

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**

ENDRIGO PURINI PELEGRINO

**SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

CURITIBA-PR

2018

ENDRIGO PURINI PELEGRINO

**SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, do Centro Universitário Internacional Uninter – Curitiba, Paraná, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

CURITIBA-PR

2018

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Orientadora – Presidente

Prof. Dr. William Soares Pugliese

Membro externo

Prof. Dr. André Peixoto de Souza

Membro interno

Profa. Dra. Andreza Cristina Baggio

Membro interno

Curitiba, 03 de julho de 2018.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por todo o amor, por toda a educação e por todo o apoio que me deram até aqui. Por mais que eu tente, não há nada que eu possa fazer para retribuir, ainda que minimamente, tudo o que me foi dado com amor.

Agradeço aos meus irmãos e à toda a minha família pelo constante e irrestrito incentivo, que certamente foi muito valioso para que pudesse chegar até aqui.

Agradeço aos meus colegas do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, que no transcorrer do curso se revelaram verdadeiros amigos e colaboraram, cada um à sua maneira, com a elaboração desta dissertação.

Agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Estefânia Maria de Queiroz Barboza, pelo tempo dedicado e pelo conhecimento transmitido enquanto Professora do PPGD – UNINTER. Agradeço-a também pela oportunidade, pela atenção, pela paciência, pelas valorosas lições, enfim, por toda a orientação que me foi dada para a realização deste trabalho. Deixo aqui o meu muitíssimo obrigado!

Agradeço a todo corpo docente do PPGD – UNINTER, pelo conhecimento e ensino através da pesquisa nas disciplinas ministradas durante o curso, que certamente contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço ao coordenador do PPGD – UNINTER, Professor Doutor Daniel Ferreira, e também aos funcionários e colaboradores do Programa de Mestrado.

Agradeço, por fim e de forma distinta, ao Professor Doutor André Peixoto de Souza. Grande pensador e entusiasta do ensino jurídico, cuja amizade fica para a vida.

RESUMO

A segurança jurídica é princípio que impõe a todos os Poderes constituídos a prática de atos capazes de maximizar a produção de uma ordem jurídica inteligível, estável e previsível. Ainda que não expressamente prevista, a exemplo do que se vislumbra no contexto constitucional brasileiro, ela decorre da própria ideia de Direito, visto na perspectiva de elemento de ordenação de relações sociais. A segurança jurídica, portanto, é inerente à própria ideia de Estado Democrático de Direito. De outro turno, a tradição jurídica da *civil law* sofreu significativas transformações em um passado relativamente recente. Essas transformações impactaram na conformação das ordens jurídicas que se pautam na referida tradição, sobretudo no que diz respeito à missão institucional do Poder Judiciário. Antes idealizado como um poder nulo, atualmente o Poder Judiciário ganhou especial destaque e importância, participando do processo de construção da ordem jurídica. Desse modo, a concretização da segurança jurídica que antes era objetivada apenas por meio de textos gerais e abstratos que são próprios do Direito legislado, agora deve ser também buscada no contexto dos provimentos jurisdicionais. Nesse preciso ponto é que entra a doutrina do *stare decisis* que, vinda da experiência da tradição jurídica da *common law*, revela-se como mecanismo teoricamente adequado para se alcançar a segurança jurídica nos atos jurisdicionais.

Palavras-chave: Jurisdição. Atos jurisdicionais. Segurança jurídica. Precedentes judiciais obrigatórios.

ABSTRACT

The legal certainty is the principle which impose to all the constituted Powers the performing of acts which are capable of maximize the creation of an illegible, stable and predictable legal order. Therefore, it is not predicted, as an example which is still weak in the Brazilian Constitutional context, it emerges from its own idea of the Law seen upon the perspective of order element of social relationships. The legal certainty, however, is inherent to its own idea of Democratic State of the Right. On the other hand, the legal tradition of the civil law suffered significative changes in a relatively recent past. These changes have impacted on the conformations of the legal orders which are in the referred tradition specially about the institutional mission of the Legal Power. Idealized as a void power, in present time the Legal Power has gotten special emphasis and importance taking part in the creation process of the Legal Power. Thus, the certainty legal concretization which before was only objected through general and unspecific texts which belong to the legislated Law, now should also be found in the legal providing. At this very point is where the stare decisis doctrine shows up which coming from the experience of the legal tradition of the common law shows itself as a theoretically adequate mechanism to get the legal certainty of the legal acts.

Keywords: Jurisdiction. Legal Acts. Legal Certainty. Obligatory Legal Precedents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 – SEGURANÇA JURÍDICA.....	14
1.1 Conceito de segurança jurídica e seus elementos estruturantes.....	14
1.2 Fundamentos da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito.....	28
1.2.1 A segurança jurídica na Constituição Federal de 1988.....	34
1.3 Segurança jurídica e os atos jurisdicionais.....	39
CAPÍTULO 2 – TRADIÇÕES JURÍDICAS: <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>.....	51
2.1 Considerações iniciais sobre tradições e sistemas jurídicos.....	51
2.2 A tradição jurídica da <i>common law</i>	56
2.3 A tradição jurídica da <i>civil law</i>	64
2.4 As transformações da tradição jurídica da <i>civil law</i>	72
2.4.1 Da interpretação da lei às cláusulas gerais.....	72
2.4.2 O constitucionalismo do segundo pós-guerra.....	75
CAPÍTULO 3 – PRECEDENTES JUDICIAIS.....	88
3.1 Esclarecimentos iniciais acerca da compreensão sobre precedente judicial, decisão judicial, jurisprudência e súmula.....	90
3.2 Origem e fundamento da doutrina do precedente judicial obrigatório (<i>stare decisis</i>).....	95
3.3 <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	102

3.4 Técnicas de aplicação e superação de precedentes:

distinguishing e *overruling*.....107

3.5 A realização da segurança jurídica por meio do *stare decisis*:

isonomia, cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.....113

CONCLUSÃO.....121

REFERÊNCIAS.....127

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa foi elaborada e desenvolvida no âmbito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (Mestrado Acadêmico) do Centro Universitário Internacional UNINTER, dentro da linha de pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade.

O objeto desta dissertação é a análise da utilização da doutrina do *stare decisis*, também conhecida como teoria dos precedentes judiciais obrigatórios, como meio de concretização da segurança jurídica pelo Poder Judiciário no contexto do atual cenário das ordens jurídicas de tradição *civil law*, em especial da ordem jurídica brasileira.¹

A segurança é uma necessidade da pessoa humana para que possa planejar a sua vida, pautar os seus atos e decisões e viver dignamente. Essa necessidade exprime, em grande medida, a incessante procura por previsibilidade e por estabilidade nas relações humanas.²

Sem segurança, isto é, sem estabilidade e sem previsibilidade no contexto das mais variadas relações humanas não é possível, entre outras coisas, se falar em liberdade (autodeterminação) e em isonomia.

O Direito é elemento de ordenação social. É fator imprescindível para harmonizar a vida da pessoa humana e estabelecer ordem em suas mais

¹ A segurança jurídica no contexto dos atos jurisdicionais oriundos do Poder Judiciário de tradição *civil law*, em especial do brasileiro, é tema analisado por inúmeros juristas brasileiros, entre os quais se destacam: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação e regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

² STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRIA, Javier Aranguren. **Fundamentos de antropologia**: um ideal de excelência humana. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2005, p. 335.

variadas relações, conforme pondera José Joaquim Gomes Canotilho³ e também Paolo Grossi⁴.

Para que isso ocorra, entretanto, o Direito necessariamente precisa ser seguro. Em outras palavras, para cumprir o seu desiderato a ordem jurídica deve ser substancialmente conhecida por seus destinatários e, para além disso, deve carregar consigo a aptidão de ser estável e previsível.

A segurança jurídica, assim, caracteriza-se como importante princípio que impõe aos Poderes constituídos a assunção de postura e a prática de atos que sejam capazes de maximizar a produção de um estado de inteligibilidade, de estabilidade e de previsibilidade do Direito.⁵

Esses atributos – inteligibilidade, estabilidade e previsibilidade – integram a definição de segurança jurídica e permitem a sua realização no passado, no presente e no futuro.⁶

É por essa razão que se afirma que a segurança jurídica é algo inerente à ideia de direito, dele decorre e nele se assenta.⁷

Cármem Lúcia Antunes Rocha afirma que a segurança jurídica está ligada à ideia de estabilidade das relações jurídicas e, portanto, permeia a própria ideia de direito.⁸

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 375.

⁴ O Direito, como aponta Paolo Grossi, nasce das relações intersubjetivas e as tem como seu conteúdo. É, portanto, das relações humanas que o direito surge, é por elas que se interessa e é delas que o direito se ocupa na tarefa de ordená-las. (GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005.).

⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 681.

⁶ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 165.

⁷ Não é por outra razão que João Baptista Machado afirma que “uma das principais funções das instituições sociais é criar estruturas de ordem e estabilidade nas relações entre os membros da comunidade. Cabe ao direito acrescentar a essa estabilidade ordenadora das instituições sociais uma segurança ordenadora específica e própria a que se pode dar o nome genérico de segurança jurídica” (MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 55).

⁸ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *op. cit.* In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 168-169.

A segurança jurídica é vista como algo tão relevante que, José Joaquim Gomes Canotilho, afirma que não há como se conceber um Estado de Direito sem a sua presença.⁹

Nessa linha de pensamento, a segurança jurídica se aproxima da própria ideia de dignidade da pessoa humana, pois sem uma ordem jurídica conhecida, estável e previsível não é possível idealizar a proteção de um leque de direitos inerentes ao ser humano e que lhe viabiliza a autodeterminação, o desenvolvimento pleno e livre, assim como uma vida pautada em uma reserva mínima de proteção no contexto público e privado.¹⁰

Portanto, a segurança jurídica ostenta uma feição instrumental em relação a direitos tidos como fundamentais¹¹, de modo que, exemplificativamente, a imprevisibilidade em relação aos efeitos futuros do direito pode prejudicar à liberdade do indivíduo e, de outro turno, a impossibilidade do adequado conhecimento do direito pode prejudicar o tratamento isonômico que deve ser conferido às pessoas em idêntica situação.

No cenário jurídico brasileiro o compromisso com a segurança jurídica não é distinto e, muito embora não seja possível localizar a expressão 'segurança jurídica' em um dispositivo determinado da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988¹², ele pode ser extraído direta ou indiretamente do texto constitucional positivado.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 376.

¹⁰ Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana: "Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos." (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.)

¹¹ Assim compreendidos os direitos humanos positivados nas Cartas Constitucionais, tais como a liberdade, a vida, a isonomia, entre outros.

¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

O compromisso da Constituição Federal de 1.988 e, portanto, do próprio Estado Democrático de Direito por ela fundado, com a segurança jurídica é ressaltado por Estefânia Maria de Queiroz Barboza.¹³

Assim, cabe aos Poderes constituídos da República Federativa do Brasil, inclusive ao Poder Judiciário, assumirem a responsabilidade de desempenhar a sua missão institucional visando, entre outros objetivos, a construção de uma ordem jurídica inteligível, estável e previsível.

A ordem jurídica brasileira - e também a de outros países de tradição *civil law*¹⁴ - até um passado recente sempre buscou realizar a segurança jurídica por meio do direito legislado, produto da atividade do Parlamento.

No contexto da tradição jurídica da *civil law*, a construção de uma ordem jurídica segura era idealizada por meio de grandes codificações, que eram dotadas de pretensão de completude e formadas a partir de textos legais gerais e abstratos, atribuindo ao Poder Judiciário a tarefa meramente reprodutiva de um conteúdo normativo pronto e acabado e que nelas estava contido.¹⁵

Acreditava-se, assim, que o direito legislado e as codificações bastavam para que a ordem jurídica que deles defluem fosse conhecida e se apresentasse estável.

Entretanto, viu-se com o passar do tempo que, ainda que carregasse a pretensão de ser, o direito codificado não era completo e, para além disso, os textos legais gerais e abstratos não estavam imunes à interpretação pelo Poder Judiciário. E mais: o constitucionalismo do segundo pós-guerra impactou a conformação da ordem jurídica de inúmeros países.

De tudo isso resultou significativa modificação na concepção da jurisdição e, por consequência, no papel do Poder Judiciário nos países de tradição *civil law*, inclusive no contexto brasileiro após o processo de

¹³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 236.

¹⁴ A referência aqui é acerca da concepção da tradição da *civil law* forjada a partir das pretensões e dos ideais da Revolução Francesa de 1.789. Ressalta-se que as tradições jurídicas da *common law* e da *civil law* serão estudadas no capítulo segundo desta dissertação.

¹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 75.

redemocratização que culminou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988.

Antes visto como poder nulo ou mera boca da lei, o Poder Judiciário passou a participar mais ativamente do processo de construção da ordem jurídica, seja por meio da atividade interpretativa de textos legais gerais e abstratos ou por meio da significação de direitos fundamentais e valores morais expressos no texto constitucional, caracterizados pelo alto grau de indeterminação semântica.

Por ser partícipe do processo de significação e de construção da ordem jurídica, os provimentos jurisdicionais do Poder Judiciário necessitam ser coerentes e uniformes, a fim de que possam ser inteligíveis, estáveis e previsíveis.

É por essa razão que neste trabalho se objetiva analisar a utilização da teoria dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*) como meio de contribuição para o aprimoramento das ordens jurídicas contemporâneas baseadas na *civil law*, sobretudo a brasileira, no sentido de ser instrumento viável para a realização da segurança jurídica no contexto dos atos jurisdicionais.

O trabalho, portanto, está dividido em três capítulos. No primeiro deles o foco recairá sobre a segurança jurídica. O objetivo geral de tal capítulo é apresentar o conceito e o fundamento da segurança jurídica. Ao final, após situar a segurança jurídica como inerente ao direito e à ideia de Estado Democrático de Direito, evidenciar que a sua busca não deve ser dar apenas por meio do direito legislado, mas também no contexto dos atos jurisdicionais.

No segundo capítulo desta dissertação a análise recairá sobre as tradições jurídicas da *common law* inglesa e da *civil law*.

O objetivo geral do capítulo é apresentar reflexões acerca da importância do estudo das referidas tradições, evidenciando distinções acerca do sentido semântico das expressões 'tradições jurídicas' e 'sistemas ou ordens jurídicas'. Para além disso, serão apresentadas considerações sobre a origem das tradições e sobre as características que as distinguiram ao longo da história.

Ao final, o objetivo será analisar as transformações pelas quais passou a tradição jurídica da *civil law* desde a Revolução Francesa, a fim de contextualizar, ao menos no que tange à missão institucional do Poder Judiciário, certa convergência com a missão desenvolvida pelo Poder Judiciário da tradição jurídica da *common law*.

No terceiro e último capítulo a análise recairá sobre a teoria dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*). O objetivo geral do capítulo é evidenciar que a teoria dos precedentes judiciais obrigatórios, embora não tenha nascido com a *common law* inglesa, foi instituída ao longo de sua história objetivando a realização da segurança jurídica e objetivando conferir tratamento isonômico a casos semelhantes.

Assim, o escopo final do capítulo será o de defender a utilização do *stare decisis* como forma de realizar a segurança jurídica na atual quadra da ordem jurídica da *civil law*, inclusive na brasileira, como meio de conferir maior certeza, previsibilidade e estabilidade aos provimentos jurisdicionais e, em última análise, à própria ordem jurídica.

CAPÍTULO 1 - SEGURANÇA JURÍDICA

1.1 Conceito de segurança jurídica e seus elementos estruturantes

A pessoa humana necessita de segurança para conduzir e planejar a sua vida, sem a qual não lhe é possível, entre outras coisas, se autodeterminar nas mais variadas relações que estabelece com outras pessoas, com os entes estatais ou com as coisas e bens da vida em geral.

Esse anseio por segurança exprime, em grande medida, a incessante procura por previsibilidade e por estabilidade nas relações humanas.¹⁶

Nesse meandro, surge o direito como elemento ordenador, isto é, como um fator imprescindível para harmonizar a vida da pessoa humana e estabelecer ordem em suas mais variadas relações, conforme pondera José Joaquim Gomes Canotilho¹⁷ e também Paolo Grossi¹⁸.

Assim, cabe ao direito garantir referida segurança e, portanto, é do direito que decorre e é no direito que se assenta a ideia de segurança jurídica.¹⁹

Entretanto, a história recente é marcada por transformações das mais variadas ordens e por incontestáveis progressos que trazem consigo uma enorme gama de situações inéditas que, por assim serem, são desconhecidas e imprevisíveis, constituindo-se causa de insegurança jurídica.

Não há dúvidas de que compete ao direito acompanhar essa dinâmica e estabelecer ordem e harmonia no seio das relações sociais, de modo que, um

¹⁶ STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRIA, Javier Aranguren. *op. cit.*, p. 335.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 375.

¹⁸ O Direito, como aponta Paolo Grossi, nasce das relações intersubjetivas e as tem como seu conteúdo. É, portanto, das relações humanas que o direito surge, é por elas que se interessa e é delas que o direito se ocupa na tarefa de ordená-las. (GROSSI, Paolo. *op. cit.*, p.35).

¹⁹ Não é por outra razão que João Baptista Machado afirma que “uma das principais funções das instituições sociais é criar estruturas de ordem e estabilidade nas relações entre os membros da comunidade. Cabe ao direito acrescentar a essa estabilidade ordenadora das instituições sociais uma segurança ordenadora específica e própria a que se pode dar o nome genérico de segurança jurídica” (MACHADO, João Baptista. *op. cit.*, p. 55).

de seus grandes desafios, conforme afirma Humberto Bergmann Ávila, é ponderar a tradição e a inovação, a permanência e a adaptabilidade.²⁰

A insegurança jurídica mencionada decorre do atual perfil das sociedades²¹, que se afiguram mais complexas, multiculturais e plurais; por conta disso, não há dúvidas acerca da grande difusão dos mais variados interesses e necessidades. E mais, não é raro notar transições no cenário político, com alteração da conformação ou do modo de ser do governo – tornando-se mais ou menos liberal a depender dos políticos e dos partidos que se encontram no comando do governo, a título de exemplo –, que é causa de projeção de nova realidade no contexto social e, com isso, mais insegurança.

Esses fatores, conforme aponta Humberto Bergmann Ávila, contribuem para o aumento da produção normativa por parte do Poder Legislativo e, para além disso, contribuem para que os textos normativos apresentem maior grau de abstração, tudo com o escopo de abranger a maior gama de situações e interesses difundidos no seio social.²²

Essas consequências, isto é, a hiperinflação normativa e a elevada carga de abstração e indeterminação do conteúdo normativo, também contribuem para a elevação do grau de insegurança jurídica.²³

Dessas considerações propedêuticas o que se nota é que a segurança jurídica é tema de significativa importância ao direito, compreendido enquanto

²⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 65.

²¹ Judith Martins Costa afirma que a sociedade contemporânea é cognominada como ‘sociedade de risco’, pois é marcada por um sem número de características – a pluralidade, o multiculturalismo, a complexidade, a dinamicidade entre outras – que lhe subtrai a segurança. (COSTA, Judith Martins. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos**. Revista CEJ, Brasília, nº. 27, p. 110-120, out-dez. 2004, p. 111.)

²² ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 38-43.

²³ A respeito do assunto, Heleno Taveira Torres observa que: “Dentre outras afetações à função de estabilidade da certeza jurídica, a proliferação de textos normativos é, de longe, o mais grave problema dos problemas de segurança jurídica. Recorde-se aqui a sempre atual advertência de Tácito: *corruptíssima respublica plurimae leges*. Esse fenômeno agrava-se pelas dificuldades que se assomam à aplicação, como controle de hierarquia de textos, antinomias e da própria determinação de condutas reguladas. O Estado de Direito sempre conviveu com a ideia de que a legislação seria meio de preservar a liberdade contra o arbítrio. Nesse propósito, pode-se admitir como válida a assertiva segundo a qual quanto mais direito legislado, mais liberdade e menos arbítrio. Dada a qualidade normativa do direito vigente, esse ideal parece cada vez mais distante, com abertura para um excesso de legislação que não vem acompanhado de melhoria das relações jurídicas ou sociais e de maior previsibilidade” (TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 161).

ordem jurídica que se ocupa da harmonização e da ordenação das relações sociais.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que a segurança jurídica constitui, em parte, a ideia de Estado de Direito:

Partindo da idéia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes: - o princípio da segurança jurídica; - o princípio da confiança do cidadão.²⁴

Na linha de raciocínio de José Joaquim Gomes Canotilho, Humberto Bergmann Ávila afirma que o reconhecimento da segurança jurídica como valor imprescindível ao Estado de Direito somente é possível quando analisada a partir de seu oposto: a insegurança.²⁵ No mesmo sentido se encontram as afirmações de Antonio Enrique Pérez Luño.²⁶

De todo modo, o tema relativo aos fundamentos da segurança jurídica será abordado mais detidamente em item seguinte ao presente, razão pela qual se avança agora à delimitação de seu conceito.

A construção do conceito de segurança jurídica, a exemplo do que ocorre com inúmeros institutos jurídicos, é tarefa significativamente penosa. Isso porque ela não se apresenta como uma regra dotada de objetividade e com linhas claras e determinadas. Trata-se, em verdade, de conjunto de ideias gerais e abstratas com a finalidade de assegurar a ordem jurídica, a paz social e, em última análise, o próprio Estado de Direito.²⁷

Humberto Bergmann Ávila apresenta o seu conceito, no bojo do qual podem ser identificados os elementos da segurança jurídica:

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 376.

²⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 68.

²⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991, p. 4.

²⁷ A ideia de segurança e de paz como fim último do Direito é afirmada por Theophilo Cavalcanti Filho (*in*: CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 53) e por Rudolf Von Ihering (*in*: IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 31).

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma 'norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro'.²⁸

Para o autor, a segurança jurídica se caracteriza como princípio que, por assim ser, impõe aos Poderes constituídos a assunção de postura e a prática de atos que sejam capazes de maximizar a produção de um estado de inteligibilidade, de estabilidade e de previsibilidade do Direito.

Em outras palavras, para o autor haverá segurança jurídica em maior ou menor grau no momento em que a ordem jurídica também for em maior ou em menor grau cognoscível, confiável e calculável, devendo os Poderes constituídos contribuírem para tal desiderato.

Por meio dos referidos elementos se percebe que a segurança jurídica pode ostentar uma feição instrumental em relação a direitos tidos como fundamentais²⁹, de modo que a imprevisibilidade em relação aos efeitos futuros do Direito pode prejudicar a liberdade e, de outro lado, a impossibilidade do adequado conhecimento de seu conteúdo pode prejudicar o tratamento isonômico que deve ser conferido às pessoas em idêntica situação.

Em consequência disso, Humberto Bergmann Ávila afirma que a segurança jurídica está ligada à dignidade da pessoa humana, vez que ao exigir a “visibilidade da respeitosa transição do passado ao presente, e do presente ao futuro, impede que o Direito se volte contra quem nele confiou e que com a sua contribuição agiu”.³⁰

²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 681.

²⁹ Assim compreendidos os direitos humanos positivados nas Cartas Constitucionais, tais como a liberdade, a vida, a isonomia, entre outros.

³⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 668.

A segurança jurídica pode operar, portanto, como um óbice ou como um verdadeiro canal de realização da dignidade da pessoa humana, na medida em que afastada ou efetivamente concretizada pelos Poderes constituídos.

A cognoscibilidade está ligada à ideia de inteligibilidade do Direito e, por assim ser, objetiva eliminar o erro de compreensão quanto ao seu conteúdo.³¹

A ideia de cognoscibilidade, assim, relaciona-se à possibilidade de o conteúdo das normas poder ser compreendido pelos destinatários - notadamente das normas produzidas do Poder Legislativo, dos atos emanados do Poder Executivo e das decisões proferidas do Poder Judiciário – e, a partir de tal compreensão, viabilizar a eles o planejamento de seus atos e a definição de suas decisões.

A questão relativa ao não conhecimento do conteúdo normativo por deficiências atribuídas exclusivamente ao destinatário da norma exige um estudo aprofundado e apartado, vez que determinada pessoa pode não ostentar formação jurídica e, por conta disso, provavelmente enfrentará maior dificuldade para compreender o comando de determinada lei ou ato normativo.

Além disso, o alto grau de especialização de algumas específicas disciplinas do Direito também poderá configurar empeco ao conhecimento amplo de seu conteúdo.

Há também os chamados problemas linguísticos de indeterminação semântica, que estão ligados à textura aberta da linguagem, à vagueza e à obscuridade, entre tantos outros.

Herbert Lionel Adolphus Hart, ao explicar o que é o Direito, afirma que tal se trata de um sistema de regras que são transmitidas por meio de padrões de condutas, de normas gerais e de princípios, sendo estes os principais instrumentos para a garantia do controle social.³²

³¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 102.

³² HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sete-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 161.

Conforme afirma o autor, há inúmeras situações e casos que surgem de forma recorrente e que são resolvidos sem maiores dificuldades, haja vista que as orientações são dadas por meio da linguagem geral, clara e bem definida.

Contudo, há ocasiões em que não estão claras e bem definidas as orientações e balizas passadas pelas normas à situação concreta. Essas situações ou casos são classificados por Herbert Lionel Adolphus Hart como casos de penumbra.

O sobredito autor traz exemplos para elucidar os casos classificados como claros e aqueles classificados como de penumbra:

É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis (“Se algo é um veículo, um automóvel o é”), mas haverá casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não (“A palavra aqui usada, ‘veículo’, incluirá bicicletas, aviões, patins?”).³³

Para além desses possíveis problemas ligados à formação do destinatário, do alto grau de especialização de determinadas disciplinas do Direito e da linguagem abstrata, geral e porosa não raras vezes utilizada no Direito, há também outros problemas que podem contribuir para a falta de cognoscibilidade, a saber: a hiperinflação legislativa; a deficiência ou a ausência de fundamentação no que tange às decisões administrativas ou judiciais; a inexistência de entendimentos uniformes no contexto das decisões, sobretudo das judiciais, entre outras causas.³⁴

Portanto, a cognoscibilidade consiste na possibilidade de o destinatário compreender o conteúdo das normas para, com isso e a partir disso, direcionar suas ações e balizar suas decisões, caracterizando-se, assim, como um elemento da segurança jurídica.

³³ HART, Herbert Lionel Adolphus. *op. cit.*, p. 164.

³⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 141 e ss.

A confiabilidade, por sua vez, pode ser analisada por uma ótica objetiva e outra subjetiva. Ambas, em última análise, traduzem a ideia de estabilidade do ordenamento jurídico.³⁵

Na perspectiva objetiva a confiabilidade implica durabilidade. O Direito, como dito anteriormente, visa ordenar e harmonizar as relações sociais, de modo que, em caso de alterações drásticas e habituais, ele deixará de ser elemento confiável e, por corolário, perderá sua capacidade de realizar tais desideratos.

Em outras palavras, se o Direito não carregar consigo um mínimo de estabilidade, ideia esta que não se confunde com imutabilidade, ele deixará de ostentar credibilidade e não conferirá suporte para que os seus destinatários pautem e planejem os atos de sua vida.³⁶

Assim, por meio da confiabilidade se busca assegurar ao indivíduo a possibilidade de, compreendendo o conteúdo das normas jurídicas, pautar seus atos e decisões, porque em conformidade com ordem jurídica dotada de certa estabilidade.

Desse modo, a confiabilidade, ao menos na perspectiva objetiva, é uma espécie de antídoto que se coloca contra determinada categoria de modificações. Não de quaisquer modificações, mas apenas daquelas modificações drásticas e recorrentes da ordem jurídica, porquanto geradoras frustrações aos destinatários que nela depositaram sua confiança. Diz-se, vale dizer, que a confiabilidade não se traduz como empeco a quaisquer mudanças, vez que algumas transformações são naturais e salutares à vida em sociedade e à própria evolução e dinamicidade do Direito.

A confiabilidade em sua feição objetiva, isto é, na ótica da estabilidade que também pode ser vista como durabilidade da ordem jurídica, é extremamente relevante para que pessoas físicas e jurídicas, por exemplo, decidam investir parcela de seu patrimônio em dado nicho da economia, porque dotadas de determinado grau de confiança que a ordem jurídica perdurará.³⁷

³⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 161 e ss.

³⁶ *Ibidem*, p. 346.

³⁷ Nessa linha de relação entre segurança jurídica e economia, vale citar as palavras de Armando Castelar Pinheiro: “Conclui-se que a incerteza, a instabilidade, a imprevisibilidade e a falta de calculabilidade da norma reduzem o crescimento da economia e das exportações, diminuindo

Na perspectiva subjetiva a confiabilidade implica imutabilidade, ou seja, traduz a compreensão de que o ordenamento jurídico do presente não deve modificar aquilo que o do passado já garantiu aos destinatários de sua época, conforme pontua Humberto Bergmann Ávila.³⁸

A confiabilidade nessa feição subjetiva busca proteger as situações que já restaram consolidadas no passado, isto é, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nessa linha de sentido, José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar da necessidade de preservação da confiança e da segurança jurídica, afirma:

Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos.³⁹

Humberto Bergmann Ávila sintetiza a ideia ao afirmar que a confiabilidade, em sua feição subjetiva, implica respeitar no presente o exercício da liberdade juridicamente manifestado no passado.⁴⁰ Em outras palavras, segundo o autor significa a “estabilidade dos efeitos jurídicos atribuídos pelo Direito a atos praticados no passado”⁴¹.

