ano. Como integrante da comissão de jurisprudência, o Ministro Leal atacou o primeiro problema

³¹⁷ 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.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 9 mar 2020.

³¹⁸ “A origem da súmula no Brasil remonta à década de 1960. Sufocado pelo acúmulo de processos pendentes de julgamento, a imensa maioria versando sobre questões idênticas, o Supremo Tribunal Federal, após alteração em seu regimento (sessão de 30.08.1963) e enorme trabalho de Comissão de Jurisprudência, composta pelos ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, este último seu relator, em sessão de 13.12. 1963, decidiu publicar oficialmente, pela primeira vez, a Súmula da sua Jurisprudência, para vigorar a partir de 01.03.1964. A edição da Súmula – e dos seus enunciados individualmente – é resultante de um processo específico de elaboração, previsto regimentalmente, que passa pela escolha dos temas, discussão técnico-jurídica, aprovação e, ao final, publicação para conhecimento de todos e vigência.” SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, pg. 253.

aperfeiçoando as publicações oficiais dos julgamentos. Seu trabalho, além de facilitar a consulta por meio de índices, reduziu o tempo entre o julgamento e a publicação, que era de três anos, para um mês e meio.³¹⁹

Sobre o empecilho do engessamento do Direito atribuído às Súmulas, exortou:

“A Súmula também não é obrigatória para o próprio Supremo Tribunal: os advogados, quando surgir a oportunidade em algum processo, poderão pedir-lhe que reveja a orientação lançada na Súmula, mas também deles se espera que estudem mais aprofundadamente o assunto para que, em face de argumentação nova ou de novos aspectos do problema, ou de apresentação mais convincente dos argumentos anteriores, possa o Tribunal render-se à necessidade ou conveniência de alterar sua orientação. Essa exigência do mais acurado estudo para se obter modificação da Súmula contribuirá para o aperfeiçoamento do trabalho profissional dos advogados, muitos dos quais anteriormente interpunham seus recurso com quem joga na loteria, na esperança de composição eventual do Tribunal que os favorecesse por ocasião do julgamento.”³²⁰

As contribuições do sistema de Precedentes são importantes para a racionalização do uso dos conceitos imprecisos e para sua melhor operacionalização, bem como para conferir segurança ao sistema. Permitindo contrabalancear a instabilidade semântica trazida pela lei de conceitos vagos, ao mesmo tempo, permite um controle mais rigoroso da discricionariedade judicial, isto porque, de um lado os conceitos jurídicos indeterminados abrem o sistema, pelo outro os Precedentes permitem o fechamento, conferindo concretude aos conceitos abertos a partir da concatenação de paradigmas decisórios reais aproveitados para concessão de isonomia a casos semelhantes.³²¹

Então, em corroboração a toda nova hermenêutica jurídica fincada no sentido de sistema normativo como o plexo de normas escritas e princípios, para a

³¹⁹ DIAS, Marcus Gil Barbosa. **Controle de Constitucionalidade e Política Judiciária: evolução histórica das Súmulas no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/98700/Marcus%20Gil%20Barbosa%20Dias.pdf?sequence=1>> Acesso em 08/06/2020.

³²⁰ LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público e outros Problemas**. V. 2. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, pg. 52

³²¹ CARVALHO, Thúlio Mesquita Teles de. **Precedentes judiciais vinculantes e conceitos jurídicos indeterminados: contribuições do Código de Processo Civil de 2015 para a aplicação de expressões vagas**. Fortaleza: Edição do Autor. 2018. ps. 195-200, 976, 989, 995.

família da *Civil Law*, Oliveira³²² pontua que o Código de Processo Civil de 2015 chama, oportunamente, à reflexão sobre o mais relevante e complexo mecanismo da nova codificação: as regras relativas à jurisprudência, sua produção e seu caráter no contexto das fontes do direito. Acenando que a força imprimida à jurisprudência pela nova legislação processual produz alterações significativas não apenas para o âmbito das práticas cotidianas do Direito como, também, para a sua reflexão teórica, uma vez que nos coloca diante de uma verdadeira ressignificação da tradicional teoria do direito.

Em 16 de março de 2015 foi promulgada a Lei 13.105³²³ que instituiu o novo Código de Processo Civil Brasileiro, cuja exposição de motivos destacou como seus elementos o reconhecimento e realização dos direitos³²⁴ e a eficiência e efetividade,³²⁵ com os objetivos de: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

A mesma exposição de motivos refere-se explicitamente o problema da incompatibilidade das decisões judiciais e da necessidade de estabilização do

³²² STREK, Luiz, L. **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil : coerência e integridade.** [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600113/>. pg. 43.

³²³ BRASIL. **Código de Processo Civil (2015).** Código de Processo Civil do Brasil. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 de fev de 2020.

³²⁴ “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.” Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>> Acessado em: 23 de fev de 2020.

³²⁵ “Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.” Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>> Acessado em: 23 de fev de 2020.

sistema jurisprudencial quando anota que, “posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize”.

O sistema de Precedentes deve ser compreendido como mecanismo de consistência ao discurso jurídico e para devolver a unicidade do exercício da jurisdição. Não se pode, afinal, admitir que situações jurídicas idênticas possam receber tratamentos contraditórios a depender do juiz ou do tribunal responsáveis.³²⁶

Logo no início, o art. 8º do CPC de 2015 se volta à atividade jurisdicional do juiz quando diz, *litteris*, que o aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. No ponto, Neves elogia o código que, embora em sua parte inicial seja reprodução do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, substitui o termo “lei” por “ordenamento jurídico”, ajustando o compasso para o atual estágio de Direito, em que se reconhece não ser a lei a única fonte do Direito.³²⁷

Mais adiante, o art. 489, § 1º, VI, diz não considerar devidamente fundamentada uma decisão judicial, dentre outras hipóteses, que deixar de seguir

³²⁶ CARVALHO, Thúlio Mesquita Teles de. **Precedentes judiciais vinculantes e conceitos jurídicos indeterminados: contribuições do Código de Processo Civil de 2015 para a aplicação de expressões vagas**. Fortaleza: Edição do Autor. 2018. ps. 1048.

³²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016, pg 18.

enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. O juiz deve justificar o motivo pelo qual não aplica ou aplica um Precedente de Corte Suprema pela simples circunstância de não estar mais - como se imaginou a época do Estado legislativo, submetido apenas à lei. Todo e qualquer juiz é submetido ao Direito, inclusive àquele proclamado pelas Cortes Supremas, que, no atual estágio de evolução da teoria da interpretação, tem a função de definir o sentido do Direito, desenvolvendo-o de acordo com as necessidades sociais, num espécie de "última palavra" imprescindível para um Estado em que o Judiciário ocupou um espaço que lhe permite colaborar para a frutificação do direito.³²⁸

Servindo o processo civil para a tutela dos direitos em uma dupla dimensão: prover justiça para o caso concreto e prover razões capazes de tornar o direito, a partir do caso concreto, menos indeterminado. A subordinação da aplicação da ordem jurídica a fins sociais e ao bem comum, não importa previsão de fins outros que não aqueles assinalados pela sua função dentro do ordenamento jurídico ao processo civil. O juiz deve fidelidade ao direito- isto é, à ordem jurídica, arts.7º³²⁹ e 140³³⁰, CPC. Diante disso, ao aplicar o ordenamento Jurídico, deve o magistrado observar não só a legalidade, mas também a juridicidade.³³¹

Todavia, há vozes na doutrina expressada por Rafael Tomaz de Oliveira, que se opõem, afirmando que os artigos 926-928 do CPC continua a privilegiar a verticalmente a lei e não autoriza modalidade de "direito jurisprudencial", mas simples esforço legislativo para criar maior consistência e previsibilidade para as

³²⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016, pg 18.

³²⁹ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil do Brasil**. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 de mar de 2020.

³³⁰ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. **Código de Processo Civil do Brasil**. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 de mar de 2020.

³³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pgs. 168, 169.

decisões judiciais, concluindo pela manutenção integral do ordenamento jurídico brasileiro à família romano-germânica³³².

Por sua vez, André Ramos Tavares apresenta radical oposição e aparente incompatibilidade entre o modelo brasileiro e o da *common law*, dizendo que o modelo codificado brasileiro atende a pensamento abstrato dedutivo, com premissas normativas segunda as quais se extrai conclusões lógicas, ao passo que o modelo jurisprudencial obedece a modelo oposto, calcado no caso concreto e preocupado com a resolução do caso particular.³³³

Porém, infere-se, da própria doutrina clássica brasileira anterior Código de Processo Civil de 2015, em sua definição triangular de sujeitos processuais (*actus trium personarum: judicis, actoris et rei*) que o processo é instrumento para resolução imparcial de conflitos sociais, tendo o juiz como sujeito imparcial, a representar o Estado e o interesse da coletividade e, por isso, orientando para a justa resolução do litígio.³³⁴ Observa-se aqui o elemento justiça a integrar a função jurisdicional. Com ele, não se conclui diferente da orientação de existência da função judicial de perscrutação da lei positiva e até mesmo de seu afastamento, não sem resolução do conflito, diante do princípio da inafastabilidade, dada a vedação constitucional ao *non liquet*³³⁵ jurisdicional. Autorizando, por conseguinte, as decisões judiciais como fontes de criação do direito (*judge made law*), antes mesmo da doutrina do Precedente encampada pelo Código de Processo Civil de 2015.

Não obstante, a Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu a súmula vinculante no Brasil, baseando o direito também em decisões judiciais, e rumando para um rearranjo sistêmico à medida que flerta com postulados da *common law*, deixa dúvidas sobre a afiliação romano-germânica tradicional e aponta

³³² ALVIM, E. A.; LEITE, G. S.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e Jurisprudência No Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo, 2018. Id 1. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627121>>.

³³³ TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante**. 2007, pg. 20. Apud TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 24.

³³⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pg. 318.

³³⁵ Art 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 9 mar 2020.

para um novo sistema, o misto.³³⁶

Apesar da resistência, a crescente previsão legislativa de normas de conceito vago, indeterminado, que deixam ao intérprete a técnica de abrir o sistema jurídico às realidades sociais,³³⁷ bem como a legal opção pela doutrina do precedente positivada no Código de Processo Civil de 2015 não deixam dúvida, da migração para um novo estágio, de hibridização entre o modelo da *civil* e da *common law*.

Essa tendência para o sistema da *common law* expressa incrementada no Código de Processo Civil, com opção pelos Precedentes judiciais.³³⁸ O art. 926 preconiza que os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência em mantê-la estável, íntegra e coerente. Dispondo, ainda, que os Tribunais, ao editar seus enunciados de súmulas, devem ater-se às circunstâncias fáticas da existência dos precedentes que motivaram sua criação. Em complemento, o art. 927 enuncia a necessidade de os Tribunais e juízes de primeiro grau seguirem as orientações da jurisprudência superior.³³⁹

Portanto, a processualística de 2015 aumentou as hipóteses de decisões dos tribunais superiores com efeito vinculante e obrigatório, para além das decisões prolatadas em controle concentrado de constitucionalidade e das súmulas vinculantes. Fazendo o mesmo com as decisões dos incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e do incidente de assunção de competência (IAC). Decisões que devem, obrigatoriamente, ser observadas pelas demais instâncias,

³³⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 23.

³³⁷ BUENO, Cassio Scapinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático**. 3^a ed. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171633/> pgs. 57/59 e 63.

³³⁸ “Jurisprudência, precedentes e súmulas são conceitos que não podem ser confundidos. Apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes. Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à jurisprudência. As súmulas podem colaborar tanto na interpretação como na aplicação do direito para as Cortes Supremas e para as Cortes de Justiça - e, portanto, podem emanar de quaisquer dessas Cortes.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3^a ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pg 1004.

³³⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 15^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 23.

sob pena de reclamação constitucional.³⁴⁰

A percepção de que a norma é o resultado da interpretação abriu espaço para que o pensamento de que a decisão judicial não só um meio de solução de caso concreto, mas também de promoção da unidade do direito. Mais precisamente, de que as razões adotadas na justificação das decisões servem como elementos capazes de reduzir a indeterminação do discurso jurídico, podendo servir como concretizações reconstrutivas de mandamentos normativos. Isso despertou a doutrina e o novo Código para os Precedentes judiciais. Se texto e norma não se confundem, é preciso uma conjugação de esforços entre o legislador, o juiz e o professor para que os textos adquiram significados normativos.³⁴¹

Para o direito jurisprudencial, os Precedentes não desprezam a legislação, coabitam o mesmo Direito. A decisão judicial syndica o texto normativo para, em primeira ordem verificar a sua adequação constitucional e legal, para depois interpretá-los de acordo com valores sociais. O princípio constitucional da legalidade é um limitador à aplicação dos Precedentes, os quais somente podem contrariar a lei quando a decidem afastar, por inconstitucional, ilegal ou inaplicável ao caso, tudo sob o crivo da motivação especificada, aperfeiçoado no art. 489, § 1º, do NCPC. Portanto, não há que se falar em conflito entre texto normativo e Precedente judicial.

Embora não se possa esperar transformações repentinas, Código de Processo Civil, com toda uma técnica legislativo habilidosa, confere forte expectativa de mudança no “jeito” brasileiro de lidar com Precedentes judiciais.³⁴²

Portanto, a convergência entre os dois principais sistemas jurídicos da

³⁴⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz, NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira, ABREU, Pedro Manoel Abreu (Org), LOCCHI, Maria Chiara, OLIVIERO, Maurizio, SANTOS, Rafael Padilha dos (Coord), GUASQUE, Adriane ... [et al.] **Coleção principiologia constitucional e política do direito: Direito, Democracia e Constitucionalismo**. T. 3 Itajaí: UNIVALI, 2017. pg. 266.

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pg. 1002.

³⁴² CARVALHO, Thúlio Mesquita Teles de. **Precedentes judiciais vinculantes e conceitos jurídicos indeterminados: contribuições do Código de Processo Civil de 2015 para a aplicação de expressões vagas**. Fortaleza: Edição do Autor. 2018. ps. 200-207.

atualidade (*civil e common law*) se mostra evidenciada no ordenamento jurídico brasileiro, ainda legicêntrico, porém também jurisprudencial. A jurisprudência, atualmente, é considerada fonte primária do Direito, assim como a lei. Semelhante situação ocorrida no sistema anglo-americano com a edição de leis e códigos (*statute law*), notadamente em áreas econômicas.

É possível que esta nova realidade jurídica permita a calculabilidade das decisões do Poder Judiciário, como ensina e deseja o Ministro do Supremo Tribunal Federal aposentado, Eros Grau, necessária à segurança jurídica. Em um círculo virtuoso, a obtenção da segurança jurídica confere otimização às decisões judiciais e, assim, resulta na racionalização o trabalho dos tribunais, conferindo maior celeridade.

CAPÍTULO 3

ENFRENTAMENTO DA LITIGÂNCIA MEDIANTE ARTICULAÇÃO DE FONTES JURÍDICAS

1. INTRODUÇÕES PROPEDÊUTICAS

Desde o final do século XX, nos países com jurisdição constitucional, o Poder Judiciário deixou de ser coadjuvante no cenário político, não mais se encaixando na roupagem de poder nulo ou na boca que pronuncia a vontade da lei (Montesquieu) ou no menos perigoso dos poderes (Hamilton)³⁴³.

Enquanto a sociedade correspondeu às regras positivadas nos Códigos, os juristas se preocupavam com a vigência das normas, porém quando o mundo se transformou pelo crescimento populacional e com os impactos de poderosas forças técnicas e econômicas, estabeleceu-se uma ruptura entre a lei e o fato social, impondo-nos outras soluções de ordem hermenêutica. Mas como responder a uma série de reclamações sociais com legislações omissas?³⁴⁴

Em adição, o progressivo reconhecimento dos direitos fundamentais aliado ao detalhamento constitucional, características marcantes da transição do Estado Liberal para o Social, e deste para o Estado de riscos, resultou em um aumento da juridicização. Isso porque a sociedade de riscos³⁴⁵, caracterizada por indivíduos que deixam de ser representados em classes homogêneas no plano

³⁴³ GUISI, Marco Aurélio Machado; SIEGEL, Frederico Andrade; FREITAS, Juarez; PÓVOAS, Maurício Cavallazzi; MARCOS, Rudson; BERNARDES, Júlio César; TERRES, Sônia Maria Mazzetto Moroso; MAURÍCIO JUNIOR, Alceu; MELIM, Claudio; CELANT, João Henrique Pickcius; FARAH, Paulo Eduardo Huergo; ENZWEILER, Romano José; SALLES, Bruno Makowiecky. **O Judiciário como Instância de Governança e Sustentabilidade: Descobertas, dúvidas e discordâncias**. Florianópolis: EMais, 2018. pg. 152.

³⁴⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo, 2013. Id 8. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:600232>>.

³⁴⁵ “A referência ao termo ‘risco’ é muito frequente na jurisprudência do STF. Na grande maioria dos casos, risco é utilizado como indicador da possibilidade da ocorrência de um efeito indesejado para uma das partes”[...] GUISI, Marco Aurélio Machado; SIEGEL, Frederico Andrade; FREITAS, Juarez; PÓVOAS, Maurício Cavallazzi; MARCOS, Rudson; BERNARDES, Júlio César; TERRES, Sônia Maria Mazzetto Moroso; MAURÍCIO JUNIOR, Alceu; MELIM, Claudio; CELANT, João Henrique Pickcius; FARAH, Paulo Eduardo Huergo; ENZWEILER, Romano José; SALLES, Bruno Makowiecky. **O Judiciário como Instância de Governança e Sustentabilidade: Descobertas, dúvidas e discordâncias**. Florianópolis: EMais, 2018. pg. 152.

político, para o serem individualmente como vítimas, fazendo desenvolver, também, demandas por justiça social nos Tribunais.³⁴⁶

No influxo constitucionalista, a Constituição Federal de 1988 veio permeada de valores e conseqüentemente novas demandas. O Poder Judiciário, despreparado estruturalmente, não deu vazão e continuou a ser altamente cobrado em seu novo mister.

Reformas processuais vieram na década de 90 e 2000³⁴⁷, juntamente

³⁴⁶ GUISI, Marco Aurélio Machado; SIEGEL, Frederico Andrade; FREITAS, Juarez; PÓVOAS, Maurício Cavallazzi; MARCOS, Rudson; BERNARDES, Júlio César; TERRES, Sônia Maria Mazzetto Moroso; MAURÍCIO JUNIOR, Alceu; MELIM, Claudio; CELANT, João Henrique Pickcius; FARAH, Paulo Eduardo Huergo; ENZWEILER, Romano José; SALLES, Bruno Makowiecky. **O Judiciário como Instância de Governança e Sustentabilidade: Descobertas, dúvidas e discordâncias.** Florianópolis: EMais, 2018. pg. 152 e 153.

³⁴⁷ a) a mini-reforma de 1994-1995 pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994 e pela Lei nº 9.139 de 30 de novembro de 1995. A Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994 alterou dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 sobre o processo de conhecimento e cautelar, introduzindo a antecipação de tutela. A Lei nº 9.139 de 30 de novembro de 1995 modificou as regras sobre o agravo de instrumento, reformulando o recurso de agravo contra decisões interlocutórias; b) a mini-reforma de 2001 - 2002, elaborada a partir da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001 e a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, reforma foi mais ampla que a anterior, modificou por meio da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, a regência de recursos como a remessa ex officio, o agravo, a apelação e os embargos infringentes, reduzindo em muito o espectro de cabimento deste último. A Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001 promoveu um enrijecimento das sanções em decorrência de descumprimento de ordens judiciais, e através da Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, tentou-se aperfeiçoar as regras para antecipação de tutela, trazendo do direito francês as astreintes, com a finalidade de compelir o devedor de obrigação de fazer ao adimplemento in natura, estabelecendo-se a fungibilidade entre os provimentos cautelares e os antecipatórios de tutela, e modificando-se regras do processo de execução; c) a mini-reforma de 2005-2006, a maior de todas, que se deu a partir das leis: nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005; nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006; nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006; nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006; nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006; e nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006; A Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, reduziu o âmbito de cabimento do agravo de instrumento, fixando o agravo retido como regra geral. Aqui a preocupação com a celeridade se materializa através da limitação do cabimento do recurso de agravo de instrumento, passando o agravo retido a ser regra geral de impugnação de decisões interlocutórias. Sobre o processo de execução em particular, a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, alterou a execução de sentença. Basicamente, o legislador abandonou a dicotomia existente entre cognição e execução, típica do processo civil clássico. Já a Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006, que regula o que se chamou de “súmula impeditiva de recursos” ou “súmula obstativa de recursos”, em primeiro grau, inova no que diz respeito à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais e ao recebimento de recurso de apelação. A Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, institui a possibilidade de o juiz, de plano, julgar improcedente um pedido formulado desde que trate de matéria de direito e sobre a qual já haja, no juízo, sentença de total improcedência. Recentemente a mudança ocorreu na execução de títulos extrajudiciais, com a Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que altera os dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Também foi editada a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, alterando a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e a Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de

com novos e importantes microssistemas como o Código de Defesa do Consumidor³⁴⁸ e o Estatuto da Criança e do Adolescente³⁴⁹, elevando as demandas judiciais. Mergulhado em um sem fim de processos, o judiciário recebeu pouco nobres adjetivos, como moroso e inseguro, etc.

Decorrente desse modelo, a forma clássica de jurisdição tem sido muito debatida, diversas sendo as propostas de melhoria para o sistema Brasileiro de resolução de conflitos, assolado pela morosidade da justiça potencializada pelo incremento de litígios. O emaranhado de normas do pródigo sistema legiferante; o poder público como descumpridor de normas e a necessidade de reformas processuais completam o cenário, pontua Celant³⁵⁰.

Em 2003 entra em vigor o Novo Código Civil Brasileiro (2002) e sua mudança de eixo, com princípios e cláusulas abertas. O ano de 2004 é marcado pela Emenda Constitucional número 45, contendo a denominada Reforma do Judiciário, com ela a criação do controle administrativo e disciplinar da magistratura através do Conselho Nacional de Justiça e, no aspecto jurisdicional, com a Súmula Vinculante, primeiro passo expreso na lei ao direito jurisprudencial. Em 2006, a legislação infraconstitucional dá mais um passo nessa direção com a Súmula Impeditiva de Recurso. Culmina-se com a vigência em 2016 do Código de Processo Civil de 2015 e sua ruptura com a discricionariedade judicial ao depor o sistema do livre convencimento motivado; e opção pelo direito jurisprudencial quando dispõe que Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência em mantê-la estável, íntegra e

2006, que trata da “repercussão geral”, ou seja, o recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral, configurada sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. n°BUZZI, Marco Auréli Gastaldi. Prefácio à obra de TEIXEIRA, Odelmir Bilhalva. **Súmula vinculante: perigo ou solução**. Campinas: Russell Editores, 2008. pgs. 12-15.

³⁴⁸ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8078 de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 29 de mar de 2020.

³⁴⁹ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8069 de 13 de julho de 1990. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 16 julho. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 29 de mar de 2020.

³⁵⁰ GUIZI, Marco Aurélio Machado; SIEGEL, Frederico Andrade; FREITAS, Juarez; PÓVOAS, Maurício Cavallazzi; MARCOS, Rudson; BERNARDES, Júlio César; TERRES, Sônia Maria Mazzetto Moroso; MAURÍCIO JUNIOR, Alceu; MELIM, Claudio; CELANT, João Henrique Pickcius; FARAH, Paulo Eduardo Huergo; ENZWEILER, Romano José; SALLES, Bruno Makowiecky. **O Judiciário como Instância de Governança e Sustentabilidade: Descobertas, dúvidas e discordâncias**. Florianópolis: EMais, 2018. pg. 192.

coerente.

Inspirando o CPC de 2015, a teoria jurídica de Dworkin focada no binômio coerência e integridade como elementos de Direito, ou seja, como padrões normativos que também compreendem princípios, em que as decisões judiciais, principalmente para casos difíceis, não podem ser discricionárias, nem mesmo respaldadas por argumento de política e sim por princípios, defendendo a sua tese de única resposta correta no direito (*one right answer*). O juiz, então, para obter a *one right answer* deve agir como Juiz Hércules, dotado de virtudes humanas como sabedoria capacidade, tempo e também de sagacidade sobre-humanas, na tarefa de revelar o direito como integridade.³⁵¹

Como decorrência lógica desse Direito é a amplificação da atuação política do Juiz³⁵², mas sobre o ponto é importante se delimite o seu alcance para que não se ultrapasse à esfera de outro poder. Assim sendo, há que se buscar um equilíbrio na atuação jurisdicional como revisor de políticas públicas, sem significar que na concretização dos direitos, o Judiciário será o regente republicano das liberdades positivas do cidadão³⁵³.

Para afastar os problemas elencados e que se sintetizam na maior segurança jurídica para o Direito brasileiro, o ordenamento jurídico pátrio adota o

³⁵¹ ALVIM, E. A.; LEITE, G. S.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e Jurisprudência No Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo, 2018. Id 1. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627121>>.

³⁵² O Ministro Barroso nega o sentido único de Direito como Política, ao explicar que Direito é política no sentido de que sua criação é produto da vontade da maioria; sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidárias. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> acessado em: 23 de fev de 2020.

³⁵³ GUIZI, Marco Aurélio Machado; SIEGEL, Frederico Andrade; FREITAS, Juarez; PÓVOAS, Maurício Cavallazzi; MARCOS, Rudson; BERNARDES, Júlio César; TERRES, Sônia Maria Mazzetto Moroso; MAURÍCIO JUNIOR, Alceu; MELIM, Claudio; CELANT, João Henrique Pickcius; FARAH, Paulo Eduardo Huergo; ENZWEILER, Romano José; SALLES, Bruno Makowiecky. **O Judiciário como Instância de Governança e Sustentabilidade: Descobertas, dúvidas e discordâncias**. Florianópolis: EMais, 2018. pg. 168.

sistema de Precedentes, num diálogo de complementariedade com a lei positiva, transformando o sistema jurídico tradicionalmente romano-germânico (*civil law*) em híbrido, com a peculiar característica de precessão da lei, quando o juiz em seu mister de interpretar o Direito deve mesclar lei e precedentes para concepção da norma ao caso concreto.

Diante desse contexto normativo, o maior desafio dos juízes que compõem os Tribunais é o de utilizar em suas decisões fundamentos universalizáveis, não particularistas, que possam ser replicados em decisões futuras, promovendo-se, com isso, a dispensa de tratamento isonômico aos jurisdicionados. Isso porque o reconhecimento dos Tribunais como Cortes de Precedentes lhes torna responsáveis também pela criação de direito na medida em que dão concretude aos dispositivos legais. Aos magistrados das instâncias inferiores corresponde o dever de justificar de maneira adequada a aplicação da *ratio decidendi* do julgado anterior, porque a aplicação desarrazoada de um Precedente judicial produz decisões tão injustas como aquelas que aplicam a lei para fatos nela não previstos.³⁵⁴

O Juiz, no exercício da atividade jurisdicional, tem poderes delimitados pelo Direito e reforçados por suas responsabilidades. Sempre atendo à Constituição Federal para corresponder às exigências da sociedade, e garantindo a eficácia do direito no caso concreto. Por isso, os operadores jurídicos em geral devem saber que o papel do juiz não se limita a descrever as normas, as formas e os procedimentos aplicáveis, tampouco decidir sem preocupar-se com os resultados e impactos.³⁵⁵

Tal inovação é resultante de reinvidicações doutrinárias do hermeneuta brasileiro Dr. Lenio Luiz Streck, as quais segundo ele próprio foram adotadas após artigo escrito para revista eletrônica com o diagnóstico de que o projeto do Código de Processo Civil não ia bem. Isso porque a opção pela “commonlização” sem a correspondente outorga de obrigações ao judiciário terminaria em um

³⁵⁴ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord) **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 27.

³⁵⁵ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer Martins. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004, pg. 169 ,178, 183.

neojurisprudencialismo, fazendo com o que o relator do projeto na Câmara dos Deputados, Dep. Paulo Teixeira aderisse à sugestão e fizesse inserir na redação do hoje art. 926 as categorias integridade e coerência³⁵⁶.

Essa mudança legislativa foi o instrumento que faltava na ressignificação do sistema jurídico brasileiro para híbrido - *civil law e common law* -, consequentemente na adoção da decisão judicial como fonte de direito, além de aumentar a atuação política do juiz, apesar da pressão contrária da Magistratura Nacional na mudança de eixo³⁵⁷. Em um diálogo de complementariedade sistêmica entre lei e precedente capazes de conduzir o Direito a um patamar de maior segurança e consequente celeridade.

Entretanto, ensina Cappelletti, que o surgimento de novas e ousadas reformas, não podem ignorar seus riscos e limitações. Ao mesmo tempo, é preciso que se reconheça que as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para reformas políticas e sociais. Alerta, ainda, o processualista italiano, que as reformas não devem ser inteiramente transplantadas de um sistema jurídico-político para outro, esquecendo-se das variantes ambientais diversas. Conclui, que a operacionalização de reformas cuidadosas, isto é, sem perde-se dos *standards* do julgamento imparcial e do contraditório - fundamentos altamente técnicos e seculares de processo - é o que realmente se pretende.³⁵⁸

Diante desse novo horizonte, a comunidade jurídica tem se questionado qual a concepção de direito jurisprudencial brasileiro e suas balizas. Na perquirição dessas indagações verifica-se que o Precedente brasileiro é Fonte de Direito e tem lugar não só na hermenêutica como também na geração de Direitos, neste último sentido quando inexistente lei positiva ou quando existente for ela inconstitucional ou ilegal.

³⁵⁶ ALVIM, E. A.; LEITE, G. S.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e Jurisprudência No Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo, 2018. Id 1. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627121> >.

³⁵⁷ “Apesar de toda a pressão exercida pelas associações dos magistrados – que após a aprovação do projeto na Câmara dos Deputados manifestaram-se publicamente contra os artigos que tratam da fundamentação das decisões e do novo papel da jurisprudência, pedindo seu veto”[...] ALVIM, E. A.; LEITE, G. S.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e Jurisprudência No Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo, 2018. Id 1. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627121> >.

³⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. pgs. 161/165.

Com inspiração na *common law* e em seu primado da *stare decisis* como fundamento de segurança jurídica, a doutrina nacional do Precedente é prevista como de criação dos Tribunais Superiores e demais Tribunais, com obrigatoriedade para seus membros e órgãos bem como para toda cadeia jurisdicional abaixo deles.

Um Código de Processo Civil é sempre algo inacabado. Não pelo fato de o legislador desconhecer o Direito e a função que a legislação processual deve desempenhar na sociedade. Mas sim porque o texto legal é, em si, insuficiente para regular a vida em sociedade. Porém, tão importante quanto à certeza do Direito, é que o ordenamento jurídico contenha mecanismos que visem à sua unificação jurisprudencial, como o recurso especial, súmulas dos tribunais superiores³⁵⁹ e hoje com o Código de Processo Civil de 2015 e a opção pelos Precedentes judiciais, o art. 926 dita que Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência em mantê-la estável, íntegra e coerente. Dispondo, ainda, que, ao editar seus enunciados de súmulas, devem ater-se às circunstâncias fáticas da existência dos precedentes que motivaram sua criação. Em complemento, enuncia o novo código de ritos a necessidade de os Tribunais e juízes de primeiro grau seguirem as orientações da jurisprudência superior, o que se mostra, por indicativos do CNJ, poderoso instrumento de arrebatamento da litigância de massa.

2. DIÁLOGO DAS FONTES

Em seu curso em Haia, Erik Jayme, alemão autor da Teoria do Diálogo das Fontes (*Dialogue de Sources*), ensina que o “pluralismo pós-moderno” de um Direito com fontes jurídicas plúrimas exige a coordenação entre as normas do mesmo ordenamento jurídico (*cohérence dérivée ou restaurée*), propondo uma convivência coordenada das diversas fontes de Direito.³⁶⁰

Desenvolvida em Haia por Erik Jayme e trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques ao propor uma complementaridade entre o Código Civil de 2002 e o Código

³⁵⁹ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 25ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2018, pg 86.

³⁶⁰ JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l'académie de Droit International de la Haye, Haye**. Nijhoff, 1995, 11.p. 60 e 251 Apud MARQUES, Claudia, Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas**. Revista de Direito do Consumidor. Ano 12, jan-mar 2003. pgs. 73 e 74.

de Defesa do Consumidor na solução de antinomias ou integração do Direito,³⁶¹ a teoria do diálogo das fontes tem sido largamente utilizada para conferir unidade às mais diversas leis integrantes do sistema jurídico. É como se depois dessa revelação, o Direito não pudesse mais existir sem harmonia de seus diversos *corpus* normativos.

A expressão “diálogo das fontes” é, portanto, uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente do Direito. É na “coerência derivada ou restaurada” que, em um momento posterior à descodificação ou microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo do Direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não coerência”.³⁶²

Como método de interpretação sistemática do Direito se propõe a responder a dois problemas, primeiro ao conflito de normas, segundo oferecendo critérios para a solução do conflito, mediante a articulação das diversas fontes de Direito.³⁶³ O diálogo permite, então, a aplicação simultânea, coerente e coordenada de diferentes fontes jurídicas porque prevê influências recíprocas, seja de complementariedade ou de subsidiariedade, dando completude ao ordenamento jurídico.

No direito pós-moderno o método se sobressai porque permite a conjugação de valores Constitucionais e de diferentes microssistemas a proporcionar a conversa *favor debilis*,³⁶⁴ superando critérios escolásticos de hierarquia, especialidade e anterioridade.

Erik Jayme, ao analisar o reflexo da cultura da comunicação no direito, ensina que o fenômeno mais importante advindos dos reflexos da pós-modernidade

³⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pgs. 183-204.

³⁶² MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE), nº 7, 2004, p. 29.

³⁶³ MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pg.80.

³⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pg. 18.

no direito privado, é que "a solução dos conflitos de leis emerge agora de um diálogo entre as fontes as mais heterogêneas". Os direitos humanos, os direitos fundamentais e constitucionais, os tratados, as leis, códigos, agora no Brasil os Precedentes (*soft law*), todas as fontes de um ordenamento jurídico não mais se excluem, ou não mais se revogam mutuamente; ao contrário, elas falam uma às outras e os juízes são levados a coordenar estas fontes escutando-as.³⁶⁵

Entretanto, antes mesmo de discutir-se o diálogo de complementariedade ou de subsidiariedade entre as fontes híbridas do sistema nacional, pode-se notar a existência de um diálogo de influências internacionais³⁶⁶, notadamente de Direito Americano, que influenciou a alteração do viés jurídico Brasileiro de *civil law* para híbrido em decorrência da adoção do sistema de Precedentes, de matriz na *common law*. A teoria de Erik Jayme insere-se, também, neste viés ao enxergar o Direito dentro de um espectro sistemático e funcional da ordem jurídica, atualizada por uma visão internacional e cultural.³⁶⁷

Então, a análise de institutos e de outros sistemas jurídicos transnacionais para melhor entender o Direito pátrio, seu contexto e suas limitações, em um diálogo de influências que poderá aprimorá-lo se faz necessária. Para tanto, a averiguação das conexões de aplicabilidade de um e de outro sistema rumo à eventual intersecção, desde que fundadas na crítica do aplicador do Direito, permeada pela abordagem inteligente de seus operadores nas diferentes searas bem como na interdisciplinaridade sociológica, filosófica e política, poderá contribuir para o desenvolvimento da ciência jurídica brasileira.

Utilizando o Diálogo das Fontes para o entendimento da hibridização do

³⁶⁵ JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, Haye. Nijhoff, 1995, 11.p. 259. Apud MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pgs. 18/19.

³⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pg. 75.

³⁶⁷ JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, Haye. Nijhoff, 1995, 11.p. 36 e ss. Apud MARQUES, Cláudia, Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas**. Revista de Direito do Consumidor. Ano 12, jan-mar 2003. Pg. 23.

sistema jurídico brasileiro, a compreensão do diálogo de influências internacionais pode ajudar na melhor assimilação do necessário para a aplicação do ainda novo sistema de Precedentes.

Posteriormente, será imprescindível a realização de um segundo diálogo, o sistêmico e complementar à lei, de maneira que o precedente se harmonize com o texto legal, em um esquema tal como desenhado por Dworkin de concepção de Direito que se afasta da rivalização com o sentido de justiça.³⁶⁸

Assim, operadas as mudanças pelo influxo do diálogo de influências internacionais, o Direito alterado precisa, ainda, estabelecer um diálogo sistemático de complementariedade com as demais regras para condensação de um ordenamento jurídico sólido. Segundo o Professor Zanon Jr, no caso brasileiro em que se optou pelo sistema de Precedentes sem exclusão da lei, isso ocorre porque o texto normativo por si só não carrega densidade suficiente para apresentar uma resposta, consubstanciando apenas uma orientação escrita com finalidade limitativa da amplitude decisória. Já o caso concreto não, ele movimenta a operação interpretativa do órgão judicante, que produzirá a norma jurídica segundo as balizas traçadas pela lei e pela situação fática, um perfeito articulado entre lei e fatos que origina o precedente.³⁶⁹

O direito é fenômeno histórico-político e normativo, é criação da experiência em sociedade, e delineado pela filosofia, de forma que sua evolução é pautada pelas inovações culturais, políticas e filosóficas. No caso do sistema híbrido brasileiro, verifica-se uma tendência de conferir força vinculante e cogente aos precedentes para densificar a interpretação da legislação típica do *civil law*, no intuito de ampliar a segurança jurídica e agilizar a resolução das chamadas causas repetitivas, sobre esse tema consistirá o diálogo.

Entretanto, para a compreensão desse diálogo salutar o estudo, mesmo que breve, das principais linhas do sistema jurídico americano e sua força vinculante

³⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. pg. 17

³⁶⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2019. pg. 184.

aos precedentes, inspiração para o modelo brasileiro. Nessa senda, traz-se os ensinamentos do Professor Doutor Zanon Junior³⁷⁰ que em estudos sobre o pensamento de Ronald Dworkin sintetiza o modelo jurídico americano, caracterizando-o consuetudinário, focado em Precedentes judiciais, porquanto os argumentos que podem ser extraídos do *case law* determinam a atividade jurisdicional, de modo que devem ser levados em consideração quando se apresentarem novos casos estreitamente similares (*precisely similar*) aos anteriores. Portanto, segundo a doutrina estrita dos Precedentes, a força gravitacional das decisões anteriores é vinculante, mesmo quando o magistrado entender que estão equivocadas as razões ou fundamentações. Dessa forma, os fundamentos adotados pela jurisprudência são tão relevantes no padrão norte-americano que, para alguns, os dispositivos normativos produzidos pelo legislador são considerados estranhos ao sistema e somente a ele assimilado após a interpretação judicial.

No mesmo sentido extraímos das palavras do doutrinador americano Schubert³⁷¹, as quais transcreve-se na literalidade para não se cometer o equívoco da tradução livre e que não alcança a profundidade do material traduzido:

In the United States, we have a separate judicial system for each of the states, and yet another for the federal government. These systems vary in size and complexity, although they usually have hierarchical structures. Since federal and state judicial systems function simultaneously through-out the nation, conflicts can arise with respect to jurisdictional issue, substantive law, supremacy, and the finality of decisions.

As leis americanas obedecem ao sistema de supremacia, em primeiro vem a Constituição, depois as leis federais, Constituições Estaduais e por último as estaduais. Quando inexistente lei primária, as cortes devem recorrer às fontes primárias não vinculantes ou a fontes secundárias de direito.

A Constituição é a lei fundamental dos Estados Unidos, e os juízes devem aplicar a lei. Sobre esse argumento simples e forte, John

³⁷⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2016. pg. 225.

³⁷¹ SCHUBERT, Frank August. Introduction to Law and the Legal System. 2019. pgs. 123/124." Nos Estados Unidos, temos um sistema judicial separado para cada um dos estados e outro para o governo federal. Esses sistemas variam em tamanho e complexidade, embora geralmente tenham estruturas hierárquicas. Como os sistemas judiciais federais e estaduais funcionam simultaneamente em todo o país, podem surgir conflitos com relação a questões jurisdicionais, direito substantivo, supremacia e finalidade das decisões."

Marshall construiu a instituição da revisão judicial da legislação, uma instituição que é, simultaneamente, o orgulho e o enigma da doutrina jurídica norte-americana³⁷².

Dentro de sua organização judiciária, o sistema é dualista, federal, organizado hierárquica e geograficamente, com a Suprema Corte Americana no topo; e estadual, controlado autonomamente por cada estado soberano e capitaneado pela corte de última instância estadual, tudo estruturado no princípio do federalismo. Um dos principais temas da Constituição dos Estados Unidos é o federalismo, entendido como uma divisão de poderes entre diferentes soberanias. Fine³⁷³ explica que o governo federal possui poderes muito fortes, porém limitados, esses poderes estão taxativamente dispostos na Constituição. O restante dos poderes governamentais está alocado aos estados, de maneira que cada estado da federação também possua a sua própria Constituição e os seus respectivos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que são independentes.

A Suprema Corte Americana detém a última palavra sobre direito federal. É o que prevê, em tradução livre, o *article III, section 1*, da Constituição Americana: “o Poder Judiciário será confiado a uma Suprema Corte e a tantas cortes inferiores quantas o Congresso venha ordenar e estabelecer de tempo em tempo”.

O alcance da intervenção jurisdicional é escola ao redor mundo com o denominado *Judicial Review*³⁷⁴, um poderoso controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário através método *struck down* ou *strick down*, em que Marshall estabeleceu o princípio da revisão judicial, ou seja, o poder de declarar

³⁷² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo, 2001. pg. 41.

³⁷³ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo. 2011. pg. 19.

³⁷⁴ Tudo começou com o caso *Marbury v. Madison* (1803), William Marbury fora nomeado juiz no distrito de Columbia, mas sua nomeação não foi entregue, razão pela Marbury solicitou à Suprema Corte, via Mandado de Segurança, que obrigasse o novo Secretário de Justiça, James Madison, a entregar os documentos da nomeação. O Tribunal constatou que a recusa de Madison em entregar os documentos era ilegal, mas não ordenou a pleiteada entrega por considerar que o Mandado de Segurança não poderia estender a jurisdição originária da Suprema Corte para além do estabelecido pelo Artigo III, Seção 2, reconhecendo, assim, a sua inconstitucionalidade. O Juiz Marshall entendeu que um mandado de segurança era o remédio acertado, mas concluiu que o Tribunal não poderia emití-lo. Marshall argumentou que o Ato Judiciário de 1789 (Mandado de Segurança) entrava em conflito com a Constituição e que o Congresso não tinha poder para modificar a Constituição por meio de legislação regular, porque a Cláusula de Supremacia coloca a Constituição acima das leis. Case Brief disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1789-1850/5us137>> acessado em 13 de outubro de 2019.

uma lei inconstitucional³⁷⁵. Apesar de fazer escola no mundo democrático, a doutrina da *Judicial Review* é criticada pelo Professor Dworkin à medida que o intérprete, no caso o juiz, tenta buscar a vontade dos *founders* (intenção original) em detrimento do mundo atual.³⁷⁶

Embora o sistema americano seja essencialmente adversarial, há incentivo ao uso das alternativas não adversariais chamadas *Alternatives Dispute Resolution- ADR*, podendo a própria corte obrigar as partes a submeterem-se ao ADR e, acaso a solução encontrada não seja aceita por alguma das partes, retorna-se ao método adversarial judicial, no entanto com a derrogação de que o julgamento poderá se valer das evidências encontradas no ADR³⁷⁷.

O julgamento submete as partes imediatamente a seus efeitos (*binding effects*), comportando recurso de apelação (*appeal*) em 30 dias, podendo a sentença ser confirmada, modificada ou revertida, exigindo a maioria e sem análise de fatos³⁷⁸.

Efetuada esta brevíssima contextualização do sistema de justiça americano, passa-se à análise do objetivo do presente estudo, com o delineamento do sistema de Precedentes o qual vem inspirando o legislador brasileiro desde a Emenda Constitucional n. 45/2004 e a criação da Súmula Vinculante.

³⁷⁵ Importante lembrar que a doutrina *Judicial Review* não é irrestrita, em *Marbury v. Madison* (1803) também ficou assentado que o Poder Judiciário não pode analisar a chamada *Polical Question*. Uma questão política é, portanto, uma questão cuja resolução pertence a um dos ramos “políticos” do governo (executivo e legislativo) e, por esse motivo, inadequado para uma decisão judicial. Mason, Alpheus Thomas and STEPHENSON, Donald Grier Jr. **American Constitutional Law**. 2019. pg. 114.

³⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo, 2001. pg. 42.

³⁷⁷ FREER, Richard D. **Civil Procedure**. New York. 2017. p. 30. “Nos últimos anos, houve um aumento nos ADR's anexos ao Tribunal. Isso significa que o tribunal ordena que as partes arbitrem ou mediem perante uma terceira parte, geralmente algum funcionário judicial. A expectativa é que o método “alternativo” resolva a disputa. Se uma das partes estiver insatisfeita com a solução da disputa. Se uma das partes não estiver satisfeita com a decisão não vinculativa, as partes poderão retornar ao fluxo do litígio, embora as conclusões do árbitro ou mediador possam ser admitidas em evidência se o caso for a julgamento”.

³⁷⁸ “O tribunal de julgamento julga em favor do Autor, determinando que o Réu pague ao Autor \$ 250,00. O réu envia uma notificação de apelação. O processo de apelação levará meses - talvez até anos. O autor quer seu dinheiro agora. O fato de o Réu ter interposto uma apelação não impede o Autor de executar a sentença, tendo propriedades pertencentes ao Réu apreendidas e vendidas para garantir o valor do julgamento. Para impedir o Autor de fazer isso, o Réu terá que obter um caução de suspensão. O valor do título será de US \$ 250.000 mais uma porcentagem, para garantir que o Autor (se ela não ganhar na apelação) receba juros sobre o julgamento.” FREER, Richard D. **Civil Procedure**. New York. 2017. p. 897

Dada a sua essencialidade para o sistema da *Common Law*, e como fonte primária de direito destacamos o *Case Law* ou direito feito pelos juízes (*judge-made law*). O *Case Law* é o advindo de prévias decisões judiciais sobre o tema, as quais vinculam decisões futuras. A doutrina do Precedente consiste na utilização obrigatória de princípios estabelecidos em casos precedentes para decidir novos casos similares, sob a ideia de que também os juízes e não só as leis estabelecem regras que possuem um impacto que se estende para além das partes em litígio.

A doutrina do Precedente na *Common Law* é orbitada pelo princípio ou política da *stare decisis*, com o objetivo de dar estabilidade à lei e melhorar o desempenho judicial, ao estabelecer que a decisão de um tribunal será normalmente seguida pelo mesmo tribunal e por quaisquer tribunais inferiores em casos futuros, desde que não apresentando distinguíveis fatos que autorizem o afastamento do precedente.³⁷⁹

O princípio da *stare decisis* é um dos mais importantes da *Common Law*, tanto que se pode chamar de política ou até mesmo de doutrina da *stare decisis*, isso porque seu fundamento está intimamente ligado com própria essência do direito comum.³⁸⁰ A *stare decisis* significa o guia que orienta os juízes e tribunais na tomada de decisões, exigindo que as instâncias inferiores sigam os Precedentes estabelecidos em instâncias superiores, promovendo uniformidade e previsibilidade.

Para seu completo entendimento, salutar, ainda, o destaque que nem toda a argumentação presente na decisão judicial se constitui Precedente, ou seja, há articulados que são precedentes e que não são precedentes dentro de uma mesma sentença. A propósito, a doutrina os distingue entre *ratio decidendi*³⁸¹ ou regra de direito (*holding*), que consiste no fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso, e *obiter dictum*, ou seja, todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo

³⁷⁹ CLERMONT, Kevin M. **Princípios de Processo Civil** (Concise Hornbook Series). 5ªed. United States of America West Academic, 2019. p.14568.

³⁸⁰ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. 2019. pg. 103.

³⁸¹ “A *ratio decidendi* não é fenômeno alheio ao direito brasileiro, pelo contrário, sendo considerada pelos tribunais superiores com relativa frequência, ora com a utilização da expressão “motivos determinantes”” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016. pg 1516..

podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão. Os *obiter dicta* não têm nenhuma eficácia e não podem ser invocados como precedentes nas decisões dos casos sucessivos, já que não condicionaram a decisão do caso anterior.³⁸²

Ao lidarem com um Precedente, o advogado com frequência procede à analogia, distinção (*distinguish*) de fatos do caso do seu cliente a partir dos fatos materiais de casos anteriores ou superação do precedente (*overruling*). Então, o advogado que queira a aplicação do Precedente ao caso presente tentará demonstrar que os fatos materiais apresentados são análogos, acaso não queira que os casos anteriores sejam utilizados deverá argumentar que os fatos materiais precedentes diferem substancialmente dos atuais, ou que o precedente deve ser superado, que leva à conclusão de que um resultado diferente deve ser alcançado e criado novo Precedente.³⁸³

A litigiosidade americana é considerada elevada, mas a jurisdição é exercida com rapidez. Freer³⁸⁴ confirma essa máxima através de estudos realizados pelas *Federal Courts*, os quais demonstram que efetivamente apenas 2% dos casos nos Estados Unidos vão a julgamento. Isso porque durante o processo civil americano há mecanismo prévios, chamados moções³⁸⁵, que podem encerrar casos sem julgamento de mérito, em decorrência de carência de pressupostos, condições ou mesmo de jurisdição. Por outro viés, há, ainda, obrigatoriedade de submissão a método não adversarial (mediação, arbitragem), além do sistema probatório denominado *discovery*, com regras bem abertas para a produção probatória ou o julgamento sumário de mérito para as hipóteses de não haver fato material controverso, quando, então, o magistrado julgará o caso -, segundo Fine, a título

³⁸² TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Revista dos Tribunais on Line: Revista de processo. vol. 199 | Set 2011. Pg. 139.

³⁸³ FINE, Toni. M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo. 2011. p. 71.

³⁸⁴ FREER, Richard D. **Civil Procedure**. New York. 2017. p. 7.

³⁸⁵ FRCP 56. Motion for summary judgment or partial summary judgement. A parte may move for summary judgment, identifying each claim or defense – or the part of each claim or defense – on which summary judgment is sought. The court shall state grant summary judgment if the movant shows that there is no genuine dispute as to any material fact and the movant is to judgment as matter of law. The court state on the record the reasons for granting or denying the motion. SPENCER A. Benjamin. Civil Procedure: a contemporary approach. EUA. 2018. p.849.

ilustrativo.³⁸⁶ Por fim, credita-se ao sistema de Precedentes uma estabilização e certeza de Direito capazes de guiar as relações sociais, a medida em que o cidadão e empresas podem pautar suas vidas com previsibilidade jurídica, podendo optar ou não pelo processo litigioso, caro e desgastante, quando já sabem o seu resultado.