Sem prejuízo da análise da confiabilidade por meio das perspectivas objetiva e subjetiva, ressalta-se que ela também implica proteção judicial.

tanto a taxa quanto a qualidade do investimento e desacelerando o ritmo de expansão da produtividade. A descontinuidade da norma produz, além disso, injustiças, pois prejudica aqueles que, de boa-fé, aplicaram seus recursos em investimentos afundados na expectativa de manutenção das “regras do jogo”. Aumentar a segurança jurídica vai ajudar a tornar o Brasil um país mais próspero e a prevenir algumas injustiças.” (PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações. **Texto para discussão**. Rio de Janeiro, nº. 1125, out. 2005. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2700>>. Acesso em: 20/11/2017).

³⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 665.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 373.

⁴⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 336.

⁴¹ *Ibidem*, p. 294.

A segurança jurídica na dimensão da confiabilidade também exige que o Direito seja dotado de estrutura adequada a assegurar a sua realização, que perpassa, assim, pela existência de um Poder Judiciário independente, pela presença de garantias processuais e de instrumentos processuais capazes de concretizarem os seus fins, tais como o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas corpus*, o *habeas data*, as ações destinadas ao controle concentrado de constitucionalidade.⁴²

Nessa linha de raciocínio, ressalta-se que Hans-Georg Gadamer afirma que o momento da aplicação do Direito é tão relevante e essencial no processo hermenêutico como o momento de sua compreensão e de sua interpretação.⁴³

Desse modo, a existência de estrutura adequada e de instrumentos processuais aptos colabora com a realização da segurança jurídica, na medida em que assegura a realização do Direito e, por corolário, proporciona maior grau de confiança na ordem jurídica.

Por derradeiro, a calculabilidade está relacionada à previsibilidade do Direito futuro; ela se liga, portanto, à possibilidade de o indivíduo, no presente, prever eventuais modificações normativas que serão feitas no futuro. Diz respeito, então, à estabilidade futura do Direito.

A calculabilidade se relaciona, assim, ao modo como as modificações da ordem jurídica são realizadas, de maneira que sejam evitadas alterações bruscas e drásticas, exceto em caso de existência de justas razões.

Ao indivíduo deve ser assegurada a possibilidade de, conhecendo o conteúdo do Direito, pautar e planejar a sua vida com determinado grau de confiança na estabilidade do Direito, bem como com determinado grau de previsibilidade das possíveis modificações que poderá sofrer no futuro, pois, como afirma Humberto Bergmann Ávila, apenas nessa hipótese ele poderá organizar e decidir sobre o seu futuro, ampliando o espectro de sua liberdade.⁴⁴

⁴² ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 578 e ss.

⁴³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 407-408.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 585 e ss.

A calculabilidade não representa, por evidente, a imutabilidade da ordem jurídica, mas simplesmente a possibilidade de se antever, no presente, a intensidade e a direção das modificações futuras que poderão ser realizadas. Relaciona-se, portanto, com a ideia de intensidade, de um lado, e de sentido e continuidade da mudança, de outro lado, a fim de obstar modificações drásticas e bruscas que, despidas de justificadas razões, causem surpresa aos destinatários do Direito.

Humberto Bergmann Ávila afirma que a calculabilidade é elementar para harmonizar o ordenamento jurídico e para preservar o Estado de Direito, de modo que as eventuais modificações futuras da ordem jurídica, quando feitas, devem ser realizadas “de maneira respeitosa, com proteção da confiança, com regras de transição e com cláusulas de equidade (...)”.⁴⁵

Portanto, a calculabilidade impõe aos Poderes constituídos uma espécie de dever de coerência em relação aos atos praticados no passado, de forma que apenas quando existirem justas razões é que poderão deles se distanciarem. Traduz, assim, uma limitação de futuro que se lastreia no passado, a fim de assegurar “que o cidadão possa saber que o Direito de amanhã, inexistindo razões justificadoras de uma mudança, será igual ao de hoje”⁴⁶.

Assim e pelo que até aqui foi exposto, é possível afirmar que a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade são elementos que formam o conceito de segurança jurídica, buscando realiza-la no passado, no presente e no futuro.⁴⁷

Além disso, é possível afirmar que a segurança jurídica se caracteriza como elemento inerente à própria ideia de Direito e é, portanto, inafastável da própria concepção de Estado de Direito, tal como afirma José Augusto Delgado:

O Estado de Direito surgiu na metade do Século XIX em face dos movimentos doutrinários e políticos para a sua consagração. A partir

⁴⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 273.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 620.

⁴⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *op. cit.*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 165.

desse momento, passou a se considerar, em sede de expansão conceitual, que a atuação do Estado, embora voltada para proporcionar o bem comum ou a felicidade da vida, a segurança, a saúde, a educação e a prosperidade dos seus administrados, além de proteger os seus direitos individuais, devia seguir a linha determinada pelo ordenamento legal positivo que ele próprio criou, impondo a si mesmo essas regras, auto limitando-se, o que significou o afastamento do Estado com Poder totalitário. Os reflexos dessas mudanças impõem considerar que o Estado de Direito está sustentado em dois fundamentos: a segurança e a certeza jurídica. Esses princípios são absolutamente necessários para que a função estabilizadora do Poder Judiciário, a quem a Constituição Federal lhe concede a competência para de julgar os litígios, seja desenvolvida com estabilidade e credibilidade.⁴⁸

Uma ressalva final é importante. Quando se fala em segurança jurídica, não se pretende investigar ou apontar determinado sentimento de segurança interno e íntimo de um indivíduo, mas sim uma dimensão valorativa social, estabelecida em dada sociedade por meio de critérios objetivos razoáveis e pautados, sobretudo, na ideia de proteção dos direitos fundamentais.

Nesse ponto Humberto Bergmann Ávila fala sobre o fenômeno valorativo intersubjetivável:

Em todas essas hipóteses, portanto, não se está examinando a segurança jurídica propriamente dita. Está-se falando, simplesmente, de segurança, normalmente na acepção de confiança. A segurança jurídica só entra em cena quando se ultrapassa a dimensão psicológica individual para adentrar a dimensão axiológica social, mas não meramente comportamental: segurança jurídica representa, pois, a segurança como fenômeno valorativo intersubjetivável vinculado ao Direito de uma dada sociedade, quer como valor, quer como norma, tendo o jurídico como seu objeto ou como seu instrumento. A distinção é importante também porque revela uma dissociação entre o conceito de "segurança não-jurídica" e o conceito de "segurança jurídica": alguém pode estar psicologicamente seguro, enquanto privado de ameaças físicas exteriores, como o frio ou a violência, porém sem qualquer segurança jurídica, em face da ausência, decorrente do

⁴⁸ DELGADO, José Augusto. **O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional.** Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/448/O_Princ%C3%ADpio_da_Seguran%C3%A7a_Jur%C3%ADdica.pdf> Acesso em: 20/10/2017. Nessa mesma linha de raciocínio, Hans Kelsen afirma que: "(...) se o estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um estado de Direito, esta expressão representa um pleonasmo. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 32).

arbítrio estatal, da capacidade de conceber e de planejar livremente as suas ações com base no Direito.⁴⁹

Daí sobressai, portanto, a relevância de se estabelecer elementos que formam o conceito de segurança jurídica, a exemplo da cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade, pois a partir deles é possível aferir se de determinada ação individual ou estatal, seja de qual poder constituído for, gera insegurança jurídica e, por consequência, a instabilidade, a desordem nas relações jurídicas e sociais, a violação de direitos fundamentais etc.

Por fim e para além do conceito e elementos acima apresentados, baseados precipuamente na já citada obra de Humberto Bergmann Ávila, outros autores apresentam seu próprio conceito.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, o conceito de segurança jurídica se desenvolve com amparo em duas bases, isto é, na estabilidade, de um lado e, na certeza e calculabilidade de outro lado:

(1) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adaptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estatais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

(2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.⁵⁰

Ambas as bases delineadas por José Joaquim Gomes Canotilho sintetizam, grosso modo, a construção teórica desenvolvida por Humberto Bergmann Ávila.

Desse modo, a característica da estabilidade apresentada por José Joaquim Gomes Canotilho representa o elemento da confiabilidade, que acima foi estudado e que se traduz, em suma, na ideia de perenidade – ainda que

⁴⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 110.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 380.

relativa – da ordem jurídica em vigor e de imutabilidade das situações jurídicas passadas e já consolidadas.

As características da certeza e da calculabilidade, por fim, representam os elementos da cognoscibilidade e da homônima calculabilidade anteriormente estudados, que traduzem, respectivamente, a ideia de inteligibilidade do conteúdo da ordem jurídica vigente e da previsibilidade das modificações normativas futuras.

Por sua vez, Cármen Lúcia Antunes Rocha assevera que segurança jurídica está ligada à ideia de estabilidade das relações jurídicas, seja quanto ao passado, ao presente ou ao futuro:

(...) segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Este direito articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter; com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao seu passado. (...) Segurança jurídica diz, pois, com a solidez do sistema. É desta qualidade havida no ordenamento que emana a sua credibilidade e a sua eficácia jurídica e social.⁵¹

Dito conceito, como se visualiza, aproxima-se daquele já analisado e que se desdobra em três elementos – cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Isso porque abrange aspectos da segurança jurídica relativo ao presente, tal como faz a cognoscibilidade e a confiabilidade – por meio do conhecimento do conteúdo da ordem jurídica vigente e de sua pretensão de perenidade ou durabilidade, ainda que relativa; abrange aspectos do passado, tal como faz a confiabilidade – por meio da pretensão de imutabilidade de situações jurídicas já consolidadas; e, abrange aspectos do futuro, tal como faz a calculabilidade – por meio da ideia de previsibilidade de futuras modificações normativas para eliminar surpresas.

⁵¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *op. cit.*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 168-169.

Por fim, Luiz Guilherme Marinoni afirma que a segurança jurídica é “vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta”, arrematando que ela é “indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’”.⁵²

Logo, o que se vislumbra é que o conceito apresentado pelo referido autor também trabalha com os elementos antes estudados, ao menos a confiabilidade e a calculabilidade, tendo em vista que aponta a necessidade de estabilidade, continuidade e previsibilidade da ordem jurídica para que possa ser caracterizada como segura.

Uma vez delineado o conceito de segurança jurídica por meio da apresentação dos elementos que o constituem, passa-se à análise dos fundamentos da segurança jurídica.

1.2 Fundamentos da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito

O Estado Constitucional de Direito, também denominado de Estado Democrático de Direito⁵³, surge a partir da crise da legalidade estrita ou formalista que foi vista no contexto do Estado Legal de Direito, cujo ápice ocorreu no século XX após o desfecho da Segunda Guerra mundial.⁵⁴

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 118-119.

⁵³ Luis Roberto Barroso faz menção à existência de múltiplas expressões para designar a mesma ideia de conformação de Estado e de ordem jurídica surgida após o impacto do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Para maior aprofundamento, vide: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23. Para os fins do presente trabalho, adota-se a expressão ‘Estado Democrático de Direito, porquanto utilizada no Brasil pela Constituição Federal, por meio do *caput* do artigo 1º (“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...))”. Por fim, observa-se que a ideia de constitucionalismo do pós-segunda guerra ou neoconstitucionalismo será melhor analisado no capítulo 2 deste trabalho.

⁵⁴ A expressão ‘Estado Constitucional de Direito’ é utilizada por Luigi Ferrajoli para designar o modelo de Estado e, por consequência, de ordem jurídica surgida no século XX, sobretudo depois da Segunda Guerra mundial. Dita expressão denota modelo de Estado com poderes tripartidos, na esteira do que foi concebido por Montesquieu, bem como Estado lastreado em

Por conta de determinados eventos históricos, sobretudo as grandes guerras, passou-se a questionar o modelo estatal pautado na supremacia da lei e no princípio da legalidade formal. A partir disso sobressaiu a necessidade de aproximar o Direito dos valores morais e humanos fundamentais e de restaurar a ideia de o Direito também servir como instrumento de limitação do poder estatal.

Foram os ideais do constitucionalismo⁵⁵ do segundo pós-guerra que contribuíram, portanto, para a transição de um modelo estatal a outro e para todas as suas consequências, especialmente quanto à maneira de elaborar o Direito e de definir o seu sentido.

Foi por meio do referido movimento histórico, político e filosófico que se difundiu a ideia de limitação do poder estatal por meio de uma Constituição, em cujo bojo se estabelece e protege uma gama de direitos tidos como fundamentais à pessoa humana.

Sobre o assunto, Luís Roberto Barroso afirma que “por constitucionalismo deve ser compreendida a ideia de Estado de Direito, de limitação de poder e de proteção aos direitos fundamentais.”⁵⁶

O constitucionalismo, assim, é produto de modificações relativas à maneira de se refletir e de se realizar o direito constitucional e, com ele, toda a ordem jurídica.

Como menciona Luís Roberto Barroso, foram o pensamento pós-positivista, a modificação do papel do Poder Judiciário e a ideia de jurisdição

ordem jurídica, em cujo centro se encontra lei maior, denominada de Constituição, que não apenas estabelece os poderes e funções do Estado, bem como defini limitações a esses poderes, mas, acima de tudo, estabelece a proteção de direitos tidos como fundamentais, retirando-os do âmbito de debate da arena política. Por fim e a título de esclarecimento, o autor utiliza a expressão ‘Estado de Direito’ para designar gênero, do qual são espécies o ‘Estado Legal de Direito’, que é o modelo de Estado surgido após a Revolução Francesa e com contornos estritamente positivistas, e o ‘Estado Constitucional de Direito’. Para maior análise acerca do assunto, vide: FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. Tradução de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

⁵⁵ O tema ‘constitucionalismo’ será abordado de forma mais detida no capítulo 2 desta dissertação.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 31/03/2017.

constitucional que viabilizaram o espaço para o que ele designa como constitucionalismo de princípios ou principiológico, direcionado, sobretudo, à realização de direitos fundamentais.⁵⁷

Disso se extrai que o surgimento do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Democrático de Direito) decorre do mencionado movimento constitucionalista e tem dois compromissos essenciais e bem definidos, que são a proteção dos direitos tidos como fundamentais à pessoa humana e, por eles e sobretudo por meio deles, a limitação do poder estatal.

Nos países ocidentais e, sobretudo, naqueles em que se percebe uma ordem jurídica pautada na tradição da *civil law* – a exemplo do Brasil –, a proteção desses desideratos do Estado Democrático de Direito está pautada em uma ordem jurídica estabelecida, fundada em uma Constituição, que, por sua vez, serve de parâmetro para a leitura de toda aquela ordem jurídica e que coloca o povo (a pessoa humana) no centro da organização social.⁵⁸

Para que a mencionada proteção seja realizada de forma plena, é necessário que essa ordem jurídica estabelecida seja compreendida, seja garantida, seja estável e também previsível, sobretudo aos olhos daqueles que estão no centro da organização social (o indivíduo, o povo), pois sem isso não há como se falar em proteção aos direitos fundamentais e, por consequência, na possibilidade de a pessoa humana se desenvolver com plenitude e exercer suas liberdades públicas.

O Direito está, portanto, diretamente relacionado ao Estado Democrático de Direito e, como tal, revela-se como sendo um mecanismo de estabilidade, de segurança da ordem social e de realização de direitos fundamentais.

Nesse sentido, João Baptista Machado afirma que:

Uma das principais funções das instituições sociais é criar estruturas de ordem e estabilidade nas relações entre os membros da comunidade. Cabe ao direito acrescentar a essa estabilidade

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 31/03/2017.

⁵⁸ A tradição jurídica da *civil law* – sua formação, características principais e transformações – será objeto de análise no capítulo segundo deste trabalho.

ordenadora das instituições sociais uma segurança ordenadora específica e própria a que se pode dar o nome genérico de segurança jurídica. Daí que, sendo a segurança uma das exigências feitas ao Direito, acaba por representar uma tarefa ou missão contida na própria ideia de Direito.⁵⁹

Theophilo Cavalcanti Filho posiciona a segurança jurídica como razão fundamental do Direito e finaliza afirmando que “a certeza e a segurança jurídica tem em última análise como ponto básico o Direito estatal ao qual cabe, como atributo essencial, o de se fazer valer de forma inexorável”⁶⁰.

Por sua vez, Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma que a segurança jurídica está ligada à ideia de estabilidade das relações jurídicas, ou seja, ela permeia a própria ideia de Direito:

(...) segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Este direito articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter; com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao seu passado. (...) Segurança jurídica diz, pois, com a solidez do sistema. É desta qualidade havida no ordenamento que emana a sua credibilidade e a sua eficácia jurídica e social.⁶¹

Jorge Amaury Maia Nunes, de seu turno, chega a afirmar que, além de a segurança jurídica encontrar fundamento na própria ideia de Direito, ela tem validade universal e pode ser examinada em qualquer ordem jurídica:

Assim, e em arremate ao ponto, é possível afirmar, sem receio, que o princípio da segurança jurídica tem validade universal e pode ser examinado em qualquer ordenamento jurídico. Não importa a que escola esteja vinculado o pesquisador (formalista, idealista, realista etc), sempre a segurança jurídica informará o Direito como princípio,

⁵⁹ MACHADO, João Baptista. *op. cit.*, p. 55.

⁶⁰ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *op. cit.*, p. 51.

⁶¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *op. cit.*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 168-169.

como razão fundante. O que pode variar é a extensão e a densificação que se possa dar ao princípio.⁶²

Hans Kelsen também coloca a ideia de segurança jurídica como diretamente ligada à ideia de Estado de Direito, ao afirmar que:

(...) se o estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um estado de Direito, esta expressão representa um pleonismo. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica”.⁶³

Não é por outra razão que José Joaquim Gomes Canotilho afirma que dois são os princípios que constituem o Estado de Direito: “o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão”⁶⁴.

Conclui-se, portanto, que a segurança jurídica se apresenta como necessária e fundamental para realização dos fins do Estado Democrático de Direito e do próprio Direito, pois por meio da realização dos elementos que constituem o seu conceito, isto é, da cognoscibilidade, da confiabilidade e da calculabilidade, impõe-se verdadeira limitação ao poder estatal e se permite o desenvolvimento pleno do indivíduo.

A segurança jurídica, assim, vincula-se à ideia de dignidade da pessoa humana⁶⁵, que se caracteriza por ser aquele plexo de direitos inerentes ao ser humano e que lhe viabiliza a autodeterminação, o desenvolvimento pleno e livre e a vida pautada em uma reserva mínima de proteção no contexto público e privado.

⁶² NUNES, Jorge Amaury Maia. *op. cit.*, p. 87.

⁶³ Kelsen, Hans. *op. cit.*, p. 32.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 376.

⁶⁵ Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana: “Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.)

Humberto Bergmann Ávila afirma que a segurança jurídica é pressuposto jurídico para a realização da dignidade da pessoa humana, de modo que sem uma ordem jurídica inteligível, estável e previsível é impossível aos indivíduos se autodeterminarem e desenvolverem suas vidas com a efetiva proteção aos direitos fundamentais.⁶⁶

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que a dignidade da pessoa humana se relaciona com a segurança jurídica que, de seu turno, embasa a ideia de Estado de Direito:

Se partirmos do pressuposto de que a dignidade da pessoa pode ser definida como sendo “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”, ver-se-á que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.⁶⁷

Por fim, José Augusto Delgado também conecta a dignidade da pessoa humana à segurança jurídica, ao afirmar que a falta desta no âmbito de todos os Poderes constituídos definha a estabilidade social, afronta os direitos da cidadania e a dignidade humana.⁶⁸

O que se vislumbra, portanto, é que o Estado Democrático de Direito está pautado em dada ordem jurídica estabelecida, fundada em uma Constituição dotada de força normativa, que, por sua vez, serve de parâmetro

⁶⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 225.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 91.

⁶⁸ DELGADO, José Augusto. *op. cit.*. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/448>>. Acesso em: 20/10/2017.

para a leitura de toda a ordem jurídica e que situa o povo (a pessoa humana) no centro da organização social e jurídica.

Para que tudo isso seja concretizado de forma plena, é necessário que essa ordem jurídica estabelecida seja compreendida, seja estável e previsível, sobretudo aos olhos daqueles que estão no centro da organização social (o indivíduo, o povo), pois sem isso não há como se falar em garantia de direitos fundamentais e, por consequência, na possibilidade de a pessoa humana se desenvolver com plenitude e exercer suas liberdades públicas.

Portanto, a segurança jurídica não apenas está ligada à ideia de Estado Democrático de Direito – e dela decorre –, como é imprescindível para a proteção da dignidade da pessoa humana.

No item seguinte, a segurança jurídica será contextualizada como direito fundamental na atual ordem constitucional brasileira.

1.2.1 A segurança Jurídica na Constituição Federal de 1988

A República Federativa do Brasil é, conforme disposição expressa contida na Constituição Federal de 1988⁶⁹, um Estado Democrático de Direito. Como tal, consagra em seu bojo a segurança jurídica, muito embora não o faça de forma explícita em seu texto.

Celso Antônio Bandeira de Melo, acerca da segurança jurídica, assevera que “este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”.⁷⁰

⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

⁷⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Mandamentos, 2005, p. 118.

Embora não seja possível localizar a expressão ‘segurança jurídica’ em um dispositivo constitucional determinado⁷¹, o compromisso da República Federativa do Brasil com a sua realização pode ser extraído no texto constitucional positivado de forma direta ou indireta. O preâmbulo do texto dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁷²

Acerca do assunto, Estefânia Maria de Queiroz Barboza afirma que a segurança jurídica é princípio fundante do Estado Democrático de Direito brasileiro:

(...) a segurança é princípio fundante do Estado Constitucional brasileiro. A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu preâmbulo, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira.⁷³

Além das disposições contidas no preâmbulo do texto constitucional, do *caput* do artigo 5º também é possível extrair, com força normativa

⁷¹ Muito embora não seja possível localizar a expressão ‘segurança jurídica’ no texto constitucional, a expressão ‘insegurança jurídica’ pode ser encontrada na redação artigo 103-A, §1º, que foi incluído por meio da Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004. Tal expressão, ainda que de um modo inverso, revela o compromisso da Constituição Federal brasileira com a ideia de segurança jurídica.

⁷² Embora despidido de força normativa, conforme já reconheceu o Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.076 em 15/08/2002, o preâmbulo “deve sintetizar sumariamente os grandes fins da Constituição, servindo de fonte interpretativa para dissipar as obscuridades das questões práticas e de rumo para a atividade política do governo”, conforme explicita Alexandre de Moraes (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 51).

⁷³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 236.

incontestavelmente maior, o compromisso acerca da realização da segurança jurídica:

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:

Embora o *caput* do referido artigo 5º não veicule textualmente a expressão ‘segurança jurídica’, fazendo alusão apenas a ‘segurança’, que por assim ser pode denotar que se trata apenas da proteção de aspectos físicos dos indivíduos, isto é, aquela proteção relativa à incolumidade física dos cidadãos, é inegável que a segurança jurídica ali está abrangida, vez que se trata de dispositivo com linguagem ampla e irrestrita e, para além disso, não há como se idealizar a concretização da segurança à incolumidade física sem se pressupor também a concretização da segurança jurídica, conforme afirma Humberto Bergmann Ávila.⁷⁴

Para além disso, o inciso XXXVI do mesmo dispositivo constitucional dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Referida proteção recai sobre situações jurídicas consolidadas e passadas que, como visto no primeiro item deste capítulo, liga-se à ideia de confiabilidade do Direito em sua feição subjetiva, isto é, aquela relacionada à imutabilidade das relações jurídicas fundadas e estabilizadas em ordem jurídica passada.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 203.

De seu turno, o artigo 103-A, §1º da Constituição Federal⁷⁵, que foi incluído por meio da Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004, trata dos objetivos da chamada súmula vinculante⁷⁶.

Do que se extrai do dispositivo, a súmula vinculante tem por escopo eliminar controvérsia existente em sede de órgãos judiciais ou administrativos acerca da validade, da interpretação e da eficácia de determinadas normas jurídicas, tudo para se evitar a instalação ou para eliminar crise de insegurança jurídica já instalada.

Em inúmeros outros dispositivos constitucionais também se contempla a proteção conferida a alguns dos elementos da segurança jurídica analisados no primeiro item deste capítulo.

Em matéria tributária, a título de exemplo, existem princípios que estabelecem limites ao chamado poder de tributar. Entre eles, é possível listar o princípio da anterioridade e o da irretroatividade que, respectivamente, objetivam tutelar a calculabilidade – aqui possibilitando ao contribuinte tempo presumidamente hábil para se adequar à incidência de novo tributo ou à majoração de algum já existente, isto é, viabilizando a ideia de previsibilidade de futura mudança normativa – e tutelar a confiabilidade – aqui assegurando que a nova legislação tributária não incidirá sobre fatos ocorridos em lapso temporal anterior à sua vigência.⁷⁷

⁷⁵ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

⁷⁶ Para análise aprofundada a respeito do tema 'súmula vinculante', vide: NUNES, Jorge Amaury Maia. *op. cit.*.

⁷⁷ Tais princípios encontram-se positivados no artigo 150, inciso III e alíneas da Constituição Federal, que assim dispõe: "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;".

Nota-se, assim, que o constituinte brasileiro alçou a segurança jurídica ao patamar de princípio⁷⁸ que, por consequência, deve permear a atividade de cada um dos Poderes constituídos e, para além disso, deve ser concretizado ao máximo no contexto de todas as relações jurídicas existentes no âmbito da sociedade.⁷⁹

Sobre o assunto, Flávia Cristina Piovesan assevera que a segurança jurídica constitui direito fundamental do indivíduo, porque sem ela não há como se idealizar a concretização de outros direitos tidos como fundamentais.⁸⁰

De outro turno, Ingo Wolfgang Sarlet liga a segurança jurídica no contexto brasileiro à ideia de dignidade da pessoa humana. Segundo o autor, a segurança jurídica representa verdadeira aspiração humana, vez que por meio de instituições estáveis, entre elas a ordem jurídica, é possível ao cidadão elaborar e a realizar projetos de vida.⁸¹

É possível concluir, então, que a segurança jurídica é inerente ao Estado Democrático de Direito brasileiro e dele necessariamente decorre. É por meio da realização da segurança jurídica que se consegue assegurar a inteligibilidade, a estabilidade e a previsibilidade da ordem jurídica e, por consequência, a

⁷⁸ Utiliza-se a expressão 'princípio' no sentido construído por Celso Antonio Bandeira de Mello, a saber: "Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *op. cit.*, p. 817-818). Independentemente do conceito citado, ressalta-se que há relevante debate em campo doutrinário acerca da definição de regras e de princípios, com compreensões bastante distintas, tal como se pode conferir nas obras de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Humberto Bergmann Ávila. Contudo, por razões de limitação do objeto do presente trabalho, a análise passará ao largo do assunto.

⁷⁹ Uma ressalva aqui é importante: a segurança jurídica enquanto certeza é utopia, isto é, é ideal inalcançável. Contudo, não é porque se constitui ideal inatingível que não deve ser almejada, porque isso ao menos reduzirá a insegurança jurídica a níveis aceitáveis, conforme aponta Neil McCormick (MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 11 *apud* BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 237)

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia Cristina; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 47.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 91.

efetividade de outros direitos fundamentais, sobretudo os de liberdade e igualdade.

Logo, a segurança jurídica se apresenta na ordem jurídica constitucional brasileira como um direito fundamental do indivíduo que está ligado ao conhecimento, à estabilidade e à previsibilidade do Direito que permeia as relações intersubjetivas.

Sobre a importância da segurança jurídica, Celso Antônio Bandeira de Melo afirma que se ela não é o princípio mais relevante, é, incontestavelmente, um dos mais importantes.⁸²

Assim, a segurança jurídica no contexto brasileiro decorre da própria ideia de Estado Democrático de Direito e diante dele se apresenta como princípio (ou direito fundamental), tendo em vista que da sua ausência sobressai um sem número de consequências nefastas, em especial a instabilidade das relações jurídicas e a desordem social, que impedem o indivíduo de se realizar plenamente.

A ausência de segurança jurídica descaracteriza a própria ideia de Estado Democrático de Direito, tornando-o um Estado de não Direito, e, além disso, faz ruir a própria ideia de Direito enquanto mecanismo de regulação e ordenação social.

Desse modo, fica claro que a segurança jurídica representa um princípio relevante e irrenunciável do Estado brasileiro que tem a expressa pretensão constitucional de ser democrático, pois sem ela não há como se falar em promoção da estabilidade das relações jurídicas, da paz, da ordem social e, sobretudo, de proteção aos direitos fundamentais.

Apresentadas essas considerações, passa-se à análise da segurança jurídica no contexto dos atos jurisdicionais, que é um dos temas centrais da presente dissertação.