A título ilustrativo, nos Estados Unidos, onde a higidez dos precedentes é valorizada, apenas 2% (dois por cento) das causas de acidentes automotivos, 4% (quatro por cento) de todas as causas cíveis Estaduais e menos de 2% (dois por cento) das cíveis Federais são resolvidas por ato jurisdicional de mérito.³⁸⁷

É, portanto, o modelo consuetudinário norte-americano (*common law ou judge made law*) o grande responsável pela eficiência jurídica, com destaque para a obrigatoriedade dos Precedentes judiciais, em que seus argumentos determinam de forma vinculante a atividade jurisdicional (*stare decisis ou case law*) quando da aplicação para casos semelhantes (*precisely similar*); ficando os dispositivos legislados em segundo plano e somente aplicáveis após sindicados pela *Court*.³⁸⁸

Nesse quadro, denota-se que o método do Direito Comparado é ferramenta de utilidade ímpar, pois aponta desdobramentos não imaginados pela corriqueira aplicação do Direito nacional.³⁸⁹ O diálogo com o sistema anglo-americano pode agregar valor no estabelecimento de posturas procedimentais bastante alvissareiras. O conhecimento de respostas alternativas a problemas comuns, dentro de padrões científicos, pode conferir surpreendentes resultados.³⁹⁰

O direito comparado é método tão antigo quanto à ciência jurídica. O estudo de 153 constituições gregas ou bárbaras serviu de base para que Aristóteles

³⁸⁶ FINE, Toni. M. Introdução ao sistema jurídico anglo-americano. São Paulo. 2011. p. 112.

³⁸⁷ POLINSKY, A. Mitchell. An Introduction to Law and Economics. 4ª. ed. New York: Wolters Kluwer. 2011. p. 135 e ss. Apud Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord) **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 433.

³⁸⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Curso de Filosofia Jurídica. Florianópolis. 2016. pg. 225.

³⁸⁹ GONZALES, Douglas Camarinha. **Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da *common law* e do sistema romanístico**. Revista CEJ. Brasília, Ano XIII, n. 46, jul/set 2009. pg. 72.

³⁹⁰ CASTRO Jr, Agripino Osvaldo. **Análise Comparativa dos Sistemas Judiciais Norte-Americano e Brasileiro e seus Impactos no Desenvolvimento Social** (tese doutoramento). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2001. pg. 43.

escrevesse a Política; Sólon, do mesmo modo, para estabelecer as leis atenienses, e os decênviros, segundo a lenda, só escreveram a Lei das XII tábuas depois de pesquisar as cidades gregas. Na idade média comparou-se direito romano e canônico, *common law* e direito canônico. A comparação dos costumes serviu na França aos trabalhos ao direito comum consuetudinário, na Alemanha a um *Deutsches Privatrecht*. Por fim, Montesquieu se valeu, também, da comparação, em seu *Espírito das Leis* para construir princípios para um bom sistema de governo³⁹¹.

O próprio Marques de Pombal, em 1772, prescreveu à Universidade de Coimbra que os estudos de direitos não mais fossem dados sobre bases romanas, mas sobre base de direito comparado, considerando os princípios de direito reconhecidos por nações civilizadas³⁹². Culminando, mais tarde na Lei da Boa Razão.³⁹³

As vantagens que o direito comparado pode oferecer são três: ele é útil nas investigações históricas ou filosóficas de direito; é útil, também, para conhecer e aperfeiçoar o direito nacional; e por último, é útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer relações internacionais³⁹⁴. O seu escopo reside na utilidade para aperfeiçoar o direito nacional, isso porque se acredita que a lei pode ter caráter nacional mas não o direito, que é transnacional³⁹⁵.

Em 1966, em artigo publicado na Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o precursor do sistema de Súmulas no Brasil, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, respondendo a algumas críticas direcionadas às Súmulas, alertavam para a necessária simbiótica de mecanismos

³⁹¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pgs. 1/2.

³⁹² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. Pg. 47.

³⁹³ E, por boa razão, o legislador pombalino entendia aquela “que consiste nos primitivos Princípios, que contém verdades essenciais, intrínsecas, e inalteráveis, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural formalisarão para servirem de Regras Moraes, e Civis entre o Christianismo: ou aquella boa razão, que se funda nas outras regras, que de unanime consentimento estabeleceu o Direito das Gentes para a direção, e governo de todas as Nações civilizadas (...)”. Apropositava-se o ensejo modernizador, e o reformismo josefino soube aproveitá-lo, arvorando a *recta ratio* dos jusnaturalistas em supremo padrão integrativo. MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg. 100.

³⁹⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. Pg. 4.

³⁹⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo. 2014. pg.8.

jurídicos mesmo que provenientes do direito comparado de matriz diversa, como é o caso da *common*:

“É sabido que não são idênticos os sistemas jurídicos dos dois países. Não damos aos precedentes judiciais a mesma força que têm nas nações de origem britânica. E seus juristas, afeiçoados a uma prestigiosa tradição de direito pretoriano, teriam de ser mais hostis do que nós às codificações, princípio de organização do Direito a que sempre fomos habituados. Mas a atenuação progressiva dessa diferença vai assemelhando cada vez mais os problemas judiciários que eles e nós enfrentamos. De uma parte, vai-se ampliando, dia a dia, nos Estados Unidos, a área coberta pela legislação (*statute*); de outra, entre nós, o lento ritmo das codificações não dá vazão à nossa plethora de leis extravagantes, o que transpõe o seu ordenamento sistemático para o plano da jurisprudência. Partimos, assim, de pontos distanciados, mas estamos percorrendo caminhos convergentes, sendo aconselhável a comparação dos métodos que uns e outros vamos imaginando para espancar o pesadelo da sobrecarga judiciária, que nos é comum.”³⁹⁶

No caso brasileiro, o direito processual não conseguiu acompanhar a evolução social e a demanda por justiça que com uma força centrípeta arrastou o Poder Judiciário a vivenciar uma crise de paradigmas, trazendo a agrura de não poder dizer o direito de forma rápida e eficaz e segura. Em busca de soluções operou-se reformas e por fim adotou-se o sistema de Precedentes para juntamente com lei, mas abaixo dela, dialogando sistêmica e complementarmente integrar as fontes jurídicas formais de um ordenamento jurídico híbrido, tradicionalmente de *civil law* (legicêntrico) e agora de *common law* (precedentes).

Como decorrência natural de uma cultura pós-positivista, em que o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana,³⁹⁷ a decisão judicial, é o instrumento hábil a mergulhar na imensidão legislativa, para identificar a adequação normativa, conformá-la com a Constituição, princípios jurídicos, o tempo, e, então, revelar o Direito com Justiça. Porque somente o intérprete, no caso o magistrado, tem

³⁹⁶ DIAS, Marcus Gil Barbosa. **Controle de Constitucionalidade e Política Judiciária: evolução histórica das Súmulas no Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/98700/Marcus%20Gil%20Barbosa%20Dias.pdf?sequence=1>> Acesso em 08/06/2020 pgs. 06 e 07.

³⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em: 23 de fev de 2020.

condições de congregar os conceitos de Direito e justiça, uma vez que nada garante que as leis serão justas se aplicadas em sua frieza.

Nesse sistema teremos o Juiz, no exercício da atividade jurisdicional, com poderes delimitados pela Lei e reforçados por suas responsabilidades, sempre atendo à Constituição Federal, Leis e Precedentes proferidos em casos concretos. Operadores jurídicos em geral, cientes que o papel do juiz não se limita a descrever as leis, formas e procedimentos aplicáveis, tampouco decidir sem preocupar-se com os resultados e impactos,³⁹⁸ mas submetido à lei e ao precedente, obtêm previsibilidade do Direito e com ela segurança para o desenvolvimento de sua atividade essencial à justiça. O cidadão, por sua vez, pautando os seus diversos atos e negócios jurídicos conforme o Direito, com possibilidade de decidir se litiga ou estabelece acordo. O sistema judicial ganha eficiência com um tempo menor para prolação das decisões, freio recursal, além da possibilidade de aplicação em bloco de Precedentes para os casos repetitivos.

O sistema de Precedentes nacional introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015, inspirado no americano em um diálogo de influência, mas dele se diferenciando na posição hierárquica em que os insere dentro do ordenamento jurídico. Alçado à condição de fonte jurídica formal, de hierarquia logo abaixo da lei, transforma o ordenamento jurídico brasileiro essencialmente fundado na *civil law* com pequenas exceções constitucionais da decisão *erga omnes* em controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes, para híbrido, em que coexistem harmonicamente a força legal e da decisão judicial como normas, em um diálogo sistemático de complementariedade.

Concebida nesses termos, a norma jurídica é sempre uma resposta única e irrepetível, que surge como fundamento para um determinado direcionamento de conduta em sociedade, mediante uma complexa construção interpretativa lastreada nas fontes admissíveis em determinada tradição jurídica, explica Zanon Jr. Assim, sabendo-se que as normas jurídicas não existem em abstrato, elas não flutuam por aí aguardando captação, são construídas artificialmente pelo magistrado através do

³⁹⁸ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer Martins. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004, pg. 169, 178, 183.

diálogo estabelecido entre lei e fato.³⁹⁹

A transformação do conceito de norma determinada pelo sistema de Precedentes teve a motivação calcada nos ideais de segurança jurídica e reflexamente no enfrentamento de demandas repetidas. Isso porque a comunidade jurídica, ciente de um maior acesso à justiça decorrente da redemocratização e da Constituição de 1988, havia envidado reformas processuais insuficientes, além de sofrer com a falta de unidade das decisões judiciais. Com olhos voltados para o exterior buscou-se na experiência americana a mudança de rumos.

Sobre uma tendência de hibridização dos ordenamentos jurídicos, o processualista italiano Taruffo destaca o emprego do precedente e da jurisprudência no direito de todos os ordenamentos modernos, não só do Brasil, justificando que em pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao Precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos da *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo os de *civil law*. Por isso, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados sobre os Precedentes, enquanto os segundos sobre a lei escrita, não tem mais qualquer valor distintivo. Relata a simbiose dos sistemas, quando retrata que de um lado, nos sistemas de *civil law* se faz amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de *common law* se faz amplo uso da lei escrita e inteiras áreas desses ordenamentos – do direito comercial ao direito processual – são, na realidade, “codificadas”.⁴⁰⁰

Assim, na teoria dos Precedentes o cidadão recebe uma garantia maior de estabilidade do Direito e o juiz garante ainda mais sua independência, evitando a exposição dos julgadores a pressões políticas e sociais de ocasião, ao passo que submete a todos os poderes aos direitos, através de regras, vínculos e controles jurídicos idôneos a impedir-lhes, para garantia de todos, o exercício arbitrário e ilegal, confirma Sérgio Cruz Arenhart.⁴⁰¹ Além de valer-se do Princípio da

³⁹⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2019. pg. 185.

⁴⁰⁰ TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Revista dos Tribunais on Line: Revista de processo. vol. 199 | Set 2011. pg. 139.

⁴⁰¹ STRECK, Luiz, L. **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil : coerência e**

Isonomia⁴⁰² como norma fundante, a medida que sua regra-base está na repetição para casos iguais, ou, em representação simplificada, para “tratar casos iguais igualmente”.⁴⁰³

A adoção do sistema de Precedentes pelo Direito brasileiro se mostra importante mecanismo para produzir segurança jurídica, vez que consagra maior previsibilidade sobre o tratamento jurídico dos fatos sociais, notadamente na seara dos conceitos jurídicos indeterminados que têm a plurissignificação como uma característica própria e estão cada vez mais presentes nas leis,⁴⁰⁴ realizando o princípio da isonomia e como consequência combatendo as demandas repetitivas, seja pelo julgamento baseado em Precedente, seja no desencorajamento de demandas cuja base de direito já foi vencida. Evidenciando um círculo virtuoso de segurança que leva à eficiência.

Encampando a ideia de que o sistema de Precedentes combaterá o excesso de litigância e asseverando observância obrigatória pelo Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça criou um programa de monitoramento e estatística e dados denominado Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios.⁴⁰⁵ Como apontado no relatório, a Repercussão Geral n. 503⁴⁰⁶ sobre a desaposentação, teve o acórdão de mérito publicado em 28 de

integridade. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600113/>. pg. 148 e 149.

⁴⁰² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 dez. 2019.

⁴⁰³ CARVALHO, Thúlio Mesquita Teles de. **Precedentes judiciais vinculantes e conceitos jurídicos indeterminados: contribuições do Código de Processo Civil de 2015 para a aplicação de expressões vagas**. Fortaleza: Edição do Autor. 2018. ps. 1342.

⁴⁰⁴ CARVALHO, Thúlio Mesquita Teles de. **Precedentes judiciais vinculantes e conceitos jurídicos indeterminados: contribuições do Código de Processo Civil de 2015 para a aplicação de expressões vagas**. Fortaleza: Edição do Autor. 2018. ps. 1300-1305.

⁴⁰⁵ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/03a6c043d7b9946768ac79a7a94309af.pdf>> Acesso em 12 mai 2020.

⁴⁰⁶ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral n. 503. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4157562&numeroProcesso=661256&classeProcesso=RE&numeroTema=503>>. Acesso em 12 mai 2020.

setembro de 2017 e contabilizou 105.154 processos em todo o Brasil afetados para a aplicação da tese fixada pelo STF.⁴⁰⁷

Outro aspecto relevante apontado no relatório de demandas repetitivas do CNJ é que o sistema de Precedentes também atuará como mecanismo que oportuniza a solução consensual de conflitos, característica extremamente relevante sob os pontos de vista social ou econômico. Nesse sentido, cita a homologação de acordos entre representantes de bancos e de poupadores com relação às controvérsias representadas pelos temas de Repercussão Geral 264 da correção monetária dos Planos Bresser e Verão⁴⁰⁸, 265 da correção monetária do Plano Collor I⁴⁰⁹, 284 da correção monetária do Plano Collor I⁴¹⁰ e 285 da correção monetária do Plano Collor II⁴¹¹, os quais, somados, detinham 442.338 processos paralisados no Poder Judiciário.⁴¹²

Além disso, o relatório coloca os dados à disposição da sociedade, permitindo que juristas, pesquisadores, advogados e partes possam se orientar a partir das informações divulgadas, contribuindo para o mapeamento das demandas repetitivas e divulgação dos Precedentes aplicáveis, ao passo que os concebe como obrigatórios para todo o Judiciário em alusão ao CPC de 2015.

Forte nessa premissa, o STJ tem adotado o sistema de Precedentes⁴¹³ e

⁴⁰⁷ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/03a6c043d7b9946768ac79a7a94309af.pdf>> Acesso em 12 mai 2020. pg. 25.

⁴⁰⁸ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral n. 264. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3908223&numeroProcesso=626307&classeProcesso=RE&numeroTema=264>> Acesso em 12 mai 2020.

⁴⁰⁹ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral n. 265. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2635084&numeroProcesso=591797&classeProcesso=RE&numeroTema=265>> Acesso em 12 mai 2020.

⁴¹⁰ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral n. 284. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3967482&numeroProcesso=631363&classeProcesso=RE&numeroTema=284>> Acesso em 12 mai 2020.

⁴¹¹ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral n. 285. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2679929&numeroProcesso=754745&classeProcesso=AI&numeroTema=285>> Acesso em 12 mai 2020.

⁴¹² BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/03a6c043d7b9946768ac79a7a94309af.pdf>> Acesso em 12 mai 2020. pg. 26.

⁴¹³ Em pesquisa realizada ao instrumento para consulta à jurisprudência do site do Superior Tribunal

assegura o entendimento de que o microssistema para o julgamento de demandas repetitivas, instituto, em regra, afeto à competência dos tribunais estaduais ou regionais federal, a assegura tratamento isonômico e confere maior estabilidade à jurisprudência e efetividade e celeridade à prestação jurisdicional.⁴¹⁴

Afora o microssistema de IRDR e IAC, o STJ tem sistematicamente incluído dentre as possibilidades de ascensão do Recurso Especial a afronta a precedente seu,⁴¹⁵ em uma clara declaração de que adota o sistema de Precedentes em sua inteireza, contribuindo para a conformação da jurisprudência nacional e com ela com a segurança jurídica, tão prejudicada pelo decisionismo descomprometido com o sistema orgânico jurídico.

Dos julgados se observa o compromisso primeiro com a lei, mantendo o Tribunal da Cidadania como intérprete natural da legislação federal, submetida à Constituição Federal e seus princípios explícitos ou implícitos, conformando-a em suas decisões, em evidente consciência de que o Precedente não sobrepuja a lei positiva, exceto nos casos de inconstitucionalidade ou ilegalidade. Entretanto, com forte posição de que tanto do STJ quanto os Tribunais e juízes devem obediência aos Precedentes, que servem para segurança jurídica e efetividade.⁴¹⁶

Nas lições de Zanon Jr, esse entendimento encontra-se em consonância com a nova formatação da matriz disciplinar da ciência jurídica, que desloca o tema da legitimidade para a tese das fontes jurídicas do ora sistema híbrido brasileiro que constrói o conceito de norma a partir do diálogo entre a lei os precedentes.⁴¹⁷

de Justiça pode-se verificar a ocorrência de 2 resultados para sistema de precedentes, 9 para art. 926 do CPC 2015, 0 para doutrina do precedente, 12 para art. 927 do CPC de 2015 e 30 acórdãos para precedente obrigatório. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>> Acesso em: 11 mai 2020.

⁴¹⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Interno em Petição n. 2016/0330305-6/MS. Relator p. Acórdão: Min. João Otávio de Noronha Corte Especial, julgado em 07/08/2019. DJe 10/09/2019.

⁴¹⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo em Resp n. 1.581.199 - SP. Relator: Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 28/10/2019.

⁴¹⁶ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1804037. Relatora Min. Regina Helena Costa. Julgado em 30/05/2019.

⁴¹⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2019. pg. 204.

3. SISTEMA DE PRECEDENTES

3.1. O problema da hermenêutica da decisão

Impende-nos anotar, que enquanto na França da *Civil Law* se construía o pensamento da Escola da Exegese ou da Jurisprudencial Conceitual, a qual entendia que o Direito era revelado pela lei, sendo assim, o esforço do intérprete consistia na análise cuidadosa dos textos legais, encontrando a resposta dentro da lei; ao passo que na Inglaterra, da *Common Law*, John Austin paralelamente inaugura a *Analytical School*, entendendo o Direito segundo esquemas lógico-formais, partindo da concepção de que o costume somente recebia qualificação jurídica após consagrado pelo Poder Judiciário⁴¹⁸.

Enquanto a sociedade correspondeu às regras positivadas nos Códigos os juristas se preocupavam com a vigência das normas, porém quando o mundo se transformou pelo crescimento populacional e com os impactos de poderosas forças técnicas e econômicas, estabeleceu-se uma ruptura entre a lei e o fato social, impondo-nos outras soluções de ordem hermenêutica. Mas como responder a uma série de reclamações sociais com legislações omissas?⁴¹⁹

Para Streck as palavras da lei são constituídas de vagueza, ambiguidades, enfim, de incerteza significativas. São, pois, plurívocas. Não há possibilidade de buscar o sentido fundante, originário, primevo, unívoco ou correto de um texto jurídico. Basta, para tanto, ler a Constituição Federal ou qualquer dispositivo de um Código para perceber as múltiplas possibilidades interpretativas que se abrem ao usuário operador do Direito.⁴²⁰

No Brasil, Reale aponta múltiplas influências, sem afetar as raízes romanas. As decisões brasileiras ora são apegadas aos textos legais, ora com circunstâncias histórico-sociais, mas com um vivo senso de concreção e equidade

⁴¹⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo, 2013. Id 8. Disponível em: <<https://app.saraivadiqital.com.br/leitor/ebook:600232>>.

⁴¹⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo, 2013. Id 8. Disponível em: <<https://app.saraivadiqital.com.br/leitor/ebook:600232>>.

⁴²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: um exploração hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. pg.228.

às vezes mal interpretado pelos medíocres como preferências ao casuísmo. Continua ele, ainda, a dizer que a jurisprudência nacional tem obedecido a uma crescente adequação com o mundo dos fatos e concluí com o pensamento feito em 1860 por Teixeira de Freitas de que “a vida real não existe para os sistemas, e pelo contrário os sistemas devem ser feitos para a vida real.”⁴²¹

Ao explicar a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, Häberle exorta que “a vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade.”⁴²²

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania, no sentido do art. 33 da Lei Fundamental (NT 8). Dessa forma, os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (Beteiligtenkreis). Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição!⁴²³

Mesmo Habermas, admite que “a racionalidade de uma decisão deve medir-se, em última, instância, pelos *standards* dos costumes que ainda não se coagularam em normas, pelas sabedorias jurisprudenciais que antecedem a lei.”⁴²⁴

O processo hermenêutico dominante está assentado em um paradigma de que o processo interpretativo depende de um sujeito que irá se relacionar com os

⁴²¹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo, 2013. Id 8. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:600232>>.

⁴²² HÄBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>>. pg. 36.

⁴²³ HÄBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>>. pg. 40.

⁴²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2012. pg. 248.

textos jurídicos e os fatos sociais⁴²⁵, o magistrado, que mediante complexo e racional processo mental revelará a norma jurídica para o caso concreto.

Então a preocupação com exageros exegéticos do magistrado seria o mesmo que duvidar de sua capacidade e até mesmo dos mecanismos legais de controle jurisdicional, tais como o sistema recursal e de remédios constitucionais. Ademais, “a interpretação do direito encaminha a atualização do direito”, porque se todo o texto pretende ser compreendido, a interpretação - se não houver intenção predeterminada de fraudá-la por uma conveniência individual - há de ser concebida como atividade de adaptação do direito às necessidades presentes e futuras da vida social.⁴²⁶

No entanto, não se olvida de pensamentos oriundos da magistratura de cúpula, datada do ano de 2002, e de autoria do falecido Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gomes de Barros, que abaixo se transcreve por fidelidade a encampar posicionamento extremado⁴²⁷:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Gusmão Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não

⁴²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: um exploração hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. pg. 228.

⁴²⁶ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2016.pg. 76 e 83.

⁴²⁷ ALVIM, E. A.; LEITE, G. S.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e Jurisprudência No Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo, 2018. Id 1. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627121>>.

é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”⁴²⁸.

Em adição, rememora-se ao julgador o seu protagonismo advindo do constitucionalismo, quando, então, se espera uma decisão judicial conglobante entre os elementos fato, valor e norma, para que não mais tenhamos a figura do juiz *bouche de la loi*.

Assim, o Poder Judiciário assume uma posição de preponderância para fins de produção jurídica na modalidade aplicação, em que o Direito jurisprudencial é uma das fontes jurídicas com a derrogação de não poder se sobrepor democraticamente à soberania legislativa. Um juiz que desconsiderar um artigo de lei, fora dos mecanismos legais de controle de constitucionalidade e legalidade (*judicial review*) agirá antijuridicamente tal qual um agente político que descumpra uma decisão judicial. Ou seja, em ambos os casos há afronta às instituições democráticas em contrariedade à segurança jurídica necessária ao desenvolvimento social e econômico, ensina Zanon Jr.⁴²⁹

Pela teoria jurídica de Dworkin que influenciou o sistema de Precedentes nacional, focada no binômio coerência e integridade como elementos de Direito, ou seja, como padrões normativos que também compreendem princípios, em que as decisões judiciais, principalmente para casos difíceis, não podem ser discricionárias, nem mesmo respaldadas por argumento de política e sim por princípios, defendendo a sua tese de única resposta correta no direito (*one right answer*). O juiz, então, para obter a *one right answer* deve agir como Juiz Hércules, dotado de virtudes humanas como sabedoria capacidade, tempo e também de sagacidade sobre-humanas, na tarefa de revelar o direito como integridade.⁴³⁰

Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados

⁴²⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 279.889-AL. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, segunda seção, julgado em 14/08/2002. DJ 07/04/2003.

⁴²⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2019. Pg. 169.

⁴³⁰ ALVIM, E. A.; LEITE, G. S.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e Jurisprudência No Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo, 2018. Id 1. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627121>>.

por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas⁴³¹.

Entendendo, ainda, que o Direito Integridade a ser revelado pelo Juiz Hércules é obtido através de interpretação, Dworkin faz uma alegoria com um romance em cadeia (*chain novel*) para ensinar que cada etapa de construção do Direito é assentada por um personagem diverso. O juiz na *chain novel* é garante da continuidade, que deve seguir a linha do Direito escrito no capítulo precedente, em obediência a um dever de coerência e integridade com os julgados anteriores, evitando rupturas abruptas na linha de interpretação e realizando os preceitos de segurança jurídica. Assim, congregando os elementos normativos, leis, princípios e decisões judiciais anteriores, desde que todos eles conformem princípios de moralidade política e não apenas cediças soluções de orientações meramente normativas como querem os convencionalistas (positivistas) ou de mera eficiência como os pragmatistas⁴³² o magistrado é responsável pelo capítulo final da novela, revelando a norma jurídica.

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios⁴³³.

Para aqueles que pensam que o Direito na lição de Dworkin dá margem ao subjetivismo por invocar conceitos vagos como os princípios, há, em contrapartida, um esquema de justiça preocupado com a eficiência política denominado Pragmatismo Jurídico de Posner,⁴³⁴ pensamento que também não

⁴³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. *Apud* ALVIM, E. A.; LEITE, G. S.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e Jurisprudência No Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo, 2018. Id 1. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627121>>.

⁴³² ALVIM, E. A.; LEITE, G. S.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e Jurisprudência No Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo, 2018. Id 1. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627121>>.

⁴³³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010. *Apud* ALVIM, E. A.; LEITE, G. S.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e Jurisprudência No Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo, 2018. Id 1. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627121>>.

⁴³⁴ Para Posner a teorização moral do Direito não forneceria nenhum fundamento útil para os juízos

infirmar o sistema de Precedente, ao contrário, o exorta como uma das pontes para implementação da eficiência pública.