⁸² MELO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 119.

1.3. Segurança jurídica e os atos jurisdicionais

Como até aqui é possível visualizar, o presente capítulo da dissertação tem como objeto a segurança jurídica. Em seu primeiro item objetivou-se analisar o conceito e os elementos da segurança jurídica, ao passo que no segundo item passou-se a estudar os fundamentos da segurança jurídica, inclusive no contexto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste terceiro e último item, o que se pretende é analisar e demonstrar que a segurança jurídica, ao menos no atual contexto de ordens jurídicas de tradição *civil law*⁸³, como é o caso da brasileira, deve ser perseguida e concretizada não apenas por meio do Direito legislado, isto é, dos textos normativos gerais e abstratos, tal como idealizado no contexto da Revolução Francesa.

O que se pretende neste item é demonstrar que, em virtude das inúmeras transformações pelas quais atravessou a tradição jurídica da *civil law*, o papel do Poder Judiciário restou sensivelmente modificado, a ponto de colocá-lo como partícipe do processo de construção da norma jurídica e, portanto, do próprio Direito.

Assim, o foco da segurança jurídica que antes recaia apenas sobre o Direito legislado deve agora recair também sobre os atos jurisdicionais.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se ao desenvolvimento da tarefa aqui proposta.

Diz-se que a gênese da tradição jurídica da *civil law* se relaciona, em significativa medida, com a história da Europa continental e, em especial, com a história do Direito Romano.

⁸³ No capítulo 2 da presente dissertação serão analisadas as tradições da *common law* e da *civil law*, bem como as transformações pelas quais passou esta última. Lá, portanto, serão apresentadas considerações e reflexões acerca da formação das tradições, suas principais características, além de considerações propedêuticas para a distinção entre tradição jurídica, de um lado, e sistemas ou ordens jurídicas, de outro lado.

Em síntese, vez que o assunto será melhor desenvolvido no capítulo segundo desta dissertação, é possível afirmar que o marco inicial da tradição jurídica da *civil law* remonta a tempos anteriores ao início da era cristã.

Segundo John Henry Merryman, o embrião da referida tradição foi lançado com a publicação da Lei das Doze Tábuas, no ano de 450 a.C.⁸⁴ Após inúmeros séculos vieram as compilações de Justiniano I que foram responsáveis por marcarem de maneira significativa a formação da tradição da *civil law*.

No ano de 534 d.C., o imperador bizantino Justiniano I publicou o *Corpus Juris Civilis*, cujo objetivo era sistematizar, reorganizar e consolidar, isto é, codificar o Direito Romano, sobretudo em razão das pretensões de expansão e unificação do império, além daquelas pretensões relativas à resolução de conflitos e dúvidas oriundas das interpretações possíveis a respeito do Direito em vigor à época.⁸⁵

Curioso de se destacar é que, além de sistematizar, organizar e consolidar o Direito em vigor na época, o *Corpus Juris Civilis* estabelecia a vedação acerca da consulta aos comentários dos jurisconsultos, bem como a interpretação a respeito do próprio texto do *Corpus*. Em outras palavras, o *Corpus Juris Civilis* carregava consigo a pretensão de completude, isto é, a pretensão de reunir todas as regras necessárias em um único corpo e, com isso, de resolver por si só todos os conflitos existentes, característica essa que restará evidente no contexto pós-revolucionário Francês.

Na Europa oriental o *Corpus Juris Civilis* vigorou até a queda do Império Romano, ocorrida em 1.453. Já na Europa ocidental, entretanto, o *Corpus Juris Civilis* permaneceu praticamente desconhecido durante todo o medievo, sobretudo após a queda do Império Romano do ocidente no século V.

Somente no século XI em diante, ante o surgimento das universidades europeias – em especial a de Bolonha, na Itália –, é que o Direito Romano foi redescoberto e passou a se situar no centro dos estudos.⁸⁶

⁸⁴ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: FCE, 197 2. p. 19.

⁸⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 33 e ss.

⁸⁶ DAVID, René. *op. cit.*, p. 33-34.

Inúmeras eram as escolas que se formaram para estudar o *Corpus* no mencionado centro acadêmico, mas a que mais se destacou, ao menos em termos de importância histórica por conta da ampla produção e difusão dos trabalhos, foi a escola dos glosadores.⁸⁷

Desenvolveu-se, assim, uma ciência do Direito por meio do trabalho desenvolvido pelos professores e estudantes bolonheses, que foi difundido por quase todo território da Europa continental e influenciou a formação e desenvolvimento de cada ordem jurídica ali existente. Tal ciência era erudita e teórica, como observa Estefânia Maria de Queiroz Barboza, aproximando-se mais do sistemático Direito Romano que das demais fontes estudadas à época.⁸⁸

Contudo, na linha de formação da tradição jurídica da *civil law*, foi a Revolução Francesa ocorrida em 1.789 o evento de maior importância.

Por meio da Revolução Francesa estabeleceu-se novo modelo de Estado e, com ele, novo modelo de ordem jurídica, rompendo-se com a antiga ordem legal até então existente no território francês e que, por corolário, impactou na ordem jurídica de todas as nações da Europa continental.

Assim, a Revolução Francesa foi o evento responsável pela queda do absolutismo monárquico e pela ascensão da burguesia e do parlamento ao poder. Caracteriza-se, assim, como importante marco histórico, a partir do qual houve a implementação de nova ordem jurídica que era alheia às concepções monárquicas e, especialmente, avessa ao poder conferido aos magistrados, que até então eram aliados à aristocracia feudal.

Os revolucionários, portanto, objetivaram limitar os poderes do soberano e, sobretudo, dos juízes que, à época, eram parciais aos interesses daquele. Existia forte comprometimento em relação à lisura dos magistrados, haja vista que os cargos eram herdados e comprados e, assim sendo, eles poderiam ser tendenciosos aos interesses do monarca para manutenção do *status quo*.⁸⁹

⁸⁷ MERRYMAN, John Henry. *op. cit.*, p. 31.

⁸⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 69.

⁸⁹ Antonio Manuel Hespanha afirma que “a Revolução tinha sido feita também contra a tirania dos juízes que, apoiados no caráter casuísta e flexível do direito tradicional, tornavam o direito num saber hermético, cujos resultados eram imprevisíveis e incontroláveis pelos cidadãos.”

Por essa razão e com o escopo de assegurar os ideais da revolução – liberdade, igualdade e fraternidade –, é que Montesquieu idealizou a criação de Estado com os poderes distribuídos e com a supremacia de um deles, o Poder Legislativo, a quem era atribuída a competência de produzir as leis que representavam a vontade geral do povo⁹⁰. E mais, idealizou tal modelo tripartido visando, precipuamente, limitar os poderes dos juízes, a quem caberia apenas a tarefa de ser a boca da lei.⁹¹

A lei, portanto, era o instrumento capaz de operacionalizar a tripartição de poderes e concretizar os ideais revolucionários, pois, de um lado, ela era o produto do Parlamento – o Poder soberano e que era formado por representantes de todas as classes do povo – e, de outro lado, ela trazia consigo e de modo suficiente todas as soluções e respostas, cabendo aos magistrados apenas a tarefa de reproduzir seus termos, o que traduzia, na prática, verdadeira limitação de poder dos juízes e garantia de segurança jurídica.⁹²

A segurança de realização dos ideais revolucionários, assim, foi depositada na figura da lei que, representando a vontade geral, seria de todos conhecida, a todos igualmente aplicada e, para além disso, representaria, ante a pretensão de completude e abstração dos textos legais, limitadora dos poderes dos juízes, a quem caberia apenas identificar a norma jurídica e aplicá-la ao caso concreto que lhe fosse apresentado. Portanto, ao Parlamento cabia criar as leis; ao Judiciário, apenas dizê-las.

(HESPAÑA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boitex, 2005, p. 347).

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 69.

⁹¹ Montesquieu afirmava que os magistrados de uma nação não eram mais “que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180).

⁹² Por essa razão é que Rainer Grote observa que havia verdadeiro culto à lei, sobretudo por influência da filosofia política do Iluminismo, ressaltando que as obras de Jean-Jacques Rousseau é que foram as principais responsáveis por atribuir qualidades quase que divinas à lei. Assim, a lei era cultuada porque, na condição símbolo da vontade geral, não poderia violar as liberdades dos cidadãos. A partir daí, portanto, erigiu-se modelo de Estado (de Direito) fundado na soberania Parlamentar e, por consequência, no princípio da legalidade. No contexto desse novo modelo de Estado, o Poder Judiciário era tido como ‘poder nulo’ (GROTE, Rainer. **Rule of Law, Rechtsstaat y État de Droit**. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 6-7).

A partir disso surgiram as grandes codificações, a exemplo do Código Civil napoleônico de 1.804. Tal fenômeno marcou o desenvolvimento da tradição jurídica da *civil law* e influenciou inúmeras ordens jurídicas mundo a fora, inclusive a do Brasil.⁹³

A codificação, é importante ressaltar, foi idealizada no contexto francês para instrumentalizar as pretensões de monopolização e estatalização do Direito, bem como para facilitar o acesso ao Direito, limitando, assim, os poderes dos magistrados e, de outro lado, conferindo maior segurança jurídica, porque a ordem jurídica, em princípio, se tornaria mais conhecida e previsível pelos destinatários.

A segurança jurídica, enquanto atributo de uma ordem jurídica certa, estável e previsível, somente era possível naquele contexto pós-revolucionário, por meio da lei, conforme pontua Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

A certeza e segurança jurídicas sempre foram importantes temas de preocupação dos sistemas de tradição romano-germânica. Por óbvio que todos os sistemas jurídicos têm como preocupação a segurança e certeza do direito, mas nos de tradição de *civil law* esses teriam um valor supremo, como um dogma, e a proteção a este valor seria alcançada por meio da lei, dos códigos, de conhecimento e acesso de toda população. A segurança na lei acaba por se relacionar à desconfiança no juiz que é proibido de criar o direito, por meio das decisões judiciais, justamente no interesse da certeza e previsibilidade. Do mesmo modo, as leis também deveriam ser claras, completas e coerentes para que se garantissem a certeza e a previsibilidade, preocupação que demonstrava o desejo de tornar o Direito a salvo e protegido dos juízes.⁹⁴

⁹³ Nesse sentido, destaca Estefânia Maria de Queiroz Barboza: “Desse modo, outras fontes do direito, como o *jus commune* e o direito canônico, perderam espaço, passando o Estado a ser considerado como única fonte do Direito. Ou seja, a ideia passa a ser a de um direito unificado, que substitui o sistema pluralista de fontes do direito por um único texto Legislativo completo e de valor geral. Para além disso, é de ressaltar a ideia de novidade instaurada pelo Código, que representa não apenas uma compilação de leis preexistentes, mas também de ruptura e ab-rogação do direito preexistente. Outra característica importante e necessária ao Código é sua pretensão plenitude, completude, o que garantiria ao juiz ter sempre na lei a resposta para resolver os problemas que lhe fossem submetidos. É como se a norma já estivesse prevista *a priori*, bastando o juiz descobri-la, desvendá-la, quando da análise do caso concreto.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 72.).

⁹⁴ *Ibidem*, p. 75.

Era sobre a lei, assim, que miravam (e até hoje ainda miram, ao menos em alguma medida) os holofotes da segurança jurídica.

Ocorre que o Direito codificado não foi imune à interpretação dos juízes, embora levasse consigo a pretensão de o ser. A lei, portanto, não era o instrumento completo e suficiente para oferecer soluções e respostas para todos os conflitos e situações da vida, como idealizaram os revolucionários franceses.⁹⁵

A realidade da vida era (e ainda é...) rica e complexa, de modo que a capacidade criativa de determinado grupo de parlamentares não consegue acompanhá-la. Demais disso, os textos legais produzidos não eram isentos de expressões dúbias e contraditórias, razão pela qual demandavam o desenvolvimento de atividade de compreensão para além de sua mera reprodução literal.

Por isso, portanto, percebeu-se que a atividade dos juízes não se limitava a mera identificação da norma jurídica enquanto produto pronto, acabado e contido no texto codificado. Tal atividade era interpretativa e, não raras vezes, integrava intensamente o processo de significação ou até de criação do Direito, isto é, da norma jurídica aplicável.⁹⁶

Não fosse apenas isso, a crise da legalidade formalista vivenciada, sobretudo, após a Segunda Guerra mundial colocou em xeque a capacidade de a lei e o Poder Legislativo regular adequadamente a vida social e política.

Por conta disso, rompeu-se com a concepção meramente formalista do princípio da legalidade, aproximando o Direito dos valores morais e humanos, tudo para restaurar a ideia de que a ordem jurídica também deve servir como instrumento de limitação do poder e de realização de direitos fundamentais.⁹⁷

⁹⁵ MARINONI, Luis Guilherme. *op. cit.*, p. 52.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** p. 11-12. Disponível em: <http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 26/09/2017.

⁹⁷ A título de esclarecimento, o assunto será melhor analisado no capítulo 2 desta dissertação.

Surgiu, a partir de então, o que se convencionou chamar de Estado Constitucional de Direito ou Estado Democrático de Direito, no bojo do qual está difundida a ideia da força normativa e do império da constituição sobre a lei, com o escopo de assegurar a máxima vinculação e submissão de todos os Poderes constituídos e entes estatais, além de tutelar os direitos tidos como fundamentais^{98 99}.

Conforme afirma Estefânia Maria de Queiroz Barboza, após o desfecho da Segunda Guerra mundial e, em especial, pelas atrocidades que foram praticadas naquele contexto, inúmeros países do continente europeu positivaram direitos fundamentais em suas novas cartas constitucionais.

A autora ainda afirma que igual fenômeno também foi visto em países de outros continentes, a exemplo do Brasil, que estabeleceram regimes

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* p. 11-12. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 26/06/2016, p. 3-6.

⁹⁹ Luigi Ferrajoli, no contexto do que se convencionou chamar de constitucionalismo do segundo pós-guerra, resalta as modificações de paradigma em relação à (i) estrutura do direito, isto é, à validade da norma jurídica; (ii) à ciência jurídica e (iii) à jurisdição. Em relação à estrutura do direito afirma: “Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.”. No que diz respeito à ciência jurídica, assevera: “Cambia, en segundo lugar, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto. En efecto, en el estado constitucional de derecho la constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.”. Por fim, quanto à jurisdição diz: “Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten.” (FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*. Tradução de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 34-35).

democráticos após longo período de regimes de exceção, com vistas a uma especial proteção aos direitos humanos fundamentais.¹⁰⁰

As cartas constitucionais forjadas no referido contexto continham em seu bojo direitos fundamentais plasmados como forma de limitar os poderes do Estado e de salvaguardá-los do debate democrático do Parlamento.

Tal modelo de ordem jurídica constitucional provocou mudanças na organização política e jurídica dos países, especialmente naqueles de tradição *civil law*, cujos sistemas jurídicos eram pautados na primazia da lei (como expressão da vontade geral) e na supremacia do Poder Legislativo.

Por conta da posição central ocupada pelas cartas constitucionais, inclusive como forma de retirar da deliberação política majoritária as questões envolvendo, principalmente, os direitos fundamentais, deslocou-se a supremacia do Poder Legislativo para a própria Constituição, cabendo ao Poder Judiciário a sua proteção por meio do que se denominou *judicial review*¹⁰¹.

Em razão do deslocamento da supremacia para a carta constitucional, o Poder Judiciário assumiu papel relevante na proteção dos direitos humanos¹⁰² positivados no texto constitucional, o que Estefânia Maria de Queiroz Barboza chama de revolução dos direitos humanos¹⁰³.

Para além da aproximação entre Direito e moral por meio da positivação nas Constituições da tutela aos direitos fundamentais, notou-se também a

¹⁰⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 77. A autora afirma, ainda, que: “Destarte, enquanto a Segunda Guerra Mundial representou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra veio a representar o resgate com a ética e o esforço para reconstrução dos direitos humanos banalizados durante a Guerra.” (*Ibidem*, p. 82)

¹⁰¹ A expressão *judicial review* designa, em linhas gerais, o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário e sem o qual não há que se falar em proteção aos direitos fundamentais. (GROTE, Rainer. **Rule of Law, Rechtsstaat y État de Droit**. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016).

¹⁰² No presente trabalho as expressões ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’ são utilizadas como sinônimas, designando a proteção conferida aos direitos, bens e valores tidos como indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. André de Carvalho Ramos, contudo, faz interessantes apontamentos sobre a distinção entre as expressões. Segundo ele, tais expressões passaram a ter uso corrente no século XXI. A expressão ‘direitos humanos’ designaria a proteção conferida em plano ou matriz internacional, ao passo que a expressão ‘direitos fundamentais’ designaria a mesma proteção, mas conferida em arena interna, sobretudo aquela positivada nos textos constitucionais. (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45).

¹⁰³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 77.

criação de Constituições analíticas¹⁰⁴, de modo que a constitucionalização pormenorizada dos mais variados temas deu causa, entre outros fatores que serão vistos no capítulo segundo, ao que se convencionou chamar de judicialização da política.

O fenômeno da judicialização traduz a tomada de decisão pelo Poder Judiciário de questões de ampla repercussão social e política, cujas sedes tradicionais de deliberação eram eminentemente políticas e de competência dos Poderes Executivo e Legislativo.¹⁰⁵

A judicialização da política também foi responsável pela expansão do *judicial review*, que, por sua vez, implicou transformação no papel do Poder Judiciário da tradição da *civil law*.¹⁰⁶

O impacto do constitucionalismo, portanto, transformou a compreensão acerca do papel e da posição da Constituição e, por consequência, do princípio da legalidade, que antes era meramente formal e passou a ser substancial, conforme afirma Luigi Ferrajoli.¹⁰⁷

Essa transmutação do princípio da legalidade formal em substancial traz consigo a exigência de uma modificação do próprio papel do Poder Judiciário, vez que a proteção conferida aos direitos fundamentais é principiológica e feita por meio de linguagem aberta, imprecisa e porosa.

Em decorrência disso e, sobretudo, por consequência do caráter aberto e abstrato do texto constitucional, especialmente daqueles que estabelecem a

¹⁰⁴ Luís Roberto Barroso afirma que Constituições analíticas são aquelas que desenvolvem “em maior extensão o conteúdo dos princípios que adotam, resultando em um aumento de seu texto e em uma redução do espaço de conformação dos Poderes constituídos. Exemplos desse formato são as Constituições da Espanha, de Portugal, da Índia. Também é o caso da Constituição brasileira, que, sem embargo de suas múltiplas virtudes reais e simbólicas, é – mais do que analítica – casuística no tratamento de diversos temas, regulando-os em pormenor” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 82).

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Bahia, nº. 18, abr./dez, 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 18/08/2016.

¹⁰⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 77.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi (Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 53.

proteção aos direitos fundamentais, nota-se maior atividade por parte do Poder Judiciário.

Dito de outro modo, o Poder Judiciário, antes mera boca da lei, passa a ter papel mais ativo, em razão da necessidade de assegurar solidez e significado aos textos gerais e abstratos quando lhe são submetidos os casos concretos para análise.

Para além disso, o Poder Judiciário passou a ser chamado para tratar de questões antes relegadas à arena eminentemente política, ressaltando seu protagonismo entre os Poderes constituídos.

Por tudo isso, o Poder Judiciário passou a participar do processo de construção da norma jurídica, sobretudo no âmbito da jurisdição constitucional. Deixou de ser, portanto, um “poder nulo”¹⁰⁸ para ser um “espaço público neutro”¹⁰⁹.

Pelo que foi exposto, observa-se que a tradição jurídica da *civil law* sofreu sensíveis modificações em sua conformação, em especial naquela idealizada no contexto da Revolução Francesa.

Tal modificação impactou, sobretudo, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário que atualmente, como foi visto, não se caracteriza por ser um poder submisso e, tampouco, alheio ao processo de significação e criação do Direito.

O Judiciário contemporâneo da *civil law* é protagonista, o que se percebe na atual conformação da ordem jurídica constitucional brasileira.

Dito isso e como sinalizado na abertura do presente item, é imprescindível que a segurança jurídica seja concretizada não apenas em âmbito legislativo, mas também no contexto dos atos jurisdicionais.

¹⁰⁸ GROTE, Rainer. *op. cit.*.
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 6-7.

¹⁰⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 94.

Em outras palavras, a segurança jurídica deve continuar como um objetivo do Direito legislado, sobretudo nas ordens jurídicas que se pautam na tradição da *civil law*, tal como a brasileira.

Entretanto, a construção das ordens jurídicas na quadra da referida tradição não está circunscrita exclusivamente à atividade Parlamentar. O Poder Judiciário desempenha importante papel nesse sentido e, por essa razão, é imprescindível que a pauta da segurança jurídica seja deslocada também para a arena jurisdicional, de modo que o produto que dali sobressai seja cognoscível, confiável e calculável.

Assim, buscou-se nesse capítulo trabalhar a segurança jurídica, apresentando o seu conceito e sua fundamentalidade, que decorre da própria ideia de Direito e do Estado Democrático de Direito, inclusive no contexto brasileiro.

Ao final, objetivou-se demonstrar que a segurança jurídica nas ordens jurídicas lastreadas na tradição da *civil law* era depositada exclusivamente no Direito legislado.

Contudo, ante as transformações sofridas pela *civil law*, o papel do Poder Judiciário foi sensivelmente modificado, colocando-o no cenário do processo de construção da ordem jurídica.

Por consequência, intentou-se demonstrar a necessidade de se deslocar a busca por segurança jurídica também para a arena jurisdicional, a fim de que a ordem jurídica, em sua integridade, seja o tanto quanto possível cognoscível, confiável e calculável.

Ressalta-se, para encerrar, que no capítulo seguinte serão estudadas as tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*. Lá, portanto, serão apresentadas considerações e reflexões acerca da formação das tradições, suas principais características, além de considerações propedêuticas para a distinção entre tradição jurídica, de um lado, e sistemas ou ordens jurídicas, de outro lado.

Ao final do segundo capítulo será abordada de maneira mais detida as transformações pelas quais passou a tradição jurídica da *civil law* desde a Revolução Francesa, a fim de que seja possível, ao menos no contexto da

missão institucional do Poder Judiciário, evidenciar uma tendência de convergência com a missão desenvolvida pelos magistrados da tradição jurídica.

CAPÍTULO 2 - TRADIÇÕES JURÍDICAS: *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

2.1 Considerações iniciais sobre tradições e sistemas jurídicos¹¹⁰

Antes de iniciar as reflexões a respeito dos temas propostos neste capítulo, ressalta-se que o escopo do presente trabalho é contribuir, ainda que em singela medida, com o debate e a construção do Direito brasileiro. Não se busca, como um fim em si mesmo, esgotar a investigação acerca do Direito inglês, berço da *common law*, e tampouco da tradição jurídica da *civil law*.

O que se pretende é apresentar as reflexões e os apontamentos necessários acerca das tradições jurídicas mencionadas para, ao final do trabalho, viabilizar a apresentação da teoria dos precedentes como proposta de aperfeiçoamento da tradição jurídica romano-germânica, notadamente em sua feição contemporânea e que permeia a realidade brasileira.

Portanto, nos itens que seguem serão apresentadas algumas características e elementos das referidas tradições, bem como serão expostas considerações sobre as transformações que a *civil law* sofreu em um passado recente, sobretudo no que diz respeito ao papel dos juízes, a fim de justificar a adoção da teoria dos precedentes como forma de concretização da segurança jurídica.

Desse modo, passa-se à análise das referidas tradições jurídicas, apresentando-se, imediatamente a seguir e de modo preliminar àquela análise, algumas reflexões acerca da compreensão sobre as expressões tradições e sistemas jurídicos.

A investigação sobre as tradições jurídicas no âmbito da literatura jurídica brasileira é, de certo modo, modesta em termos quantitativos¹¹¹,

¹¹⁰ A análise das tradições jurídicas realizada neste item do trabalho não se apresenta como objetivo principal, funcionando apenas como base para a investigação sobre o uso dos precedentes no contexto brasileiro como forma de realização da segurança jurídica.

¹¹¹ Fato é que, embora modesta, no bojo de tal quantidade se percebe a presença de trabalhos científicos de elevado rigor e de grande riqueza. A título de exemplo, vide: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*; MARINONI, Luis Guilherme. *op. cit.*.

sobretudo quando se toma como referência, ao menos para os fins desta constatação, o vasto material existente acerca de cada uma das tradicionais disciplinas dogmáticas, a exemplo do Direito penal, Direito civil, Direito processual civil e penal etc.

Tal escassez de estudo possivelmente decorre, entre outros motivos, da ideia de que a análise das tradições jurídicas só verdadeiramente se justifica quando em pauta temas de Direito comparado e de Direito internacional, oportunidade em que sobressairia a necessidade de investigação de questões históricas, políticas e estruturais de outra(s) ordem(ns) jurídica(s).

Na linha dessa modesta abordagem que a doutrina nacional confere à análise das tradições jurídicas, merece destaque questão relativa à importância do referido estudo para fins de contemplação do todo ou de parte da ordem jurídica local. Dito de outro modo, qual a implicação que a investigação das tradições jurídicas traz para a compreensão da ordem jurídica interna?

A fim de obter as respostas, imprescindível ter em linha de raciocínio algumas premissas acerca do que se compreende por tradições jurídicas e sistemas jurídicos¹¹².

A priori, é preciso consignar que a existência de inúmeras tradições jurídicas é algo irrefutável. Ou seja, é impossível contestar ou negar afirmação no sentido de que cada Estado possui Direito próprio¹¹³, sendo ele pertencente, por exemplo, à tradição romano-germânica ou à tradição anglo-saxônica, entre outras existentes.

¹¹² Uma observação preliminar, embora o assunto será melhor tratado ao longo do presente tópico do trabalho: a expressão 'tradição' é utilizada como forma de designar um arranjo comum entre 'sistemas' jurídicos de diversos países que, embora com particularidades distintas, podem ser reunidos por apresentarem características ou traços comuns, a exemplo do direito escrito, de fonte estatal e com pretensão de sistematicidade e completude oriunda da ideia de codificação. Nesse sentido as palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barboza: "É importante salientar que as questões culturais influenciam as tradições legais e, por isso, estudar-se-ão muito mais as tradições legais do *civil law* e *common law*, do que propriamente os sistemas. Enquanto cada país tem um sistema de direito próprio, quando se fala numa tradição, podem-se apontar características em comum de cada uma dessas tradições." (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 39.)

¹¹³ Nesse sentido, vide as palavras de René David que ressalta a existência de inúmeras ordens jurídicas próprias pertencentes a cada nação, vinculadas, cada uma delas, a uma grande tradição ou família jurídica (DAVID, René. *op. cit.*, p. 19).

Diante disso é possível afirmar que, observado certo contexto cultural, social e histórico, a ordem ou sistema jurídico da Inglaterra pertence ou se pauta na tradição jurídica da *common law*, ao passo que a ordem ou sistema jurídico da França pertence ou se pauta na tradição jurídica da *civil law*.

O que se coloca aqui, portanto, não é investigar se há ou não pluralidade de tradições jurídicas. O que se busca, em verdade, é compreendê-las e, para além disso, investigar o modo como elas moldam cada sistema jurídico interno.

Para tanto, é necessário compreender que as tradições jurídicas se originam e, a partir disso, se distinguem uma das outras por razões de ordem política, cultural, costumeiras e até mesmo por motivos ligados aos idiomas utilizados em cada Estado. Isso, ao menos, é o que destaca René David.¹¹⁴

Nesse sentido, o idioma utilizado em cada Estado exerce significativo impacto na caracterização das tradições jurídicas, vez que denota raízes históricas e culturais comuns. Portanto, aponta para tradição jurídica comum entre eles.

De seu turno, a questão cultural é relevante na definição das tradições jurídicas, pois se conecta a razões das mais variadas ordens, a exemplo da religião, tal como o Direito Canônico.

No tocante ao costume, em determinada tradição jurídica ele pode se apresentar como fonte (supletiva) do Direito e em outra, a exemplo da *common law*, pode se caracterizar como elemento inerente do próprio Direito.

Por derradeiro, na delimitação das tradições jurídicas é possível vislumbrar o fator ligado à organização política de determinado Estado, vez que ela impacta em sua ordem jurídica, aproximando-a, por conseguinte, de determinada tradição jurídica. Nesse sentido, René David destaca, a título de exemplo, a tradição jurídica socialista.¹¹⁵

Feitas essas considerações acerca da existência de uma pluralidade de tradições jurídicas, bem como acerca das razões que dão suporte a origem de

¹¹⁴ DAVID, René. *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 173-174.

cada uma delas e as distinguem, faz-se necessário compreender o porquê de estudá-las.

Grosso modo, é possível afirmar que a análise das grandes tradições jurídicas se desdobra em algumas finalidades, conforme leciona René David.¹¹⁶

Em primeiro lugar, a investigação das tradições jurídicas viabiliza o conhecimento a respeito do modo de organização do sistema jurídico de determinado Estado, o que, por corolário, possibilita listá-lo como pertencente a determinado grande grupo, tudo em razão da existência de características comuns, a exemplo do que se nota nos sistemas jurídicos caracterizados pelo Direito escrito, preponderantemente codificado e de fonte estatal, tal como o alemão e o brasileiro, que pertencem à tradição do *civil law*.

Em segundo lugar, a análise das tradições jurídicas coloca em melhor evidência as fontes do sistema jurídico de dado Estado. Desse modo e como mencionado anteriormente, em sistemas jurídicos pertencentes à tradição do *civil law* é possível notar que o plexo normativo será precipuamente escrito, preponderantemente codificado e oriundo de fonte estatal, ao passo que em sistemas jurídicos de tradição da *common law*, tal como o Direito inglês, o Direito é precipuamente “jurisprudencial, erigido, por conseguinte, sobre a jurisprudência (*decisions of the Courts*) elaborada nos tribunais de Westminster (*common law*) e pelo tribunal de chancelaria (*equity*)”¹¹⁷.

Em terceiro e último lugar, o conhecimento acerca das tradições jurídicas propicia uma melhor compreensão do sistema jurídico local. Isso porque o ato de analisar as tradições jurídicas pressupõe o afastamento do sistema jurídico local, viabilizando, por conseguinte, que o jurista visualize as questões e problemas por ótica não antes concebida, de modo a compreender melhor as particularidades e a eventualmente buscar soluções mais adequadas. Há, portanto, um viés prático e, de certo modo, utilitarista.

¹¹⁶ DAVID, René. *op. cit.*, p.

¹¹⁷ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2006, p. 28.

Por fim e aprofundando a ressalva inicialmente feita, observa-se que tradição jurídica e sistema jurídico são expressões que não se confundem, ao menos para os fins deste trabalho.

Por sistema jurídico se deve compreender a ordem jurídica vigente em cada Estado, que é dotada de ordenação e autoridade e se constitui por um complexo de institutos, de procedimentos e de normas jurídicas que, por sua vez, estabelecem a organização político-administrativa e pautam as mais variadas relações.

Tradição jurídica, de seu turno, é um conjunto de características e atitudes que marcam, condicionam e definem o papel de determinados sistemas jurídicos, permitindo reuni-los em grandes grupos.

John Henry Merryman afirma que por sistema jurídico devem ser entendidos os corpos de procedimentos, institutos e normas que disciplinam, a título de exemplo, contratos, associações e crimes, ao passo que tradição jurídica representa o conjunto de atitudes que enraízam e historicamente condicionam o papel de determinada ordem jurídica na política e na sociedade.¹¹⁸

Assim, a compreensão de Merryman caracteriza sistema jurídico como corpo ordenado e racionalmente projetado, por meio do qual o Estado estabelece seus institutos, procedimento e normas de maneira harmônica e sistemática.

De outro turno, as tradições jurídicas não se caracterizam por um plexo normativo ou de procedimentos, mas, conforme palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barboza, “como atitudes sobre a natureza do direito historicamente enraizadas, sobre o papel do direito na política e na sociedade, sobre a organização e operacionalidade de um sistema legal”¹¹⁹.

Compreender as tradições jurídicas por meio da identificação de suas características permite, além de realizar eventuais distinções entre elas, vislumbrar a operação da ordem jurídica que nela se pauta e, mais que isso, conhecer a forma como o Direito é produzido, aplicado, estudado e ensinado.

¹¹⁸ MERRYMAN, John Henry. *op. cit.*, p. 14-16.

¹¹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 39-40.

Estabelecidas essas premissas iniciais, passa-se na sequência à análise da tradição jurídica do *common law*, ressaltando-se aspectos ligados à sua formação e algumas de suas importantes características.

2.2 A tradição jurídica da *common law*¹²⁰

Em uma perspectiva histórico-cronológica, é possível afirmar que o Direito inglês foi significativamente impactado com a invasão da Inglaterra pelos normandos, no ano de 1.066.

Desse modo, nota-se que a gênese da *common law* se confunde com a da tradição jurídica inglesa.^{121 122} Isso porque, até tal evento histórico o território da Inglaterra era ocupado por inúmeras tribos, todas de origem distinta, sem qualquer registro de um Direito comum a todas elas. Após ele, houve forte centralização do governo, inclusive no que diz respeito à organização e à administração da justiça.¹²³

Sobre o assunto, René David afirma que o território inglês era partilhado por diversas tribos (saxões, anglos, dinamarqueses entre outros) e, após o evento conhecido como Batalha de Hastings, isto é, após a conquista do território inglês pelos normandos, houve uma forte centralização do poder, que foi marcado por uma rica experiência administrativa conduzida pelos conquistadores. Assim, segundo ele, passa-se do período tribal para o feudal na

¹²⁰ Por razões de delimitação do objeto de pesquisa, no presente trabalho serão apresentadas considerações e reflexões apenas acerca do *common law* inglês. Para além disso, não há qualquer pretensão de explorar todo o desenvolvimento histórico da referida tradição. Para estudo mais detido acerca do assunto, vide: HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund, 1985; PLUCKNETT, Theodore. **A concise history of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

¹²¹ Nesse sentido, leciona René David: “Todo estudo da *common law* deve começar por um estudo do direito inglês. A *common law* é um sistema profundamente marcado pela sua história, e esta história é de forma exclusiva, até o século XVIII, a do direito inglês.” (DAVID, René. *op. cit.*, p. 351).

¹²² Conforme observa Sérgio Gilberto Porto, a partir da invasão normanda é que na história passaram a existir os primeiros registros do uso da expressão *common law* ou *comune ley*. (PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.)

¹²³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 40-41.

história da Inglaterra, o que impacta fortemente na própria compreensão do Direito inglês.¹²⁴

Feitas essas considerações iniciais acerca do marco inaugural da *common law*, o objetivo que se coloca a seguir é pontuar alguns aspectos da referida tradição, a fim de viabilizar sua melhor compreensão e, sobretudo, traçar sua distinção em relação ao *civil law*, que será objeto do item seguinte deste capítulo.¹²⁵

Em primeiro lugar, é possível perceber que a *common law* ostenta um aspecto histórico que lhe é inerente ou próprio em sua formação¹²⁶. Isso porque e como mencionado anteriormente, até a Batalha de Hastings travada em 1.066 não existia no território inglês um Direito uno ou comum, razão pela qual a *common law* se alicerça e decorre da tradição e a experiência anglo-saxônica.¹²⁷

Como já foi pontuado, até referida batalha de 1.066 o território da Inglaterra era composto por inúmeras tribos com diferentes organizações, o que obstava a unificação do poder e, por consequência, a instalação de um Direito uno ou comum.

A mera distinção linguística existente entre as diversas tribos já constituía empecilho para, a título de exemplo, se estabelecer ordem jurídica única e, em especial, escrita. O mesmo empecilho decorria da diversidade religiosa e cultural, que poderia abalar eventual tentativa de legitimar ordem jurídica una.

¹²⁴ DAVID, René. *op. cit.*, p. 358.

¹²⁵ Fala-se pontuar alguns aspectos, tendo em vista que o objeto da presente dissertação não é investigar as minúcias e os meandros da formação e de toda a história do *common law*. Para tal desiderato, sobretudo para a investigação dos quatro períodos atribuídos à história da mencionada tradição, vide, entre outros: DAVID, René. *op. cit.*; GLENN, Patrick H. **Legal traditions of the world**. New York: Oxford University Press, 2011.; GELDART, William. **Elements of English Law**. 8. ed. New York: Oxford University Press, 1975.; LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹²⁶ Sobre a característica historicista do *common law*, observa René David: “O jurista inglês – que subestima a continuidade dos direitos continentais, convencido de que a codificação provocou uma ruptura com a tradição destes direitos – gosta de valorizar a continuidade histórica do seu direito; este surge como sendo produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução; orgulha-se desta circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova da grande sabedoria da *common law*, das suas faculdades de adaptações, do seu permanente valor, e de qualidades correspondentes nos juristas e no povo inglês.” (DAVID, René. *op. cit.*, p. 355).

¹²⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981. p. 563.

Nessa linha, Patrick H. Glenn afirma que ante os empecilhos existentes, isto é, ante a impossibilidade de se estabelecer ordem jurídica comum por meio de leis escritas, o caminho que se mostrava viável para tanto era confiar em um corpo de juízes leais. Em outras palavras, era por meio de juízes leais ao monarca que seria possível, pouco a pouco, criar uma ordem jurídica comum ao reino e superar os entraves outrora existentes.¹²⁸

A partir disso, abre-se margem para concluir que *common law* designa a ordem jurídica existente e que é comum à toda comunidade inglesa (*law of the land*). Além disso, que tal ordem se contrapunha aos costumes locais das tribos existentes até a batalha de Hastings em 1.066.

É por isso, portanto, que se afirma que a *common law* se alicerça sobre a tradição e a experiência dos povos anglo-saxônicos, vez que, após a invasão dos normandos, o Direito inglês foi sendo elaborado e estabelecido de maneira centralizada pelas cortes de justiça de Westminster e com base naquilo que já existia, sem rupturas.

Assim, a elaboração do Direito comum ocorria, via de regra, a partir dos casos concretos (*case law*), ou seja, em existindo algum conflito, ele era conduzido à apreciação das Cortes de Justiça que, a partir da tradição e experiência até então existentes, produzia a solução jurídica para o caso. Essas soluções da corte de justiça, portanto, é que formavam pouco a pouco a *common law*.

A sua formação e desenvolvimento, portanto, não foram pautados por um Direito escrito e pretensamente codificado, o que evidencia uma de suas grandes distinções em relação à tradição romano-germânica. Ao contrário disso, a formação da tradição da *common law* e, sobretudo, o seu desenvolvimento decorrem de intensa atividade judicial.

Tal desenvolvimento judicial restou bastante acentuado no final da Idade Média e no contexto da batalha pelo poder estabelecida entre a Coroa (os Stuart) e o Parlamento inglês. Nesse meandro, os tribunais não se posicionaram em

¹²⁸ Nesse sentido: "So, as monarch, you could not rely on God, the people, or your own legislation. You needed a corps of loyal adjudicators, able to bring a newer, more efficient and modern king's peace to the different parts of the realm." (GLENN, Patrick H. *op. cit.*, p. 239.)

defesa do monarca; ao revés disso, os juízes estabeleceram limites às pretensões da realeza, o que era feito com base na *law of the land*, isto é, na ordem jurídica ou no Direito comum aplicado pelas Cortes e que vigorava no território inglês.¹²⁹

Com o declínio da dinastia dos Stuart, a *common law* passou a ser vista como produto da mais alta expressão da razão natural e que foi desenvolvida a partir da tradição e sabedoria coletiva dos povos, ressaltando, assim, o importante papel da atividade judicial na formação da *law of the land*.¹³⁰

Em segundo lugar, da *common law* é possível extrair a relevância que o processo apresenta no contexto e no desfecho dos conflitos ou casos concretos. De certa forma, isso decorre de sua própria formação, conforme adiante será exposto.

Em sua gênese, para que a pretensão e, por consequência, a apreciação do conflito chegasse ao tribunal, era imprescindível fazer uso de determinado remédio ou *querela*, sem o qual não seria possível obter resposta acerca da concessão ou não do chamado *writ* (mandamento ou ordem).

Em outras palavras, para cada pretensão deduzida, isto é, para cada *writ* almejado era necessário observar um procedimento próprio. Nesse sentido, Patrick H. Glenn leciona: “Each writ gave rise to a particular procedure to be followed, appropriate for the type of dispute.”¹³¹

Assim, para que determinado *writ* fosse concedido pela corte de justiça era imprescindível fosse observado o processo adequado que, por sua vez, era caracterizado por um procedimento próprio, isto é, por uma sucessão concatenada e logicamente ordenada de atos previamente estabelecidos e tendentes a disciplinar as questões relativas ao processo, tais como:

¹²⁹ GROTE, Rainer. *op. cit.*.
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 2.

¹³⁰ GROTE, Rainer. *op. cit.*.
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 2.

¹³¹ Em livre tradução: “Cada *writ* deu origem a um procedimento específico a ser seguido, apropriado para o tipo de disputa” (GLENN, Patrick H. *op. cit.*, p. 272.)

representação das partes, os requisitos de admissibilidade e de produção das provas, a execução das ordens e decisões proferidas.¹³²

Por esse motivo é que alguns autores, a exemplo do que faz Patrick H. Glenn, ressaltam que a *common law* possui a característica de valorização do processo, ou seja, de que possui como escopo solucionar conflitos pela via de inúmeros atos ou formas sequencialmente ordenadas, também chamados de *remedies precede rights*.¹³³

Estefânia Maria de Queiroz Barboza também ressalta essa característica processual da *common law*:

O direito inglês desenvolveu-se especialmente no campo processual, com um sistema de *writs*, de ações judiciais sob a forma de ordens do rei. Dessa maneira, em caso de litígio era necessário encontrar o *writ* adequado ao caso, sendo o processo considerado mais importante do que o direito substantivo: *remedies precede rights*. Só poderia fazer valer seus direitos se fosse encontrado o remédio processual adequado.¹³⁴

Em terceiro lugar, outro aspecto importante a ser destacado na tradição jurídica da *common law* é aquele relativo às fontes da ordem jurídica.

Na linha daquilo que anteriormente foi mencionado, isto é, da formação da *common law* a partir de um corpo de juízes e também a partir das tradições, das experiências e dos costumes já existentes no contexto da sociedade anglo-saxônica, é possível afirmar que na *common law* o Direito é precipuamente jurisprudencial, também cognominado de *case law*.

Em outras palavras, a história revela que é principalmente da atividade desempenhada pelas cortes na solução dos conflitos que nasce o Direito da referida tradição jurídica.

¹³² DAVID, René. *op. cit.*, p. 362.

¹³³ GLENN, Patrick H. *op. cit.*, p. 244. No mesmo sentido: GLISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 5. ed. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 210-211.

¹³⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 42. No mesmo sentido, vide DAVID, René. *op. cit.*, p. 363 e ss.

Todavia, é importante consignar que o caráter eminentemente jurisprudencial não é oriundo apenas e tão somente do contexto histórico e da pretensão de centralização do poder e de unificação do Direito por meio de um corpo de juízes, mas também da ausência de significativa influência vindas as universidades.

Ao contrário do que ocorreu com o Direito no contexto do *civil law*, que foi estruturado a partir do trabalho vindo das universidades e também do legislador, no contexto da *common law* o Direito foi sendo estabelecido sem qualquer preocupação sistemática, justamente porque oriundo das cortes judiciais.

Nesse sentido, é possível afirmar que já no século XII¹³⁵ e no contexto do *civil law* vislumbrava-se a elaboração do Direito a partir do trabalho desenvolvido nas universidades, ao passo na Inglaterra, isto é, no contexto da *common law*, o primeiro curso jurídico foi criado apenas no século XVIII (1.758), em Oxford¹³⁶. Daí, portanto, a diminuta influência exercida pela atividade acadêmica na construção do *common law*.

Para além do que foi dito e como será visto no capítulo seguinte, o provimento judicial no contexto da *common law* também é instrumentalizado como precedente, de modo a servir de base ou referência para a criação, manutenção, alteração ou aprimoramento da ordem jurídica.¹³⁷

Desse modo, é possível concluir que a jurisprudência acaba construindo a sua própria tradição, vez que os comandos normativos que dela emanam necessitam ser observados no julgamento dos conflitos seguintes, a fim de

¹³⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 169.

¹³⁶ DAVID, René. *op. cit.*, p. 383.

¹³⁷ A título de esclarecimento antecipado sobre a ideia do precedente, pois o tema será abordado no capítulo seguinte, vale transcrever as palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barboza: "(...) dizer que o direito inglês é um direito Judiciário significa dizer que ele é primordialmente prático, pragmático, casuístico. O direito inglês não é um direito acadêmico e, portanto, não tem princípios abstratos nem juristas teóricos; ao contrário, é um sistema de *case-law*, em que os juízes são práticos e cuja função é aplicar a justiça e não alguma fórmula de direito preestabelecida. A cada nova situação corresponde uma nova regra, e a ligação ao passado existe para transmitir o procedimento que permite ao juiz chegar à novidade normativa que, por sua vez, não vem a ser criada *ex nihilo*, mas é elaborada com base nas regras jurídicas já formadas pelos precedentes, devendo o juiz apresentar as razões e os fatos que distinguem ou não o caso atual daquele já julgado anteriormente." (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 46-47).

garantir estabilidade e coerência à ordem jurídica e, em última análise, assegurar a manutenção da própria *common law*.

Necessário pontuar, entretanto, que a observação obrigatória e vinculativa dos precedentes judiciais não é algo que surgiu a um só tempo com a *common law*.

A ideia inicial acerca da observação obrigatória e vinculativa dos precedentes só veio a existir em meados do século XVIII, com o surgimento da doutrina do *stare decisis*.¹³⁸ Contudo, não se pode negar que o produto jurisprudencial, isto é, o conjunto de decisões oriundas das cortes de justiça sempre ostentaram uma missão de grande relevo no contexto da *common law*.

Dito de outro modo, a doutrina dos precedentes vinculantes (*stare decisis*) não nasceu com a *common law* no século XI e tampouco dela dependeu a *common law* para se formar e desenvolver. Tal doutrina, como visto, somente passou a existir no contexto da *common law* aproximadamente sete séculos depois da formação da sobredita tradição.

Isso, por razões claras, não retira o caráter judicial que marca a *common law*.

Além dessas ponderações, necessário registrar que na *common law* a lei (*statute law*) também é vista como fonte do Direito e, atualmente, ostenta posição de destaque, embora de natureza complementar e submetida e destinada a aprimorar a *common law*.¹³⁹ De todo modo, ainda que a lei figure entre as fontes do Direito na *common law*, as decisões judiciais ainda ocupam a posição mais privilegiada e de destaque.¹⁴⁰

¹³⁸ DAVID, René. *op. cit.*, p. 425.

¹³⁹ “(...) Destarte, a *legal rule* no direito inglês não se confunde com a regra do direito nos sistemas de *civil law*. O *statute law* tem função apenas complementar, porque pressupõe a existência dos princípios gerais criados pela jurisprudência, ou seja, as leis só possuem sentido em relação ao *common law*, não de forma autônoma.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 46).

¹⁴⁰ Sobre o assunto, pontua René David: “O essencial é que a lei, na concepção tradicional inglesa, não é considerada como um modo de expressão normal do direito. Ela é sempre uma peça estranha no sistema do direito inglês. Os juízes aplicá-la-ão certamente, mas a regra que contém a lei só será definitivamente e plenamente incorporada no direito inglês quando tiver sido aplicada e interpretada pelos tribunais e na forma e na medida em que serão feitas esta aplicação e esta interpretação. Na Inglaterra citar-se-ão logo que possível, noutros termos, em vez do texto de uma lei, as decisões que terão feito aplicação desta lei. Só em presença destas decisões o jurista inglês saberá verdadeiramente o significado da lei, porque só então encontrará a regra de

De seu turno, os costumes apresentam-se como fonte secundária no bojo da *common law*. Isso porque, na formação da referida tradição objetivou-se estabelecer uma ordem jurídica comum à toda Inglaterra de modo a se distanciar dos costumes então existentes e das experiências locais de cada uma das tribos germânicas que ocupavam o território inglês em período tribal.

Todavia, embora vistos como de importância secundária, os costumes não foram eliminados da pauta da *common law* e ainda são utilizados em algumas situações, a exemplo do que ocorre nos julgamentos criminais pelo tribunal do júri.¹⁴¹

Nesse ponto, interessante transcrever as palavras de René David, que pondera:

O direito inglês não é um direito consuetudinário. O costume geral imemorial do reino, sobre o qual teoricamente está fundada a *common law*, sempre foi uma simples ficção. A *common law* pôde retirar algumas das suas regras dos vários costumes locais outrora em vigor, porém o processo em si de constituição da *common law* consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, que substituísse o direito da época anglo-saxônica, fundado no costume.¹⁴²

Por derradeiro e em quarto lugar, na *common law* o sistema de justiça é precipuamente voltado para os fatos concretos ou para o caso concreto. Em outras palavras, em virtude de se tratar de tradição jurídica construída a partir da atividade judicial, que, por sua vez, se desenvolve com base em procedimentos específicos e destinados a solucionar conflitos, os fatos ou casos concretos sempre estiveram no centro das características importantes de tal tradição, porque a partir deles e para eles era erigida a ordem jurídica comum.

direito sob o aspecto que lhe é familiar, o da regra jurisprudencial.” (DAVID, René. *op. cit.*, p. 331).

¹⁴¹ DAVID, René. *op. cit.*, p. 435.

¹⁴² *Ibidem*, p. 332.

É nesse sentido que Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que os “casos concretos são considerados fonte do Direito”¹⁴³, haja vista que a partir deles é que se dava a construção da *common law* enquanto ordem jurídica inglesa.

Essas são as características que dentro das limitações do objeto de pesquisa importam para o presente trabalho, sobretudo para traçar um paralelo em relação a *civil law*, que será estudado no item subsequente.

2.3 A tradição jurídica da *civil law*

De maneira diversa da que ocorre com a tradição da *common law*, em que a formação se liga diretamente com a do próprio Direito inglês¹⁴⁴, a gênese da *civil law* se relaciona, em grande medida, com a história da ordem jurídica da Europa continental, sobretudo com o Direito Romano.

Assim, em uma perspectiva cronológica é possível afirmar que a tradição da *civil law*, também designada como romano-germânica, apresenta seu início em tempos bem mais remotos, quando comparada com a tradição da *common law*. Enquanto a literatura jurídica situa a formação desta tradição no século XI, isto é, em 1.066 d.C., aponta que a gênese daquela está relacionada com a Lei das Doze Tábuas¹⁴⁵, cuja publicação ocorreu em 450 a.C.¹⁴⁶

Apresentada essa consideração propedêutica acerca do marco inaugural da *civil law*, o objetivo que se coloca a seguir é pontuar alguns aspectos da referida tradição, a fim de viabilizar sua melhor compreensão e, sobretudo, traçar sua distinção em relação ao *common law*, objeto do item anterior deste capítulo.

¹⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - civil law e common law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

¹⁴⁴ DAVID, René. *op. cit.*, p. 351.

¹⁴⁵ Em latim: *Lex Duodecim Tabularum*. Trata-se de compilação de leis realizada nos primeiros anos do período da República Romana. As tábuas tratavam basicamente de organização e procedimento judicial, sucessões e tutela, propriedade, delitos, direito público, direito sagrado, entre outros temas (GUIMARÃES, Affonso Paulo. **Noções de Direito Romano**. Porto Alegre: Síntese, 1999.)

¹⁴⁶ MERRYMAN, John Henry. *op. cit.*, p. 19.

A priori, enfatiza-se que a Lei das Doze Tábuas é considerada como o ponto inicial do que atualmente é conhecido como *civil law*, conforme mencionado. Ostenta, assim, significativa importância na história da referida tradição romanista.¹⁴⁷

Contudo, marco de maior relevo se encontra situado no ano de 529 d.C., ocasião em que o imperador bizantino Justiniano I publicou o *Corpus Juris Civilis*, cujo objetivo era sistematizar, reorganizar e consolidar, isto é, codificar o Direito Romano, sobretudo em razão das pretensões de expansão e unificação do império, além daquelas pretensões relativas à resolução de conflitos e dúvidas oriundas das interpretações possíveis a respeito do Direito em vigor à época.

O *Corpus Juris Civilis* tratava de grandes temas, tais como aqueles envolvendo as pessoas, a família, as sucessões, a propriedade e as obrigações. Tal é a importância histórica da codificação de Justiniano I, que sistemas jurídicos de tradição romanista nos dias atuais, a título de exemplo, pautam ou sistematizam suas codificações seguindo os mencionados temas, ao menos no que diz respeito ao chamado Direito civil.

Para além de sistematizar, organizar e consolidar o Direito em vigor na época, o *Corpus Juris Civilis* estabelecia a vedação acerca da consulta aos comentários dos jurisconsultos, bem como a interpretação a respeito do próprio texto do *Corpus*. Em outras palavras, o *Corpus Juris Civilis* carregava consigo a pretensão de completude, isto é, a pretensão de reunir todas as regras necessárias em um único corpo e, com isso, de resolver por si só todos os conflitos existentes.

Tal característica do *Corpus*, como se nota, representa embrião da ideia que ao juiz cabe apenas o papel de mero aplicador da lei – ideia essa posteriormente disseminada com a Revolução Francesa -, e, além disso, que a lei codificada é suficiente em si para a resolução dos conflitos e, em última análise, para conferir segurança jurídica – esta compreendida como certeza quanto ao seu conteúdo e previsibilidade quanto à sua aplicação.

¹⁴⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 68.

O *Corpus Juris Civilis* vigorou até a queda do Império Romano do oriente, em 1.453. No ocidente, entretanto, o *Corpus Juris Civilis* permaneceu praticamente desconhecido durante todo o medievo, sobretudo após a queda do Império Romano do ocidente no século V. Somente no século XII em diante, ante o surgimento das universidades europeias, é que o Direito Romano foi descoberto e passou a ser estudado.¹⁴⁸

Foi, assim, com o Renascimento da Europa ocidental que o estudo do Direito Romano foi retomado, especialmente porque o comércio e as cidades passaram a ter nova organização e, conforme aponta René David, somente o Direito poderia garantir a segurança e a ordem imprescindíveis ao progresso.¹⁴⁹

Portanto, a partir desse período é que o *Corpus Juris Civilis* voltou a ser estudado no ocidente, sobretudo no âmbito da recém instituída Universidade de Bolonha, na Itália.¹⁵⁰ Inúmeras eram as escolas que se formavam para estudar o *Corpus* no mencionado centro acadêmico, mas a que mais se destacou, ao menos em termos de importância histórica por conta da ampla produção e difusão dos trabalhos, foi a escola dos glosadores.¹⁵¹

A despeito da retomada do estudo do Direito Romano no ocidente, Estefânia Maria de Queiroz Barboza ressalta que não apenas o Direito Romano era estudado no âmbito das Universidades, “mas uma pluralidade de fontes jurídicas que mesclavam o Direito costumeiro dos bárbaros, o Direito Canônico, as glosas e os comentários formando o *ius commune*”¹⁵².

Entretanto e conforme pontua John Henry Merryman, era o Direito Romano que estava no centro dos estudos acadêmicos, ante a sua significativa qualidade intelectual, característica essa que lhe rendeu o nome de ‘razão escrita’.¹⁵³

Desenvolveu-se, assim, uma ciência do Direito por meio do trabalho desenvolvido pelos professores e estudantes bolonheses, que foi difundido por

¹⁴⁸ DAVID, René. *op. cit.*, p. 33-34.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 39.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 43-44.

¹⁵¹ MERRYMAN, John Henry. *op. cit.*, p. 31.

¹⁵² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 68.

¹⁵³ MERRYMAN, John Henry. *op. cit.*, p. 29.

quase todo território da Europa continental e influenciou a formação e desenvolvimento de cada ordem jurídica ali existente. Tal ciência era erudita e teórica, como observa Estefânia Maria de Queiroz Barboza, aproximando-se mais do sistemático Direito Romano que das demais fontes estudadas à época.¹⁵⁴

Dessa maneira, o aspecto inicial que se percebe é que é na antiguidade que se encontra o embrião da ideia de Direito escrito – a Lei das Doze Tábuas –, que é característica marcante da *civil law*. Para além disso, nota-se que o Direito Romano ou, ao menos, a ciência desenvolvida com base nele a partir do século XII foi fundamental para influenciar o modo do raciocínio jurídico no sentido de se criar normas jurídicas gerais e abstratas para casos futuros a partir da análise dos casos concretos, bem como para projetar a ideia de Direito escrito, sistematizado, ordenado e certo.¹⁵⁵

Com o passar o tempo e, especialmente, depois da Revolução Francesa de 1789, novo modelo de Estado e, com ele, novo modelo de ordem jurídica foi estabelecida, rompendo-se com a antiga ordem legal até então existente no território francês e que, por corolário, impactou na ordem jurídica de todas as nações da Europa continental.¹⁵⁶

¹⁵⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁵ BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 189-191.

¹⁵⁶ A esse novo modelo de Estado, no bojo do qual se verifica nova e revolucionária ordem jurídica, Luigi Ferrajoli atribui o nome de Estado Legal de Direito. Segundo ele, a formação do Estado Legal de Direito decorre dos impactos e rupturas causadas pela Revolução Francesa, que, conforme afirma, foi responsável por causar algumas mudanças de paradigma envolvendo (i) a natureza e a estrutura do direito, (ii) a ciência jurídica e (iii) a jurisdição. No tocante a natureza do direito, Ferrajoli afirma que no contexto do Estado Legal de Direito foram superados os ideais jusnaturalistas pelos ideais juspositivistas por meio da afirmação do princípio da legalidade. Desse modo, o direito para ser válido não dependia mais de critérios de racionalidade e justiça, mas sim da fonte da qual emanava ou, em outras palavras, da autoridade que o produzia. Nesse ponto, ele observa que o princípio jusnaturalista "*veritas non auctoritas facit iudicium*" cedeu passo ao princípio juspositivista "*auctoritas non veritas facit legem*". No tocante à estrutura do direito, o autor observa que em tempos pré-modernos haviam fontes múltiplas e plurais do direito. Entretanto, após a Revolução Francesa houve a monopolização do fenômeno jurídico e o direito foi reduzido à lei, tudo para garantir, entre outras coisas, a certeza e as liberdades dos cidadãos frente à eventual arbitrariedade. No tocante à ciência jurídica, Ferrajoli observa que no período pós-revolucionário ela deixou de ser normativa e passou a ser meramente descritiva. A ciência jurídica se distancia de seu objeto e passa a apenas descrevê-lo, sem, contudo, participar do processo de criação. Por fim, observa que, no tocante à jurisdição, ela também se distancia do processo de produção do direito e passa a constituir atividade meramente reprodutora de normas já estabelecidas pela atividade política do Parlamento (FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 32 e ss.).