Explicando Pragmatismo Jurídico de Posner, o Professor Zanon Jr, esclarece que o direito teria uma feição que não pode ser desvinculada da pragmática, razão pela qual o Pragmatismo, como corrente de pensamento voltada à análise das consequências, caracteriza-se pelo antiformalismo e crítica à filosofia jurídica “inútil”, ou seja, àquela que não se compromete com a função social de produzir material teórico efetivamente útil à sociedade. O Pragmatismo de Posner foca em promover a maximização da riqueza social e não se preocupa com a construção de explicações sabidamente inatingíveis.⁴³⁵

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Fux, diz que sob perspectiva da análise econômica do Direito, o respeito aos Precedentes é extremamente valioso porque vincula um arcabouço informativo destinado a diminuir a possibilidade de erros judiciais, reduzindo ônus ligados a limitações de tempo e de expertise dos aplicadores do direito, seja porque os agentes econômicos valorizam a segurança jurídica decorrente de um sistema de Precedentes vinculantes. Ao passo que esses agentes são estimulados a se dedicarem a atividades mais produtivas quando seus direitos estão bem delineados e seguros, tem-se ainda o efeito desejável de redução no número de litígios.⁴³⁶⁴³⁷

morais e não teria o condão de tornar os seres humanos melhores na esfera privado ou pública e, mesmo que utilizada, a moral não é algo que seja de conhecimento dos juizes, sendo estranhas às demandas judiciais. O melhor seria aceitar que a análise de custo-benefício pode até não ser a única regra decisória usada pelo Estado, mas que ela é valiosa quando usada no processo de decisão como demonstram estudos de regulamentação de riscos, sendo o que se pode esperar de uma sociedade democrática. Isso porque a análise custo-benefício tem utilidade na estabilidade política e portanto na igualdade, na medida em que atua na normatização positiva e negativa e pode se usada para explicar e prever algumas decisões de Estado, sobretudo àquelas imunes a manobras políticas. POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011. pgs. 131 e 133.

⁴³⁵ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. Florianópolis. 2016. pgs. 298/307.

⁴³⁶Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 428.

⁴³⁷Em análise da jurisprudência brasileira sobre acesso à saúde, no contexto da análise econômica do direito, há argumentos que apontam que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos

Ultrapassadas as vertentes morais e econômicas influenciadoras do Direito e que potencialmente engrandeceram o presente estudo, mas infelizmente não serão abordadas porque o cerne deste estudo está no instrumento do precedente, passamos ao obstáculo da insegurança jurídica do intérprete que tangencia a lei e a jurisprudência consolidada em nome de concepções pessoais de ordem principiológica. Nesse ponto, extrai-se das lições do Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, a preocupação advinda da mais alta corte de justiça do país.

Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de princípios e praticam - fazem-no cotidianamente! - o controle de proporcionalidade e da razoabilidade das leis. Insisto neste ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na ponderação de princípios - isto é, na arbitrária formulação de juízos de valor -, a segurança jurídica está sendo despedaçada!⁴³⁸

O problema da discricionariedade da decisão judicial é apontado como efeito colateral negativo do positivismo jurídico, quando o ordenamento jurídico legicêntrico falta e deixa a cargo do magistrado a integração do direito, sem compromisso de unidade sistêmica ou orgânica. Nesse cenário, a discricionariedade judicial vem, muitas vezes, disfarçada pela designação de independência funcional, a necessitar de nova configuração mais democrática, porquanto não significa independência quanto ao cumprimento da lei, pois todos os juízes têm suas decisões submetidas à ordem jurídica, sob pena de travestir discricionariedade por arbitrariedade, ensina Zanon Jr.⁴³⁹

Para corrigir essa distorção, Streck alerta que a retirada do sistema do

fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável. Como exemplo, cita-se o ano de 2007, em que o Estado do Rio de Janeiro, gastou com os programas de Assistência Farmacêutica R\$ 240.621.568,00 – cifra bastante superior aos R\$ 102.960.276,00 que foram investidos em saneamento básico. BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> > Acessado em: 23 de fev de 2020.

⁴³⁸ GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. 6 ed. São Paulo: Malheiros. 2013 *apud* ALVIM, E. A.; LEITE, G. S.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e Jurisprudência No Novo Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo, 2018. Id 1. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627121> >.

⁴³⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito.** 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2019. pg. 117

livre convencimento do Código de Processo Civil de 2015 é importante instrumento de controle da decisão judicial para evitar o julgamento por convicção pessoal ao passo que positiva o afastamento da decisão judicial discricionária.⁴⁴⁰ Não sendo os princípios os responsáveis pelo aumento da margem decisória nos pontos fechados pelas regras jurídicas, ao contrário, eles são também auxiliares da redução discricionária porque vocacionados a limitar o Estado e a disciplinar a vida em sociedade e não a construir aberturas semânticas como se vulgarizou.⁴⁴¹

Sobre o maior afastamento da discricionariedade judicial na doutrina do Precedente, Marinoni, Arenhart e Mitidiero ensinam que o processo de identificação e aplicação do Precedente depende da interpretação do material constante da decisão, bem como da necessária incidência do contraditório - razão pela qual por vezes se diz que o Precedente é de certo modo formado pelos seus destinatários. Restando claro a sua existência impescinde da atividade hermenêutica do órgão judicial, após o contraditório. Ademais, pesa sobre a decisão o dever de fundamentação analítica (arts. 93, IX, CF, e 489, § 1º do CPC de 2015).⁴⁴²

Dessarte, podemos concluir que o magistrado brasileiro tem o mister de revelar o Direito em sua acepção normativo valorativa, qual seja, de transpor para a realidade dos fatos o que está escrito nas leis, que quase nunca se restringem a uma aplicação mecânica das normas.⁴⁴³ O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Cabendo aos juízes o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos

⁴⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015, pgs. 33/35.

⁴⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo. Saraiva, 2001. pgs. 221 e 563. Apud ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2019. pg. 154.

⁴⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pg. 1004.

⁴⁴³ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 9.

fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão,⁴⁴⁴ guardado o precedente, acaso exista.

Como decorrência lógica desse Direito é a amplificação da atuação política do Juiz⁴⁴⁵, mas sobre o ponto é importante se delimite o seu alcance para que não se ultrapasse à esfera de outro poder. Assim sendo, há que se buscar um equilíbrio na atuação jurisdicional como revisor de políticas públicas, sem significar que na concretização dos direitos, o Judiciário será o regente republicano das liberdades positivas do cidadão⁴⁴⁶.

O Judiciário não é uma academia de ciências, muito menos lhe pode ser atribuída a posição de primazia na tomada de decisões em uma sociedade democrática, mas mesmo assim tem um papel a representar na proteção dos direitos fundamentais e na abertura de espaço para as reivindicações dos que foram excluídos do processo político de tomada de decisões, como determina a própria Constituição. Em algumas hipóteses, apesar das limitações institucionais, procedimentais e epistemológicas do Judiciário, a autocontenção não se recomenda⁴⁴⁷.

Para afastar os problemas elencados e que se sintetizam na maior

⁴⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acessado em: 23 de fev de 2020.

⁴⁴⁵ O Ministro Barroso nega o sentido único de Direito como Política, ao explicar que Direito é política no sentido de que sua criação é produto da vontade da maioria; sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidárias. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> acessado em: 23 de fev de 2020.

⁴⁴⁶ GUIZI, Marco Aurélio Machado; SIEGEL, Frederico Andrade; FREITAS, Juarez; PÓVOAS, Maurício Cavallazzi; MARCOS, Rudson; BERNARDES, Júlio César; TERRES, Sônia Maria Mazzetto Moroso; MAURÍCIO JUNIOR, Alceu; MELIM, Claudio; CELANT, João Henrique Pickcius; FARA, Paulo Eduardo Huergo; ENZWEILER, Romano José; SALLES, Bruno Makowiecky. **O Judiciário como Instância de Governança e Sustentabilidade: Descobertas, dúvidas e discordâncias**. Florianópolis: EMais, 2018. pg. 168.

⁴⁴⁷ GUIZI, Marco Aurélio Machado; SIEGEL, Frederico Andrade; FREITAS, Juarez; PÓVOAS, Maurício Cavallazzi; MARCOS, Rudson; BERNARDES, Júlio César; TERRES, Sônia Maria Mazzetto Moroso; MAURÍCIO JUNIOR, Alceu; MELIM, Claudio; CELANT, João Henrique Pickcius; FARA, Paulo Eduardo Huergo; ENZWEILER, Romano José; SALLES, Bruno Makowiecky. **O Judiciário como Instância de Governança e Sustentabilidade: Descobertas, dúvidas e discordâncias**. Florianópolis: EMais, 2018. pg. 169.

segurança jurídica para o Direito brasileiro, o ordenamento jurídico pátrio adota o sistema de Precedentes, num diálogo de complementariedade com a lei positiva, transformando o sistema jurídico tradicionalmente romano-germânico (*civil law*) em híbrido, com a peculiar característica de precessão da lei, quando o juiz em seu mister de interpretar o Direito deve mesclar lei e precedentes para concepção da norma ao caso concreto.

Porém, em que pese o dever prioritário de observância das leis, o sistema híbrido não modifica em nada a divisão de poderes constitucionais, nem mesmo o princípio da inafastabilidade de jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Brasileira.⁴⁴⁸ O Poder Judiciário mantém-se alçado a poder constitucional com a última palavra. Assim, ao efetuar o controle de constitucionalidade, declarando *vg.* a inconstitucionalidade de uma lei produzida pelo Poder Legislativo, não invade a competência legiferante, mas apenas segue a sua natural função de intérprete das leis⁴⁴⁹.

Como se sabe, o sistema jurídico brasileiro assim como os demais sistemas constitucionais contemporâneos, é interpretável a partir da ideia de sistema hierarquicamente organizado, no qual se tem no topo a Constituição Federal. Portanto, qualquer exame normativo infraconstitucional deve, obrigatoriamente, ser iniciado com o controle de constitucionalidade. Vencida a possibilidade de inconstitucionalidade, abrir-se-á à verificação e ao raciocínio do intérprete, sob a luz dos princípios, ao sentido e alcance da lei⁴⁵⁰, e atualmente com o sistema de Precedentes em vigor em observância, também, a decisões anteriores.

⁴⁴⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁴⁴⁹ GUIZI, Marco Aurélio Machado; SIEGEL, Frederico Andrade; FREITAS, Juarez; PÓVOAS, Maurício Cavallazzi; MARCOS, Rudson; BERNARDES, Júlio César; TERRES, Sônia Maria Mazzetto Moroso; MAURÍCIO JUNIOR, Alceu; MELIM, Claudio; CELANT, João Henrique Pickcius; FARAH, Paulo Eduardo Huergo; ENZWEILER, Romano José; SALLES, Bruno Makowiecky. **O Judiciário como Instância de Governança e Sustentabilidade: Descobertas, dúvidas e discordâncias.** Florianópolis: EMais, 2018. pg. 155.

⁴⁵⁰ NUNES, L. A. R. **Manual de Filosofia do Direito.** 7. ed. São Paulo, 2018. Id 154. Retirado de:<
<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627689>>.

Não obstante, o Professor Zanon⁴⁵¹ ensina, ainda, que o sistema jurídico, embora articulado em torno da Constituição, não fica estreme de se permear por uma estrutura maior ou mais ampla, ou seja, de ser irradiado até mesmo pelo direito internacional, supranacional ou transnacional, cuja influência depende dos esforços argumentativos em discursos voltados à sua aplicabilidade, e esse entendimento dependerá de reconhecimento pela atividade jurisdicional.

O espírito do jurista no sistema híbrido brasileiro há de ser receptivo à lei, mas ao mesmo tempo sensível à teleologia do Direito, e ao fim a que se destina, que é sempre o bem-estar dos homens em sociedade ou à organização do Estado.⁴⁵² Isso porque com a suplantada experiência puramente positivista aprendeu-se que o Direito faceta da lei não serve ao seu desiderato último de pacificação social. Os neopositivistas ou pós-positivistas trouxeram uma concepção que não despreza a acepção da lei positiva como integrante do conceito de Direito, mas agregaram-lhe axiomas principiológicos, ao cargo do magistrado.

O sistema híbrido cria, então, um Direito, ao menos, duplo característico no aspecto geral ou objetivo da lei, do direito positivado, de legitimação do Poder Legislativo e, concreto ou subjetivo dos axiomas, princípios, de legitimação do Poder Judiciário. Razão pela qual as leis devem se guardar de inventos insólitos, instáveis, por suas próprias características de abstração e generalidade, não descendo ao esmiuçamento das relações sociais. À Jurisdição, ao contrário, compete à análise singular das relações sociais e concreção de Direito.

Fredie Didier explica que a inserção do Precedente ao ordenamento jurídico brasileiro trouxe uma remodelagem do princípio da legalidade, que passou a ser mais adequado na expressão princípio da juridicidade, uma vez que lei não é mais a única fonte do Direito, mas apenas uma delas. No contexto da atual metodologia jurídica, texto normativo e norma jurídica não se confundem. Há textos dos quais se constroem normas; há textos que não geram qualquer norma; há norma sem texto; há norma que se constrói a partir da conjugação de diversos textos. A premissa é que a norma não se confunde com o texto. Ela é, na verdade,

⁴⁵¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 2016. pg.356.

⁴⁵² NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 25ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2018. pg 53.

resultado da interpretação que se faz do texto ou do enunciado normativo. Quando, então, o Direito passa a ser compreendido a partir do ordenamento jurídico, tendo a Constituição como a principal fonte, a exigir que o juiz julgue em conformidade com o Direito, com o ordenamento jurídico, com o sistema normativo aplicável ao caso. O princípio da legalidade se alicerça na segurança jurídica, que confere maior previsibilidade com uma regulamentação prévia presente em decisões judiciais proferidas por juízes que respeitam adequadamente o princípio da legalidade ao observar os Precedentes judiciais e a jurisprudência dos tribunais.⁴⁵³

Porém, os primados da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ainda devem servir de norte para a interpretação e aplicação das leis no sistema híbrido, quando, segundo o art. 5º, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. É o que afirma o art. 8º do CPC de 2015, quando dispõe que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.⁴⁵⁴

Nessa senda, tão importante quanto à certeza do Direito, é que o ordenamento jurídico contenha mecanismos que visem à sua unificação jurisprudencial, como o recurso especial, súmulas dos tribunais superiores⁴⁵⁵ e hoje com o Código de Processo Civil de 2015 e a opção pelos Precedentes judiciais, o art. 926 dita que Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência em mantê-la estável, íntegra e coerente através do incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Dispondo, ainda, que, ao editar seus enunciados de súmulas, devem ater-se às circunstâncias fáticas da existência dos Precedentes que motivaram sua criação. Em complemento, enuncia o novo código de ritos a necessidade de os Tribunais e juízes de primeiro grau seguirem as orientações da jurisprudência superior, deixando à disposição o instrumento da

⁴⁵³ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord) **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pgs. 295, 296 e 297.

⁴⁵⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. Vol I. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. pg. 36.

⁴⁵⁵ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 25ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2018, pg 86.

Reclamação para garantir a autoridade da decisão do Tribunal.

Diante desse contexto normativo, o maior desafio dos juízes que compõem os Tribunais é o de utilizar em suas decisões fundamentos universalizáveis, não particularistas, que possam ser replicados em decisões futuras, promovendo-se, com isso, a dispensa de tratamento isonômico aos jurisdicionados. Isso porque o reconhecimento dos Tribunais como Cortes de Precedentes lhes torna responsáveis também pela criação de direito na medida em que dão concretude aos dispositivos legais. Aos magistrados das instâncias inferiores corresponde o dever de justificar de maneira adequada a aplicação da *ratio decidendi* do julgado anterior, porque a aplicação desarrazoada de um precedente judicial produz decisões tão injustas como aquelas que aplicam a lei para fatos nela não previstos.⁴⁵⁶

3.2. Doutrina brasileira do Precedente

Pontes de Miranda assinalava que toda lei nova deve ser recebida com um mínimo de boa vontade, o que, evidentemente, não implica que não se deva submetê-la ao pensamento crítico dos juristas.⁴⁵⁷

Importante consignar que o Código de processo Civil de 2015 é obra de excelente qualidade e contundente inovação, mesmo se consideradas eventuais críticas. Mas, como nas palavras de Cândido Dinamarco, qualquer reforma cultural do sistema exige também que os operadores do processo assumam posturas novas.⁴⁵⁸

Entretanto, o legislador não pode querer transformar a sociedade em um grande laboratório de experiências, movido pela ideia de que se a nova lei não trouxer bons resultados poderá ser revogada. Uma lei equivocada pode causar

⁴⁵⁶ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord) **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 27.

⁴⁵⁷ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg. 497.

⁴⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente**. RePro, v . 247, set.2015, p. 63-103. Apud Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord) **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 211.

danos, ainda que seja constitucional.⁴⁵⁹ A adição ao conceito de Direito dos axiomas principiológicos, ao cargo do magistrado, ao lado da lei positiva, originou um novo Direito e novas tarefas jurisdicionais.

A Constituição de 1988 e toda a sua analítica de Direitos. A primeira menção legal ao direito jurisprudencial com o Código Civil de 2002,⁴⁶⁰⁴⁶¹ que adotando um sistema de cláusulas gerais a considerar equidade como a justiça do caso concreto convoca o aplicador do Direito a preencher a vagueza da letra genérica da lei com uma justiça individual.⁴⁶²

Para o Ministro do Tribunal de Contas da União e membro da Comissão de Juristas redatora do anteprojeto do Código de Processo Civil 2015, Bruno Dantas, nesse ambiente jurídico, inserido em um cenário de democratização e efetivação de direitos, o Direito Processual Civil foi conformado tanto pelas diretrizes apresentadas pela Constituição de 1988, quanto pelas diversas reformas legislativas do Código de Processo Civil de 1973. A Constituição Federal apresentando garantias processuais que passaram a exigir dos juristas sensibilidade para compreender o processo, numa perspectiva de concretização dos direitos fundamentais, destacadamente a efetividade. As alterações no Código de Processo Civil de 1973 introduzindo técnicas de efetivação dos direitos e de concretização da isonomia, conferindo, em grande medida, melhor desempenho ao Judiciário.⁴⁶³

Logo após, e de forma expressamente contundente, a Emenda Constitucional 45/2004,⁴⁶⁴ da chamada Reforma do Judiciário, introduz, sem rodeios,

⁴⁵⁹ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 25ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2018, pg 86.

⁴⁶⁰ Em 1969, foi constituída comissão sob a presidência do Professor Miguel Reale e integrada por mais seis outros juristas (J. C. Moreira Alves, A. de Arruda Alvim, Silvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clovis do Couto e Silva e Torquato Costa) de cujo labor (em sua maior parte) adveio o atual Código Civil brasileiro. MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg. 496.

⁴⁶¹ BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil do Brasil**. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 9 mar. 2020.

⁴⁶² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 27.

⁴⁶³ DANTAS, Bruno, Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 559.

⁴⁶⁴ Alterou dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 128, 129, 134 e 168, além de acrescentar os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A ao

o direito jurisprudencial. Transporta a jurisprudência, inequivocamente, à fonte de direito com a criação da súmula vinculante, com força que pode superar até mesmo a da lei, posto que a lei pode ser interpretada e levada aos tribunais ao passo que a decisão, nos limites do previsto na Constituição Federal, não.⁴⁶⁵

Lamy explica que súmula vinculante é um dos temas mais controvertidos da reforma constitucional do Poder Judiciário, especialmente em razão de sua carga ideológico-valorativa. A discussão que a envolve possui também importantíssimos desdobramentos técnico-dogmáticos, dizendo respeito a significativas alterações no texto constitucional e com o condão de alterar a estrutura político-jurídica brasileira.⁴⁶⁶

Entende-se por súmula a cristalização positiva de um posicionamento consolidado na jurisprudência, de forma a se transformar em categoria normativa emitida pelos tribunais. Estabelece-se, assim, uma orientação jurídica de caráter precedente.⁴⁶⁷

Na definição do Supremo Tribunal Federal, súmula é palavra com origem no latim *summula*, e significa algo sumário, restrito, resumido. É a síntese de todos os casos, parecidos, decididos da mesma maneira, colocada por meio de uma proposição direta e clara, em ementa que revela a orientação jurisprudencial de um Tribunal para casos análogos.⁴⁶⁸

Para Gonzales, a estrutura de aplicação na *common law* para definição da *legal rule* é a mesma para a aplicação da súmula vinculante; quando o jurista deve averiguar as mesmas circunstâncias fáticas relevantes ao caso sub judice e a

texto da Constituição. MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg. 444.

⁴⁶⁵ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **A Reforma do Judiciário e as Súmulas de Efeitos Vinculantes**. 2005, pg 288. Apud TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 25.

⁴⁶⁶ LAMY, Eduardo de Avelar. **Súmula Vinculante: um desafio**. Revista de Processo, vol. 120, fev / 2005. Revista dos Tribunais on line. 2005, pg. 01.

⁴⁶⁷ GONZALES, Douglas Camarinha. **Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da *common law* e do sistema romanístico**. Revista CEJ. Brasília, Ano XIII, n. 46, jul/set 2009. pg. 76.

⁴⁶⁸ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Glossário jurídico: súmula, Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/> >. Acesso em: 29 mar 2020.

própria jurisprudência do Tribunal.⁴⁶⁹ Se aproximando do princípio da *stare decisis*⁴⁷⁰ devido ao mecanismo para sua formação, reforma, cancelamento e obrigatoriedade, conferindo-lhe um caráter de estabilidade.

Síntese da jurisprudência pacificada no Supremo Tribunal Federal, a súmula de jurisprudência, como gestada desde sua criação em 1963 sob a relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, mostrou-se um importante instrumento de uniformização da interpretação do texto constitucional e é o instrumento jurídico que antecede no Brasil, lógica e historicamente, a criação da súmula vinculante. Sobre isso, urge dizer-se que, da mesma forma que a súmula vinculante – a qual baseada em instrumentos jurídicos de uniformização e vinculação jurisprudencial da *common law*, é uma criação tipicamente brasileira.⁴⁷¹

O então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Sepúlveda Pertence, em manifestação dirigida à Audiência Pública na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal que discutia a adoção do efeito vinculante nas súmulas do Supremo Tribunal Federal, defendeu-a sob os prismas da cogência e efetividade, seus principais dísticos e também forças motrizes para a sua incorporação ao ordenamento jurídico cioso por segurança jurídica e também velocidade:

“Qual a diferença entre a súmula vinculante e a súmula do meu saudoso mestre Victor Nunes Leal? Ou a atual decisão da ADIN? A diferença é puramente processual. Hoje, se a administração não observa uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional uma norma tributária e permanece lançando tributos declarados inconstitucionais, ou exigindo tributos declarados

⁴⁶⁹ GONZALES, Douglas Camarinha. **Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da *common law* e do sistema romanístico**. Revista CEJ. Brasília, Ano XIII, n. 46, jul/set 2009. pg. 76.

⁴⁷⁰ “Segundo as regras do *stare decisis*, o precedente – os casos jurídicos decididos anteriormente – deve vincular a Corte subsequente que este considerando uma mesma questão legal. Ainda, embora as fontes constitucionais e legais sejam superiores aos casos da hierarquia das fontes de direito, qualquer *case law* é consultado quando da aplicação de regras constitucionais ou legais (ou similares) no futuro. Em outras palavras, as cortes nos Estados Unidos não empreendem nova interpretação das normas constitucionais e estatutárias em cada caso; consultam decisões já existentes sobre a norma legal e que estejam à disposição do julgador, em relação às quais o precedente pode ou não estar vinculado.” FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo. 2011. pgs. 03/04.

⁴⁷¹ SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula Vinculante**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, pgs 56 e 57.

inconstitucionais, ou recusando-se a devolução, vai o cidadão para um mandado de segurança, se ainda tiver prazo, ou a uma ação ordinária em primeiro grau. Se vai juntar as cinco mil, sete mil, doze mil, conforme a Vara Federal em que for parar, segue a um Tribunal Regional Federal atropetado, alguns levando um ano para distribuir os recursos; e dois a três anos para admitir o recurso extraordinário para o Supremo. E um dia chegará ao Supremo. A solução do efeito vinculante que, num primeiro momento, provavelmente, asoberbará mais o Supremo do que hoje é o da utilização da reclamação. Hoje, declarada inconstitucional uma lei à falta de efeito vinculante, o que sucede se o juiz continua a aplicá-la? O juiz apenas cometeu uma ilegalidade. Era como se aplicasse uma lei não vigente. E para isso – diz a doutrina assente do Supremo Tribunal – não cabe a reclamação, que visa assegurar autoridade das decisões do Tribunal. O efeito vinculante visa exatamente enquadrar a hipótese naquelas que pelo processo absolutamente sumário da reclamação possam ser coibidas imediatamente. Na esperança, é claro, de que o tempo, a prática, a convivência com o Estado de Direito Efetivo vá tornando excepcionais essas recalcitrâncias a uma força vinculante emprestada pela própria Constituição.”⁴⁷²

Para Lamy, a demora na prestação jurisdicional afigura-se intrínseca à estrutura escalonada de Poder Judiciário nacional, estrutura que valorizou sobremaneira o papel dos tribunais e assim o sistema recursal. Nesse diapasão, a proposta de vinculação aos Precedentes jurisprudenciais dos tribunais superiores, mormente STJ e STF, como forma de aperfeiçoar o funcionamento da jurisdição é natural.⁴⁷³

Muitos juristas se insurgem contra a súmula vinculante⁴⁷⁴ sob a acusação

⁴⁷² DIAS, Marcus Gil Barbosa. **Controle de Constitucionalidade e Política Judiciária: evolução histórica das Súmulas no Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/98700/Marcus%20Gil%20Barbosa%20Dias.pdf?sequence=1>> Acesso em 08/06/2020, pgs 10 e 11.

⁴⁷³ LAMY, Eduardo de Avelar. **Súmula Vinculante: um desafio.** Revista de Processo, vol. 120, fev / 2005. Revista dos Tribunais on line. 2005, pg. 05.

⁴⁷⁴ MELLO, Celso de. Ministro do Supremo Tribunal Federal em 24/6/97 em Audiência Pública no Senado Federal. “Se o juiz não tiver a liberdade para decidir e se também não dispuser do necessário grau de autonomia funcional e independência intelectual para dirimir, segundo a Constituição e as leis com ela compatíveis, os conflitos e interesses, notadamente aqueles que se estabelecem em função de comportamentos abusivos do Poder Público, tornar-se-á nulo, em nossa organização política, o sistema das franquias constitucionais. O magistrado, para legitimar-se em sua função essencial de arbitrar os conflitos, dirimindo-os, deve ser essencialmente livre no desempenho de seu ofício jurisdicional. À medida que o juiz perde autonomia decisória, limitado em sua independência intelectual, diminui, com notável e com preocupante extensão, o coeficiente de liberdade dos cidadãos e dos grupos sociais. Tenho para mim que o juiz não pode ser despojado de sua independência, e o Estado não pode pretender impor ao magistrado o veto da censura intelectual, que o impeça de pensar, que o impeça de refletir, que o impeça de decidir com liberdade.” Apud DIAS, Marcus Gil Barbosa. **Controle de Constitucionalidade e Política Judiciária: evolução histórica das Súmulas no Supremo Tribunal Federal.** Disponível em:

de contrariedade ao regime democrático e à tripartição de poderes e até mesmo à independência do magistrado. Aduzem, ainda, que ao vedar a livre interpretação das normas representam engessamento do Direito. Por outro lado, os que a defendem consideram-na imprescindível à celeridade e eficiência do Poder Judiciário, sustentando que a previsibilidade oriunda das súmulas contribuirá para o alcance da segurança jurídica, possibilitando ao jurisdicionado a noção de resultado do processo. Ademais, pontuam que as súmulas vinculantes culminarão com sensível diminuição no número de recursos e em economia processual.⁴⁷⁵

Enfim, conforme afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence, o efeito vinculante teve o grande valor de realizar a isonomia, às vezes contra o cidadão, muitas vezes a favor do cidadão desarmado, desinformado de seus direitos e sem capacidade para postular perante uma jurisdição cara e, sobretudo, tão demorada. Certo é que, muitas vezes e em certas conjunturas, o controle difuso amplo parece ser mais democrático, mais é ilusório porque, no final das contas, apenas vai expor o usuário a ou correr por anos as vias da jurisdição originária até chegar à solução já prevista, e já imposta *erga omnes*, ou, o que é pior, ficar pelo caminho por perda de prazo na preclusão de um recurso, entre acidentes processuais.⁴⁷⁶

Apesar da inovação trazida pelo instituto da súmula vinculante ainda estar sendo debatida pela comunidade jurídica nacional e pela doutrina especializada, entrou em vigor a Lei 11.417/2006, de 19 de dezembro de 2006, regulamentando a sua aplicação. Desde então, o Supremo Tribunal Federal já aprovou algumas com conteúdo relevante para o Direito Privado, como a que veda a prisão civil do

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/98700/Marcus%20Gil%20Barbosa%20Dias.pdf?sequence=1>> Acesso em 08/06/2020, pg. 14.

⁴⁷⁵ ROSA, Alexandre de Moraes da (Org) OLIVEIRA, Daniel Natividade Rodrigues de, MARTINS, Douglas Roberto, KÖHN, Edgá, CARVALHO, Edward Rocha, GARCIA, Ezequiel Rodrigo, HARTMANN, Helen, SIRVENT, José Francisco Chofre, FARRIS, Juliana Ferreira de Moraes, VALLE, Julian Keller do, MARCELLINO Jr, Julio Cesar, NUNES, Leandro Gornicki, FILITI, Narbal Antônio Mendonça, BRANDÃO, Paulo de Tarso, CRUZ, Paulo Márcio, ZART, Ricardo Emilio. **Para um Direito Democrático: diálogos sobre paradoxos**. Florianópolis: Conceito, 2006. pg. 106.

⁴⁷⁶ DIAS, Marcus Gil Barbosa. **Controle de Constitucionalidade e Política Judiciária: evolução histórica das Súmulas no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/98700/Marcus%20Gil%20Barbosa%20Dias.pdf?sequence=1>> Acesso em 08/06/2020, pg. 24.

⁴⁷⁷ BRASIL. Lei 11.417 de 19 de dezembro de 2006. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 20 dez 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 29 mar 2020.

depositário infiel (Súmula Vinculante número 25).⁴⁷⁸

De acordo com o parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei nº 11.417, o objeto do seu enunciado será a validade, a interpretação e a eficácia de determinada norma, sobre a qual exista controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicidade de processos sobre questão idêntica, ocorrente entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública. Deixando clara a sua vocação sedimentadora e dos objetivos de solução de demandas repetidas e da segurança jurídica.

Até a sua criação, os enunciados, tinham como objetivo documentar a jurisprudência e servir de paradigma e orientação, sem, entretanto, impor observância compulsória. A partir da reforma, as súmulas se dividiram em dois tipos, as enunciativas e as vinculantes.⁴⁷⁹

Os seus objetivos mostraram-se possíveis e efetivos, com reconhecimento até mesmo da doutrina opositiva, uma vez que os princípios da efetividade da prestação jurisdicional e da segurança jurídica na interpretação e aplicação da lei, ambos, importantes corolários na obtenção e manutenção da paz social. D'outra banda tem-se o entendimento de que o mecanismo é restritivo no tocante à recriação do direito através dos processos interpretativos, vedando a adaptação das regras às novas e constantes condições da realidade social.⁴⁸⁰

Para mencionarem-se os números, quando do movimento pioneiro de Victor Nunes Leal em 1963 o Supremo Tribunal Federal recebia cerca de 7000 processos por ano⁴⁸¹, ao passo que no ano de 2019 somou um acervo de 31.279 processos⁴⁸² a sinalizar que mesmo o Direito Sumular, apesar de sua reconhecida

⁴⁷⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 25

⁴⁷⁹ TEIXEIRA, Odemir Bilhalva. **Súmula vinculante: perigo ou solução**. Campinas: Russell Editores, 2008. pg. 21.

⁴⁸⁰ TEIXEIRA, Odemir Bilhalva. **Súmula vinculante: perigo ou solução**. Campinas: Russell Editores, 2008. pg. 22.

⁴⁸¹ DIAS, Marcus Gil Barbosa. **Controle de Constitucionalidade e Política Judiciária: evolução histórica das Súmulas no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/98700/Marcus%20Gil%20Barbosa%20Dias.pdf?squence=1>> Acesso em 08/06/2020, pg. 05.

⁴⁸² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Estatísticas do STF. Disponível em: <

eficiência, não foi suficiente para aplacar a demanda pela mais Alta Corte de Justiça.

Em 2006, a Lei nº 11.276/2006 de 7 de fevereiro regula o que se chamou de súmula impeditiva de recursos ou súmula obstativa de recursos, conferindo força de Precedente e obrigatoriedade a outros enunciados não vinculantes do Supremo Tribunal Federal e estendendo-o ao Superior Tribunal de Justiça, quando disse que “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.”

A percepção de que a norma produto da interpretação, devido a consciência de que o texto legislativo não é suficiente para guiar o comportamento humano, isso porque textos podem ser equívocos, abriu espaço para que se pensasse na decisão judicial não só como um meio de solução de determinada concretização do Direito, mas também como um meio para promoção da sua unidade.⁴⁸⁴

Nesse particular, a Teoria Complexa do Direito do professor Zanon Jr explica o patamar jurídico alcançado com incorporação da decisão judicial no conceito de norma, quando afirma que as fontes jurídicas sociais ou culturais da realidade concreta como princípios éticos, doutrina, costumes, textos normativos, jurisprudência, políticas executivas e elementos de interdisciplinaridade, são critérios decisórios na colmatação da norma jurídica, implicando beneficentemente em ausência de antinomia e tampouco lacuna.⁴⁸⁵

Na mesma senda Lamy assevera que apenas por meio da atuação de diferentes fontes é que o sistema poderá responder aos anseios sociais sem o temor da imprevisibilidade das decisões judiciais, as quais já não mais podem ser

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>. Acesso em 09/06/2020.

⁴⁸³ BRASIL. Lei 11.276 de 7 de fevereiro de 2006. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 8 fev. 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11276.htm>. Acesso em: 29 mar 2020.

⁴⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pg. 998.

⁴⁸⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2019.pg. 203.

consideradas resultado direto da aplicação do texto legal, como se o juiz realmente fosse "a boca da lei". Para que o princípio da legalidade seja aplicado em consonância com o da isonomia, é necessário entender que o juiz não julga conforme a lei mas conforme o Direito, isso porque Direito não se resume à lei.⁴⁸⁶

A partir deste momento, ultrapassa-se a ideia de exclusividade da legislação positiva como parâmetro de julgamento exclusivo ou suficiente isoladamente, a necessitar uma visualização que permita melhor compreender a pertinência das diversas Fontes Jurídicas legítimas ao sistema⁴⁸⁷, dentre elas o Precedente.

Então, em corroboração a toda nova hermenêutica jurídica calcada no sentido de sistema normativo como o plexo de normas escritas e princípios, para a família da *Civil Law*, Oliveira⁴⁸⁸ pontua que o Código de Processo Civil de 2015 nos chamou, oportunamente, à reflexão sobre o mais relevante e complexo mecanismo da nova codificação: as regras relativas à jurisprudência, sua produção e seu caráter no contexto das fontes do direito. Acenando, que a força imprimida à jurisprudência pela nova legislação processual produz alterações significativas não apenas para o âmbito das práticas cotidianas do Direito como, também, para a sua reflexão teórica, uma vez que nos coloca diante de uma verdadeira ressignificação da tradicional teoria do direito.

O processo de elaboração o novo Código – desde a designação da Comissão de Juristas que recebeu a missão de elaborar o anteprojeto, passando pelos momentos seguintes do debate no Senado Federal e na Câmara dos Deputados – foi permeado pela especial atenção ao fenômeno identificado como litigiosidade de massa. A partir da identificação de que o modelo processual vigente era insuficiente, pois se limitava à dicotomia entre a tutela individual e a tutela

⁴⁸⁶ LAMY, Eduardo de Avelar. **Súmula Vinculante: um desafio**. Revista de Processo, vol. 120, fev / 2005. Revista dos Tribunais on line. 2005, pg. 07.

⁴⁸⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Formas Jurídicas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), setembro-dezembro 2016.

⁴⁸⁸ STREK, Luiz, L. **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil : coerência e integridade**. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600113/>. pg. 43.

coletiva, apesar de ter deixado a disciplinar o processo coletivo, conta Bruno Dantas.⁴⁸⁹

Em busca de elevar a jurisprudência a um patamar central na sistemática de desenvolvimento do direito, com uniformidade na aplicação das leis e da ordem jurídica, conferindo previsibilidade aos jurisdicionados em contraposto a uma certa anarquia interpretativa resultante da falta de observância, pelo Judiciário, de suas próprias decisões⁴⁹⁰ deu ensejo ao sistema de Precedentes no CPC de 2015.

Nas palavras de Teresa Wambier, o ônus do afastamento de súmula, jurisprudência ou Precedente invocado foi, felizmente, levado em consideração pelo CPC de 2015. Não poderão mais, como antes usualmente, ser pura e simplesmente ignorados, como se aquele julgado estivesse sendo posto à apreciação do Judiciário pela primeira vez. Deve, Juiz, Desembargador ou Ministro do Tribunal Superior, demonstrar que o caso a ser julgado apresenta peculiaridades em relação àquele sobre o qual versa o Precedente ou a jurisprudência e afastar a tese contida na súmula ou nos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do Precedente ou da jurisprudência então superados.⁴⁹¹

Ao optar pelo Precedente, o Código de Processo Civil de 2015 o fez sob as bases de um direito estável, íntegro e coerente, inspirado na doutrina de Ronald Dworkin. Então, sob inspiração da teoria jurídica dworkiana focada no binômio coerência e integridade como elementos de Direito, ou seja, como padrões normativos que também compreendem princípios, em que as decisões judiciais não podem ser discricionárias, nem mesmo nos *hard cases*, nem respaldadas por argumento de política e sim por princípios; o juiz, para obter a *one right answer*, deve agir como Juiz Hércules e como parte da construção do Direito em uma *chain novel*,

⁴⁸⁹ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 559.

⁴⁹⁰ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 492.

⁴⁹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Embargos de declaração e omissão do juiz. 2. ed., São Paulo: RT, 2014, p. 283. Apud Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 43.

quando cada personagem, inclusive o juiz, de forma sistêmica constrói um capítulo que pela junção simbiótica culminará na revelação do Direito Integridade.⁴⁹²

O Direito Integridade é obtido através de interpretação alegórica de um romance em cadeia (*chain novel*), em que cada etapa de construção é assentada por um personagem diverso, legislativo, executivo e judiciário. Então, assim, em cadeia, participariam da construção do sentido normativo todos os personagens democráticos, sem excluírem-se, fazendo com que leis e princípios fossem os elementos integrantes da norma a ser revelada pelo juiz no caso concreto.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero esclarecem que os elementos normativos contidos no sistema de Precedentes são condutivos de segurança jurídica. Porém, explica, que a segurança jurídica não é um fim em si mesmo, posto que a interpretação judicial do direito deve ser segura, cognoscível, estável e confiável a fim de que seja possível a cabal realização dos princípios da liberdade e da igualdade. Já a coerência, diz, é um fim em si mesmo, uma vez que junto com a universabilidade constitui um postulado que visa aferir racionalidade do resultado interpretativo. E a racionalidade, conclui, é um componente essencial do direito. Por isso tudo, o sistema jurídico deve ser seguro e as normas que o compõem coerentes e íntegras - de modo que exista uma conexão de sentido que denote um suporte circular, complexo e gradual entre as normas para consistência e completude sistêmica de todo o ordenamento.⁴⁹³

O direito brasileiro, fincado na doutrina jurisprudencial, a qual nas lições de Streck muito se diferenciam do novo modelo de doutrina de Precedentes inaugurada pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, [...] a [velha] “doutrina da jurisprudência” acaba por permitir, inconstitucionalmente, que os tribunais, e não o legislador, determinem as boas razões para a tomada das decisões, caso a caso, estabelecendo um modelo de justiça casuísta. Não é este o caso da teoria dos Precedentes, que procura limitar a discricionariedade dos julgadores vinculando-os

⁴⁹² ALVIM, E. A.; LEITE, G. S.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e Jurisprudência No Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo, 2018. Id 1. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627121>>.

⁴⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.pg. 1001.

às próprias decisões, a racionalizar suas decisões e elaborar categorias adequadamente amplas para casos futuros, similares ou análogos⁴⁹⁴.

Ainda para o autor citado alhures, se fosse para manter a tradição da doutrina da jurisprudência não haveria de se escrever uma nova lei, porquanto já era a tradição brasileira a jurisprudência persuasiva e atávica. E, em razão da “doutrina do direito jurisprudencial”, que temos hoje o “caos de jurisprudências” instalado no Brasil fruto das diversas contradições internas dos tribunais superiores e da inobservância de suas decisões pelos juízes e tribunais inferiores.⁴⁹⁵

A estabilidade do direito decidido garante que, se a questão já foi analisada, o litígio já enfrentado pelo Judiciário, não se justifica a ressurreição da mesma discussão em outro feito. Essa rediscussão implicaria em irracional demora na prestação jurisdicional, em evidente lesão à garantia constitucional da duração razoável do processo prevista no art. 5º, inc. LCCVIII, da CRFB⁴⁹⁶.

Há previsibilidade sobre o Direito quando um julgador se obriga a decidir o caso da mesma forma que julgou da vez anterior e as partes podem, assim, melhor antecipar a atuação jurisdicional e pautar suas vidas. A possibilidade de prever como o juiz julgará facilita o planejamento e evita a paralisia produzida pelo desconhecido e inseguro labirinto jurídico.⁴⁹⁷

A partir da leitura da decisão precedente será possível extrair uma norma jurídica individual que serviu para o caso concreto e ao mesmo tempo, em um segundo estágio, uma norma jurídica generalizável (universalizável). A norma jurídica concreta traz consigo fundamentos determinantes (*ratio decidendi* ou *holding*) que serão as normas universalizáveis que servirão de precedente para a

494 STRECK, Luiz, L. **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil : coerência e integridade.** [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600113/>. pg. 144.

495 STRECK, Luiz, L. **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil : coerência e integridade.** [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600113/>. pg. 146.

496 AGRA, Moura, W. D., BONAVIDES, Paulo, MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988.** [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/> pg. 299

497 CARVALHO, Thúlio Mesquita Teles de. **Precedentes judiciais vinculantes e conceitos jurídicos indeterminados: contribuições do Código de Processo Civil de 2015 para a aplicação de expressões vagas.** Fortaleza: Edição do Autor. 2018. ps. 1359.

solução do caso concreto posterior (*followed*). Dentro desse mecanismo simbiótico a previsibilidade e segurança são imperativos porque como já anteciparam estudiosos do comportamento do julgador, juízes tendem a decidir de forma similar ao decidido em casos anteriores, residindo a diferença entre os sistemas de *civil law* e *common law* na força desta tendência.⁴⁹⁸

Conforme já teve oportunidade de decidir o STJ, a jurisprudência variar ao sabor das convicções pessoais dos julgadores com o próprio tribunal desrespeitando sua jurisprudência, é um desserviço, já que se o próprio tribunal não respeita sua jurisprudência está dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo.⁴⁹⁹

Pois se é verdade que o desrespeito pelos juízos inferiores de entendimentos já consolidados pelos tribunais gera a quebra da isonomia e a insegurança jurídica, tornando o processo uma verdadeira loteria judiciária, ainda mais grave é a instabilidade presente nos próprios tribunais quanto ao respeito à sua própria jurisprudência.⁵⁰⁰

A necessidade de compatibilização horizontal e vertical das decisões judiciais decorre da necessidade de segurança jurídica, de liberdade e de igualdade, princípios básicos de qualquer Estado Constitucional. A imprescindibilidade dessa compatibilização é retratada pela máxima *stare decisis et quia non movere*, que determina o respeito aos Precedentes das Cortes Supremas e pelas Cortes de Justiça.⁵⁰¹

Para evitar anacronias da ausência de observação de Precedentes verticais, da instância superior para as inferiores, o Código de Ritos Cíveis Brasileiros

⁴⁹⁸ PRITSCH, Cesar Zucatti, JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques, MARANHÃO, Ney. O sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015: a superação do positivismo jurídico para a garantia de estabilidade e isonomia nas decisões judiciais. Revista de Processo. v. 303, maio/2020. Revista dos Tribunais on line. 2020. pgs 06 e 07.

⁴⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 593.309/DF. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, segunda seção, julgado em 26/10/2005. DJ 23/11/2005.

⁵⁰⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016. Pg. 1504.

⁵⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 1002.

de 2015 disciplina a Ação de Reclamação para garantir a autoridade das decisões do Tribunal, art. 988⁵⁰², inciso II. Por outro lado, para a garantia dos Precedentes horizontais, dentro da mesma instância, e de os Tribunais manterem a integridade e coerência de suas decisões, o incidente de resolução de demandas repetitivas, cujo fundamento previsto no inciso II do art. 976⁵⁰³ é o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

A reclamação constitui um meio de ⁵⁰⁴impugnação da decisão judicial que não respeita o Precedente vinculante. A sua previsão tem o objetivo de tornar mais eficaz a aplicação do Precedente.

O legislador, ao criar o incidente de resolução de demandas repetitivas ou simplesmente IRDR, pretendeu conter os litígios de massa que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, ao mesmo tempo que

⁵⁰² Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; § 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir. § 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal. § 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível. § 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam. § 5º É inadmissível a reclamação: I - proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; II - proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. . BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil do Brasil**. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 11 jan. 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 12 abr 2020.

⁵⁰³ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. § 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. § 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. § 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas. BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil do Brasil**. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 11 jan. 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 12 abr 2020.

⁵⁰⁴ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 523.

reflete a preocupação do meio jurídico em uniformizar a jurisprudência e conferir maior estabilidade e coerência às decisões judiciais, considerando o descontentamento dos jurisdicionados ao se depararem com a proliferação de decisões divergentes em casos idênticos e mudanças inesperadas de entendimentos até então pacificados. O instituto viabiliza a concentração da discussão da mesma questão de direito principalmente no âmbito dos Tribunais de segundo grau, permitindo que a decisão proferida no IRDR tenha o condão de vincular todos os demais processos que estejam sob a competência do respectivo Tribunal e juízes de primeiro grau.⁵⁰⁵

O CPC de 2015 apresenta um sistema orgânico e funcional de tratamento de casos idênticos, com vistas ao julgamento conjunto da questão de direito que lhes seja comum. Desta feita, além do julgamento de recurso extraordinário e recursos especial repetitivos, cuja disciplina é aprimorada, inovou-se com o incidente de resolução de demandas repetitivas⁵⁰⁶, deixando clara a sua vocação ceifadora de demandas seriais.

O problema que se apresenta no sistema de Precedentes brasileiros é alertado por Bueno, apesar dos mais de dois meses de revisão da redação do CPC de 2015, porque o legislador não conseguiu encontrar uma fórmula redacional adequada que pudesse albergar de modo minimamente uniforme as situações em que ele próprio quer que determinadas decisões, sumuladas ou não, sejam obrigatórias para os órgãos do Poder Judiciário.⁵⁰⁷ Então, além da recusa de alguns ao sistema de Precedentes como fonte de direito formal, ainda que subordinada a lei, como visto no Capítulo 2, tem-se atualmente uma importante distinção semântica no ordenamento jurídico brasileiro, o Precedente enunciativo e o vinculante.

⁵⁰⁵ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pgs. 445/446.

⁵⁰⁶ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 564.

⁵⁰⁷ Bueno, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum e processos nos Tribunais e recursos**. Vol 2. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2019. pg. 563.

3.3. Obrigatoriedade dos Precedentes brasileiros

A doutrina não converge sobre a força vinculante dos Precedentes nem mesmo quanto aqueles em que o legislador determina a observação. Para parcela minoritária dos juristas o art. 927 do CPC de 2015 cria tão somente um dever ao órgão jurisdicional de levar em consideração, em suas decisões, os Precedentes e enunciados sumulares lá previstos. Chamam-no de Precedente persuasivo.⁵⁰⁸

Camargo resume as principais posições doutrinárias ao afirmar que Fredie Didier Jr., Humberto Theodoro Jr., Cândido Rangel Dinamarco; Araken de Assis; Arruda Alvim, sustentam que o referido artigo 927 do CPC de 2015 prevê Precedentes vinculantes. Capitaneada por Teresa Wambier Arruda Alvim, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, uma segunda corrente, argumenta que o art. 927 não estabelece nenhum Precedente vinculante, somente as súmulas vinculantes e decisões do STF. Uma terceira corrente, afirmada por Alexandre Freitas Câmara, diz que o art. 927 não tem a finalidade de dar força vinculante aos precedentes ali listados, mas apenas estabelecer que os juízes e tribunais levem em conta tais precedentes em suas decisões. A quarta corrente, de José Rogério Cruz e Tucci, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery e Cassio Scarpinella Bueno⁵⁰⁹ entendem que, se o art. 927 for interpretado para abrigar um rol de Precedentes vinculantes, a norma será inconstitucional, isso porque a

⁵⁰⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016. pg 1509.

⁵⁰⁹ “Ademais, diferentemente do que muitos sustentam, não há nenhuma obviedade ou imanência em negar genericamente o caráter vinculante às decisões judiciais, mesmo àquelas emitidas pelos Tribunais Superiores. Isso porque a tradição do direito brasileiro não é de *common law*, no sentido de reconhecer ao direito dos Tribunais fonte imediata ou originária de direito, a ser multiplicado a partir de precedentes. É analisar criticamente, não fosse o cipoal de leis editadas diariamente pelas esferas de poder legislativo dos entes federados, o real alcance das mais que cinquentenárias Súmulas (não vinculantes) do Supremo Tribunal Federal e sua cotidiana aplicação totalmente alheia a uma ou qualquer teoria sobre precedentes, sejam os do *common law* ou não, para chegar a essa conclusão”. Bueno, Cassio Scarpinella. [...] Até porque, mesmo para quem nega, como este Curso, a viabilidade de efeitos vinculantes a quaisquer decisões judiciais fora dos casos previstos na Constituição Federal, isto é, para além das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF) e de suas súmulas vinculantes.” [...] (art. 103-A da CF) **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum e processos nos Tribunais e recursos**. Vol 2. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2019. pgs. 554 e 555, 557 e 558.

Constituição somente previu como Precedentes vinculantes a súmula vinculante e os julgados de controle direto de constitucionalidade. E, finalmente, a quinta corrente, de autoria de Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero⁵¹⁰, advoga que apenas os tribunais superiores têm a missão de emitir Precedentes, e todos eles, não só aqueles previstos no art. 927 do NCPC, são vinculantes.⁵¹¹

Infelizmente, até mesmo em razão da novidade e falta de tradição no uso imperativo de Precedentes no sistema brasileiro, tem-se visto, em um extremo, a resistência à observância de Precedentes vinculantes.⁵¹² Data Vênia os ilustres doutrinadores que pensam de maneira contrária à força vinculante dos Precedentes. A eficácia ou força vinculante do Precedente é conferida por seu próprio regime jurídico, sem a força vinculante de antemão não haveria que se falar em doutrina dos Precedentes, introdução da decisão judicial nas fontes formais de direito - compositiva do conceito de norma, nem mesmo em influxos da *common law*.