A Revolução Francesa, portanto, foi o evento responsável pela queda do absolutismo monárquico e pela ascensão da burguesia e do parlamento ao poder estatal. Consubstanciou-se, assim, em importante marco histórico, a partir do qual houve a implementação de nova ordem jurídica que era alheia às concepções monárquicas e, especialmente, avessa ao poder conferido aos magistrados, que até então eram aliados à aristocracia feudal.

Os revolucionários, portanto, objetivavam limitar os poderes do soberano e, sobretudo, dos juízes que, à época, eram parciais aos interesses daquele. Existia forte comprometimento em relação à lisura dos magistrados, haja vista que os cargos eram herdados e comprados e, assim sendo, poderiam ser objeto de negócios escusos, pois agiam visando a manutenção do *status quo*.¹⁵⁷

Por essa razão e com o escopo de assegurar os ideais da revolução – liberdade, igualdade e fraternidade –, é que Montesquieu idealizou a criação de Estado com os poderes distribuídos e com a supremacia de um deles, o Poder Legislativo, a quem era atribuída a competência de produzir as leis que representavam a vontade geral do povo¹⁵⁸. E mais, idealizou tal modelo tripartido visando, precipuamente, limitar os poderes dos juízes, a quem caberia apenas a tarefa de ser a boca da lei.¹⁵⁹

A lei, portanto, era o instrumento capaz de operacionalizar a tripartição de poderes e concretizar os ideais revolucionários, pois, de um lado, ela era o produto do Parlamento – o Poder soberano e que era formado por representantes de todas as classes do povo – e, de outro lado, ela trazia consigo e de modo suficiente todas as soluções e respostas, cabendo aos magistrados

¹⁵⁷ Antonio Manuel Hespanha afirma que “a Revolução tinha sido feita também contra a tirania dos juízes que, apoiados no caráter casuísta e flexível do direito tradicional, tornavam o direito num saber hermético, cujos resultados eram imprevisíveis e incontroláveis pelos cidadãos.” (HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boitex, 2005, p. 347).

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁹ Montesquieu afirmava que os magistrados de uma nação não eram mais “que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *op. cit.*, p. 180). No mesmo sentido e indo além, Estefânia Maria de Queiroz Barboza afirma: “Por consequência, a supremacia do Parlamento e da lei se estabelece como princípio na França pós-revolucionária. O Parlamento passa a representar a vontade soberana e geral da nação e, portanto, não caberia colocar-lhe qualquer limite. Aliado a isso tem-se um Judiciário fraco que se restringe a aplicar a lei (*le juge est la bouche de la loi*), e que é objeto de desconfiança por parte da população que vê nele uma ligação com o Antigo Regime e uma possibilidade de atuação para restabelecê-lo.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 78).

apenas a tarefa de reproduzir seus termos, o que traduzia, na prática, verdadeira limitação de poder dos juízes e garantia de segurança jurídica.¹⁶⁰

Sobre o seu modelo estatal, afirmava Montesquieu:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.¹⁶¹

A segurança de realização dos ideais revolucionários, assim, foi depositada na figura da lei que, representando a vontade geral, seria de todos conhecida, a todos igualmente aplicada e, para além disso, representaria, ante a pretensão de completude e abstração dos textos legais, limitadora dos poderes dos juízes, a quem caberia apenas identificar a norma jurídica e aplicá-la ao caso concreto que lhe fosse apresentado. Portanto, ao Parlamento cabia criar as leis; ao Judiciário, apenas dizê-las.

Sobre a transferência da supremacia do poder ao Parlamento e acerca da busca da certeza jurídica pela figura da lei, a fim de esvaziar as competências dos magistrados, leciona Luiz Guilherme Marinoni:

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que,

¹⁶⁰ Por essa razão é que Rainer Grote observa que havia verdadeiro culto à lei, sobretudo por influência da filosofia política do Iluminismo, ressaltando que as obras de Jean-Jacques Rousseau é que foram as principais responsáveis por atribuir qualidades quase que divinas à lei. Assim, a lei era cultuada porque, na condição símbolo da vontade geral, não poderia violar as liberdades dos cidadãos. A partir daí, portanto, erigiu-se modelo de Estado (de Direito) fundado na soberania Parlamentar e, por consequência, no princípio da legalidade. No contexto desse novo modelo de Estado, o Poder Judiciário era tido como 'poder nulo' (GROTE, Rainer. *op. cit.*. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 6-7).

¹⁶¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *op. cit.*, p. 234.

com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário.¹⁶²

A partir de então, isto é, a partir da ideia de supremacia do Parlamento e da lei, surgiram as grandes codificações na Europa continental, a exemplo do Código Civil napoleônico de 1.804 e o Código Civil alemão de 1.900, demonstrando, assim, a importância que o fenômeno da codificação teve no contexto moderno da tradição jurídica da *civil law* e que influenciou inúmeras ordens jurídicas mundo a fora, inclusive a do Brasil.¹⁶³

A codificação foi idealizada no contexto francês para instrumentalizar as pretensões de monopolização e estatalização do Direito, bem como para facilitar o acesso ao Direito, limitando, assim, os poderes dos magistrados e, de outro lado, conferindo maior segurança jurídica, porque a ordem jurídica, em princípio, se tornaria mais conhecida da população.

A crença, vale ressaltar, era de que somente por meio da lei e, como premissa, por meio da supremacia do Parlamento, é que seria possível assegurar uma ordem jurídica estável, previsível e certa, de modo que por meio disso se garantissem os direitos e liberdades conquistados no contexto da Revolução Francesa de 1.789. Foi a partir desse contexto histórico que Paolo Grossi cunhou a expressão ‘absolutismo jurídico’¹⁶⁴.

A segurança jurídica enquanto atributo de uma ordem jurídica certa, estável e previsível somente era possível, naquele contexto pós-revolucionário,

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.

¹⁶³ Nesse sentido, destaca Estefânia Maria de Queiroz Barboza: “Desse modo, outras fontes do direito, como o *jus commune* e o direito canônico, perderam espaço, passando o Estado a ser considerado como única fonte do Direito. Ou seja, a ideia passa a ser a de um direito unificado, que substitui o sistema pluralista de fontes do direito por um único texto Legislativo completo e de valor geral. Para além disso, é de ressaltar a ideia de novidade instaurada pelo Código, que representa não apenas uma compilação de leis preexistentes, mas também de ruptura e ab-rogação do direito preexistente. Outra característica importante e necessária ao Código é sua pretensão plenitude, completude, o que garantiria ao juiz ter sempre na lei a resposta para resolver os problemas que lhe fossem submetidos. É como se a norma já estivesse prevista *a priori*, bastando o juiz descobri-la, desvendá-la, quando da análise do caso concreto.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 72.).

¹⁶⁴ Para melhor aprofundamento sobre o assunto, vide: GROSSI, Paolo. **Absolutismo jurídico** (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35235/34035>>. Acesso em: 11.10.2017.

por meio da lei. Nesse específico ponto é relevante transcrever as palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

A certeza e segurança jurídicas sempre foram importantes temas de preocupação dos sistemas de tradição romano-germânica. Por óbvio que todos os sistemas jurídicos têm como preocupação a segurança e certeza do direito, mas nos de tradição de civil law esses teriam um valor supremo, como um dogma, e a proteção a este valor seria alcançada por meio da lei, dos códigos, de conhecimento e acesso de toda população. A segurança na lei acaba por se relacionar à desconfiança no juiz que é proibido de criar o direito, por meio das decisões judiciais, justamente no interesse da certeza e previsibilidade. Do mesmo modo, as leis também deveriam ser claras, completas e coerentes para que se garantissem a certeza e a previsibilidade, preocupação que demonstrava o desejo de tornar o Direito a salvo e protegido dos juízes.¹⁶⁵

A codificação revelava, portanto, aspecto da tradição jurídica da *civil law*, que é o de que a ordem jurídica defluía apenas das leis, isto é, do produto da atividade do Parlamento, afastando, assim, a possibilidade de inovação ou criação por meio de provimentos judiciais (*denial of judicial law-making*).

As fontes do Direito no contexto da *civil law*, portanto, eram distintas das da *common law*. Naquela a ordem jurídica era fechada e estabelecida precipuamente e de forma apriorística pelo Parlamento, que era soberano. Nesta, ordem jurídica era mais aberta e estabelecida *a posteriori* ao caso concreto pelos tribunais.¹⁶⁶

¹⁶⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 75.

¹⁶⁶ Uma observação é necessária: o paralelo realizado leva em conta as características das mencionadas tradições em épocas mais remotas, sobretudo no período de formação das tradições – o *common law* a partir do século XI e o *civil law* a partir do século XVIII com a Revolução Francesa. Atualmente, conforme será visto adiante, no contexto do *civil law* e, sobretudo em razão do influxo do neoconstitucionalismo ou, dito de outro modo, por influência do paradigma do pós-positivismo, os juízes do *civil law* não se limitam a simplesmente reproduzir o direito criado aprioristicamente pelo poder legislativo e que está previsto abstratamente no texto legal. Tampouco as ordens jurídicas de países de tradição da *common law* desconhecem o direito legislativo. As leis escritas estão presentes nas ordens jurídicas da *common law* e contemporaneamente ostentam grande importância, mas ainda existe a primazia do chamado direito comum. No ensejo e conforme observa Rainer Grote, os ideais dos revolucionários franceses seguiram no sentido de aprisionar o direito à lei, afastando, assim, o absolutismo aristocrático e estabelecendo o absolutismo da lei (o princípio da legalidade); a lei passa, portanto, a ser fonte primária do direito. Entretanto, observa o autor que algo diverso ocorreu por ocasião da Revolução Gloriosa na Inglaterra, em 1.688, em que ao invés de limitar o Poder Judiciário, os revolucionários viram nele um valioso aliado para combater o absolutismo. Assim, poderes Legislativo e Judiciário caminharam juntos, de modo que o direito legislado reforça a supremacia do *common law* e o protagonismo do poder Judiciário, limitando, desse modo, o

Apresentadas essas reflexões, no tópico seguinte do presente capítulo será analisado que por meio da lei e da técnica de codificação não foi possível realizar o ideal de segurança jurídica almejado, tendo em vista que os textos legais não estavam imunes à interpretação dos magistrados e, para além disso, a ordem jurídica de inúmeros países de tradição da *civil law* foi impactada com o neoconstitucionalismo, revelando, assim, uma significativa atividade judicial no contexto do papel de definição e significação da ordem jurídica.

2.4 As transformações da tradição jurídica da *civil law*

2.4.1 Da interpretação da lei às cláusulas gerais

Como visto no item anterior, o imperador Justiniano, em 534 d.C., pretendeu por meio do *Corpus Juris Civilis* estabelecer ordem jurídica sistemática, organizada e consolidada, de modo a viabilizar a unificação e expansão do império, além de possibilitar a resolução de conflitos e dúvidas oriundas das interpretações cabíveis acerca do Direito em vigor à época.

Para tanto, vedou a consulta aos comentários dos jurisconsultos, bem como a interpretação a respeito do próprio *Corpus*, revelando, assim, que a obra carregava consigo a pretensão de completude, isto é, a pretensão de reunir todas as regras necessárias em um único corpo e, com isso, de resolver por si só todos os conflitos existentes.

Idêntica pretensão foi vista nas codificações surgidas após e por influência da Revolução Francesa que, pautadas em modelo de Estado que tinha como Poder supremo o Parlamento, valiam-se da lei como instrumento completo e suficiente para oferecer soluções e respostas para todos os conflitos e situações da vida, limitando, por corolário, os poderes dos juízes, a quem cabia apenas e meramente reproduzir o termos da lei.

poder do monarca e reafirmando os direitos e liberdades do povo inglês. (GROTE, Rainer. *op. cit.*. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 3)

Na *civil law*, portanto, sempre se notou, sobretudo após a Revolução Francesa, o chamado culto à lei. Foi por meio das codificações - que deveriam ser claras, coerentes e completas -, que se idealizou viabilizar modelo de Estado com poderes tripartidos e, especialmente, com o Parlamento soberano e o Judiciário submisso e limitado a mero aplicador da lei.¹⁶⁷

Em outras palavras, por meio da técnica da codificação foi idealizada, entre outras coisas, a vedação da criação do Direito por meio da atividade judicial.¹⁶⁸

Contudo, verificou-se com o passar do tempo que o ideal de completude das codificações é ilusório.¹⁶⁹ Isso porque, constitui tarefa extremamente difícil, senão impossível, antever todas as situações do cotidiano que se apresenta, não raras vezes, como uma sucessão infindável de eventos inéditos.

Para além dessa dificuldade de prever as situações, descrevê-las como hipóteses em regras gerais e abstratas também não é tarefa fácil a ponto de não deixar margem para interpretações dúbias e contraditórias, bem como para evitar lacunas ou omissões.

Logo, passou-se a vislumbrar que a atividade dos juízes da *civil law* não era meramente declaratória, no sentido de, diante do caso concreto e com base em singelo método de subsunção, identificar a norma jurídica aplicável no texto codificado e indicar as consequências jurídicas.

Percebeu-se, portanto, que a atividade interpretativa não se limitava a identificação da norma jurídica enquanto produto pronto, acabado e contido no texto codificado. Tal atividade, não raras vezes, integrava o processo de significação ou até de criação do Direito, isto é, da norma jurídica aplicável.¹⁷⁰

¹⁶⁷ MARINONI, Luis Guilherme. *op. cit.*, p. 52.

¹⁶⁸ TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**: assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 287-291.

¹⁶⁹ MARINONI, Luis Guilherme. *op. cit.*, p. 52.

¹⁷⁰ Sobre a atividade interpretativa dos juízes, interessante registrar, ainda que de modo sintético, que logo após a Revolução Francesa foi instituída a chamada Corte de Cassação (*Cour de Cassation*), que, embora nominada como corte, originalmente não integrava a estrutura orgânica do Poder Judiciário francês e, por conta disso, não exercia atividade jurisdicional. Limitava-se, em sua origem, a cassar os efeitos de decisões judiciais que conferissem interpretação incorreta à lei (ela não proferia decisão substitutiva e tampouco indicava a interpretação correta). Contudo, com o passar do tempo a Corte de Cassação, por razões várias, ganhou novas atribuições e passou a integrar o Poder Judiciária como órgão de cúpula, com natureza jurisdicional e com

Sobre o assunto, transcreve-se as palavras de Luis Roberto Barroso que, abordando o que denomina de interpretação jurídica tradicional, perpassa pelo insucesso dos ideais de codificação do Direito nesse tocante e, por consequência, da própria atividade meramente declaratória do juiz:

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. (...) Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.¹⁷¹

Essa atividade interpretativa que integra o processo de significação ou até de criação do Direito demonstrou que a técnica de codificação não entrega, ao menos em alguma medida, a completude prometida. Em outras palavras, tal atividade interpretativa aponta a existência de falha no ideal de completude da codificação.

participação no processo de produção de decisões judiciais, especialmente para uniformizar a interpretação do direito. Enfim, o exemplo da instituição da Corte de Cassação já no contexto revolucionário francês é, em grande medida, a admissão de que a lei não está (e nunca esteve...) imune à interpretação judicial, conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni. Segundo o autor: “Primeiramente, adquiriu-se a consciência de que a leitura do texto da norma implica um ato de compreensão, que, assim, abre oportunidade para várias definições e, portanto, interpretações. Outrossim, tornou-se inquestionável que o ato de compreender a lei era de incumbência do judiciário e não do legislativo. O que passou a importar, em verdade, foi tão somente se seria conveniente admitir que o Judiciário exprimisse, em um mesmo instante histórico, várias interpretações para a mesma lei.” (MARINONI, Luis Guilherme. *op. cit.*, p. 59).

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** p. 11-12. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 26/09/2017.

Para além dessa atividade interpretativa que integra o processo de significação ou até de criação do Direito, nota-se que a utilização pelo legislador das chamadas cláusulas gerais evidencia, de um lado, outra falha do ideal tradicional de completude da codificação e, de outro lado, uma tentativa realizada pelo próprio legislador de manter a ordem jurídica codificada.

Com as cláusulas gerais¹⁷², que são textos normativos abertos e que permitem e conferem maior liberdade de definição de conceito ou significado pelo intérprete, os códigos deixaram de sistemas legais fechados e suficientes em si; passaram, portanto, a autorizar e até a depender de uma maior atividade interpretativa dos juízes, no sentido de dar significado e sentido a elas.

Logo, o que se percebe é que ao longo do tempo o papel dos juízes foi sendo sensivelmente modificado, mesmo no contexto de ordens jurídicas codificadas e pautadas na tradição da *civil law*. Passou-se, portanto, do juiz “boca da lei” para aquele encarregado, ao menos em alguns casos, de interpretar e significar o conteúdo dos textos normativos, participando, assim, do processo de produção da norma jurídica.

No item seguinte, será analisado o constitucionalismo do segundo pós-guerra que, de forma até mais intensa, modificou o papel do Poder Judiciário.

2.4.2 O constitucionalismo do segundo pós-guerra

O Estado Constitucional de Direito¹⁷³ surge a partir da crise da legalidade do Estado Legal de Direito, cujo ápice ocorreu no século XX, após o desfecho da Segunda Guerra Mundial.

¹⁷² Para melhor análise acerca das cláusulas gerais, vide: COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.; JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁷³ A expressão ‘Estado Constitucional de Direito’ é utilizada por Luigi Ferrajoli para designar o modelo de Estado e, por consequência, de ordem jurídica surgida no século XX, sobretudo depois da Segunda Guerra mundial. Dita expressão denota modelo de Estado com poderes tripartidos, na esteira do que foi concebido por Montesquieu, bem como Estado lastreado em ordem jurídica, em cujo centro se encontra lei maior, denominada de Constituição, que não apenas estabelece os poderes e funções do Estado, bem como defini limitações a esses poderes, mas, acima de tudo, estabelece a proteção de direitos tidos como fundamentais,

Até então a legitimidade do Direito fundava-se precipuamente no fato de ele ser elaborado ou concebido nos moldes dos processos prescritos pela própria ordem jurídica, independentemente de valores materiais ou principiológicos substanciais de referência.¹⁷⁴

Em outras palavras, o Direito existia e era válido simplesmente por observar padrões formais de produção, não existindo qualquer limitação material pré-estabelecida para o legislador.

Por conta das barbáries que foram praticadas no contexto do referido conflito armado, passou-se a questionar o modelo estatal pautado na supremacia da lei e no princípio da legalidade, pois, conforme afirma Luis Roberto Barroso, o "fetice da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados" ¹⁷⁵.

A partir de então, colocou-se em descrédito a capacidade da lei e do Poder Legislativo regular adequadamente a vida social e política, o que culminou com a superação do modelo do Estado Legal de Direito e, além disso, levou à necessidade de aproximar o Direito de valores morais e humanos e de restaurar a ideia de o Direito também servir como instrumento de limitação do poder.

A crise da legalidade culminou, então, na transição do Estado Legal de Direito para o Estado Constitucional de Direito, por meio da ideia do império da constituição sobre a lei, com o escopo de assegurar a máxima vinculação e

retirando-os do âmbito de debate da arena política. Por fim e a título de esclarecimento, o autor utiliza a expressão 'Estado de Direito' para designar gênero, do qual são espécies o 'Estado Legal de Direito', que é o modelo de Estado surgido após a Revolução Francesa e com contornos estritamente positivistas, e o 'Estado Constitucional de Direito'. Para maior análise acerca do assunto, vide: FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

¹⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 32

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 26.

submissão de todos os poderes estatais e de garantir com eficácia os direitos tidos como fundamentais¹⁷⁶.

Com o surgimento do Estado Constitucional de Direito vem o reconhecimento da supremacia, da força normativa e da rigidez das constituições. Conforme aponta Luis Roberto Barroso, a reconstitucionalização da Europa, após a Segunda Guerra Mundial, redefiniu o local da constituição e a influência do Direito constitucional sobre todas as instituições contemporâneas.¹⁷⁷

Assim, a aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia "produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático"¹⁷⁸.

Desse modo, nota-se que a Segunda Guerra mundial foi o evento histórico responsável por evidenciar a referida crise de legalidade e, por consequência, por impulsionar a modificação do modelo de Estado e da ordem jurídica no contexto europeu.

¹⁷⁶ Luís Roberto Barroso, sobre o constitucionalismo, aponta três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico. Como marco histórico, Barroso aponta a segunda guerra mundial como divisor de águas para constitucionalismo, que produziu, por conta das experiências vividas no âmbito do combate armado, uma nova forma de organização política denominada como Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional de Direito ou, ainda, Estado Constitucional Democrático. Como marco filosófico, Barroso aponta o pós-positivismo, que seria fruto da confluência do jusnaturalismo e do positivismo que, embora opostos, apresentam-se complementares. Nesse sentido, após a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso do positivismo, abriu-se espaço para uma ampla reflexão sobre o direito, seu papel social e sua interpretação. A partir daí, busca-se ir além da legalidade estrita pregada pelo positivismo, sem, contudo, desprezar o direito posto, permitindo uma leitura moral do direito. E, por fim, como marco teórico Barroso afirma que o constitucionalismo causou uma nova leitura do direito constitucional, a partir da premissa da supremacia e do reconhecimento da força normativa da Constituição, passando pela expansão da jurisdição constitucional e culminando com uma nova dogmática constitucional. (BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. p. 11-12. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 26/06/2016, p. 3-6.)

¹⁷⁷ Para um estudo mais aprofundado acerca da força normativa da Constituição, vide a obra de Konrad Hesse, jurista alemão e que foi juiz do Tribunal Constitucional da Alemanha entre 1.975 e 1.987: (HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991).

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23. No Brasil, a Constituição Federal, por meio do *caput* do artigo 1º, utiliza a expressão 'Estado Democrático de Direito'.

Conforme afirma Estefânia Maria de Queiroz Barboza, após o desfecho da Segunda Guerra Mundial e, em especial, pelas atrocidades que foram praticadas naquele contexto, inúmeros países do continente europeu¹⁷⁹ positivaram direitos fundamentais em suas novas cartas constitucionais. Afirmar a autora, ainda, que igual fenômeno também foi visto em países de outros continentes, a exemplo do Brasil, que estabeleceram regimes democráticos após longo período de regimes de exceção, com vistas a uma especial proteção aos direitos humanos fundamentais.¹⁸⁰

As cartas constitucionais adotadas no referido contexto continham em seu bojo direitos fundamentais plasmados como forma de limitar os poderes do Estado e de salvaguardá-los do debate democrático do Parlamento. Tal modelo de constitucionalismo provocou mudanças na organização política e jurídica dos países, especialmente naqueles de tradição *civil law*, cujos sistemas jurídicos eram pautados na primazia da lei (como expressão da vontade geral) e na supremacia do Poder Legislativo¹⁸¹.

As constituições, por inspiração vinda da experiência americana¹⁸², foram alocadas em um plano superior e dotadas de força normativa direta e imediata, afastando, assim, a ideia de primazia da lei e de supremacia do Poder Legislativo.

Em outras palavras, portanto, elas passaram a ocupar o centro dos sistemas jurídicos, inclusive como forma de retirar da deliberação política majoritária as questões envolvendo, principalmente, os direitos fundamentais, pressupondo, com isso, a ideia de deslocamento da supremacia do Poder

¹⁷⁹ Na Itália em 1947, na Alemanha em 1949, em Portugal em 1976, na Espanha em 1978, entre outros.

¹⁸⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 77. A autora afirma, ainda, que: “Destarte, enquanto a Segunda Guerra Mundial representou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra veio a representar o resgate com a ética e o esforço para reconstrução dos direitos humanos banalizados durante a Guerra.” (*Ibidem*, p. 82)

¹⁸¹ E nesse tocante, é interessante transcrever as palavras de Luiz Guilherme Marinoni, que aponta a aproximação do papel dos juízes dos países de tradição *civil law* e de *common law* por conta do constitucionalismo: “Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*. (MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 67.)

¹⁸² Para maior análise do constitucionalismo americano, entre outras obras, vide: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

Legislativo para a própria Constituição, cabendo ao Poder Judiciário a sua proteção por meio do que se denominou *judicial review*¹⁸³.

Em razão do deslocamento da supremacia para a carta constitucional, o Poder Judiciário assumiu papel relevante na proteção dos direitos humanos¹⁸⁴ positivados, o que Estefânia Maria de Queiroz Barboza chama de revolução dos direitos humanos¹⁸⁵.

Ao lado disso, ou seja, ao lado da modificação do papel do Poder Judiciário, surge também outro fenômeno que é o da judicialização da política, decorrente da transferência de decisões políticas e de questões morais do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.

Ambos os fenômenos - a revolução dos direitos humanos e a judicialização da política - foram responsáveis pela expansão do *judicial review*, que, por sua vez, implicou transformação da tradição da *civil law*.¹⁸⁶

No tocante ao primeiro fenômeno, algumas considerações e reflexões são apresentadas de forma mais detida adiante.

A Revolução Francesa foi um grande marco no contexto histórico dos países europeus, como visto neste capítulo. O movimento revolucionário ficou marcado pelo ideal de limitação de poderes da aristocracia absolutista por meio do culto à lei, como figura de representação da vontade de todo o povo.

¹⁸³ A expressão *judicial review* designa o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos. Por conta da proposta de catalogar na Constituição determinado rol de direitos fundamentais, cuja proteção se almeja acima de tudo, imprescindível a existência de uma jurisdição para assegurar essa proteção. Assim, a efetividade dessa proteção conferida aos direitos fundamentais só é possível mediante sistemática de *judicial review*, conforme afirma Rainer Grote (GROTE, Rainer. *op. cit.*. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016).

¹⁸⁴ No presente trabalho as expressões 'direitos humanos' e 'direitos fundamentais' são utilizadas como sinônimas, designando a proteção conferida aos direitos, bens e valores tidos como indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. André de Carvalho Ramos, contudo, faz interessantes apontamentos sobre a distinção entre as expressões. Segundo ele, tais expressões passaram a ter uso corrente no século XXI. A expressão 'direitos humanos' designaria a proteção conferida em plano ou matriz internacional, ao passo que a expressão 'direitos fundamentais' designaria a mesma proteção, mas conferida em arena interna, sobretudo aquela positivada nos textos constitucionais. (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45).

¹⁸⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 77.

¹⁸⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 77.

O Direito, portanto, circunscrevia-se ao Direito positivo, isto é, aquele produzido pelo Estado. Desse modo, não só o Direito natural não positivado, mas também qualquer outro de qualquer categoria, tal como o judiciário e o consuetudinário, não era considerado Direito, conforme afirma Norberto Bobbio.¹⁸⁷

A partir daí, surge a supremacia do Parlamento, com poderes ilimitados por representar a vontade de todas as classes. O Poder Judiciário, de seu turno, tem o seu papel modificado e passa a ser um mero aplicador das normas contidas na lei produzida pelo Parlamento. Nesse contexto é que se vislumbra o modelo de Estado que Luigi Ferrajoli cognomina como ‘Estado Legal de Direito’¹⁸⁸.

Sobre a Revolução Francesa, transcreve-se as elucidativas palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

A Revolução Francesa ocorre com os ideais de limitação do poder do Estado Absoluto, rompendo com o direito existente e estabelecendo a lei como a representação da vontade geral da Nação, que consiste na afirmação de uma única vontade, expressão de toda nação. Por consequência, a supremacia do Parlamento e da lei se estabelece como princípio na França pós-revolucionária. O Parlamento passa a representar a vontade soberana e geral da nação e, portanto, não caberia colocar-lhe qualquer limite. Aliado a isso tem-se um Judiciário fraco que se restringe a aplicar a lei (*le juge est la bouche de la loi*), e que é objeto de desconfiança por parte da população que vê nele uma ligação com o Antigo Regime e uma possibilidade de atuação para restabelecê-lo.¹⁸⁹

No contexto alemão, esse mesmo modelo de Estado Legal de Direito também foi adotado. O Direito lá existente era concebido e legitimado com base em referenciais meramente formais, ou seja, os poderes eram exercidos pelas esferas governamentais, cuja competência e procedimentos eram previstos e estabelecidos em lei e por ela legitimados.

¹⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 85.

¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*. In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

¹⁸⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 78.