Nesse enalço, ainda que não se possa transportar a integridade dos institutos da *common law*, porque é fruto de uma evolução histórica e cultural da qual não fez o Brasil parte, mostra-se imperiosa a absorção dos dutos teóricos ali construídos e sedimentados, com a finalidade de se retirar a máxima eficácia conceitual do que seja precedente, sob pena de aleijamento irremediável.⁵¹³

O Professor Zanon Jr tratando da eficácia das decisões judiciais ensina

510 Jurisprudência, precedentes e súmulas, são conceitos que não podem ser confundidos. Apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes. Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à jurisprudência. As súmulas podem colaborar tanto na interpretação como na aplicação do direito para as Cortes Supremas e para as Cortes de Justiça - e, portanto, podem emanar de quaisquer dessas Cortes. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pg 1004.

⁵¹¹ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pgs. 521/523.

⁵¹² PRITSCH, Cesar Zucatti, JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques, MARANHÃO, Ney. **O sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015: a superação do positivismo jurídico para a garantia de estabilidade e isonomia nas decisões judiciais**. Revista de Processo. v. 303, maio/2020. Revista dos Tribunais on line. 2020. pg. 07.

⁵¹³ PRITSCH, Cesar Zucatti, JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques, MARANHÃO, Ney. **O sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015: a superação do positivismo jurídico para a garantia de estabilidade e isonomia nas decisões judiciais**. Revista de Processo. v. 303, maio/2020. Revista dos Tribunais on line. 2020. pg. 07.

que a redução da litigiosidade e previsibilidade do Direito dependem da força coercitiva que a própria jurisdição conferirá aos seus julgados. Advertindo que acaso a implementação da força coercitiva dos Precedentes seja tênue não se verificarão os efeitos-razão da incorporação do sistema de Precedentes no Brasil quais sejam: segurança jurídica e diminuição da litigância repetitiva, culminando a penalização social, uma vez que será muito improvável que se tenha recursos humanos e econômicos para promoção de um sistema de justiça artesanal.⁵¹⁴

Afora os infortúnios antecipados acima, outras confirmações para a força cogente dos Precedentes podem ser encontradas dentro da doutrina do Precedente e também no sistema de Precedentes adotado textualmente pelo CPC de 2015. São consideradas fontes formais de Direito a lei, a analogia, o costume, os princípios gerais do direito e os precedentes. Os ordenamentos jurídicos modernos têm por pressuposto fundamental que a ausência de lacunas, por isso, tantos elementos de integração. A primeira fonte do processo civil é a Constituição Federal, que contém normas que tratam das tutelas e garantias fundamentais do jurisdicionado, tendo, também, previsto os primeiros exemplos de Precedentes vinculantes no controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF) e nas súmulas vinculantes (art.103- A). O CPC de 2015, entretanto, criou novos exemplos no art. 927, III, IV e V.⁵¹⁵

É que o se extrai do Enunciado 380 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁵¹⁶ de que “a expressão ordenamento jurídico empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os Precedentes vinculantes”.

Dito isto, que não se esqueça de que o ambiente político assume importantes posições no estabelecimento das formas de ação e que início da atividade geral de formação de atitudes desafia a capacidade de equalização também dos enunciados positivados. Porém estes, parece já terem feito a sua parte com a previsão processual expressa da doutrina do Precedente, *ex vi legis* § 1º art.

⁵¹⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2019. pgs 167 e 168.

⁵¹⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento** vol I. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. pg. 31.

⁵¹⁶ Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em:< <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em 14 abr 2020.

489, 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015,⁵¹⁷ em especial quanto a este última quando textualmente prevê que “juízes e os tribunais observarão” o direito jurisprudencial.

Por outro lado, e com mais respostas dentro do Código de Processo Civil de 2015, obra sistêmica que remete à lição de Eros Grau de que não se interpreta o direito em tiras⁵¹⁸, não haveria razão de se prever a Ação de Reclamação para garantir a autoridade das decisões do tribunal forçar o cumprimento do Precedente. Isso sem conduzir, necessariamente, à criação da Reclamação como um pressuposto necessário para a existência da eficácia vinculante do Precedente.⁵¹⁹ Sem razão, também, seria a previsão da possibilidade de concessão da tutela da evidência quando a tese jurídica invocada já tiver sido decidida em sede de casos repetitivos; a possibilidade de rejeição liminar do pedido quando contrário ao que já tiver sido decidido em repetitivos⁵²⁰; o não cabimento da remessa *ex officio* quando a sentença estiver em consonância com o julgamento adotado em casos repetitivos;⁵²¹ a dispensa da caução na execução provisória quando a sentença exequenda estiver em consonância com tese jurídica fixada em sede de casos repetitivos;⁵²² a

⁵¹⁷ BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil do Brasil**. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 11 jan. 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 8 dez. 2019.

⁵¹⁸ ‘Por isso mesmo a interpretação do direito é interpretação do direito e não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpretam textos de direito, isoladamente, mas sim o direito, no seu todo.’ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015. pg. 86. por que

⁵¹⁹ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 523.

⁵²⁰ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...] II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; [...] Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente. BRASIL. Código de Processo Civil (2015). BRASIL, **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 abr 2020.

⁵²¹ Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...] § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: [...] II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; [...] BRASIL, **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 abr 2020.

⁵²² Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: [...] IV – a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da

concessão de poderes ao Relator para negar monocraticamente seguimento a recursos fundados em tese jurídica contrária ao que foi decidido pelo STF ou STJ em sede de casos repetitivos ou para dar monocraticamente provimento, na hipótese contrária.⁵²³

Mais uma vez, em busca da estabilização e coerência da jurisprudência, no art. 1.030, no inciso IV, estabelece que, deparando-se com recurso que contenha questão que se repete em grande escala, relacionada a conflito de massa, deve o presidente ou vice-presidente selecioná-lo, como representativo da controvérsia, enviando-o ao competente tribunal superior, nos termos do art. 1.036, §§ 1º e 6º, do CPC. Verifica-se que a atividade do presidente ou vice-presidente consiste em é a de dar início ao procedimento de elaboração de uma decisão condutora de jurisprudência uniforme.⁵²⁴

Acrescente-se, ainda, que esse rol não é exaustivo, taxativo, porque não há nenhum impedimento normativo para que outra norma nacional possa prever eficácia vinculante. Outras normas podem prever eficácia vinculante para outros precedentes, como, por exemplo, a decisão do STF sobre inexistência de repercussão geral, que tem força vinculante em decorrência do § 8º do art. 1.032 do

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos. BRASIL, **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 abr 2020.

⁵²³ Art. 932. Incumbe ao relator: [...] IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; VI - decidir o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado Originariamente perante o tribunal; VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso; VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal. BRASIL, **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 abr 2020.

⁵²⁴ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord) **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 182.

CPC de 2015.⁵²⁵

Também o Enunciado n. 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁵²⁶ traz a previsão expressa do presente vinculante quando sumula que “o Precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.”

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de magistrados-ENFAM em parceria com o STJ estabeleceram o que chamaram de “*Corpus 927*”⁵²⁷, como uma importante ferramenta de pesquisa que, segundo informações prestadas por ela própria, pretende: “Reunir as decisões vinculantes, os enunciados e as orientações de que trata o art. 927 do CPC; Centralizar as jurisprudências do STF e do STJ; exhibir posicionamentos similares, no intuito de identificar correntes jurisprudenciais”.

Por último, a Resolução n. 235/2016⁵²⁸ do CNJ cria o Banco Nacional de Dados de Casos Repetitivos e de Incidentes de Assunção de Competência e determina que os Tribunais organizem, como unidade permanente, o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – Nugep, e estabelece abertamente a obrigatoriedade dos Precedentes.

Assim sendo, não há como pensar que o esforço legislativo não foi para implementar no art. 927 do CPC de 2015 um rol de Precedentes vinculantes, tanto que, conta Camargo, que durante a tramitação do Projeto foi retirada a locução “em princípio” contida no caput do referido dispositivo, justamente para não deixar dúvida quanto à eficácia vinculante dos Precedentes ali arrolados. A redação do caput do art. 927 ao dispor que “juízes e tribunais observarão” tem clareza semântica

⁵²⁵ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 526.

⁵²⁶ Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em:< <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em 14 abr 2020.

⁵²⁷ <http://corpus927.enfam.jus.br/> Acessado em: 20/04/2020.

⁵²⁸ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução número 235 (2016). Brasília, DF. Diário da Justiça, Distrito Federal, 14 jul. 2016. Disponível em:< https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_235_13072016_15072016144255.pdf> Acesso em: 20/04/2020.

insuperável, isso porque o verbo observar, nesse caso não tem o sentido de “olhar com atenção”, mas o de “cumprir” ou “respeitar”. Além do mais, o parágrafo primeiro da norma em comento, ao exigir o contraditório prévio e fundamentação específica na aplicação dos Precedentes, evidentemente, o faz por considera-los vinculantes. Do contrário, não faria sentido.⁵²⁹

Não obstante, nem todo Precedente é vinculante, mas apenas aqueles enumerados no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 e a obrigatoriedade se opera nos planos horizontais e verticais. Tanto assim que o art. 1.022, parágrafo único, do CPC, considera omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento repetitivo ou assunção de competência, desafiando embargos de declaração. Em síntese, o juiz deve cotejar o caso concreto com aqueles que deram origem à tese jurídica, para verificar se são análogos ou distintos. Se análogos, deve aplicar o Precedente vinculantes; senão, fica livre para decidir conforme o seu convencimento, podendo não aplicar a tese, se entendê-la inadequada, dada a distinção de situações. O juiz também poderá deixar de aplicar o Precedente vinculante quando verificar a superação.⁵³⁰

Esta é a leitura atual do Superior Tribunal de Justiça que pode ser coletada em pesquisa realizada a sua jurisprudência com registros de 2 (dois) resultados para sistema de Precedentes, 9 (nove) para art. 926 do CPC 2015, 0 (zero) para doutrina do Precedente, 12 (doze) para art. 927 do CPC de 2015 e 30 (trinta) acórdãos para Precedente obrigatório.⁵³¹

Portanto, em que pese a coexistência no sistema de Precedentes entre Precedentes obrigatórios e enunciativos, o estabelecimento de norma que impõe aos tribunais o dever de manterem sua jurisprudência estável e íntegra, bem como a observância dos Precedentes em geral por si estabelecidos e pelos tribunais

⁵²⁹ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 526.

⁵³⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil: execuções, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões**. Vol III. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. pg. 318 e 319.

⁵³¹ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>> Acesso em: 11 mai 2020.

superiores, acaba por criar ambiente que afasta o espaço para tergiversações ou vacilações de entendimentos⁵³², trazendo segurança jurídica e consigo eficiência. A condução do Direito coeso leva, inevitavelmente, à sua aplicação segura porque, em paráfrase à Dworkin, o Juiz Hércules necessita primeiramente conhecer muito bem o ordenamento jurídico para o seu mister e, para tanto, ao menos até aqui, não encontrou tarefa fácil com a volatilidade de entendimentos dos Tribunais Superiores, como é cediço.

Igualmente, a fragilidade do sistema de Precedentes poderá alijá-lo dos motivos determinantes de sua incorporação ao ordenamento jurídico, uma vez que a ruptura com as opções de *civil law* para transformação em híbrido teve por mote a segurança jurídica e a celeridade do judiciário - atolado em demandas repetitivas. Outro pensamento exigiria mais recursos humanos e financeiros para distribuição de uma justiça artesanal.

3.4. O sistema de Precedentes brasileiro condutor de segurança e celeridade

Os Estados democráticos do mundo se organizam em um modelo de separação de Poderes, em que as funções estatais de legislar, administrar e julgar são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes. Em que pese, Legislativo, Executivo e Judiciário exercem controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais. Assim, os três Poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário, essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal, em muito menos legítima a arrogância judicial.⁵³³

No Brasil dos últimos anos, o Poder Executivo, desfruta de inegável

⁵³² Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord) **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. Pg. 348.

⁵³³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433> > acessado em: 23 de fev de 2020.

popularidade. Salvo por questões ligadas ao uso excessivo de medidas provisórias e algumas poucas outras, é limitada a superposição entre Executivo e Judiciário. Não é assim no que toca ao Congresso Nacional, nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.⁵³⁴

Sobre o espectro da atuação judicial, duas ideias que merecem registro: a de capacidades institucionais que envolve a determinação de que o judiciário está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, uma vez que temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. A segunda ideia, de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados, recomenda, em certos casos, uma posição de cautela e deferência porque o juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde.⁵³⁵

Apesar da existência de afirmações de que os problemas jurídicos de insegurança advêm da interpretação judicial, deslocando o magistrado para o epicentro da problemática. A questão, parece, girar em torno da plurisignificância do

⁵³⁴BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em:< <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> acessado em: 23 de fev de 2020.

⁵³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em:< <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> acessado em: 23 de fev de 2020.

sistema jurídico brasileiro e não do magistrado, a medida que alguns querem decisões assertivas, secas, calcadas unicamente no sistema jurídico positivo, o império da lei maior é repleto de axiomas, categorias analíticas, sociais e garantistas, efetivados por um orçamento social limitado. Conjuguar essa miscelânea de intenções está longe de ser uma tarefa fácil e puramente silogística. Ademais, há muito se ultrapassou o conceito de Direito como expressão única da lei.

O Direito, portanto, resultante das normas que, por sua vez, emanam de diversas fontes como a lei, a Constituição, o costume, negócio jurídico, precedente judicial etc. A norma pode ser construída a partir de cada uma dessas fontes ou de mais de uma delas, todas elas passíveis de interpretação.⁵³⁶

Lamy ensina que a herança do sistema jurídico romano-germânico perderá parte significativa de sua força, pois o Brasil não será regrado apenas pela lei, mas também por preceitos jurisprudenciais. A guinada se alicerça em cunho ideológico-valorativo de interesse de todo o povo e não apenas aos interesses de Direito Processual. A interpretação do direito não pode se transformar em loteria para o jurisdicionado, fomentada pela imprevisibilidade dos entendimentos a provocar situações em que casos absolutamente iguais acabem por receber julgamentos de direito inteiramente diferentes.⁵³⁷

A ampliação da abrangência do efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade, a criação da súmula vinculante e agora o sistema de Precedentes são importantes instrumentos da uniformização de interpretação do Direito, visando, expressamente, eliminar a insegurança jurídica e a multiplicação de processos sobre questões idênticas, sem os quais não há possibilidade de se falar em segurança jurídica nem em tratamento isonômico dos cidadãos brasileiros. Além de se constituírem em poderosos instrumentos de agilização das demandas cujo desfecho cumpre seu objetivo de evitar a multiplicação de processos sobre questão idêntica.⁵³⁸

⁵³⁶ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord) **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. Pg. 297.

⁵³⁷ LAMY, Eduardo de Avelar. **Súmula Vinculante: um desafio**. Revista de Processo, vol. 120, fev / 2005. Revista dos Tribunais on line. 2005. pgs 07 e 09.

⁵³⁸ LAMY, Eduardo de Avelar, ROGRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. 6ª ed.

Então, a harmonização dos julgados é essencial para o Estado Democrático de Direito. Para tanto, o tratamento igualitário das situações fáticas similares com a mesma solução jurídica preserva o princípio da isonomia além da segurança, evitando longas e inúteis discussões a permitir que todos se comportem conforme o Direito. Como ensina a melhor doutrina, a uniformização de jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e de despesas) e à maior eficiência, afirma Neves.⁵³⁹

A integridade do Direito é virtude política a ser adotada pela comunidade e se expressa pela coerência principiológica, pela Constituição, leis e jurisprudência. Integridade significa dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do Direito um “jogo limpo” (*fairness* — que também quer dizer tratar todos os casos equanimemente).⁵⁴⁰ Como visto nos capítulos anteriores, o vórtice do Direito sempre girou, desde os primórdios, em torno da Segurança Jurídica e o que se quer para o Direito brasileiro nesse momento é uma conexão mandatória da lei e decisão judicial, as quais necessitam guardar unicidade institucional.

Até mesmo os doutrinadores que rejeitam o status vinculativo dos Precedentes, afirmam que o art. 927 do CPC de 2015 contempla uma aposta do legislador infraconstitucional, cuja tendência se observa desde as primeiras reformas estruturais pelas quais passou o CPC de com a “uniformização de jurisprudência”, no sentido de que, se as decisões proferidas pelos Tribunais forem acatadas pelos demais órgãos jurisdicionais, haverá redução sensível do número de processos e maior previsibilidade, maior segurança e tratamento isonômico entre os jurisdicionados. Justamente por isso, justifica o autor, é que importa extrair do Código de Processo Civil o máximo de eficácia do sistema proposto pelos seus arts.

ver. e atual. São Paulo: Gen Atlas. pg. 226.

⁵³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016. pg 1505.

⁵⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no Novo CPC**. Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc> > Acesso em: 22/04/2020.

926 a 928, independentemente de reconhecer a generalização do efeito vinculante, isto é, criando condições legítimas e aplicar adequadamente decisões proferidas em casos bem julgados anteriormente.⁵⁴¹

A incerteza jurisprudencial impede que as partes possam prever adequadamente o resultado de uma demanda em juízo, dificultando que cheguem a conclusões sobre o custo-benefício do processo judicial e também sobre o âmbito dentro do qual os termos do acordo extrajudicial pode variar.⁵⁴² Sem essa certeza, a vida fica mais cara, uma vez que as pessoas transportam o “risco jurídico” para a composição da precificação final dos bens de consumo, de modo que uma vez deflagrado o processo não se sabe o entendimento prevalente, até mesmo para questões não raras do cotidiano. Nesse cenário todos perdem, sociedade que sustenta estruturas cada vez mais complexas de Estado, partes que ficam ligadas ao litígio por tempo demasiado e perdem capital. Em suma, é bastante provável que a cultura de litigância parta do descompromisso com a estabilidade da jurisprudência.

Posner, em sua análise econômica do direito ressalta como bom efeito colateral do sistema de Precedentes um equilíbrio econômico à medida que os precedentes, como produto do processo judicial, são informativos às partes permitindo a avaliação prévia de estimativas sobre resultados prováveis de um julgamento. E, quando duas partes têm a mesma ideia sobre o resultado do julgamento, entrarão em acordo antecipadamente porque um julgamento é mais caro que um acordo. Assim, o Precedente leva, indubitavelmente, a uma queda dos índices de litígio.⁵⁴³

Em vista disso, a preservação da doutrina do Precedente com seus atributos de estabilidade (*stare decisis*) e obrigatoriedade são pontos inarredáveis,

⁵⁴¹ Bueno, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum e processos nos Tribunais e recursos**. Vol 2. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2019. pg. 556, 558 e 566.

⁵⁴² Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord) **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 433.

⁵⁴³ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pgs. 481 e 482.

sem os quais se permanecerá com o mesmo sistema de então de Precedentes meramente enunciativos. Parece até um pouco suicida a argumentação que defende que o magistrado tem o poder de interpretar, ponderar e até colmatar normas e ao mesmo tempo dizer que as decisões judiciais que já o fizeram não servem de nada. Defender o princípio da isonomia e não o Precedente. Advogar segurança jurídica, celeridade e eficiência e implodir o sistema de Precedentes nascente. Mais uma vez invocam-se as palavras de Cândido Dinamarco, de que qualquer reforma cultural do sistema exige também que os operadores do processo assumam posturas novas.⁵⁴⁴

As normas existem a partir da interpretação, a ponto de se poder dizer que o respeito ao princípio da legalidade significa na verdade respeito à interpretação conferida à lei pelos órgãos jurisdicionais. Então quem quer que esteja preocupado em saber qual seu espaço de liberdade de ação e quais efeitos jurídicos são ligados às suas opções socioeconômicas decorrentes do princípio da liberdade, preocupado em saber como deve fazer para aplicar o direito, não pode se virar para as questões da interpretação judicial do direito e dos precedentes daí oriundos. Essa é a razão pela qual o art. 926, CPC, refere que à estabilidade,⁵⁴⁵ que significa segurança jurídica.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. RePro, v. 247, set. 2015, p. 63-103. Apud Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord) **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 211.

⁵⁴⁵ “Daí que seria necessário particularizar no art. 926, CPC, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm o dever de dar unidade ao direito. A partir da existência de precedentes constitucionais e de precedentes federais, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça têm o dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes. Isso porque as Cortes de Justiça e os Juízes de primeiro grau são responsáveis por fomentar o debate a respeito de quais são as melhores opções interpretativas para os desacordos inerentes à interpretação do direito: tolher esse debate, não deixando espaços para que vingue, serve apenas para obtenção de uma solução para os problemas jurídicos - não necessariamente para obtenção da solução melhor ou mais amadurecida pelo diálogo e pela experiência judiciária. Em outras palavras: não necessariamente uma solução amadurecida democraticamente pelo diálogo institucional no e do Poder Judiciário. Devidamente distinguidas as funções das Cortes Supremas das Cortes de Justiça, deixando-se de lado o uso genérico do termo tribunais, fica fácil perceber que a função dessas Cortes de modo nenhum pode ser identificada com a de uniformização. E isso porque a uniformização pressupõe justamente tornar uniforme algo que a princípio não o é, o que exige atar a tarefa dessas Cortes à finalidade de controle de casos.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pg. 1003.

⁵⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de**

A previsão do sistema de Precedentes é oportuna e necessária, para dar mais segurança jurídica e isonomia à produção judicial, constituindo, ainda, um importante remédio para mitigar o problema das ações repetitivas que assoberbam a máquina judiciária.⁵⁴⁷ Porém, sua eficácia dependerá de sua força, questão altamente discutida na doutrina dos que não se conformam com a mudança de eixo como ferramenta de dissuasão da crise de morosidade e insegurança que assola todo o sistema jurídico e com ele arrasta a vida e o planejamento das pessoas físicas e jurídicas.

Ao argumento da perda da independência e liberdade do magistrado⁵⁴⁸ no sistema de Precedentes, Lamy explica ser necessário o entendimento de que a liberdade judicial, cuja intensidade é mais significativa no Brasil do que em qualquer outro país do mundo, não pode mais contribuir para o problema causado pela demora da prestação jurisdicional, especialmente porque a maior parte das questões trazidas ao Poder Judiciário são causas repetitivas, em que a problemática jurídica é exatamente a mesma.⁵⁴⁹

Não que os fins justifiquem os meios, mas a bastante pisada modificação do papel do juiz no sistema jurídico constitucional, ultrapassando a função departamental de boca de lei; o sentido de Direito para além do texto positivo, são vetores suficientes para sustentar a mudança, com integridade. O que se pretende, portanto, é sistematizar e ordenar o que já existe, conferindo valor, uniformidade e obrigatoriedade.

Processo Civil Comentado. 3ª ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pg. 1002.

⁵⁴⁷ Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord). **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 520.

⁵⁴⁸ "A sociedade tende a criticar a adoção da súmula vinculante. Explica-se. A figura do juiz, no imaginário coletivo, se assemelha à figura paterna, pois o julgador decide, aos olhos da sociedade, o que é justo e o que é injusto, o que se pode e o que não se pode fazer, nas mais diversas lides que lhe são submetidas. A interpretação da figura paterna, especialmente pelos estudos de Sigmund Freud, nos indica, desde a infância, a distinção entre o que é certo e o que é errado, entre o que se pode e o que não se pode fazer: a noção de limites. Ora, considerada tal semelhança, como poderia o pai perder o poder de dizer o que está certo e o que está errado em algumas situações "sumuladas"?" LAMY, Eduardo de Avelar. **Súmula Vinculante: um desafio.** Revista de Processo, vol. 120, fev / 2005. Revista dos Tribunais on line. 2005. pg. 10.

⁵⁴⁹ LAMY, Eduardo de Avelar. **Súmula Vinculante: um desafio.** Revista de Processo, vol. 120, fev / 2005. Revista dos Tribunais on line. 2005. pg. 10.

O Precedente, apesar de causar importante impacto no mundo jurídico, já fez até mesmo parte do sistema romano original, foi abandonado na releitura francesa e retomado no movimento constitucionalista. No Brasil, por império da celeridade e segurança foi expressamente previsto na EC 45/2004 da súmula vinculante, após em 2006 com a súmula impeditiva de recurso e atualmente no Código de Processo Civil de 2015, quanto, enfim, se consolida como fonte formal do direito ao lado da lei, numa simbiose de diálogo sistêmico complementar em que o Precedente observa, necessária e obrigatoriamente, a lei.

Para a continuidade evolutiva do Direito, tendo em conta a necessidade de desenvolver-se a fim de manter-se sempre fiel à necessidade de sua congruência social e coerência sistêmica⁵⁵⁰, em contraponto aos que dizem que o sistema de Precedentes fossilizará o Direito, a sua revisão é vastamente teorizada e praticada na *common law* pelo instituto da *overruling*, quando, então, se observa que o Precedente é anacrônico ou insustentável, e de maneira fundamentada, sobretudo em razão dos efeitos a ensejar, se supera o Precedente.⁵⁵¹ Já a distinção (*distinguishing*⁵⁵²) foi retirada do projeto de lei⁵⁵³, o que não impede a sua utilização pelo diálogo de influências do sistema de Precedentes americano.

Antes mesmo do art. 927, o art. 489, § 1º, VI do NCPC previu a *overruling*, quando diz que “O juiz deve justificar o motivo pelo qual não aplica ou aplica um Precedente de Corte Suprema”. A justificativa, como anotam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, se dá pela simples circunstância de o juiz não estar mais - como se imaginou a época do Estado legislativo - submetido apenas à lei. Todo e qualquer

⁵⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pg. 1005.

⁵⁵¹ ALVIM, E. A.; LEITE, G. S.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e Jurisprudência No Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo, 2018. Id 1. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627121>>.