A ideia de supremacia do Parlamento e do princípio da legalidade como legitimadora do Direito, no contexto alemão, desembocou nas barbáries praticadas no âmbito da Segunda Guerra mundial. Em outras palavras, o modelo de legalidade estabelecido na Alemanha causou a violação de direitos humanos, bastando, para tanto, memorar as conhecidas e terríveis histórias envolvendo os campos de concentração nazista.

Isso porque, como dito, o Estado Legal de Direito até então existente, baseado na supremacia da lei, era meramente formal. Partia-se de uma concepção positivista de uma ordem jurídica que era, na prática, indiferente a valores éticos e morais, circunscrevendo-se a um mero legalismo acrítico.¹⁹⁰

Por conta da insuficiência desse modelo de Estado Legal de Direito e ante as barbáries praticadas especialmente pelo regime nazista no contexto de guerra do século XX, buscou-se um novo modelo de Estado, que não abandonou propriamente os seus aspectos formais (Direito positivado), mas ganhou princípios materiais que deveriam ser respeitados e que submetiam o próprio Estado.

Nesse específico ponto, afirma Luiz Guilherme Marinoni:

Assim, tornou-se necessário resgatar a substância da lei e encontrar instrumentos capazes de permitir a sua conformação aos princípios de justiça. Esta “substância” e estes “princípios” foram infiltrados nas Constituições, que perderam os seus resquícios de flexibilidade para se tornarem “rígidas”, no sentido de não passíveis de modificação pela legislação ordinária. A Constituição é dotada de plena eficácia normativa e, assim, a lei perde o seu posto de supremacia, passando a subordinar a ela.¹⁹¹

Transita-se, então, do Estado Legal de Direito ao Estado Constitucional de Direito, marcado pelo deslocamento da supremacia do Parlamento (da lei) para a Constituição (direitos fundamentais).¹⁹²

Ante a supremacia recebida, os direitos fundamentais foram colocados fora do âmbito de deliberação democrática do Estado (Poder Legislativo) e, além

¹⁹⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 80.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 65.

¹⁹² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 80-81.

disso, esses mesmos direitos fundamentais passaram a firmar limites de atuação à atividade estatal.

Nesse meandro, a atividade do Parlamento, antes supremo, passou a ser limitado e a sofrer fiscalização realizada por meio do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, o Judiciário que antes apenas declarava a vontade da lei, passa a controlar a conformação dessa vontade ao texto constitucional.¹⁹³

Com a supremacia da Constituição e, em especial, com a supremacia dos direitos fundamentais positivados na Constituição, a ordem jurídica resgatou valores éticos e morais, ante a especial proteção conferida à dignidade da pessoa humana, que materialmente não existia no contexto do Estado Legal de Direito.

Como observa Estefânia Maria de Queiroz Barboza, “a dignidade humana é colocada nas Constituições de diversos países ocidentais como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo”.¹⁹⁴

Nessa mesma linha, Robert Alexy afirma que antes do influxo do constitucionalismo os direitos fundamentais ficavam circunscritos ao que estabelecia a lei. A partir dele, é a lei que deve conformidade aos direitos fundamentais.¹⁹⁵

O impacto do constitucionalismo, portanto, transformou a própria compreensão acerca do princípio da legalidade. O princípio da legalidade formal cedeu passo ao princípio da legalidade substancial, conforme afirma Luigi Ferrajoli.¹⁹⁶

Essa transmutação do princípio da legalidade formal em substancial traz consigo a exigência de uma modificação do próprio papel do Poder Judiciário,

¹⁹³ “A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição” (MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 65).

¹⁹⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 82.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. Los derechos Fundamentales em el estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 33-34.

¹⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi (Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 53.

vez que a proteção conferida aos direitos fundamentais é principiológica e feita por meio de linguagem aberta, imprecisa e porosa.

Em decorrência disso e, sobretudo, por consequência do caráter aberto e abstrato do texto constitucional, especialmente daqueles que estabelecem a proteção aos direitos fundamentais, nota-se maior atividade por parte do Poder Judiciário.

Dito de outro modo, o Poder Judiciário, antes mera boca da lei, passa a ter papel mais ativo, em razão da necessidade de conferir solidez e significado aos textos gerais e abstratos quando lhe são submetidos os casos concretos para análise.

Ele passa, portanto, a participar do processo de criação da norma jurídica. Com isso, a atividade desempenhada pelo Poder Judiciário, sobretudo no âmbito da jurisdição constitucional, passou a se aproximar da atividade desempenhada pelos juízes de países de tradição *common law*, cujo Direito é construído caso a caso, conforme o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade.

Para além do impacto causado pela revolução dos direitos humanos no papel do Poder Judiciário e, em última análise, na conformação da própria tradição jurídica da *civil law*, outro fenômeno que merece destaque, como anteriormente observado, é o da judicialização da política.

Nas últimas décadas do século XX, tanto o Brasil como outros países de tradição *civil law* que adotaram o constitucionalismo passaram, como corolário, a experimentar um novo fenômeno, que é o da judicialização da política. Tal fenômeno pode ser definido, em linhas gerais, como a transferência de parte do poder político do Poder Legislativo ao Poder Judiciário.¹⁹⁷

Luís Roberto Barroso esclarece que o fenômeno da judicialização traduz a tomada de decisão pelo Poder Judiciário de questões de ampla repercussão

¹⁹⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 93.

social e política, cujas sedes tradicionais de deliberação eram eminentemente políticas e de competência dos Poderes Executivo e Legislativo.¹⁹⁸

O autor aponta que o fenômeno possui causas variadas e se afigura como uma tendência mundial. Entretanto, no que diz respeito à realidade brasileira, afirma que decorre diretamente do modelo institucional aqui adotado, apontando três grandes causas.

A primeira decorrente da própria redemocratização, que trouxe consigo não apenas uma renovação do papel do Supremo Tribunal Federal - como guardião da Constituição Federal -, mas também a reformulação dos papéis do Ministério Público e das Defensorias Públicas, que foram determinantes para levar aos tribunais, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, questões sociais e políticas de interesse da coletividade.

A segunda decorrente da constitucionalização abrangente, própria de uma carta analítica que traz para o seu bojo questões que antes eram deixadas exclusivamente a cargo do Parlamento e que, por assim ser, acabou por juridicizar temas que antes ficavam restritos ao ambiente político.

E, por fim, a terceira decorrente de um sistema amplo de controle de constitucionalidade, que combina arranjos do *judicial review* do modelo americano e do europeu, isto é, do modelo difuso e do concentrado, cujo leque de legitimados é amplo e, por ser assim, permite ao cidadão, aos órgãos públicos e a entidades públicas e privadas conduzirem questões sociais e políticas para a decisão dos tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal.

Por serem esclarecedoras, transcreve-se as palavras de Luis Roberto Barroso a respeito do assunto:

Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Bahia, n°. 18, abr./dez, 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 18/08/2016.

mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer vale a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direito a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.¹⁹⁹

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 18/08/2016. p. 3-4.

O fenômeno da judicialização da política, como observa Estefânia Maria de Queiroz Barboza, embora decorrente de causas múltiplas, é oriundo primordialmente da posituação de normas de proteção aos direitos fundamentais, previstas em constituição escrita, não escrita ou em outros diplomas, a exemplo de declarações internacionais ou convenções regionais.²⁰⁰

Por conta da referida posituação, os Tribunais ou Cortes Constitucionais passaram a desempenhar novo papel, cabendo a eles não apenas a interpretação e a proteção desses direitos fundamentais, mas também a sua realização por meio da implementação de políticas públicas, que se traduzem em prestações positivas por parte do Estado.²⁰¹

O constitucionalismo, portanto, modificou significativamente a estrutura do Direito e também o papel da jurisdição e, por conta disso, viabilizou um verdadeiro solo fértil ou, como nas palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barboza, “um espaço público neutro”²⁰² no âmbito do qual as demandas sociais foram levadas em busca da efetivação dos mais variados direitos fundamentais plasmados na Constituição.

A título de exemplo, cita-se o Recurso Extraordinário nº. 566.471, cujo relator é o Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello e o objeto é a existência ou não de dever de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave. Referido caso trata, portanto, de tema relativo ao direito fundamental à saúde e está pendente de análise pelo Supremo Tribunal Federal.²⁰³

²⁰⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 93.

²⁰¹ Rogério Bastos Arantes aborda o tema com profundidade, destacando o trabalho do Ministério Público na defesa dos direitos coletivos e a modificação do papel do Poder Judiciário que, nesse contexto, precisa decidir conflitos entre sociedade e o Estado e entre os poderes do próprio Estado (ARANTES, Rogério Bastos. *Direito e política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, vol. 14, nº. 39, Fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/rbcsoc/v14n39/1723.pdf>> Acesso em: 26/10/2017).

²⁰² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 94.

²⁰³ O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema *sub judice*, mas ainda não analisou o mérito do litígio, conforme informação que consta no sítio do Tribunal na internet. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?PesquisaEm=tema&PesquisaEm=controversia&PesquisaEm=ambos&situacaoRG=TODAS&situacaoAtual=S&txtTituloTema=&numeroTemaInicial=&numeroTemaFinal=&acao=pesquisarProcesso&tipoComRG=ComRG&dataInicialJulgPV=&dataFinalJulgPV=&classeProcesso=&numeroProcesso=&ministro=&txtRamoDireito=&ordenacao=asc&botao=>>>. Acesso em: 20/10/2017.

Outro exemplo que pode ser citado, ainda em sede de direitos fundamentais, é o envolvendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3510, ajuizada pelo Ministério Público Federal e que tinha como pretensão impedir a realização de estudos científicos envolvendo células-tronco embrionárias. O Supremo Tribunal Federal analisou o mérito da ação e, por maioria de votos, julgou os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal improcedentes, reconhecendo, em suma, que as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida.²⁰⁴

Desse modo, a importância dos Tribunais não expandiu apenas quantitativamente, mas sobretudo qualitativamente, dado o relevo das questões políticas e sociais para as quais passou a ser chamado a tratar.

De outro turno, o fenômeno da judicialização da política no Brasil colocou o Poder Judiciário sob críticas, feitas no sentido de afirmar que tal poder não é competente para decidir questões morais e políticas de relevo, em razão da ausência de legitimidade democrática, isto é, por seus membros não serem eleitos pelo povo.²⁰⁵

Como sugere Estefânia Maria de Queiroz Barboza, esse protagonismo do judiciário no Brasil é, muitas vezes, definido como ativismo judicial. Entretanto, o ativismo judicial não deve ser entendido pelo volume de trabalho existente nas cortes, mas sim pelo quanto essas cortes se dispõem a trabalhar em prol da realização dos direitos fundamentais.²⁰⁶

Assim, com o constitucionalismo do segundo pós-guerra o espaço público para debate sobre questões morais e políticas é ampliado e o Poder

²⁰⁴ Para maiores informações acerca da ação, vide: <<http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=89917>>. Acesso em 20/10/2017.

²⁰⁵ Para maior estudo a respeito do tema envolvendo a tensão entre constitucionalismo e democracia, sobretudo aspectos envolvendo a legitimidade democrática do Poder Judiciário, vide: ACKERMAN, Bruce. **We the people**. Foundations. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991; BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos avançados**, São Paulo, vol. 18, nº. 51, 2004; CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002; Waldron, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. *In.*: **Limites do controle de constitucionalidade**. Coleção ANPR de direito e democracia. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

²⁰⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 101.

Judiciário passa então a ser o novo campo desses debates, cuja missão é concretizar os direitos fundamentais positivados na Constituição.

A revolução dos direitos humanos e a judicialização da política, portanto, expandem o campo de atividade do judiciário, que passa a desempenhar o papel de interpretar, de proteger, de realizar e de concretizar os direitos fundamentais, revelando atividade bastante nova se comparada com aquela desempenhada pelo Poder Judiciário idealizado pelos revolucionários franceses.

Logo, a tradição jurídica da *civil law* sofreu sensíveis modificações em sua conformação, sobretudo no papel desempenhado pelo Poder Judiciário que atualmente, como foi visto, não se caracteriza por ser um poder nulo e, tampouco, alheio ao processo de significação e criação do Direito. O Judiciário contemporâneo da *civil law* é protagonista e, em grande medida, desempenha papel semelhante ao visto na tradição jurídica da *common law*.²⁰⁷

É por essa razão que a adoção da teoria dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*) poderá contribuir para o aprimoramento das ordens jurídicas contemporâneas baseadas na *civil law*, sobretudo a brasileira.

Isso porque – e isso será abordado no capítulo seguinte – a teoria dos precedentes obrigatórios viabilizará a concretização da segurança jurídica, conferindo, assim, maior certeza, previsibilidade e coerência aos provimentos jurisdicionais e, em última análise, à própria ordem jurídica.

²⁰⁷ Vale enfatizar as palavras já transcritas de Luiz Guilherme Marinoni, que aponta a aproximação do papel dos juízes dos países de tradição *civil law* e de *common law* por conta do constitucionalismo: “Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*. (MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 67.)

CAPÍTULO 3 – PRECEDENTES JUDICIAIS

No primeiro capítulo desta dissertação objetivou-se trabalhar o tema envolvendo a segurança jurídica, oportunidade em que foram apresentadas algumas considerações e reflexões a respeito do objeto em análise.

No primeiro item do referido capítulo, portanto, buscou-se apresentar o seu conceito – decompondo-o em três elementos: a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade –, ao passo que no segundo item o escopo foi analisar a sua fundamentalidade – que decorre da própria ideia de Direito e, portanto, compõe a ideia de Estado Democrático de Direito, inclusive no contexto brasileiro.

Ao final, isto é, no terceiro e último item do sobredito capítulo, objetivou-se demonstrar que a segurança jurídica, ao menos nas ordens jurídicas lastreadas na tradição da *civil law*, era depositada exclusivamente no Direito legislado, sobretudo após a Revolução Francesa.

Contudo, transformações impactaram a tradição da *civil law*, de modo que o papel do Poder Judiciário foi sensivelmente modificado, colocando-o como partícipe – e, em alguns casos, como protagonista maior – no cenário do processo de construção da ordem jurídica.

Assim, intentou-se demonstrar no último item do primeiro capítulo a necessidade de se deslocar a busca por segurança jurídica também para a arena jurisdicional, a fim de que a ordem jurídica, em sua integridade, seja o tanto quanto possível cognoscível, confiável e calculável.

Por sua vez, no segundo capítulo desta dissertação a análise foi centrada nas tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*, de modo que no primeiro item do capítulo o objetivo foi apresentar reflexões acerca da importância desse estudo e, ao final, evidenciar as distinções acerca do sentido semântico das expressões ‘tradições jurídicas’ e ‘sistemas ou ordens jurídicas’.

No segundo item do capítulo segundo o escopo foi a análise da tradição jurídica da *common law* inglesa, pontuando o seu marco inaugural, algumas considerações importantes acerca do seu desenvolvimento e algumas de suas

características. No que diz respeito ao terceiro item do mesmo capítulo, o objetivo foi semelhante, distinguindo-se apenas o objeto de análise, que é a tradição da *civil law*.

Por fim, no quarto e último item do capítulo segundo o que se objetivou foi fazer análise mais detida acerca das transformações pelas quais passou a tradição jurídica da *civil law* desde a Revolução Francesa – decorrente do relativo ou parcial insucesso da codificação do Direito ou pelo resultado do influxo do constitucionalismo do segundo pós-guerra nas ordens jurídicas que se pautam na referida tradição – a fim de contextualizar, ao menos no que tange à missão institucional do Poder Judiciário, certa convergência com a missão desenvolvida pelos magistrados da tradição jurídica da *common law*.

Assim, partindo da premissa de que atualmente o Poder Judiciário da *civil law*, inclusive o brasileiro, desempenha papel com marcante protagonismo, isto é, não raras vezes participando do processo de significação e construção da ordem jurídica, intenta-se analisar neste terceiro e último capítulo a teoria dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*) – que não nasceu com a *common law*, mas foi construída em passado relativamente recente de seu contexto –, como forma de realizar a segurança jurídica, conferindo, assim, maior certeza, previsibilidade e coerência aos provimentos jurisdicionais e, em última análise, à própria ordem jurídica.

É por essa razão que se buscará demonstrar que a adoção da teoria dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*) poderá contribuir para o aprimoramento das ordens jurídicas contemporâneas baseadas na *civil law*, sobretudo a brasileira.

Feitas essas considerações panorâmicas a respeito da presente dissertação, passa-se à análise do tema proposto para o terceiro e último capítulo.

3.1 Esclarecimentos iniciais acerca da compreensão sobre precedente judicial, decisão judicial, jurisprudência e súmula

Antes de ingressar no estudo do precedente judicial propriamente dito – sua origem, técnicas de superação e sua importância em relação à segurança jurídica – revela-se pertinente apresentar algumas considerações acerca de expressões que, não raras vezes, são tratadas como sinônimas.

Por precedente judicial se compreende, de um lado, a prática de decidir casos atuais ou futuros com base nas decisões proferidas naqueles julgados no passado, dada a similitude de questões jurídicas que os permeiam.²⁰⁸

De outro lado, precedente judicial é a decisão proferida em determinado processo que, circunscrevendo os fatos relevantes e destacando as soluções jurídicas construídas, ostenta a capacidade de ir além da mera solução do caso concreto, projetando a pretensão de se tornar paradigma para casos semelhantes futuros.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que precedente é “uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados”²⁰⁹.

Em sentido semelhante, Michele Taruffo assevera que precedente judicial se caracteriza por ser uma decisão que, partindo de determinado contexto fático, tem a pretensão de fornecer regra jurídica universalizável, de modo a ser utilizada em caso concreto seguinte, em razão da analogia entre os fatos do caso julgado e do caso em julgamento.²¹⁰

Em outras palavras, precedente judicial é a decisão judicial que, a despeito de construir norma jurídica individual, concreta e que é direcionada às partes litigantes de determinado processo, carrega consigo a aptidão de

²⁰⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 198.

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 213.

²¹⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 4. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.

transcender os limites subjetivos e se projetar em direção aos casos futuros que guardem semelhanças em seus aspectos mais importantes.

É por essa razão que Frederick Schauer aponta que, tendo em vista que as decisões do presente servirão como precedentes aos futuros julgadores, faz-se necessária a assunção de especial responsabilidade pelo magistrado, haja vista que vinculam o futuro antes mesmo de ele se realizar.²¹¹

Diante disso, abre-se espaço para concluir que todo precedente é uma decisão judicial, mas nem toda decisão judicial é um precedente.²¹² Isso porque, nem toda decisão judicial revela a resolução de um conflito e, sobretudo, a construção de uma norma jurídica. Exemplo disso são as decisões que se limitam a reproduzir *ipsis litteris* o texto da lei sem, contudo, enfrentar todas as teses jurídicas suscitadas, de modo a delinear a única interpretação possível de inúmeras eventualmente possíveis de serem construídas e extraídas do texto em questão.

Em casos assim, embora se trate de decisão judicial, o ato jurisdicional não leva consigo a aptidão de se tornar paradigmático, porquanto não tratou de construir norma jurídica ou, ao menos, de conferir interpretação definitiva à lei.

Portanto, se a decisão judicial não versar sobre questão de direito, construindo norma jurídica ainda que a partir de determinada interpretação de texto legal e, para além disso, não considerar nessa atividade todos os argumentos relevantes apresentados, sejam eles divergentes ou convergentes à tese, não terá a aptidão de se tornar paradigmática.

Assim, “precedente é a primeira decisão que elabora tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”²¹³, de modo que o provimento jurisdicional que se situa fora desses contornos se caracteriza apenas como decisão judicial.

²¹¹ SCHAUER, Frederick. Precedente. **Stanford law review**, vol. 39, nº. 3 (fev. 1987). Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em: 18/12/2008, p. 573 *apud* BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 198.

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 213.

²¹³ *Ibidem*, p. 214.

De outro turno, precedente judicial se distingue de jurisprudência, que, em si, constitui expressão de múltiplos sentidos.

Conforme afirma Lênio Luiz Streck, jurisprudência possui três sentidos distintos, ao menos em perspectiva jurídica:

a) em sentido estrito, pode indicar a 'Ciência do Direito', também denominada 'Dogmática Jurídica' ou 'Jurisprudência'; b) em sentido lato, pode referir-se ao conjunto de sentenças dos tribunais, e abranger tanto a jurisprudência uniforme como a contraditória; c) pode significar apenas o conjunto de sentenças uniformes, falando-se, nesse sentido, em 'firmar jurisprudência' ou 'contrariar a jurisprudência'.²¹⁴

Michele Taruffo define jurisprudência de forma semelhante ao que faz Lênio Luiz Streck em uma de suas três significações, afirmando que “quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos”²¹⁵.

De seu turno, Miguel Reale conceitua jurisprudência como sendo o conjunto de decisões harmônicas que, por ostentar esse alinhamento, revela a norma jurídica.²¹⁶

Diante disso, portanto, nota-se que as expressões designam coisas distintas. E, ainda que se considere jurisprudência como conjunto de decisões judiciais, harmônicas ou não, a distinção se situa precisamente no aspecto quantitativo.

Isso porque, precedente é a decisão que, a partir de um caso particular, elabora a tese jurídica, ostentando, assim, a aptidão de se tornar paradigmática. Não se exige, portanto, a existência de múltiplas decisões para que a tese jurídica seja construída.

²¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro** – eficácia, poder e função. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 83.

²¹⁵ TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 3. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.

²¹⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 164.

De modo diverso, jurisprudência pressupõe repetição, exige quantidade, conforme expõe Evaristo Aragão Santos ao afirmar que a expressão carrega consigo a ideia de conjunto. Segundo ele, “há, aqui, portanto, uma distinção de caráter quantitativo: enquanto o termo jurisprudência designa conjunto de decisões, o termo precedente espelha (...) uma decisão pronunciada pelo Judiciário”²¹⁷.

Assim, jurisprudência tida enquanto conjunto de decisões harmônicas até pode refletir a ideia da existência de precedente, considerando-se que, em algum momento e nesse bojo de decisões, determinada decisão pode delinear definitivamente a tese jurídica. Mas não será o conjunto ou o coletivo em si que formará o precedente, mas sim a decisão que elaborou a tese que constitui o precedente.

Portanto, jurisprudência retrata expressão polissêmica, razão pela qual não se confunde com precedente judicial.

Por derradeiro, precedente judicial também não se confunde com súmula, tendo em vista que ela se caracteriza apenas como uma compilação abreviada, resumida e bastante sintética e genérica de tese jurídica extraída de conjunto de decisões.²¹⁸

Desse modo, enquanto o precedente judicial se circunscreve a caso particular e dele não se distancia, porque a construção da tese jurídica se baseou em determinado quadrante fático, a súmula tem a pretensão de criar tese geral e abstrata.²¹⁹

Por essa razão, precedente judicial e súmula retratam coisas distintas e, como observado anteriormente, a adoção ou não de determinado precedente no futuro depende da existência de analogia entre os fatos subjacentes do caso julgado e do caso em julgamento.

²¹⁷ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 143.

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 214.

²¹⁹ STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – precedente judicial e súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 65-66.

Para além disso, no caso em que se dá a construção do precedente estão presentes as partes e eventuais terceiros interessados que, em um processo dialógico, participam da atividade construtiva.

No contexto da súmula, não se vislumbra essa atividade plural, o que pode afetar a legitimidade da tese jurídica que por meio dela se tenta edificar, além de distingui-la do precedente.²²⁰

3.2 Origem e a essência da doutrina do precedente judicial obrigatório (*stare decisis*)

Como foi analisado no capítulo segundo desta dissertação, a tradição jurídica da *common law* tem marco inicial fincado em passado histórico não tão remoto como o da tradição jurídica da *civil law*.

Afirma-se que a gênese da *common law* se confunde com a da tradição jurídica inglesa.²²¹ Isso porque, até 1.066 o território da Inglaterra era ocupado por inúmeras tribos, não havendo registro de um Direito comum e de um governo central a todas elas.²²² Foi com a invasão normanda, na conhecida batalha de Hastings, que houve o início da centralização do governo, inclusive no que diz respeito à organização e à administração da justiça.²²³

Conforme ressalta René David, o território inglês era partilhado por diversas tribos (saxões, anglos, dinamarqueses entre outros) e, após a conquista do território inglês pelos normandos, houve uma forte centralização do poder, que foi marcado por uma rica experiência administrativa conduzida pelos conquistadores. Segundo ele, passou-se do período tribal para o feudal na

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 214.

²²¹ Nesse sentido, leciona René David: “Todo estudo da *common law* deve começar por um estudo do direito inglês. A *common law* é um sistema profundamente marcado pela sua história, e esta história é de forma exclusiva, até o século XVIII, a do direito inglês.” (DAVID, René. *op. cit.*, p. 351).

²²² Conforme observa Sérgio Gilberto Porto, a partir da invasão normanda é que na história passaram a existir os primeiros registros do uso da expressão *common law* ou *comune ley*. (PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.)

²²³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 40-41.

história da Inglaterra, o que impactou fortemente a própria compreensão do Direito inglês.²²⁴

Contudo, importante enfatizar que até referida batalha o território da Inglaterra era composto por inúmeras tribos com diferentes organizações, o que obstava a unificação do poder e, por consequência, a instalação de um Direito uno ou comum.

Para superar esses empecilhos, foi necessário um corpo de juízes leais, conforme afirma Patrick H. Glenn. Segundo ele, era por meio de juízes leais ao monarca que se viabilizou possível, ainda que de forma paulatina, a criação de uma ordem jurídica comum ao reino e a superação dos entraves outrora existentes, concretizando, assim, os ideais de unificação e de centralização.²²⁵

É por isso, portanto, que se afirma que a *common law* se alicerça sobre a tradição e a experiência dos povos anglo-saxônicos, vez que, após a invasão dos normandos, o Direito inglês foi sendo elaborado e estabelecido de maneira centralizada pelas cortes de justiça de Westminster e com base naquilo que já existia, sem rupturas.

Assim, a elaboração do Direito comum ocorria, via de regra, a partir dos casos concretos (*case law*), ou seja, em existindo algum conflito, ele era conduzido à apreciação das cortes de justiça que, a partir da tradição e experiência até então existentes, produzia a solução jurídica para o caso. Essas soluções das cortes de justiça, portanto, é que formavam pouco a pouco a *common law*.

A sua formação e desenvolvimento, vale enfatizar, não foram pautados por um Direito escrito e pretensamente codificado, o que evidencia uma de suas grandes distinções em relação à tradição romano-germânica. Ao contrário disso, a formação da tradição da *common law* e, sobretudo, o seu desenvolvimento decorreram de intensa atividade judicial.

²²⁴ DAVID, René. *op. cit.*, p. 358.

²²⁵ Nesse sentido: "So, as monarch, you could not rely on God, the people, or your own legislation. You needed a corps of loyal adjudicators, able to bring a newer, more efficient and modern king's peace to the different parts of the realm." (GLENN, Patrick H. *op. cit.*, p. 239.)

Trata-se, desse modo, de tradição jurídica formada e desenvolvida de maneira empírica e a partir de situações particulares. É por isso que Celso de Albuquerque Silva afirma que a distinção entre *civil law* e *common law* está circunscrita, respectivamente, a uma “opção entre um método lógico e um empírico, entre um pensar dedutivo e um indutivo, entre uma regra da razão e uma da experiência”²²⁶.

O desenvolvimento judicial restou bastante acentuado no final da Idade Média e no contexto da batalha pelo poder estabelecida entre a Coroa (os Stuart) e o Parlamento inglês. Nesse meandro, os tribunais não se posicionaram em defesa do monarca; ao revés disso, os juízes estabeleceram limites às pretensões da realeza, o que era feito com base na *law of the land*, isto é, na ordem jurídica ou no Direito comum aplicado costumeiramente pelas cortes e que vigorava no território inglês.²²⁷

Com o declínio da dinastia dos Stuart, a *common law* passou a ser vista como produto da mais alta expressão da razão natural e que foi desenvolvida a partir da tradição e sabedoria coletiva dos povos, ressaltando, assim, o importante papel da atividade judicial na formação da *law of the land*.²²⁸

Assim, o que se percebe é que a *common law* foi formada e desenvolvida com base na atividade judicial²²⁹. Trata-se de um Direito jurisprudencial, conforme afirma René David:

²²⁶ SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 164.

²²⁷ GROTE, Rainer. *op. cit.*.
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 2.

²²⁸ GROTE, Rainer. *op. cit.*.
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 2.

²²⁹ A história do direito inglês, em brevíssimo panorama, pode ser fracionada em quatro momentos. O primeiro deles é o cognominado anglo-saxão, vivenciado em momento anterior à batalha de Hastings em 1.066. O segundo vai da referida batalha ao início da dinastia Tudor, em 1.485. O terceiro é o momento em que se desenvolve o *equity*, ordem jurídica contraposta e a um só tempo complementar à *common law* (*law of the land*); tal momento vai da dinastia Tudor até a primeira metade do século XIX. O quarto e último momento vai da primeira metade do século XIX, isto é, de 1.832, à contemporaneidade, conforme aponta Patrícia Perrone Campos Mello (MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13-14.). Entretanto, a despeito de existirem momentos distintos na história da *common law*, a sua formação e o seu desenvolvimento sempre foram pautados, ora em maior ora em menor medida, na atividade judicial.