⁵⁵² Para Neves a regra da distinção deve ser calcar-se no dispositivo do projeto de lei que não veio a se incorporar ao CPC de 2015, com duas causas que levariam à não aplicação do precedente no caso concreto, quais sejam: se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa. A distinção das circunstâncias fáticas deveria ser analisada com cuidado porque vinculação dos precedentes não exigia identidade de fatos e sim a identidade da situação fática. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016. pg 1519.

⁵⁵³ “Registre-se que no § 5.º do art. 521 do Projeto de lei de Novo CPC aprovado na Câmara estava regulamentado o *distinguishing*”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016. pg 1519.

juiz é submetido ao Direito, inclusive àquele proclamado pelas Cortes Supremas, que, no atual estágio de evolução da teoria da interpretação, tem a função de definir o sentido do Direito, desenvolvendo-o de acordo com as necessidades sociais, num espécie de "última palavra" imprescindível para um Estado em que o Judiciário ocupou um espaço que lhe permite colaborar para a frutificação do direito.⁵⁵⁴

Reafirmando o compromisso do sistema dos Precedentes com a segurança jurídica, caberá, inclusive, uma espécie de antecipação de tutela da superação do Precedente (*anticipatory overruling*).⁵⁵⁵⁵⁵⁶

Outra vicissitude que pode ocorrer é que a revogação Precedente pode ser parcial. Nesses casos, para a sua alteração parcial (*overturning*) alça-se mão das figuras da transformação (*transformation*) e da reescrita (*overriding*), modalidades de técnicas *overruling* de superação parcial do Precedente. Há transformação quando a Corte, sem negar formalmente o precedente, isto é, sem admitir que cometeu equívoco na solução do caso anterior, reconfigura-o parcialmente, tomando em consideração aspectos fático-jurídicos não tidos por relevantes na decisão do caso ou da questão jurídica anterior. No mais das vezes, porém, a transformação equipara-se substancialmente à revogação total do Precedente, com a única diferença de que com ele a Corte não anuncia expressamente a revogação. A reescrita funciona como redefinição constritiva do âmbito de incidência do Precedente. O Precedente é reescrito com o fim de restringir o seu âmbito de aplicação. A partir da reescrita algo que não foi considerado no precedente anterior é sopesado e aí o seu alcance é comprimido.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016, pg 18.

⁵⁵⁵ "Como muitas vezes é demorado o processo de superação do precedente, é possível que o tribunal adote a técnica conhecida no direito norte-americano como signaling, ou seja, o tribunal sinaliza aos jurisdicionados que poderá modificar seu entendimento, sem, entretanto, fazê-lo, ou mesmo se vinculando a tal sinalização, já que ela somente demonstra uma possibilidade de futura superação, que poderá nem vir a ocorrer. A partir da adoção dessa técnica os tribunais inferiores terão fundamento mais seguro para se valerem do *anticipatory overruling*. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016, pg 1521.

⁵⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016, pg 1520.

⁵⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pg.

Para conformar a sociedade que se portou de determinada maneira confiando no entendimento consolidado pelo Poder Judiciário, a mudança de entendimento (*overruling*) veio acompanhada da possibilidade de modulação⁵⁵⁸ de seus efeitos no § 3º do art. 927, sob o pálio do interesse social e da segurança jurídica, consagrando no direito pátrio a possibilidade de *prospective overruling*. O tribunal poderá dimensionar temporalmente o alcance da quebra da confiança no Precedente e pela modulação limitar os problemas advindos pela superação para aqueles sujeitos que se portaram no sentido superado.⁵⁵⁹

A possibilidade de superação dos Precedentes coloca em evidência a necessidade de proteção da confiança daqueles que o tinham em consideração para fazer as suas escolhas socioeconômicas e da manutenção da igualdade de todos perante a ordem jurídica. A mudança do Precedente não pode causar surpresa injusta. Por isso, como forma de incrementar o respeito à segurança jurídica, a alteração do Precedente deve ser sinalizada (*signaling*) pela Corte para indicar aos interessados a possibilidade de mudança do entendimento judicial. Pela sinalização, a Corte não distingue nem revoga o Precedente no todo ou em parte, mas manifesta sua preocupação com a justiça da solução nele expressa. Essa é uma das maneiras pelas quais se busca evitar a traição da confiança do jurisdicionado nos Precedentes judiciais.⁵⁶⁰

O dever de coerência, previsto no art. 926 do CPC de 2015, que impôs o dever de autorreferência ao Poder Judiciário - dever de diálogo com Precedentes anteriores, até mesmo para superá-los ou para fazer a adequada distinção. Então, se a decisão não segue o precedente sem fazer qualquer distinção, irá conter uma

1006.

⁵⁵⁸ “Já é tradicional no sistema processual pátrio a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999. Segundo o Supremo Tribunal Federal a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade se presta a preservar relevantes princípios constitucionais, revestidos de superlativa importância sistêmica (STF, Tribunal Pleno, ADI 2.797 ED/DF, rei. Min. Menezes Direito, rei. p/ acórdão Min. Ayres Britto, j. 16.5.2012, DJe28.2.2013), sendo tal entendimento também aplicável à superação ora analisada”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016, pg 1523.

⁵⁵⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016, pgs 1522 e 1523.

⁵⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Pg. 1006.

manifesta violação à norma jurídica, desafiando Ação Rescisória, nos termos do inciso V do art. 966.⁵⁶¹⁵⁶²

Isso acontece por que a partir do momento em que o Precedente passa a ser obrigatório, cria-se uma expectativa de comportamento na sociedade, que confiante no entendimento consolidado passam a pautar sua conduta no plano material da forma como entende adequada os tribunais. Cria-se, dessa forma, uma previsibilidade de conduta conforme a interpretação da lei consolidada pelos tribunais em seus precedentes, gerada pela expectativa legítima de que o Poder Judiciário continuará a decidir conforme suas decisões prévias.⁵⁶³

A adoção do sistema de Precedentes é condutora de maior afastamento da discricionariedade judicial porque o processo de identificação e aplicação do precedente dependente da interpretação do material constante da decisão para identificação da *ratio decidendi*, bem como da necessária incidência do contraditório - razão pela qual por vezes se diz que o Precedente é de certo modo formado pelos seus destinatários. Restando claro a sua existência imprescinde da atividade hermenêutica do órgão judicial, após o contraditório. Ademais, pesa sobre a decisão o dever de fundamentação analítica (arts. 93, IX, CF, e 489, § 1º do CPC de 2015). Essas práticas são essenciais para evitar o risco de o sistema de precedentes se desvairem um sistema de padronização voltado à transformação do juiz em uma espécie de reproduzidor de decisões anteriores que não guardam qualquer relação com o caso concreto.⁵⁶⁴

Por outro lado, o sistema de Precedentes se mostra importante instrumento democrático, uma vez que não é novidade para ninguém que os efeitos

⁵⁶¹ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...]V - violar manifestamente norma jurídica; BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil do Brasil**. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Distrito Federal, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 abr 2020.

⁵⁶² Bueno, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias (Coord) **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pg. 300.

⁵⁶³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016, pg 1522.

⁵⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pg. 1004.

das decisões judiciais podem, em diferentes graus, afetar terceiros e que, por isso mesmo, esses terceiros poderão, consoante o caso, intervir no processo alheio como *amicus curiae* por exemplo, quando a compreensão do fenômeno jurídico passa, então, a levar em consideração fatores que não são somente os tradicionalmente jurídicos de conhecimento e, de forma mais ampla, portavoz das diversas vozes plurais que caracterizam a sociedade brasileira e do próprio Estado na sua compreensão atual, aproximando o juiz da sociedade.⁵⁶⁵

Assim, observa-se não haver mais razão para olvidar-se a importância que, mesmo para um sistema de raiz no *civil law* como o brasileiro, a força dos julgados, sobretudo dos tribunais superiores, mas também dos tribunais de segundo grau de jurisdição, assumirão. E até, em alguns casos, o caráter vinculante daquelas decisões.⁵⁶⁶

Na leitura do italiano Criscuoli feita por Brandão, a orientação prevalente sobre a doutrina do Precedente é de que a função judiciária está em um plano intermediário. O juiz não se reduz a atividades meramente declaratórias, uma vez que não se limitam a um direito preexistente e pronto, vai além, atualizando o Direito com a sua decisão que tem efeito de lei para o futuro, entretanto ciente de que sua atividade é pouco menor que a legislativa, já que os Precedentes formados devem se submeter à força normativa do texto positivo.⁵⁶⁷

Para a doutrina dos Precedentes brasileiros, os precedentes são subordinados à legislação. O princípio da legalidade constitucional é um limite à sua aplicação, os quais somente podem contrariar a lei quando a decisão a afastar, em seis casos, a saber: 1, quando a lei for inconstitucional; 2, pelo critério de resolução

⁵⁶⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro - Um terceiro enigmático.** 3ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171633/> 2019. pg. 71.

⁵⁶⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro - Um terceiro enigmático.** 3ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171633/> 2019. pg. 70 e 71.

⁵⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz; BRANDÃO, Paulo de Tarso, OLIVIEIRO, Maurizio, CRUZ, Paulo Márcio, CASTRO Jr, Osvaldo Agripino de, SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de, CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart, PINHEIRO, Denise, PILATI, José Isaac, SANTOS, Adécio Machado dos, DIAS, Bruno Smolarek, VEIGA Jr, Celso Leal da, MARDEGAN, Herick, GUIMARÃES, Isaac Sabbá, GONÇALVES, Sandra Krieger, ZANON Jr, Orlando Luiz, SANTO, Davi do Espírito, PASOLD, Cesar. **Reflexões sobre a Teoria da Constituição e do Estado.** Florianópolis: Insular. 2013. pg. 55.

de antinomias; 3, pela interpretação conforme à Constituição; 4, pela nulidade parcial sem redução de texto; 5, pela declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; 6, quando uma regra ceder a um princípio constitucional. Assim, o papel dos juízes e tribunais é, muitas vezes, o de reconstruir o paradigma jurídico para o caso propriamente dito, a partir do direito legislado e, sobretudo, da Constituição, interpretando/aplicando o direito⁵⁶⁸.

A valorização do Precedente do Código de Ritos fará com que os juízes que atuam no 1º grau de jurisdição e os tribunais possam, exemplificativamente, julgar liminarmente improcedente o pedido, com fundamento no art. 332, quando contrário a enunciado de súmula e acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos dos Tribunais Superiores; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ou enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local.⁵⁶⁹

A submissão de casos similares à apreciação judicial fará com que o Precedente se consolide, ganhando o Direito maior segurança jurídica; o jurisdicionado garantia de isonomia e autonomia pré-processual já que poderá antever o resultado do processo para evitá-lo com um acordo ou até mesmo pedagogicamente; o sistema processual agilidade e o Estado maior economia de custos.

Portanto, com sistematização dos Precedentes, nas palavras de Streck, adquirir-se-á coerência ao ordenamento jurídico, na medida em que os casos semelhantes serão tratados com isonomia, porque a coerência salvaguarda igualdade e o “jogo limpo”, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito pensada através da força normativa central da Constituição Federal que ao irradiar-se paras os demais conjuntos de leis forma um todo moralmente coerente. Além do que a integridade impõe aos juízes que construam decisões integradas, garantindo, ainda, o jurisdicionado de arbitrariedade interpretativas ou decisionismo,

⁵⁶⁸ STRECK, Luiz, Luiz. **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil : coerência e integridade.** [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600113/>. pg. 148.

⁵⁶⁹ FILHO, Misael Montenegro. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2018. pg. 692.

ou seja, por mais que o julgador desgoste da solução legislativa e da interpretação possível, não poderá quebrar a integridade do Direito. Tudo um dever de *accountability* em relação ao princípio da motivação Constitucional, art. 93, IX.⁵⁷⁰

No art. 489, § 1º o CPC de 2015, em cumprimento ao dever de fundamentação, manifesta particular preocupação com decisões judiciais que se limitem, dentre outras situações, a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e quando deixam de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção ou a superação do entendimento, no art. 489, § 1º⁵⁷¹ positivando evidente mecanismo de contrário ao engessamento e à anti-dialecticidade judiciais em nome dos Precedentes.

Quanto à sede de celeridade, não olvidemos das lições de Carnelluti de que cada um dos litigantes no processo civil acredita ter razão ou deseja sagrar-se vencedor, ainda que não mereça. Para tanto, lança mão até da prática de emaranhar papéis, além de dificilmente ter limites na proposição de suas demandas, na exposição de suas razões, na exibição de suas provas ou na apresentação das suas reclamações, queixando-se frequentemente de que a justiça não é rápida, apesar de negligenciarem um simples exame de consciência de que a culpa da lentidão da justiça pesa, em grande parte, sobre os próprios ombros⁵⁷².

Porém, sem descurar de que a sociedade de *high speed*, fenômeno muito ligado ao tempo atual da era do consumo e da tecnologia, com a sedutora ideia de um Estado célere de respostas instantâneas, entretanto nem sempre possível em termos de velocidade. Isso porque a velocidade na esfera privada é uma e na pública outra porque embalada em regras e princípios protetivos do cidadão. A velocidade, de modo claro, trata-se de poder e de meio intimamente ligado à economia e de mágica solução aos males sociais. Trazendo-a para o processo e

⁵⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no Novo CPC**. Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc> > Acesso em: 22/04/2020.

⁵⁷¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento** vol I. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. pgs. 74 e 75.

⁵⁷² CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. Campinas, 2015. pgs. 29/30.

muitas vezes propalada como a saída para a crise de morosidade a situação fica um pouco mais problemática dadas as garantias do devido processo legal que não podem ser sacrificadas.⁵⁷³

A alta velocidade então, é incompatível com algumas funções de Estado, dentre elas a que objetiva o presente estudo, o poder jurisdicional, porquanto a instantaneidade exigida nos mercados para transações comerciais, com interesses privados calcados no lucro em muito se distancia do jurisdicional que não pode dispor do direito das partes de acesso à justiça com *due processo of law* em tempo razoável. O trâmite processual possui um custo temporal incompatível com a lógica da velocidade mercadológica, o que não significa ineficiência nem um salvo-conduto à morosidade.

É necessário que se entenda que a demora processual poderá ocorrer em razão da complexidade da demanda, não se podendo, então, falar em desrespeito ao direito à prestação jurisdicional em um prazo razoável. Essa demora, para ferir a garantia constitucional deve decorrer de inércia ou omissão do órgão jurisdicional.⁵⁷⁴

A aplicação de Precedentes implicará em um papel nada autômato do juiz, advertem Marinoni, Arenhart e Mitidiero. Posto que o que vincula nas decisões capazes de gerar precedentes são as razões constantes da sua justificação. Para tanto, o julgador deve se valer da interpretação do significado do caso e das razões empregadas para sua solução, o que exige sensibilidade e atenção às particularidades dos casos, elementos necessários no sofisticado processos de apreensão e universalização de razões e comparação entre casos,⁵⁷⁵ operação de complexidade racional a exigir tempo.

Portanto, especificamente no Direito, o que se tem atualmente é um Código Processual que conferiu extraordinária importância à jurisprudência como

⁵⁷³ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar; DA ROSA, Alexandre de Moraes. **O Processo Eficiente na Lógica Econômica: Desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. pgs 25 e 26.

⁵⁷⁴ LAMY, Eduardo de Avelar, ROGRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. 6ª ed. ver. e atual. São Paulo: Gen Atlas. pg. 224.

⁵⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pg. 1003.

instrumento de segurança jurídica e de enfrentamento às demandas repetidas, quando determina que os tribunais a uniformizem, mantenham-na estável, íntegra e coerente. Editando enunciados de súmulas para universalizar o seu acesso. Já que o legislador manifestou entendimento de que a proliferação de decisões judiciais divergentes sobre a mesma questão de Direito pode prejudicar a isonomia e a segurança jurídicas, tendo, desta feita, reformado o sistema jurídico brasileiro em sua configuração originária de puramente romano-germânico para híbrido, com sistema de Precedentes subordinados à lei.

Como se viu, sob suportes axiológicos claros, o sistema de Precedentes alicerçado no princípio da igualdade, segurança jurídica, motivação das decisões e contraditório, é introduzido no sistema jurídico brasileiro como fato jurídico que promove a criação do Direito, assentado que está em uma norma surgida em caso concreto, com aptidão a universalizar-se.⁵⁷⁶

O Precedente como produto do processo de decisão judicial reflete à sociedade o que se espera do Poder Jurisdicional, decisões coerentes com a realidade e amarradas em unicidade orgânica, condutivos de segurança jurídica e consequente eficiência no manejo dos instrumentos processuais disponíveis para o enfrentamento de demandas de massa. Em outras palavras, o Precedente levará logicamente a uma queda dos índices de litígio porque permite, às partes a avaliação prévia sobre resultados prováveis de um julgamento, quando não o impedem, permitem a aplicação do Direito com isonomia e, portanto, no atingimento da finalidade última da Justiça com a pacificação social.

O disposto no art. 926 do CPC de 2015 adotando a doutrina do *stares decisis*, para o respeito ao já decidido, impõe o dever de não violação ao já estabelecido, conferindo confiabilidade, segurança ao sistema jurídico e velocidade. Em decorrência, a própria lei exige do Poder Judiciário uniformização e coerência, autorizando o manejo de forte instrumento reclamatório para o caso de desobediência ao Precedente em seu art. 988.

⁵⁷⁶ PRITSCH, Cesar Zucatti, JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques, MARANHÃO, Ney. **O sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015: a superação do positivismo jurídico para a garantia de estabilidade e isonomia nas decisões judiciais.** Revista de Processo. v. 303, maio/2020. Revista dos Tribunais on line. 2020. pg. 11.

O Professor Zanon Jr ensina que a cristalização de entendimentos jurisprudenciais tende a diminuir a litigiosidade, a medida que torna evidente para os contendentes a solução para determinada modalidade de questionamento fático, todavia, adverte, que tal redução dependerá da força coercitiva que a própria jurisdição conferirá aos seus julgados, o contrário exigirá mais recursos humanos e econômicos para a realização de uma justiça que resolve pontualmente cada problema, restaurando a forma simples Estado.⁵⁷⁷

Entretanto, é importante questionar o quanto o novo modelo de Precedentes nos ligará à modernização dos índices pretendidos? A resposta não é outra senão a da força vinculante dos precedentes, sem a qual talvez não haja avanço significativo. Permanecer-se-á com o mesmo direito jurisprudencial difuso e desconexo, fonte de insegurança e aventuras jurídicas. Será necessário maior avanço tecnológico, assim como a valorização de fatores subjetivos e o estímulo à padronização institucional? Acredita-se que sim, também, mas essas variáveis devem ser objeto de estudos direcionados.

No entanto, conclui-se com facilidade que como aliados do sistema de Precedentes, a unicização do Poder Judiciário através da direção e do estabelecimento de políticas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, corolário do princípio constitucional da eficiência administrativa; a adoção de novas tecnologias dentre elas o do processo digital e da inteligência artificial, a constante capacitação de magistrados e servidores em um cenário de mudança de paradigma no sistema jurídico, são forças motrizes importantes e nunca antes congregadas para o combate à ineficiência temporal.

Receptáculo dos conflitos sociais, o poder Judiciário deve se manter vigilante, não vendado para os acontecimentos, arranjos, interesses e avanços humanos. Como na física óptica, refletindo à sociedade o que dele se espera, decisões coerentes com a realidade e amarradas em unicidade orgânica, condutivos de segurança jurídica e consequente eficiência no manejo dos instrumentos

⁵⁷⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2019. pg. 167, 168 e 169.

processuais disponíveis para o enfrentamento de demandas de massa. Para tanto, não se vê outro caminho que não seja a força vinculante da doutrina do Precedente irradiada para todo o ordenamento jurídico, além do controle concentrado de constitucionalidade, súmula vinculante e impeditiva de recursos precursores do Código de Processo Civil de 2015.

Então, o processo civil deve continuar e, para isso, deve ultrapassar a força de arrasto em meio a um sem número de dificuldade que retardam a sua marcha, agravam-lhe o custo e, muitas vezes, comprometem o seu resultado, ainda que as partes lancem a culpa da lentidão do processo sobre os demais sujeitos, esquecendo-se com facilidade das próprias responsabilidades quanto à celeridade⁵⁷⁸.

⁵⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. Campinas, 2015. pgs. 30/31

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na dissertação, em busca de responder o problema de pesquisa motivador, confirmaram-se as hipóteses eleitas, na medida em que se constatou que o fenômeno da alta taxa de judicialização de conflitos exige precisão e objetiva definição dos conhecimentos estrategicamente técnicos processuais para tal, sem descurar do sentido político que o Direito contempla atualmente para a sociedade.

O primeiro capítulo tratou da análise dos dados de demandas no Poder Judiciário nacional, a partir da base Justiça em Números 2019 do Conselho Nacional de Justiça⁵⁷⁹, abordando principalmente a taxa de demandas, produtividade e de congestionamento processual, com especial atenção para ações de acesso à justiça e duração razoável do processo e segurança jurídica.

Pode-se apurar que o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, com freio numérico pela primeira vez registrado desde o início das aferições em 2009 de quase um milhão de processos, em sua maioria creditados à Reforma Trabalhista, responsável pelo decréscimo de 861 mil novos casos, os demais creditados à produtividade crescente dos demais Tribunais que chegou ao índice de 113%.

Percebeu-se com clareza que a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo⁵⁸⁰, com destaque para o caso brasileiro pela extensão e volume de demandas judiciais, associadas à Constituição, à realidade política e às

⁵⁷⁹ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acessado em: 02/01/2020.

⁵⁸⁰ No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.” BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em:< <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em: 23 de fev de 2020.

competências dos Poderes, constitui uma das fortes causas da judicialização dos mais variados aspectos da vida.⁵⁸¹

A redemocratização do país, que teve seu cume na promulgação da Constituição de 1988, constituiu a grande causa política para a alta da judicialização. A recuperação das garantias da magistratura conduziu o Judiciário a deixar de ser um departamento técnico-especializado e se transformar em um verdadeiro poder político, por estas razões, algumas questões de grande importância política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário. Posteriormente, como segunda grande causa da alta judicialização, tem-se a característica analítica do texto Constitucional, que abarca uma miríade de situações a ponto de constitucionalizada matérias políticas. A última grande causa, consiste no abrangente controle de constitucionalidade.⁵⁸²

O contato com a judicialização da vida trouxe o efeito colateral do peso da morosidade jurisdicional nacional. Com estruturas inaptas a receber volumosas demandas decorrentes das novas necessidades sociais, fruto da Constituição Federal de 1988. O Poder Judiciário, incauto, não foi providente e não efetuou as reformas necessárias ao novo tempo. Assim, foi invadido por um grande número de litigantes que desafiou suas estruturas de dizer o direito em tempo razoável, levando-o ao desonroso adjetivo de moroso e ineficiente, por não dar as respostas em tempo.

Viu-se que as mazelas atribuídas ao sistema processual, como a demora procedimental, o alto custo, a formalidade excessiva, a baixa eficiência e o arraigamento de práticas, recebeu sedutores argumentos que deslocaram a finalidade do processo e justificaram soluções miraculosas, por meio de alteração legislativa ou de heroísmo do juiz, culminando em mais insegurança jurídica. Para aplacar as altas taxas de judicialização demonstradas, credits ao novo momento do pensamento filosófico jurídico, à redemocratização e acesso à justiça, reformas

⁵⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433> > Acesso em: 23 de fev de 2020.

⁵⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433> > Acesso em: 23 de fev de 2020.

processuais e até mesmo no Poder Judiciário foram operadas, no afã de solucionar as crises de morosidade e segurança jurídicas instaladas.

Por sua vez, o segundo capítulo analisou especificamente os sistemas jurídicos civil e *common law*, suas características, fontes jurídicas, conversões e afastamentos. Observadas as distinções entre os sistemas jurídicos de família romano-germânica e anglo-saxônica, traçou-se os elementos do atual sistema jurídico brasileiro, a partir da Teoria Complexa do Direito do Professor Orlando Luiz Zanon Junior, para concluir-se pelo modelo híbrido, em que se congrega um diálogo de complementariedade entre a lei e a decisão judicial na revelação da norma jurídica.

Isso porque, a necessidade de renovação processual se tornou urgente no Brasil com a explosão de acesso à justiça proveniente da redemocratização, a Constituição de 1988 e a impossibilidade de vazão pelo Poder Judiciário. Além disso, o mundo se modernizou e com ele a sociedade de massa e a expansão dos mercados mundiais, obrigando à análise do impacto na agilidade decisória que passa a refletir extraterritorialmente. A era virtual e a consequente conectividade global estende o alcance e a importância dos níveis de motivação departamental, ou seja, as decisões tomadas no Brasil afetam brasileiros e não brasileiros e logo serão cotejadas e confrontadas.

Para dar solução, desde o início da década de 1994 até 2006, operaram-se minirreformas processuais, pautadas na garantia de maior efetividade e segurança jurídicas. Com destaque, a Emenda Constitucional número 45/2004 deu o primeiro passo em direção à intersecção entre os sistemas civil e *common law* no direito brasileiro, com a criação da súmula vinculante, instituto próximo à *stare decisis* devido à sua estabilização e quórum qualificado para aprovação e modificação. Causando estranhamento e até perplexidade para muitos, a súmula vinculante mostra-se instrumento contundente de controle judicial de legalidade e também interpretação, obrigando a todos, sejam poderes, administração, demais órgãos da justiça e cidadãos.

Essas reformas objetivaram, basicamente, modernizar a atuação do Poder Judiciário através de uma atuação mais rápida e efetiva na prestação

jurisdicional adequada. Para tanto, notadamente com a criação do Conselho Nacional de Justiça, capaz de criar o modelo de Judiciário que se deseja e de municiá-lo de alternativas para ficar a política judiciária a ser adotada.