A *common law* pôde retirar algumas das suas regras dos vários costumes locais outrora em vigor, porém o processo em si de constituição da *common law* consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, que substituiu o direito da época anglo-saxônica, fundado no costume.²³⁰

Necessário pontuar, entretanto, que a observação obrigatória e vinculativa dos precedentes judiciais não é algo que surgiu a um só tempo com a *common law*, ou seja, não é algo congênito à referida tradição. O desenvolvimento da teoria dos precedentes obrigatórios é fruto da experiência e da busca por segurança jurídica e por isonomia, mas que ocorreu apenas em um passado recente.

Portanto, a associação de *common law* com *stare decisis* é incorreta, pois a *common law* sobreviveu e funcionou por séculos sem a implementação da doutrina dos precedentes obrigatórios.²³¹

A despeito de não ser correta a associação, Estefânia Maria de Queiroz Barboza afirma que o debate acerca dos precedentes é bastante antigo, e sua autoridade foi invocada por Edward Coke, em 1.607, por ocasião do *Case of Prohibitions*.²³²

Desde então, o debate acerca dos *binding precedentes* – ou precedentes obrigatórios – esteve em evidência, de tal modo que no próprio século XVII restou definido que a decisão colegiada da Câmara de Exchequer teria efeitos vinculantes.²³³

No século XVIII a doutrina do *stare decisis* passou a, paulatinamente, ganhar corpo em toda a Inglaterra, conforme aponta Neil Duxbury.²³⁴ Entretanto, apenas no século seguinte é que a doutrina dos precedentes obrigatórios restou finalmente consolidada, tal como pontua René David:

²³⁰ DAVID, René. *op. cit.*, p. 332.

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 31; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 159.

²³² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 194-195.

²³³ *Ibidem*, p. 195.

²³⁴ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2007, p. 35.

A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial. Contudo, a necessidade de certeza e de segurança jurídica não foi sentida sempre no mesmo grau, e só depois da primeira metade do século XIX é que a *regra do precedente* (*rule of precedent*), impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores, rigorosamente se estabeleceu.²³⁵

Foi no século XIX, então, que por meio do julgamento do caso *Mirehouse v. Rennell*, em 1.833²³⁶; posteriormente e em especial por meio do julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, em 1.861²³⁷; e, por fim, com os *Judicatures Acts* de 1.873 e 1.875, responsáveis por alçar a *House of Lords* ao ápice da estrutura orgânica dos tribunais ingleses, que a doutrina do *stare decisis* se consolidou.²³⁸

Curioso observar que, por conta do que foi decidido no caso *London Tramways v. County Council*, em 1.898, a *House of Lords* estava absolutamente vinculada aos seus próprios precedentes, não podendo rediscuti-los ou revisá-los.

Contudo, com os *Practice Statement* em 1.966, a regra do *stare decisis* foi flexibilizada, de modo a viabilizar à *House of Lords* decidir se o precedente era vinculante ou não, bem como decidir acerca da anulação de suas próprias decisões. E tudo isso feito com escopo de evitar injustiças em casos particulares, pois a vinculação absoluta e irrestrita aos precedentes poderia conduzir a isso, além de objetivar também o desenvolvimento do próprio Direito.²³⁹

Desse modo, o que se evidencia é que a *common law* se formou e se desenvolveu por inúmeros séculos sem a presença da doutrina do *stare decisis*, que, por sua vez, veio a se consolidar em arena judicial inglesa apenas no século XIX.

²³⁵ DAVID, René. *op. cit.*, p. 428.

²³⁶ Íntegra da decisão disponível em: <<http://www.uniset.ca/other/cs3/6ER1015.html>>. Acesso em 22/02/2018.

²³⁷ Íntegra da decisão disponível em: <<http://uniset.ca/other/th9/HLC274.pdf>>. Acesso em: 22/02/2018.

²³⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 196.

²³⁹ *Ibidem*, p. 202-203.

Dito isso a respeito do marco histórico da doutrina do *stare decisis*, é relevante pontuar que a razão de ser ou essência da teoria dos precedentes obrigatórios é a segurança jurídica e o tratamento isonômico.

A expressão *stare decisis* é o nome atribuído à doutrina ou teoria que investiga os precedentes obrigatórios. Mencionada expressão vem do latim e é uma forma reduzida da seguinte sentença '*stare decisis et quia non movere*', e significa 'respeitar as coisas decididas e não alterar o que foi estabelecido'.

Acerca da doutrina do *stare decisis*, Toni M. Fine afirma o seguinte:

Tal doutrina, conhecida como aplicação do precedente, estipula que, uma vez que o Tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subsequentes que apresentem fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior. Segundo essa doutrina, uma regra de direito, uma vez proferida por um Tribunal, normalmente deve ser seguida até que tal regra tenha que, ou deva ser, modificada. A regra do *stare decisis* é, pois, a política das Cortes de manter o precedente e não interferir nos casos que se sucedem, em questão já decidida em casos anteriores.²⁴⁰

A razão da existência da doutrina do *stare decisis* é a uniformidade da ordem jurídica, que é alcançada por meio do respeito à segurança jurídica e do respeito à igualdade de tratamento (*treat like cases alike*). Funda-se, assim, na ideia de que precedentes devem ser observados quando, em casos futuros, o suporte fático mais relevante for o mesmo de um caso outrora decidido, justificando, assim, a aplicação das mesmas razões jurídicas, porquanto concretizadores de um tratamento isonômico e da própria segurança jurídica²⁴¹.

Toni M. Fine assevera que por meio dos precedentes obrigatórios, "os indivíduos e entidades podem se permitir melhor ordenar suas questões e negócios". Segundo ela, a doutrina do "*stare decisis* dá pelo menos uma medida de previsibilidade na maneira pela qual uma dada controvérsia pode ser

²⁴⁰ FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**. Ano 89, nº. 782, p. 90-91.

²⁴¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 200.

resolvida, o precedente oferece um senso de como o caso em pauta será resolvido”²⁴².

Os precedentes obrigatórios, portanto, surgiram no contexto da *common law* como forma de conferir maior segurança à ordem jurídica, viabilizando, assim, que os cidadãos pudessem antever o respeito aos direitos já afirmados, bem como para conferir tratamento igualitário àqueles casos considerados semelhantes, ao menos no que tange aos fatos materialmente relevantes.²⁴³

É por isso que Maurício Ramires afirma que a segurança jurídica foi a mais relevante razão para a adoção da doutrina dos precedentes obrigatórios pela *common law* inglesa no século XIX.²⁴⁴

Nota-se, então, que a razão de ser ou o fundamento da doutrina do *stare decisis* é a segurança jurídica e a igualdade, conforme pontua Toni M. Fine, cujas palavras seguem transcritas:

A doutrina do *stare decisis* repousa no princípio de que um Tribunal é uma instituição requisitada a aplicar um corpo de leis, e não um grupo de juízes proferindo decisões isoladas nos casos a ele submetidos. Assim sendo, as regras de direito não devem mudar caso a caso ou de juiz a juiz. Tal doutrina manifesta o reconhecimento de que aqueles que se encontram engajados em transações baseadas nas regras de direito que estão prevalecendo podem confiar em tal estabilidade. Em suma, o *stare decisis* promove um imparcial, previsível e consistente desenvolvimento dos princípios legais, fomenta confiança nas decisões judiciais; e contribui para a real integridade do processo judicial.²⁴⁵

Por derradeiro, observa-se que os precedentes vinculantes podem ser vistos por perspectiva ou direção horizontal e também vertical.

Por meio da primeira, a doutrina do *stare decisis* impõe a vinculação do tribunal que proferiu a decisão às suas próprias decisões. E o fundamento de tal imposição está circunscrito à ideia de autocoerência ou coerência interna, pois

²⁴² FINE, Toni M. *op. cit.*, p. 90.

²⁴³ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122.

²⁴⁴ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 62.

²⁴⁵ FINE, Toni M. *op. cit.*, p. 95.

se determinado tribunal decide de forma distinta casos análogos ou se modifica seu posicionamento com habitualidade e à margem de fundadas razões, tal conduta violaria a lógica e a coesão da construção que faz por meio de decisões e violaria a igualdade de tratamento que deve ser conferida aos indivíduos.²⁴⁶

Além disso, da ausência de autocoerência ou coerência interna resulta prejuízo à própria credibilidade do tribunal, fragilizando até sua autoridade perante a sociedade.

De outro turno, pela perspectiva vertical a doutrina do *stare decisis* impõe a observação às decisões paradigmáticas proferidas no passado, porquanto o juiz do caso análogo, atual e em julgamento se encontra em patamar hierarquicamente inferior na estrutura orgânica do Poder Judiciário.

Assim, além de tal imposição também se fundar na ideia de coerência – ainda que externa – e na concretização de tratamento igualitário, funda-se também na autoridade e na competência do órgão jurisdicional que cunhou o precedente. É por essa razão que Michele Taruffo afirma que “quanto mais elevado é o nível da Corte que emana o precedente, mais autoridade tem suas decisões”²⁴⁷.

3.3 *Ratio decidendi* e *obiter dictum*

Como visto nos itens anteriores, a doutrina do *stare decisis* é aquela desenvolvida em um passado relativamente recente da *common law* e que prega a observância obrigatória – ainda que não absoluta ou irrestrita, conforme será ponderado em item posterior – do precedente judicial.

Também como foi analisado, o precedente judicial é caracterizado por ser decisão proferida em determinado processo que, circunscrevendo os fatos relevantes e destacando as soluções jurídicas construídas, ostenta a capacidade

²⁴⁶ TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 9-10. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 9. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.

de ir além da mera solução do caso concreto, projetando a pretensão de se tornar paradigma para casos semelhantes futuros.

O *stare decisis* se trata, assim, da doutrina que impõe aos órgãos do Poder Judiciário o respeito às decisões já proferidas, quando em julgamento caso com quadrante fático e jurídico análogo ao já debatido e apreciado.

Contudo, as situações subjacentes a cada um dos inúmeros casos levados à apreciação do Poder Judiciário são ímpares e, não raras vezes, ricas em detalhes, de modo que sobressai relevante analisar qual é a parcela da decisão que forma o precedente judicial e que, portanto, carrega consigo a obrigatoriedade de respeito.

Acerca do assunto, aparentemente não há divergência doutrinária no sentido de afirmar que é a *ratio decidendi* a parcela do precedente judicial que efetivamente vincula os magistrados de casos futuros. Nesse sentido encontram-se posicionados, entre outros, Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, Lênio Luiz Streck e Georges Abboud, José Rogério Cruz e Tucci, Michele Taruffo, Toni M. Fine²⁴⁸ e, por fim, Luiz Guilherme Marinoni, que assevera que no “*common law*”, há acordo em que a única parte do precedente que possui tal efeito é a *ratio decidendi*”²⁴⁹.

Assim, cumpre delinear inicialmente que por *ratio decidendi* se compreende a razão de decidir, isto é, o fundamento de direito utilizado pelo magistrado para proferir a sua decisão. É, portanto, a solução jurídica construída e sobre a qual se funda a decisão tomada a partir dos fatos particulares de um dado caso, conforme aponta Michele Taruffo.²⁵⁰

Estefânia Maria de Queiroz Barboza, de seu turno, aponta que a *ratio decidendi* é a parcela da decisão que vincula órgão de mesma ou diferente

²⁴⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 216 e ss.; STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto** – precedente judicial e súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 41 e ss.; TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 123 e ss.; TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 6 e ss. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.; FINE, Toni M. *op. cit.*, p. 90 e ss.

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 220.

²⁵⁰ TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 6. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.

hierarquia e se caracteriza por ser a fração que contém em seu bojo a razão ou princípio que lastreia a decisão e que forma a sua parte impositiva. Segundo ela:

Pode-se definir como regra geral que o precedente é a parte da decisão de um Tribunal que vincula Tribunais de mesma hierarquia ou Tribunais inferiores, ou seja, seria aquela parte cujo enunciado contenha a razão ou o princípio segundo o qual a questão foi decidida perante a Corte. Esse princípio que fundamenta a decisão e forma a parte impositiva dela, formando um precedente, é que é considerado a *ratio decidendi*.²⁵¹

José Rogério Cruz e Tucci afirma que a *ratio decidendi* constitui o núcleo do julgado, restringindo-se àquela parcela da tese jurídica que é fundamental para a resolução do caso concreto. Aponta, assim, que ela é formada pelos fatos materiais importantes e pela tese jurídica construída a partir deles.²⁵²

No mesmo sentido assevera Jorge Amaury Maia Nunes que é lição elementar de Direito da *common law* que “deve ser considerado como precedente de um caso o princípio de direito ou regra de direito aplicável aos fatos relevantes para decisão com relação à questão ou questões de mérito apresentadas à corte relativamente a dado caso posto em julgamento”²⁵³.

Ratio decidendi, assim, é a norma jurídica construída sobre e a partir do julgamento de um determinado caso, circunscrita aos seus limites materiais importantes e que constitui a *rule of law*, cuja aplicação é obrigatória em casos análogos futuros.

A *ratio decidendi*, portanto, constitui os motivos determinantes da decisão que vinculam os casos futuros. Ela difere da decisão, pois esta vincula apenas as partes litigantes, ao passo que aquela vincula a todos.²⁵⁴

Vale observar, conforme ressalta Teresa Arruda Alvim Wambier, que, via de regra, a *ratio decidendi* não é delineada pelo magistrado ou grupo de

²⁵¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 217.

²⁵² TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 121.

²⁵³ NUNES, Jorge Amaury Maia. *op. cit.*, p. 124.

²⁵⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 217.

magistrados responsável por proferir a decisão que constitui o precedente judicial, embora seja possível isso ocorrer. Segundo ela, o descortinar da *ratio decidendi* ocorre em momento futuro, quando do julgamento de novo caso, pois é nele que ocorre o registro de que decisão anterior se caracteriza como precedente.²⁵⁵

Obiter dictum, por sua vez, são todos aqueles argumentos marginais e que são expressos na decisão, mas que não são determinantes para a solução do caso ou, dito de outro modo, para a construção da tese jurídica que constitui o núcleo do precedente.

Conforme pontua Michele Taruffo, *obiter dictum* são os argumentos e afirmações contidos no provimento jurisdicional e que, ainda que em alguns casos sejam úteis para sua melhor compreensão, não compõem a tese jurídica da decisão.²⁵⁶

Apresentadas essas reflexões conceituais acerca da *ratio decidendi* e *obiter dictum*, observa-se que na prática nem sempre se revela tarefa fácil identifica-las e distingui-las, razão pela qual algumas técnicas foram construídas.

Conforme aponta José Rogério Cruz e Tucci, para o escopo de identificar na decisão o que constitui a *ratio decidendi* e, com isso, apartá-la do *obiter dictum* há o chamado teste de Wambaugh, que é relativamente simples e consiste em inverter determinado argumento ou proposição levada em consideração pelo magistrado, a fim de verificar se o desfecho da decisão continuará a ser o mesmo.²⁵⁷

Assim, se após a inversão do argumento ou proposição a decisão continuar a ser a mesma, tal argumento ou proposição se caracterizará como mero *obiter dictum*. Todavia, modificado o desfecho da decisão, argumento se revelará como *ratio decidendi*, conforme aponta Luiz Guilherme Marinoni.²⁵⁸

²⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 44.

²⁵⁶ TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 7. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.

²⁵⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 124.

²⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 222.

Tal teste, entretanto, se revela como potencialmente falho, haja vista que não raras vezes os órgãos do Poder Judiciário proferem decisões que são lastreadas em múltiplos fundamentos, podendo cada um deles constituir argumento autônomo e suficiente para manutenção da decisão.

Assim sendo, ainda que se inverta – ou até mesmo se exclua – determinado argumento ou proposição o desfecho da decisão permanecerá imutável. E, de maneira falsa, poderá conduzir à conclusão de que o argumento invertido é mero *obiter dictum*.

Luiz Guilherme Marinoni aponta como existente o método de Goodhart, por meio do qual se afirma que a *ratio decidendi* está ancorada não apenas nos fundamentos relevantes da decisão, mas também nos fatos materialmente importantes do caso subjacente.²⁵⁹

Dito de outro modo, para delinear a *ratio decidendi* não se deve olhar apenas um ponto isolado da decisão, que consiste na tese jurídica desenvolvida. É preciso lançar olhos também sobre os fatos materialmente identificados como relevantes pelo magistrado, pois é a partir deles e sobre eles que a tese jurídica é erigida.

Como aponta Estefânia Maria de Queiroz Barboza, não haveria sentido afirmar que os fatos identificados pelo magistrado por ocasião do julgamento não são importantes e, de outro lado, afirmar que há vinculação sobre a conclusão jurídica extraída desses fatos.²⁶⁰

Assim, a partir dos fatos destacados como relevantes e também a partir da conclusão jurídica, em conjunto considerados, é que se identifica a *ratio decidendi* que constitui o precedente e que vincula os juízes em futuros julgamentos.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 224.

²⁶⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 219.

3.4 Técnicas de aplicação e superação de precedentes

Foi abordado no item anterior que por meio da doutrina do *stare decisis* se sustenta a observância obrigatória do precedente judicial que se caracteriza como sendo a decisão proferida em determinado processo que, delineando os fatos materialmente relevantes e destacando as soluções jurídicas construídas a partir deles, ostenta a capacidade de ir além da mera solução do conflito particular, projetando a pretensão de se tornar paradigma para futuros casos análogos.

De igual modo, viu-se que a doutrina do *stare decisis* surgiu no século XIX, no contexto da *common law* inglesa, com o escopo de conferir segurança jurídica à ordem jurídica estabelecida precipuamente a partir da atividade dos magistrados, bem como para conferir tratamento isonômico aos indivíduos que se encontram em situação semelhante, de onde se extrai a famosa expressão *treat like cases alike*.

Ocorre que, não obstante ao que foi exposto, não há como olvidar que, ainda que não raras vezes oriundo diretamente de fonte estatal, o Direito é produto sociocultural, haja vista que nasce das relações intersubjetivas e as tem como objeto, carregando consigo a pretensão de ordená-las.²⁶¹

Assim, partindo da premissa de que a sociedade, sobretudo a contemporânea, é extremamente complexa e bastante plural, impõe-se ao Direito a necessidade de ostentar a característica do dinamismo a um só tempo que deve levar consigo a pretensão de estabilidade.

Não é por outra razão que Humberto Bergmann Ávila assevera que um dos desafios do Direito é ponderar a tradição e a inovação, a permanência e a adaptabilidade.²⁶² E que, em semelhante sentido, John Henry Merryman afirma

²⁶¹ O Direito, como aponta Paolo Grossi, nasce das relações intersubjetivas e as tem como seu conteúdo. É, portanto, das relações humanas que o direito surge, é por elas que se interessa e é delas que o direito se ocupa na tarefa de ordená-las. (GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2005, p. 29.).

²⁶² ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 65.

que “no mundo do *common law* certeza e flexibilidade são vistos como valores que competem, cada um tendendo a limitar o outro”²⁶³.

Dessa maneira e como foi estudado no capítulo primeiro desta dissertação, a segurança jurídica não se traduz como imutabilidade do Direito. Ao revés disso, quando vista pela perspectiva da confiabilidade e da calculabilidade, ela impõe a ideia de estabilidade (ou durabilidade) e previsibilidade ao Direito, o que permite concluir pela existência da ideia de mutabilidade da ordem jurídica.

Entretanto, não se trata de simples mutabilidade, mas de mutabilidade sem frustrações e surpresas.

Assim, embora a segurança jurídica seja imprescindível para se sustentar a ideia de Direito e até de Estado de Direito, ela não é absoluta.

Além disso, dada a riqueza das situações e relações da vivenciadas em sociedade, cada uma ímpar à sua maneira, revela-se necessário que se faça a análise detida de cada caso, de modo a viabilizar a realização prática do tratamento isonômico que deve ser conferido aos indivíduos.

Portanto, embora por meio da doutrina do *stare decisis* se sustente a observância obrigatória dos precedentes judiciais, tal imposição não é absoluta, porquanto existente a necessidade de se distinguir casos não semelhantes – o que decorre, inclusive, da ideia de concretização do tratamento isonômico –, e existente a necessidade de adaptação e evolução do Direito.

Como observa Benjamin Nathan Cardozo, a “adesão ao precedente deve então ser a regra, não a exceção, para que os litigantes tenham fé na administração imparcial da justiça nos tribunais”²⁶⁴.

Entretanto, há situações em que o precedente judicial deixa de ser aplicado, porque o substrato fático material dos casos é distinto e, por consequência, impõe tratamento distinto; e há situações em que o precedente

²⁶³ MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: an introduction the legal system of Europe and Latin America**. Califórnia: Stanford University Press, 2007, p. 47.

²⁶⁴ CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 24.

judicial merece ser superado, porque o dinamismo do Direito requer a evolução da compreensão jurídica ou, entre outras causas, simplesmente porque o precedente é injusto ou porque houve erro de julgamento do caso em que se deu a sua formação.

Nessa linha de ideia, Estefânia Maria de Queiroz Barboza ressalta a existência das técnicas do *distinguishing* e do *overruling* como principais meios de lidar com a necessidade de distinção e de superação dos precedentes:

Dessa forma, para que os precedentes se adaptem às novas realidades sociais, ou em casos em que se busca a correção das decisões, há previsão, nos sistemas de *common law*, de métodos de superação dos precedentes, quer pela sua não aplicabilidade ao caso novo, quer porque foi criado um novo precedente em detrimento da decisão anterior. Assim, os dois principais métodos utilizados pelos Tribunais para evitar seguir um precedente são *distinguishing* e *overruling*. Em ambos os casos é necessário que os juízes deixem claros os motivos da não aplicação do precedente.²⁶⁵

Passa-se, assim, a análise das duas principais técnicas de superação de precedentes.

Distinguishing expressa o procedimento por meio do qual juízes estabelecem a análise de determinado caso a fim de verificar se ele se subordina ou não a determinado precedente.²⁶⁶

Portanto, a técnica do *distinguishing* consiste na não aplicação de determinado precedente a um caso particular em julgamento, porque este caso não guarda relação de semelhança com o caso em que se deu a formação do precedente.

A distinção de casos parte da análise da *ratio decidendi* que, como visto, é a parcela vinculante da decisão anteriormente estabelecida. Assim, cabe ao magistrado, quando lhe for submetido caso particular para julgamento, verificar se os fatos materiais relevantes do caso em julgamento são análogos aos do

²⁶⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 226.

²⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 325.

precedente, justificando ou não a aplicação da mesma tese ou conclusão jurídica anteriormente estabelecida.

Desse modo, o magistrado faz verdadeiro exercício hermenêutico sobre os fatos tidos como relevantes – do caso antecedente e do caso em julgamento – de modo a concluir se a *ratio* já estabelecida se aplica ou não satisfatoriamente ao caso novo.²⁶⁷

Entretanto, é necessário observar que não é qualquer distinção fática que autoriza o magistrado a realizar o *distinguishing* e, com isso, deixar de aplicar o precedente já estabelecido ao caso em julgamento.

Conforme aponta Luiz Guilherme Marinoni, a distinção deve estar circunscrita aos fatos materiais, que são aqueles destacados como pertinentes, relevantes e sobre os quais foram erigidas as conclusões jurídicas do caso paradigma. Além disso, cabe ao juiz assumir a tarefa de demonstrar argumentativamente a existência da distinção, como *conditio sine qua non*:

Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta ao juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente.²⁶⁸

É importante observar que a não aplicação de um precedente não representa a sua revogação ou traduz violação à doutrina do *stare decisis*. Tal técnica quando exercida de forma escoreita simboliza o aperfeiçoamento da doutrina dos precedentes obrigatórios e, mais que isso, a concretização da isonomia, vez que só devem ser tratados de forma igual os casos que materialmente são tidos como iguais.

²⁶⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 227.

²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 326.

E nesse sentido que se posiciona Marcelo Alves Dias de Souza, ao afirmar que:

O poder de distinguir é importante - não se nega - como meio de dar flexibilidade ao sistema e de fazer justiça no caso concreto. Entretanto, não pode ser levado ao extremo, sobretudo por assim ferir, com uma injustiça gritante, o princípio da isonomia. Sem falar que o uso indiscriminado do poder de distinguir pode levar a se duvidar, de modo geral, da real vinculação aos precedentes obrigatórios e, conseqüentemente, levar à falência do sistema, o que, com certeza, não é o desejado.²⁶⁹

A técnica do *distinguishing*, assim, permite que a teoria dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*) se harmonize com a dinamicidade, a riqueza, a pluralidade e a complexidade das situações e relações vivenciadas em sociedade e, de outro lado, se compatibilize com a ideia do *treat like cases alike*.

De outro turno, *overruling* expressa a situação na qual o órgão jurisdicional (ou órgão hierarquicamente superior²⁷⁰) verifica que a *ratio* de determinado precedente não mais deve prevalecer na ordem jurídica, seja porque constituída a partir de julgamento equivocado ou porque a compreensão jurídica nela contida necessita evoluir e acompanhar os avanços sociais e tecnológicos.²⁷¹

Vale lembrar que, na linha de evolução histórica da *common law* inglesa, foi a *Practice Statement*, em 1.966, que flexibilizou a regra do *stare decisis*, de modo a facultar à *House of Lords* decidir se o precedente era vinculante ou não, bem como decidir acerca da anulação de suas próprias decisões. E tudo isso,

²⁶⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 142

²⁷⁰ Acerca da competência para a revogação de determinado precedente, Lucas Buril de Macêdo afirma que "como o *stare decisis* está diretamente ligado à estrutura judiciária e à ordem jurídica processual, nomeadamente à previsão recursal, a superação dos precedentes judiciais obrigatórios só é permitida para o próprio tribunal que prolatou a decisão ou para outro que esteja em posição hierárquica superior. Assim, por exemplo, no *stare decisis* brasileiro, os precedentes dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal são obrigatórios, sendo certo que este pode reverter as decisões e superar os precedentes daqueles com base em sua competência recursal." (MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 356)

²⁷¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação e regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 384.

como visto, foi feito com escopo de evitar injustiças em casos particulares, pois a vinculação absoluta e irrestrita aos precedentes poderia conduzir a isso, além de objetivar também o desenvolvimento do próprio Direito.²⁷²

O *overruling*, assim, é medida excepcional e que atribui ao juiz enorme ônus argumentativo, no sentido de demonstrar a existência de razões plausíveis para a superação da *ratio* já estabelecida.

Portanto, a possibilidade de revogação de determinado precedente não traduz irrestrita liberdade para que os magistrados assim ajam. Como dito, o respeito aos precedentes é a regra, ao passo que a revogação se constitui exceção.

Luiz Guilherme Marinoni, valendo-se das lições de Melvin Aron Eisenberg, afirma que a revogação se justifica quando, de um lado, o precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, de outro lado, a ideia de estabilidade da ordem jurídica justifica mais a revogação do que a sua manutenção.²⁷³

Segundo o autor, a congruência social diz respeito às proposições morais, políticas e de experiência presentes na sociedade e que influenciaram na formação do precedente, de modo que, se eventualmente passam a ser por ele negadas, justificam a revogação. De outro turno, a consistência sistêmica diz respeito à coerência com as demais decisões.²⁷⁴

Para além disso, afirma que a revogação depende também dos critérios que norteiam a estabilidade da ordem jurídica, isto é, a confiança justificada na ordem estabelecida e a prevenção contra surpresa injusta. Assim, o ideal de estabilidade também deve pautar a decisão que analisa a possibilidade de revogação de determinado precedente, de modo que se benéfico à confiança e à previsibilidade, o precedente deverá ser revogado.²⁷⁵

Portanto, o *overruling* é a técnica de que se vale o tribunal prolator da decisão que constituiu o precedente ou seu superior hierárquico para, revogando

²⁷² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 202-203.

²⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 389.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 390.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 391.

o precedente, substituí-lo por um novo. Por assim ser, é considerada técnica radical, conforme aponta Estefânia Maria de Queiroz Barboza.²⁷⁶

Importante observar que o *overruling*, como técnica de superação de precedente, volta-se para a *ratio*, isto é, para a *rule of law* que é extraída da decisão judicial que constitui o precedente. De modo distinto é o que ocorre na técnica da *distinguishing*, em que a análise é focada nos fatos materialmente relevantes e acerca e por conta deles é que determinado precedente é posto de lado e não aplicado a dado caso em julgamento.

Por fim, observa-se que, ao contrário do que possa parecer, a técnica do *overruling* e também a técnica do *distinguishing* não se traduzem como empeco à busca por isonomia e por segurança jurídica.

A atividade de distinção de casos para aplicação ou não da *ratio* de determinado precedente a certo caso em julgamento é procedimento imprescindível para concretização de tratamento isonômico. A isonomia (formal e, sobretudo, a substancial) pressupõe a atividade de comparação, sem a qual resta impossível a sua realização *in concreto*.