Em uma mudança de paradigma, o legislador processual civil brasileiro abandona a solução do *civil law*, que enxerga na lei a segurança jurídica necessária ao Direito, e passa a adotar preceitos ligados à *common law* e realiza no ordenamento jurídico brasileiro uma revolução ao adotar Precedentes alicerçados na *stare decisis*, com ele pretendendo dar integridade e coerência ao Direito, elementos indissociáveis da perseguida segurança jurídica. Com ela, otimização dos trabalhos com a aplicação padronizada da jurisprudência estabilizada a casos semelhantes, além do desencorajamento de lides temerárias pela obrigatoriedade dos Precedentes.

Adiante, no capítulo três, percebeu-se a existência de um diálogo de influências do sistema americano de Precedentes para o brasileiro, além do decorrente da sua própria inserção ao sistema jurídico pátrio, transformando-o em híbrido, nos termos da Teoria Complexa do Direito do Professor Orlando Luiz Zanon Junior, com a especial característica de transformar a decisão judicial em fonte de direito que dialoga em complementariedade sistêmica com a lei. Após, estudou-se o sistema de Precedentes e sua problemática calcada no deslocamento de eixo da lei para a decisão, problemas de hermenêutica e discricionariedade judiciais, quando, então, passou-se às vantagens decorrentes do sistema de Precedentes inaugurado com o Código de Processo Civil de 2015, sem olvidar o dissídio sobre a sua força vinculante.

Evidenciou-se, então, o efeito benéfico decorrente da unicidade do direito jurisprudencial como condutor de segurança jurídica e instrumento de enfrentamento de demandas repetitivas disposto no art. 926 do CPC de 2015, que encampa a doutrina da *stare decisis*, para o respeito ao já decidido, impondo o dever de não violação ao já estabelecido, conferindo confiabilidade e segurança ao sistema jurídico. Em decorrência, a própria lei cobra do Poder Judiciário uniformização da jurisprudência e a sua manutenção estável, íntegra e coerente.

O prestígio do sistema de Precedentes brasileiros está na sua subordinação à legislação, sendo o princípio da legalidade constitucional o limite à sua aplicação. O desenvolvimento contínuo da distinta forma de atuação processual, denominada doutrina do Precedente, calcada em premissas objetivas de estabilidade do Direito e consequentemente segurança jurídica, institucional e social, auxiliará na preparação e composição das variáveis necessárias para a construção da sociedade e do judiciário modernos.

Não obstante, a doutrina não é assente acerca da força vinculante dos Precedentes. Para parcela minoritária o art. 927 do CPC de 2015 cria tão somente um dever ao órgão jurisdicional de levar em consideração, em suas decisões, os precedentes e enunciados sumulares lá previstos. Chamam-no de Precedente persuasivo.

Entretanto, apesar de nem todo precedente ser vinculante segundo a maioria dos doutrinadores e do STJ, mas apenas aqueles enumerados no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, a obrigatoriedade dos vinculantes se opera nos planos horizontais e verticais. Assim, ao analisar o caso concreto, o juiz deve cotejá-lo com aqueles que deram origem à tese jurídica, para verificar se são análogos ou distintos. Se análogos, deve aplicar o precedente vinculantes; senão, fica livre para decidir conforme o seu convencimento, podendo não aplicar a tese, se entendê-la inadequada, dada a distinção de situações. O juiz também poderá deixar de aplicar o precedente vinculante quando verificar a superação.

Assim, foi possível constatar que o que se tem atualmente em Direito brasileiro é um Código Processual que conferiu extraordinária importância à jurisprudência como instrumento de segurança jurídica e de enfrentamento às demandas repetidas, quando determina que os tribunais a uniformizem, mantenham-na estável, íntegra e coerente. Editando enunciados de súmulas para universalizar o seu acesso. Já que o legislador manifestou entendimento de que a proliferação de decisões judiciais divergentes sobre a mesma questão de Direito pode prejudicar a isonomia e a segurança jurídicas, tendo, desta feita, reformado o sistema jurídico brasileiro em sua configuração originária de puramente romano-germânico para híbrido, com sistema de Precedentes subordinados à lei.

Então, sob suportes axiológicos claros, o sistema de Precedentes alicerçado no princípio da igualdade, segurança jurídica, motivação das decisões e contraditório, é introduzido no sistema jurídico brasileiro como fato jurídico que promove a criação do Direito, subordinado à lei, assentado que está em uma norma surgida em caso concreto, com aptidão a universalizar-se.

Pode-se afirmar, portanto, que o sistema jurídico brasileiro se encontra, há algum tempo, profundamente imerso no movimento de convergência entre as tradições do *civil law* e do *common law*, com a utilização cada vez mais corrente de decisões jurisprudenciais como fonte do Direito. As contribuições do sistema de Precedentes são importantes para a racionalização do uso dos conceitos imprecisos e para sua melhor operacionalização, bem como para conferir segurança ao sistema. O sistema de Precedentes permite contrabalançar a instabilidade semântica trazida pela lei e, ao mesmo tempo, permite um controle mais rigoroso da discricionariedade judicial, isto porque, de um lado os conceitos jurídicos indeterminados abrem o sistema, pelo outro os precedentes permitem o fechamento, conferindo concretude aos conceitos abertos a partir da concatenação de paradigmas decisórios reais aproveitados para concessão de isonomia a casos semelhantes.

Quanto à velocidade, verificou-se que o sistema de Precedentes e a sua vinculação trarão, inevitavelmente, um ganho de tempo no enfrentamento do acervo repetitivo, fato este já demonstrado pelo CNJ no caso casos de repercussão geral da desaposentação e dos planos Verão, Bresser, Color I e II.

Inobstante, concluiu-se, também, que a alta velocidade muitas vezes pode ser incompatível com funções de estado como a jurisdicional, porquanto a tarefa do juiz não é autômata, impescindindo de um complexo raciocínio analítico para o cotejo de princípios, texto normativo, precedentes e fato concreto.

Por fim, a evolução jurisprudencial e a atualização legislativa são necessárias para que o Direito seja um instrumento do progresso e não um obstáculo ao avanço social. Mudanças exigem sempre uma adaptação de conduta dos destinatários das inovações e dos seus profissionais, que necessariamente

devem se reciclar - mediante amplos estudos e da certeza de que as inovações aperfeiçoarão a ordem jurídica, atendendo aos anseios sociais-, sob pena de perderem a aptidão para o exercício de suas funções. Daí alguns setores, apegados à lei da inércia, resistirem a mudanças.⁵⁸³

Conclui-se, portanto, que o Poder Judiciário recebeu a ribalta no sistema híbrido na medida em que além do já conhecido *judicial review* também agora é o revelador da norma jurídica que não mais se conforma no conceito de enunciado legislativo. Tamanha responsabilidade requer vigília para que não se aperceba vendado para os acontecimentos, arranjos, interesses e avanços humanos. Como na física óptica, deve refletir à sociedade o que dele se espera, decisões coerentes com a realidade e amarradas em unicidade orgânica, condutivos de segurança jurídica e consequente eficiência no manejo dos instrumentos processuais disponíveis para o enfrentamento de demandas de massa.

Em outras palavras, o Precedente levará logicamente a uma queda dos índices de litígio porque permitirá às partes a avaliação prévia sobre resultados prováveis de um julgamento, conferindo segurança jurídica ao ordenamento, princípio que assegura o respeito não apenas a situações consolidadas no passado, mas também às legítimas expectativas surgidas. Para tanto, não se vê outro caminho que não seja o de conferir-se força vinculante ou cogente ao Sistema de Precedente do Código de Processo Civil de 2015, irradiando-o, conjuntamente com os mecanismos precursores de controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculante e impeditiva de recursos, para todo o ordenamento jurídico civil híbrido.

⁵⁸³ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 25ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2018, pg 86.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, E. A.; LEITE, G. S.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e Jurisprudência No Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

AGRA, Moura, W. D., BONAVIDES, Paulo, MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>.

AGUIAR, Ana Lúcia de. **História dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos**. São Paulo: Pillares, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Princeton: Princeton University Press. 2009.

BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as Origens da Judicial Review: o nascedouro do controle de constitucionalidade, de Sir Edward Coke a John Marshall**. 1ª ed. Florianópolis: Habitus, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433> > Acesso em: 23 de fev de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**.

[Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610112/>.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acessado em: 23 de fev de 2020.

BERNARDES, Júlio César. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: Atuação democrática do juiz para efeticação dos direitos fundamentais**. São Paulo: Max Liminad, 2015.

Bittar, Carlos Alberto. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil do Brasil. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 9 mar. 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 29 de mar de 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Código de Processo Civil do Brasil. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 8 dez. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Código de Processo Civil do Brasil. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 8 dez. 2019.

BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/03a6c043d7b9946768ac79a7a94309af.pdf>> Acesso em 12 mai 2020.

BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em Números 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em: 02/01/2020. pg. 79.

BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução número 76 (2015). Brasília, DF. Diário da Justiça, Distrito Federal, 6 nov. 2015. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/110>> Acesso em: 24/02/2020.

BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução número 235 (2016). Brasília, DF. Diário da Justiça, Distrito Federal, 14 jul. 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_235_13072016_15072016144255.pdf> Acesso em: 20/04/2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 dez. 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8069 de 13 de julho de 1990. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 16 julho. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 29 de mar de 2020.

BRASIL. **Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**. Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 9 set. 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 9 mar. 2020.

BRASIL. **Lei 11.276 de 7 de fevereiro de 2006**. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 8 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11276.htm>. Acesso em: 29 mar 2020.

BRASIL. **Lei 11.417 de 19 de dezembro de 2006**. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 20 dez 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 29 mar 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Interno em Petição n. 2016/0330305-6/MS. Relator p. Acórdão: Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 07/08/2019. DJe 10/09/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo em Resp n. 1.581.199 - SP. Relator: Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 28/10/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 279.889-AL. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, segunda seção, julgado em 14/08/2002. DJ 07/04/2003.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 593.309/DF. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, segunda seção, julgado em 26/10/2005. DJ 23/11/2005.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n. 63.371. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, 2007. Diário da Justiça, Brasília, 12 jun. 2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=HC+63.371&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 8 dez. 2019.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1804037. Relatora Min. Regina Helena Costa. Julgado em 30/05/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Estatísticas do STF. Disponível em:

<

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>. Acesso em 09/06/2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 91.041. Relator: Carlos Britto. Brasília, 2007. Diário da Justiça, Brasília, 17 ago. 2007. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2504011>>. Acesso em 8 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 91.041. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 2019. Diário da Justiça, Brasília, 30 ago. 2007. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750812266>>. Acesso em 8 dez. 2019.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral n. 264. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3908223&numeroProcesso=626307&classeProcesso=RE&numeroTema=264>>. Acesso em 12 mai 2020.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral n. 265. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2635084&numeroProcesso=591797&classeProcesso=RE&numeroTema=265>>. Acesso em 12 mai 2020.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral n. 284. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3967482&numeroProcesso=631363&classeProcesso=RE&numeroTema=284>>. Acesso em 12 mai 2020.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral n. 285. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2679929&numeroProcesso=754745&classeProcesso=AI&numeroTema=285>> Acesso em 12 mai 2020.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral n. 503. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4157562&numeroProcesso=661256&classeProcesso=RE&numeroTema=503>> Acesso em 12 mai 2020.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo Sociedade: Para uma teoria geral da política**. Compilação pelo Dr. Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro - Um terceiro enigmático**. 3ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171633/>.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol 2: procedimento comum: processos nos Tribunais e recursos. 8. ed. – São Paulo: Saraiva. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella, DANTAS, Bruno, NOLASCO, Rita Dias. **Questões Relevantes de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

BUSTAMANTE, Tomas da Rosa. **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: PUC; Departamento de Direito. 2007. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11988/11988_1.PDF> Acesso em: 20 jan 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz. **Comentário à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia Jurídica. Ética e Justiça**. 4ª ed. Florianópolis: Conceito, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. Campinas: Servanda, 2015.

CARVALHO, Thúlio Mesquita Teles de. **Precedentes judiciais vinculantes e conceitos jurídicos indeterminados: contribuições do Código de Processo Civil de 2015 para a aplicação de expressões vagas**. Fortaleza: Edição do Autor. 2018.

CASTRO Jr, Agripino Osvaldo. **Análise Comparativa dos Sistemas Judiciais Norte-Americano e Brasileiro e seus Impactos no Desenvolvimento**

Social (tese doutoramento). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2001.

CASTRO, Matheus Felipe de; MEZZAROBBA, Orides. **História Ideológica e Econômica das Constituições Brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CLERMONT, Kevin M. **Civil Procedure: Black Letter Outlines**. 11ª ed. United States of America: West Academic, 2019.

CLERMONT, Kevin M. **Princípios de Processo Civil (Concise Hornbook Series)**. 5ªed. United States of America West Academic, 2019.

CULVER, Keith C. **Reading in the Philosophy of Law**. 2ª ed. Canadá: Broadview, 2008.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DARROWS, John. **Civil Procedure: First Year Summary Notes**. United States: Darrows Legal Notes, 2019.

DEMO, Wilson. **Manual de História do Direito**. 5ª ed. Curitiba: Alteridade, 2016.

DIAS, Marcus Gil Barbosa. **Controle de Constitucionalidade e Política Judiciária: evolução histórica das Súmulas no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/98700/Marcus%20Gil%20Barbosa%20Dias.pdf?sequence=1>> Acesso em 08/06/2020.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica, norma jurídica e aplicação do direito**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comparado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 1ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2001.

FACHIN, Tiago. **Ativismo Judicial Processual: iniciativa do juiz na formulação dos argumentos e na produção da prova em cotejo com o princípio do contraditório. Perspectivas brasileira e europeia**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Morais da; NETO, Alfredo Copetti; STRAPAZZON, Carlos Luiz; ADEODATO, João Maurício; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; CADEMARTORI, Sérgio. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ, T. S. **O precedente na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FILHO, Misael Montenegro. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2018.

FINE, Toni. M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitución. **De la Antigüeda a Nuestros Días**. Madrid: Trotta. Tradução de Manuel Martínez Neira. 2001.

FRANCISCO, José Carlos; MASCARO, Alysson Leandro; BARCELLOS, Ana Paula de; TAVARES, André Ramos; MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz Marques; DIMOULIS, Dimitri; RAMOS, Elival da Silva; SOARES, Inês Virgínia Prado; NETO, José Francisco Siqueira; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; LIMA, Martonio Mont'Alverne B.; FROMONT, Michel; CUNHA, Paulo Ferreira da; ALMEIDA, Plínio Régis Baima de; NETO, Renato Pacheco e Silva B.; COSTA, Thales Moraes da; BRITTO, Thays Oliveira; AGRA, Walber de Mora; ROTHENBURG, Walter Claudius; PIERDONÀ, Zélia Luiza. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FREER, Richard D. **Civil Procedure**. 14 ed. New York: Wolters Kluwer, 2017.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Código de Processo Civil: Novas reflexões e perspectivas conforme Leis 13.105/2015 e 13.256/2016**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GLANNON, Joseph W. **Civil Procedure**. 8 ed. New York: Wolters Kluwer, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil: execuções, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões**. Vol III. 12^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. Vol I. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONZALES, Douglas Camarinha. **Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da *common law* e do sistema romanístico**. *Revista CEJ*. Brasília, Ano XIII, n. 46, jul/set 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

GRINOVER, Pellegrini, A., WATANABE, Kazuo, NETO, L., (coordenação), **C. Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional : guia prático para instalação do setor de conciliação e mediação**. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522466986/>.

GUIZI, Marco Aurélio Machado; SIEGEL, Frederico Andrade; FREITAS, Juarez; PÓVOAS, Maurício Cavallazzi; MARCOS, Rudson; BERNARDES, Júlio César; TERRES, Sônia Maria Mazzetto Moroso; MAURÍCIO JUNIOR, Alceu; MELIM, Claudio; CELANT, João Henrique Pickcius; FARAH, Paulo Eduardo Huergo; ENZWEILER, Romano José; SALLES, Bruno Makowiecky. **O Judiciário como Instância de Governança e Sustentabilidade: Descobertas, dúvidas e discordâncias**. Florianópolis: EMais, 2018.

HÄBELE, Peter. Hermenêutica Constitucional – **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Disponível em: <
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>>. Acessado em 13 de fevereiro de 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria e Práxis: Estudos de filosofia social**. Tradução de Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

ISSACHAROFF, Samuel. **Civil Procedure**. New York: Foundatio Press, 2019.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Súmula Vinculante: um desafio**. Revista de Processo, vol. 120, fev / 2005. Revista dos Tribunais on line. 2005.

LAMY, Eduardo de Avelar, ROGRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. 6ª ed. ver. e atual. São Paulo: Gen Atlas.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público e outros Problemas**. V. 2. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEVIN, Hillel Y. **Civil Procedure: Pleading**. United States of America: Calli e Landell Press, 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MIRANDA, Pedro de Oliveira. **Panorama Atual do Novo CPC**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

LYRA, Roberto. **Como julgar, como defender, como acusar**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2015.

Kelsen, Hans. Teoria pura do direito. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 9ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Introdução ao Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em:<
<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:630478>>.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar; DA ROSA, Alexandre de Moraes. **O Processo Eficiente na Lógica Econômica: Desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **A História do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2014, pg. 100.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer Martins. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba, n. 49, 2009. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>>. Acesso em: 29 mar de 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia, Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas**. Revista de Direito do Consumidor. Ano 12, jan-mar 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE), nº 7, 2004.

MASON, Alpheus Thomas and STEPHENSON, Donald Grier Jr. **American Constitutional Law**. 17th. New York and London: Routledge, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev.e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 25ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Marcelo(org); LIMA, Marina C. A. (org); SABADELL, Ana Lucia; CHAMAS, Claudia Inês; RODRÍGUEZ, Darío M; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; MENDES, GILMAR; GONÇALVES, Guilherme Leite; TÔRRES, Heleno Taveira; SARLET, Ingo Wolfgang; WEHR, Ingrid; TAVARES, Juarez; MARTINS, Leonardo; SCHOUERI, Luís Eduardo; SCHUARTZ, Luiz Fernando; MACHADO, Máira Rocha; LIMA, Martonio Mont'Alverne B; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de M; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; SCHULTE, Sabine Schlemmer; NASSER, Salem Hikmat; COSTA, Sérgio; SILVA, Virgílio Afonso da. **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens judiciais**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

NOVELINO, Marcelo; FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

NUNES, L. A. R. **Manual de Filosofia do Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

PALAIA, Nelson. **Noções Essenciais de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em:< <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:618622>>.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 13. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em Juízo**. 2ª ed. ver, atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª ed. ver, atual e ampl. Florianópolis: Conceito, 2008.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. **Obra de Victor Nunes Leal.** Disponível em: <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/A_OBRA_DE_VICTOR_NUNES_LEAL.pdf> Acesso em 08/06/2020.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito.** Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PRITSCH, Cesar Zucatti, JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques, MARANHÃO, Ney. **O sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015: a superação do positivismo jurídico para a garantia de estabilidade e isonomia nas decisões judiciais.** Revista de Processo. v. 303, maio/2020. Revista dos Tribunais on line. 2020.

QUEIROZ, E. M. D. **Precedentes judiciais e segurança jurídica : fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE, Miguel. **FILOSOFIA DO DIREITO.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, Alexandre de Moraes da (Org) OLIVEIRA, Daniel Natividade Rodrigues de, MARTINS, Douglas Roberto, KÖHN, Edgae, CARVALHO, Edward Rocha, GARCIA, Ezequiel Rodrigo, HARTMANN, Helen, SIRVENT, José Francisco Chofre, FARRIS, Juliana Ferreira de Moraes, VALLE, Julian Keller do, MARCELLINO Jr, Julio Cesar, NUNES, Leandro Gornicki, FILITI, Narbal Antônio Mendonça, BRANDÃO, Paulo de Tarso, CRUZ, Paulo Márcio, ZART, Ricardo Emilio. **Para um Direito Democrático: diálogos sobre paradoxos.** Florianópolis: Conceito, 2006.

SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça**. Resolução Conjunta da Presidência e Corregedoria n. 3, de 03 de maio de 2013. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=172317&cdCategoria=1&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&proxc=>> Acesso em: acessado em 16/07/2020.

SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça**. Resolução Conjunta da Presidência e Corregedoria n. 5, de 26 de julho de 2018. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=174429&cdCategoria=1&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&proxc=>> Acesso em: acessado em 16/07/2020.

SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça**. Resolução n. 10, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=176280&cdCategoria=1&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&proxc=>> Acesso em: acessado em 16/07/2020.

SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/produtividade-dos-juizes-em-santa-catarina-cresce-14-8-ao-longo-de-2019>> Acesso em: 27/01/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Aldacy Rachid; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; COUTIS, Christian; MARQUES, Cláudia Lima; CANARIS, Claus-Wilhelm; NETO, Eugênio Facchini; NEUNER, Jörg; GEDIEL, José Antônio Peres; ANDRADE, José Carlos Vieira de; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; UBILOS, Juan María Bilbao; COSTA, Judith Martins; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de; PINTO, Paulo Mota. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SPENCER A. Benjamin. **Civil Procedure: A contemporary approach**. 15ª ed. United States of America: West Academic Publishing, 2018.

SCHUBERT, Frank August. **Law and the legal System**. 11 ed. United States of America: Cengage Learning, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1, 5ª ed. rev. e. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SHIPANI, Sandro. ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de. **Sistema Jurídico Romanístico e Subsistema Jurídico Latino-Americano**. São Paulo: FGV Direito, 2015.

SOARES, Freire, R. M. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610235/>.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula Vinculante**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: um exploração hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade**. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600113/>.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no Novo CPC**. Consultor Jurídico. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; BRANDÃO, Paulo de Tarso, OLIVIEIRO, Maurizio, CRUZ, Paulo Márcio, CASTRO Jr, Osvaldo Agripino de, SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de, CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart, PINHEIRO, Denise, PILATI, José Isaac, SANTOS, Adelcio Machado dos, DIAS, Bruno Smolarek, VEIGA Jr, Celso Leal da, MARDEGAN, Herick, GUIMARÃES, Isaac Sabbá, GONÇALVES, Sandra Krieger, ZANON Jr, Orlando Luiz, SANTO, Davi do Espírito, PASOLD, Cesar. **Reflexões sobre a Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Revista dos Tribunais on Line: Revista de processo. vol. 199 | Set 2011. Pg. 139.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TEIXEIRA, Odelmir Bilhalva. **Súmula vinculante: perigo ou solução**. Campinas: Russell Editores, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Ativismo Judicial e Construção do Direito Civil: entre dogmática e práxis**. Novos Estudos Jurídicos. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/14173>>. Acessado em 23 de fev de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. **Federal Rules of Civil Procedure**. Disponível em: [\[https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv_rules_eff_dec_1_2018_0.pdf\]](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv_rules_eff_dec_1_2018_0.pdf) 07/09/2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **Baker v. Carr (1962)** Case Brief disponível em: <<https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-baker-v-carr>> acessado em 13 de outubro de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **Baton v. Kentucky (1986)** Case Brief disponível em: <<https://www.lexisnexus.com/community/casebrief/p/casebrief-batson-v-kentucky>> acessado em 14 de outubro de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **Coleman v. Miller (1939)** Case Brief disponível em: < <https://www.lexisnexus.com/community/casebrief/p/casebrief-coleman-v-miller>> acessado em 13 de outubro de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **Colgrove v. Battin (1973)** Case Brief disponível em: < <https://www.lexisnexus.com/community/casebrief/p/casebrief-colgrove-v-battin>> acessado em 14 de outubro de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **Colegrove v. Green (1946)** Case Brief disponível em: < <https://www.lexisnexus.com/community/casebrief/p/casebrief-colegrove-v-green>> acessado em 13 de outubro de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **Erie R.R. V. Thompkins (1938)** Case Brief disponível em: <<https://www.lexisnexus.com/community/casebrief/p/casebrief-erie-r-r-v-tompkins-984115337>> acessado em 12 de outubro de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **Hanna v. Plumer (1965)** Case Brief disponível em: <<https://www.lexisnexus.com/community/casebrief/p/casebrief-hanna-v-plumer>> acessado em 13 de outubro de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **J. E. B. v. Alabamaex (1994)** Case Brief disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1993/92-1239>> acessado em 14 de outubro de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **Marbury v. Madison (1803)** Case Brief disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1789-1850/5us137>> acessado em 13 de outubro de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **Pacific States Tel. & Tel. Co. v. Oregon (1912)** Case Brief disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/223/118/>> acessado em 13 de outubro de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Swift v. Tyson (1842)** disponível em: <<https://constitutionallawreporter.com/2016/10/18/historical-swift-v-tyson/>> acessado em 12 de outubro de 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **The Constitution of the United States**. 2th ed. United States of America: National Center for Constitutional Studies.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Revista de Processo**. Ano 33 n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz, LUIZ, Fernando Vieira. **Apontamentos iniciais sobre a força gravitacional da jurisprudência no novo Código de Processo Civil**. Revista Jurídica Cesumar set./dez. 2016, v. 16, n. 3, p. 753-784.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz, NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira, ABREU, Pedro Manoel Abreu (Org), LOCCHI, Maria Chiara, OLIVIERO, Maurizio, SANTOS, Rafael Padilha dos (Coord), GUASQUE, Adriane ... [et al.] **Coleção principiologia constitucional e política do direito: Direito, Democracia e Constitucionalismo**. T. 3 Itajaí: UNIVALI, 2017.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Formas Jurídicas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), setembro-dezembro 2016.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2019.