De outro turno, foi visto no capítulo primeiro desta dissertação que a segurança jurídica não traduz a ideia de engessamento da ordem jurídica. Ao revés disso, compreendendo-se que o Direito é produto sociocultural e que se destina a ordenar as relações intersubjetivas, deve ser inteligível, confiável e previsível. Assim, o Direito deve ser seguro, sem, contudo, ser estático.

É por essa razão que a técnica do *distinguishing* não apenas não contraria a ideia de isonomia, como justamente segue no sentido de concretizá-la. E, de outro lado, a técnica do *overruling* não viola a segurança jurídica, porque ela não carrega consigo a pretensão de tornar a ordem jurídica imutável.

²⁷⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 229.

3.5 A realização da segurança jurídica por meio do *stare decisis*: isonomia, cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade

Como foi abordado no capítulo primeiro desta dissertação, a segurança jurídica, ao menos contexto de ordens jurídicas de tradição *civil law*²⁷⁷, a exemplo da brasileira, deve ser objetivada e, na medida do possível, concretizada não apenas por meio do Direito legislado, isto é, dos textos normativos gerais e abstratos oriundos do Parlamento, tal como idealizado no contexto da Revolução Francesa.

Viu-se que, em virtude das inúmeras transformações pelas quais passou a tradição jurídica da *civil law*, o papel do Poder Judiciário restou sensivelmente modificado, a ponto de colocá-lo em posição de partícipe do processo de construção da norma jurídica e, portanto, do próprio Direito.

Desse modo, a segurança jurídica que antes era pretensamente realizada apenas por meio do Direito legislado deve, portanto, ser também concretizada por meio dos provimentos jurisdicionais.

De igual maneira, foi analisado no primeiro capítulo deste trabalho que a segurança jurídica se caracteriza como princípio que, por assim ser, impõe aos Poderes constituídos a assunção de postura e a prática de atos que sejam capazes de maximizar a produção de um estado de inteligibilidade, de estabilidade e de previsibilidade do Direito.²⁷⁸

Em outras palavras, há segurança jurídica em maior ou menor grau no momento em que a ordem jurídica também for em maior ou em menor grau cognoscível, confiável e calculável, devendo os Poderes constituídos contribuir para tal desiderato.

Viu-se que a cognoscibilidade está ligada à ideia de inteligibilidade do Direito e, por assim ser, objetiva eliminar o erro de compreensão quanto ao seu

²⁷⁷ No capítulo 2 da presente dissertação serão analisadas as tradições da *common law* e da *civil law*, bem como as transformações pelas quais passou esta última. Lá, portanto, serão apresentadas considerações e reflexões acerca da formação das tradições, suas principais características, além de considerações propedêuticas para a distinção entre tradição jurídica, de um lado, e sistemas ou ordens jurídicas, de outro lado.

²⁷⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 681.

conteúdo.²⁷⁹ Ela se relaciona à possibilidade de o conteúdo das normas poder ser compreendido pelos destinatários - notadamente das normas produzidas do Poder Legislativo, dos atos emanados do Poder Executivo e das decisões proferidas do Poder Judiciário – e, a partir de tal compreensão, viabilizar a eles planejarem seus atos e projetarem suas decisões.

Dito isso, observa-se que a indeterminação do Direito legislado – que decorre da inviabilidade fática da pretensão de completude ou da existência de cláusulas gerais ou mesmo das normas constitucionais abertas e porosas, com alto nível principiológico – conduz os magistrados a um sem número de possibilidades de interpretações.

É nesse contexto que a doutrina do *stare decisis* entra em cena para, por meio de um precedente que confira uma interpretação definitiva e que é forjada pelo Poder Judiciário acerca de determinado tema com efeitos vinculantes, viabilizar um melhor estado de cognoscibilidade da ordem jurídica.

Não é por outra razão que Celso Antônio Bandeira de Mello afirmou que a atividade jurisdicional é Direito no caso concreto e o entendimento que dela sobressai pauta a vida dos indivíduos.²⁸⁰

A doutrina do *stare decisis*, vale enfatizar, externa a ideia de que a conclusão ou tese jurídica construída a partir de fatos materiais relevantes de determinado caso particular vincula o agir jurisdicional do próprio tribunal e dos órgãos judiciários inferiores em casos análogos futuros.

Assim, a força vinculante do precedente conduz à uniformização de interpretação de temas da ordem jurídica e, por corolário, aumenta o grau de probabilidade de o indivíduo conhecer o teor de eventual provimento jurisdicional em caso análogo.

Em outras palavras, a inteligibilidade propugnada pela segurança jurídica depende, em grande medida, da uniformidade de compreensão estabelecida sobre a ordem jurídica – isto é, da redução do grau de indeterminação do Direito –, de modo que a doutrina dos precedentes

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 102.

²⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Revista de direito do estado**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, nº. 06, 2007, p. 333.

obrigatórios se mostra teoricamente adequada para tal desiderato, porquanto permite aos indivíduos conhecerem o conteúdo da ordem jurídica e, a partir disso, determinarem suas condutas e posturas cotidianamente.

É importante ressaltar também que a doutrina do *stare decisis*, ao reduzir a indeterminação da ordem jurídica, maximizar a sua uniformidade e, por consequência, permitir o conhecimento de seu conteúdo, viabiliza também que de tudo isso sobressaia campo fértil para a concretização da isonomia frente aos atos jurisdicionais.

A harmonização de interpretações por meio dos precedentes judiciais se traduz como garantia de que a pretensão apresentada ao Poder Judiciário seja tratada de igual maneira às outras já analisadas.²⁸¹

Como acima exposto, o Direito legislado é incapaz de, isoladamente e em inúmeras situações, concretizar a segurança jurídica na perspectiva da cognoscibilidade.

Isso porque, dele decorre não raras vezes alto grau de indeterminação, que, como pontuado, decorre da falsa ideia acerca da pretensão de completude ou da existência de cláusulas gerais ou mesmo das normas constitucionais abertas e porosas, com alto nível principiológico.

Diante disso, não se pode conceber que os tribunais e demais órgãos do Poder Judiciário emitam interpretações distintas acerca dos mais variados temas de Direito, sobretudo aqueles recorrentes, haja vista que tal prática fulmina a inteligibilidade do conteúdo dos atos jurisdicionais e, por corolário, impede a realização da segurança jurídica.

É nessa linha de raciocínio que Leonardo José Carneiro da Cunha assevera que é inconcebível a ideia da entrega de respostas dispares por ocasião do enfrentamento de casos semelhantes. Para ele, os órgãos do Poder Judiciário devem respeitar precedentes firmados por órgãos de igual ou superior

²⁸¹ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 21.

hierarquia, a fim de viabilizar a realização dos ideais de isonomia e segurança jurídica.²⁸²

Celso de Albuquerque Silva observa que o não respeito aos precedentes já definitivamente constituídos pelo Poder Judiciário, sobretudo aqueles forjados pelos órgãos jurisdicionais de cúpula, não apenas configura tratamento não isonômico no caso particular, como contribui para a majoração dos custos do processo, para a eternização da demanda e, em última análise, para o desprestígio e para a fragilização da própria legitimidade do Poder Judiciário, vez que a decisão que simplesmente se distancia de determinado precedente sem justa razão para tanto pode simbolizar ato de arbitrariedade.²⁸³

A *stare decisis* se revela, portanto, como uma ferramenta de aumento da coerência material dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário, unificando a compreensão acerca da ordem jurídica e, com isso, viabilizando aos indivíduos – e também a todos os profissionais que trabalham na área jurídica – o conhecimento a respeito de seu conteúdo com elevado grau de determinação.

Para além disso, abre margem para que, perante o Poder Judiciário, casos semelhantes recebam o mesmo tratamento jurídico (*treat like cases alike*) e, com isso, sua legitimidade e imagem não sejam fragilizadas.

Assim, a doutrina do *stare decisis* contribui para a realização dos ideais de isonomia e de segurança jurídica, esta última na perspectiva da cognoscibilidade.

No tocante à confiabilidade e a calculabilidade, a conclusão não é diversa, conforme adiante se expõe.

A confiabilidade traduz a ideia de estabilidade do ordenamento jurídico.²⁸⁴

Como exposto, o Direito visa ordenar e harmonizar as relações sociais, de modo que, em caso de alterações drásticas e habituais, ele deixará de ser

²⁸² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes. In: PAULSEN, Leandro (Org.). **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Estudos em homenagem a Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 51.

²⁸³ SILVA, Celso de Albuquerque. **Súmula vinculante**: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 22.

²⁸⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 161 e ss.

elemento confiável e, por consequência, perderá sua capacidade de realizar tais desideratos.

Em outras palavras, se o Direito não carregar consigo um mínimo de estabilidade, ideia esta que não se confunde com imutabilidade, ele deixará de ostentar credibilidade e não conferirá suporte para que os seus destinatários pautem e planejem os atos de sua vida.²⁸⁵

Assim, por meio da confiabilidade se busca assegurar ao indivíduo a possibilidade de, compreendendo o conteúdo das normas jurídicas, pautar seus atos e decisões, porque em conformidade com ordem jurídica que se manterá estável ao longo do tempo.

De outro turno, a calculabilidade está relacionada à previsibilidade do Direito futuro; ela se liga à possibilidade de o indivíduo, no presente, prever eventuais modificações normativas que serão feitas no futuro. Diz respeito, então, à estabilidade futura do Direito.

A calculabilidade se relaciona, assim, ao modo como as modificações da ordem jurídica serão realizadas no futuro, de maneira que sejam evitadas alterações bruscas e drásticas, exceto em caso de existência de justas razões.

Dito isso, necessário rememorar que por meio da doutrina do *stare decisis* se sustenta a observância obrigatória do precedente judicial que, de seu turno, caracteriza-se como sendo a decisão proferida em processo judicial que, delineando os fatos materialmente relevantes e destacando as soluções jurídicas construídas a partir deles, apresenta-se como capaz de ir além da mera solução do conflito particular, projetando a pretensão de se tornar paradigma para futuros casos análogos.²⁸⁶

Trata-se, assim, da doutrina que impõe aos órgãos do Poder Judiciário o respeito às decisões já proferidas, quando em julgamento caso com quadrante fático e jurídico análogo ao já debatido e apreciado.

²⁸⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 346.

²⁸⁶ FINE, Toni M. *op. cit.*, p. 90-91.

Como observa Benjamin Nathan Cardozo, a “adesão ao precedente deve então ser a regra, não a exceção, para que os litigantes tenham fé na administração imparcial da justiça nos tribunais”²⁸⁷.

Dessa maneira, a doutrina do *stare decisis* tem a aptidão de conferir estabilidade à ordem jurídica construída a partir dos provimentos jurisdicionais, vez que o respeito obrigatório ou, dito de outro modo, o efeito vinculante do precedente produz a confiança acerca da aplicação da mesma tese jurídica a todos os casos análogos e que sejam posteriores à formação do precedente.

Como assevera Leonardo José Carneiro da Cunha, o respeito ao precedente concretiza a segurança jurídica, pois viabiliza aos jurisdicionados confiar nas decisões que serão proferidas pelo Poder Judiciário, o que se dá por meio do tratamento uniforme para casos similares e da entrega da mesma solução jurídica para cada um deles.²⁸⁸

Assim, a observância dos precedentes leva à uniformidade da ordem jurídica que, vista por uma perspectiva dinâmica ou temporal, revela a estabilidade ou durabilidade da *rule of law* que de cada um deles é extraída.

Em outras palavras, o respeito ao precedente produz nos indivíduos a confiança acerca do posicionamento futuro do Poder Judiciário que, ao se deparar com situação típica de determinado precedente, não se distanciará da solução jurídica nele construída, aplicando-a ao caso particular em julgamento.

Portanto, o respeito obrigatório protraído ao longo do tempo confere estabilidade aos provimentos jurisdicionais, tornando a ordem jurídica confiável e segura.

Todavia, há de se ressaltar que, embora por meio da doutrina do *stare decisis* se sustente a observância obrigatória dos precedentes judiciais, tal imposição não é absoluta e inflexível, porquanto é possível existir a necessidade de se distinguir casos não semelhantes e a necessidade de adaptação e evolução do Direito.

²⁸⁷ CARDOZO, Benjamin Nathan. *op. cit.*, p. 24.

²⁸⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *op. cit.* In: PAULSEN, Leandro (Org.). **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Estudos em homenagem a Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 61.

Com visto em item deste mesmo capítulo, existem ao menos duas técnicas tidas como os principais meios de lidar com a necessidade de distinção e de superação dos precedentes, são elas: o *distinguishing* e o *overruling*.²⁸⁹

De todo modo, ainda que eventualmente necessária a superação de determinado precedente, isso não significará prejuízo à segurança jurídica, ante razões de duas ordens.

A primeira é que a segurança jurídica não se traduz como imutabilidade do Direito. Ordem jurídica segura não é ordem jurídica imutável, mas sim estável e previsível, que são atributos que projetam a ideia de mutabilidade sem frustrações e surpresas.

Não é por outro motivo que Humberto Bergmann Ávila assevera que um dos desafios do Direito é ponderar a tradição e a inovação, a permanência e a adaptabilidade.²⁹⁰ E que, em sentido semelhante, John Henry Merryman afirma que “no mundo do *common law* certeza e flexibilidade são vistos como valores que competem, cada um tendendo a limitar o outro”²⁹¹.

A segunda é que a superação de determinado precedente, aqui tratando especificamente do *overruling*, somente ocorre em situações excepcionalíssimas, isto é, quando diante de quadro de incongruência social ou inconsistência sistêmica e, ainda assim, a revogação deve ser mais benéfica à estabilidade da ordem jurídica – realizando tal avaliação a partir de critérios de confiança e previsibilidade, conforme aponta Luiz Guilherme Marinoni.²⁹²

Por ser considerada técnica radical²⁹³, a revogação não é recurso utilizado de forma recorrente e, em especial, só ocorre diante de casos de específica necessidade.

Esse quadro de pontualidade no uso e de restrição de possíveis hipóteses não tende a romper com a estabilidade e a previsibilidade gerada a partir do respeito aos precedentes. Ao revés disso! Se a revogação ocorre

²⁸⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 226.

²⁹⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 65.

²⁹¹ MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *op. cit.*, p. 47.

²⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 389.

²⁹³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 229.

apenas em situações especialíssimas e no contexto de processo judicial dialético, em alguma medida ela também se torna previsível.

É nesse contexto que Augusto Cesar Moreira Lima afirma que a doutrina dos precedentes obrigatórios imprime à ordem jurídica mutação gradual e sem surpresas, de modo a preservar a estabilidade e a previsibilidade. O autor compara essa mudança gradual a um navio que necessita ser refeito enquanto navega, de modo que não é possível a substituição de muitas ou de todas elas a um só tempo, exigindo pequenas e sutis trocas de cada vez.²⁹⁴

Por todo o exposto, portanto, a doutrina dos precedentes judiciais obrigatórios se caracteriza como via adequada para a realização da isonomia e da segurança jurídica no contexto dos provimentos jurisdicionais proferidos pelo Poder Judiciário na atual quadra da ordem jurídica brasileira.

²⁹⁴ LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2002, p. 98.

CONCLUSÃO

Como foi analisado no primeiro capítulo desta dissertação, a segurança jurídica se caracteriza como importante princípio que impõe aos Poderes constituídos a assunção de postura e a prática de atos que sejam capazes de maximizar a produção de um estado de inteligibilidade, de estabilidade e de previsibilidade do Direito.

Viu-se que a ideia de inteligibilidade ou cognoscibilidade está ligada ao conhecimento da ordem jurídica por todos que a ela se sujeitam, a fim de que, na condição de destinatários das normas jurídicas, possam planejar os seus atos e pautar as suas condutas.

Foi visto também que a estabilidade ou confiabilidade pode ser analisada por duas perspectivas, uma subjetiva e outra objetiva. Aquela diz respeito ao passado e traduz a ideia de imutabilidade dos atos e situações já consolidadas sob a égide de ordem jurídica pretérita, mas que deve ser respeitada pelo Direito do presente. A feição objetiva diz respeito ao presente e representa a ideia de durabilidade da ordem jurídica atual. Não significa, como visto, a imutabilidade do Direito, mas impõe seja ele razoavelmente duradouro. Ambas, portanto, tutelam a confiança que os indivíduos depositam no Direito.

Por fim, viu-se que a previsibilidade ou calculabilidade está ligada ao futuro. Ela diz respeito à forma como a ordem jurídica se modifica no futuro, de modo a não ficar sujeita a alterações drásticas e bruscas, tudo com o escopo de evitar surpresas aos cidadãos.

Esses atributos – inteligibilidade, estabilidade e previsibilidade – integram a definição de segurança jurídica e, como analisado, objetivam a sua realização no passado, no presente e no futuro.

Foi analisado, também, que a segurança jurídica é de tal modo relevante que se revela como inerente à própria ideia de Direito, dele decorre e nele se assenta. Para além disso, foi visto que não há como se conceber um Estado de Direito sem a sua presença.

Para além disso, analisou-se que no cenário jurídico brasileiro o compromisso com a segurança jurídica também existe e, embora não seja possível localizá-lo dispositivo determinado da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, ele pode ser extraído direta ou indiretamente do texto constitucional positivado.

Viu-se, então, que a segurança jurídica está intimamente ligada ao próprio Estado Democrático de Direito brasileiro, constituindo-se como princípio que se liga, inclusive, à ideia de dignidade da pessoa humana e, por tudo isso, impõe aos Poderes da República o compromisso de construírem uma ordem jurídica inteligível, estável e previsível.

Ao final do primeiro capítulo apontou-se que a busca por segurança jurídica não deveria recair apenas sobre o Direito legislado. Como foi visto, a ordem jurídica de países de tradição *civil law*, inclusive a brasileira, passou por significativas e profundas mudanças, de modo que o papel do Poder Judiciário também foi modificado.

Assim, participando o Poder Judiciário – inclusive o brasileiro – do processo de significação e construção da ordem jurídica, a busca por segurança jurídica também deve se circunscrever à arena dos provimentos jurisdicionais.

No capítulo segundo, por sua vez, a análise restou centrada nas tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*. Em um primeiro momento, buscou-se apresentar algumas considerações importantes acerca das distinções semânticas das expressões ‘tradição jurídica’ e ‘sistema ou ordem jurídica’.

Na sequência, passou-se à análise das referidas tradições, momento em que se verificou que o sistema jurídico inglês, sobre o qual foi forjada a tradição da *common law*, desenvolveu-se ao longo da história com base na tradição e por meio de decisões judiciais. Viu-se, assim, que a *common law* (o Direito comum e aplicado em todo território inglês) era vista como produto da mais alta expressão da razão natural e que foi desenvolvida a partir dos costumes e da sabedoria coletiva dos povos.

Analisou-se que, embora os magistrados gozassem de grande prestígio por conta do papel que ostentavam no desenvolvimento da ordem jurídica,

institui-se em um passado relativamente recente a doutrina do *stare decisis* como forma de conferir segurança jurídica ao Direito e, além disso, possibilitar o tratamento isonômico a casos e situações semelhantes (*treat like cases alike*).

Viu-se, de outro turno, que a ordem jurídica erigida a partir da tradição da *civil law* não se desenvolve a partir da tradição e da história, mas emana de fonte estatal e se circunscreve ao Direito legislado.

A partir da inspiração dos revolucionários franceses, a tradição jurídica da *civil law* passou a utilizar o Direito legislado e codificado como forma de conferir segurança à ordem jurídica e, para além disso, limitar a atividade do Poder Judiciário, que foi idealizado como mero reproduzidor das normas jurídicas prontas, acabadas e que estavam contidas nos textos codificados.

Entretanto, notou-se que os textos legais codificados não eram completos e não estavam imunes à atividade interpretativa do juiz.

Além disso, viu-se que após a Segunda Guerra Mundial inúmeras ordens jurídicas de tradição *civil law* do continente europeu foram sensivelmente impactadas pelo novo constitucionalismo. Esse mesmo impacto, como visto, foi registrado na ordem jurídica brasileira em passado recente, ante a redemocratização há pouco ocorrida.

Analisou-se que do constitucionalismo surgiram dois relevantes fenômenos – a proteção aos direitos humanos e a judicialização da política – que foram responsáveis pela expansão do campo de atividade do Poder Judiciário, que passou, de um lado, a desempenhar o papel de interpretar, de proteger, de realizar e de concretizar os direitos fundamentais e, de outro lado, a lidar com o debate acerca de questões morais e políticas.

Viu-se, assim, que a tradição jurídica da *civil law* passou por transformações desde a Revolução Francesa – decorrente do relativo ou parcial insucesso da codificação do Direito ou pelo resultado do influxo do constitucionalismo do segundo pós-guerra nas ordens jurídicas que se pautam na referida tradição –, culminando com sensíveis modificações na conformação da ordem jurídica e do papel da jurisdição.

Verificou-se, portanto, que o Poder Judiciário da *civil law*, inclusive o brasileiro, passou a desempenhar papel com marcante protagonismo, chegando a participar não raras vezes do processo de significação e construção da ordem jurídica, o que fez sobressair certa convergência com a missão desenvolvida pelos magistrados da tradição jurídica da *common law*.

Por essa razão é que, no terceiro e último capítulo da dissertação, o estudo restou centrado na doutrina do *stare decisis*, evidenciando-a como meio teoricamente adequado para realizar a segurança jurídica no contexto dos provimentos jurisdicionais do Poder Judiciário.

Como foi visto, a doutrina do *stare decisis* externa a ideia de que a conclusão ou tese jurídica construída a partir de fatos materialmente relevantes de determinado caso particular, isto é, a *ratio decidendi*, vincula o agir jurisdicional do próprio tribunal e dos órgãos judiciários inferiores em casos análogos futuros.

Assim, a força vinculante do precedente conduz à uniformização de interpretação de temas da ordem jurídica e, por corolário, aumenta o grau de probabilidade de o indivíduo conhecer o teor de eventual provimento jurisdicional em caso análogo.

Desse modo, a doutrina do *stare decisis* se revela como uma ferramenta de aumento da coerência material dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário, unificando a compreensão acerca da ordem jurídica e, com isso, viabilizando aos indivíduos – e também a todos os profissionais que trabalham na área jurídica – o conhecimento a respeito de seu conteúdo com elevado grau de determinação.

Ela contribui, portanto, para o aumento do nível de cognoscibilidade da ordem jurídica a partir dos provimentos jurisdicionais.

E mais, a uniformização de compreensão acerca de temas e situações, além de conduzir à inteligibilidade dos atos jurisdicionais, permite que o Poder Judiciário dispense tratamento isonômico para casos e cidadãos que se encontrem na mesma situação (*treat like cases alike*), o que contribui, inclusive, para o aumento do nível de credibilidade e legitimidade institucional do próprio Judiciário.

De outro turno, a observância obrigatória dos precedentes leva à uniformidade da ordem jurídica que, vista por uma perspectiva dinâmica ou temporal, revela a estabilidade ou durabilidade da *rule of law* que de cada um deles é extraída.

Dito de outro modo, o respeito ao precedente protraído no tempo produz nos indivíduos a confiança acerca do posicionamento futuro do Poder Judiciário que, ao se deparar com situação típica de determinado precedente, não se distanciará da solução jurídica nele construída, aplicando-a ao caso particular em julgamento.

Isso conduz ao aumento do nível de confiabilidade, ao menos na perspectiva da estabilidade ou durabilidade, tornando da ordem jurídica confiável e segura.

Por fim, a doutrina do *stare decisis* também se mostra adequada para realizar a segurança jurídica na perspectiva da calculabilidade, isto é, na ótica da previsibilidade das modificações futuras, vez que, como regra, os precedentes judiciais devem ser respeitados.

Contudo, há hipóteses de sua superação, entre as quais se destaca o *overruling*. E, embora o precedente judicial possa ser superado, tal medida é radical e só ocorre em situações restritas e no contexto de processo judicial, revelando-se previsível.

Portanto, a pontualidade no uso e a restrição de possíveis hipóteses do *overruling* não tende a romper com a estabilidade e a previsibilidade gerada a partir do respeito aos precedentes. Ao revés disso e como já foi dito, se a revogação ocorre apenas em situações especialíssimas e no contexto de processo judicial dialético, em alguma medida ela também se torna previsível.

Por todo o exposto, a doutrina dos precedentes judiciais obrigatórios se revela como instrumento teoricamente adequado para aumentar os níveis de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário na atual quadra do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Los derechos Fundamentales em el estado constitucional democrático. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, vol. 14, nº. 39, Fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/rbcsoc/v14n39/1723.pdf>> Acesso em: 26/10/2017.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Neoconstitucionalismo**: entre a ciência do direito e o direito da ciência. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em 26/06/2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In*: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em:

<<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 31/03/2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 26/06/2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENETI, Sidnei Agostinho. O processo na Suprema Corte dos Estados Unidos. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **O judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação e regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais - Competência dos Tribunais Superiores para**

fixá-la - Questões conexas. Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ. São Paulo: Manole, 2009.

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COLE, Charles D. **Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos:** o sistema de precedente vinculante do common law. Trad. Maria Cristina Zucchi, Revista dos Tribunais, v. 752.

COSTA, Judith Martins. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos.** Revista CEJ, Brasília, nº. 27, p. 110-120, out-dez. 2004.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes. In: PAULSEN, Leandro (Org.). **Repercussão geral no recurso extraordinário.** Estudos em homenagem a Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo:** direito comparado. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEL CLARO, Roberto. Coisa julgada e efeito vinculante na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes:** Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPodivm, 2010.

DELGADO, José Augusto. **O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional.** Disponível em:

<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/448/O_Princ%C3%ADpio_da_Seguran%C3%A7a_Jur%C3%ADdica.pdf> Acesso em: 20/10/2017.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2007.

DWORKIN, Ronaldo. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. Tradução de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi (Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

GONDINHO, André Osório. **Codificação e cláusulas gerais**. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: nº. 2, abr.-jun. 2000.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Segurança jurídica e normas gerais tributárias**. *Revista de Direito Tributário*, ano V, n. 17-18, jul.-dez, 1981.

FINE, Toni M. **O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 782, 1989.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petropolis: Vozes, 2008.

GLENN, Patrick H. **Legal traditions of the world**. New York: Oxford University Press, 2011.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GROTE, Rainer. **Rule of Law, Rechtsstaat y État de Droit**. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sete-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HERNANDO, Francisco José. **Jurisprudencia vinculante**: una necesidad del estado de derecho. Revista de Economía y Derecho, vol. 3, nº. 10, 2006.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boitex, 2005.

HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund, 1985.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991.

MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1999.

MARINONI, Luis Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: FCE, 1972.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações. **Texto para discussão**. Rio de Janeiro, nº. 1125, out. 2005. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2700>>. Acesso em: 20/11/2017.

PIOVESAN, Flávia Cristina; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**: Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPodivm, 2010.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito**

Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PUGLIESE, William Soares. **A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade.** Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, p. 310. 2016.

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

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional*, v. 57.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano.** Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes - A força dos precedentes**: Estudos dos

cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPodivm, 2010.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRIA, Javier Aranguren. **Fundamentos de antropologia**: um ideal de excelência humana. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas do direito brasileiro. Eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TARELLO, Giovanni. **Storia dela cultura giuridica moderna**: assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 4. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. In.: **Limites do controle de constitucionalidade**. Coleção ANPR de direito e democracia. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981.

AUTORIZO o depósito do presente exemplar, como versão definitiva da Dissertação de Mestrado.

Curitiba, aos ____ de _____ de 2018.

Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
(Orientadora)

DE ACORDO.

Curitiba, aos ____ de _____ de 2018.

Prof. Dr. Daniel Ferreira
Coordenador do PPGD

P381s Pelegrino, Endrigo Purini
 Segurança jurídica e precedentes obrigatórios no
 estado democrático de direito / Endrigo Purini
 Pelegrino. – Curitiba, 2018.
 137 f.

 Orientadora: Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz
 Barboza
 Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
 Universitário Internacional UNINTER.

 1. Segurança jurídica. 2. Precedentes judiciais. 3. Direito
 comum. 4. Jurisdição. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Célia Regina Pinheiro Vasques - CRB-9/1180

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**

ENDRIGO PURINI PELEGRINO

**SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

CURITIBA-PR

2018

ENDRIGO PURINI PELEGRINO

**SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, do Centro Universitário Internacional Uninter – Curitiba, Paraná, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

CURITIBA-PR

2018

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Orientadora – Presidente

Prof. Dr. William Soares Pugliese

Membro externo

Prof. Dr. André Peixoto de Souza

Membro interno

Profa. Dra. Andreza Cristina Baggio

Membro interno

Curitiba, 03 de julho de 2018.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por todo o amor, por toda a educação e por todo o apoio que me deram até aqui. Por mais que eu tente, não há nada que eu possa fazer para retribuir, ainda que minimamente, tudo o que me foi dado com amor.

Agradeço aos meus irmãos e à toda a minha família pelo constante e irrestrito incentivo, que certamente foi muito valioso para que pudesse chegar até aqui.

Agradeço aos meus colegas do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, que no transcorrer do curso se revelaram verdadeiros amigos e colaboraram, cada um à sua maneira, com a elaboração desta dissertação.

Agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Estefânia Maria de Queiroz Barboza, pelo tempo dedicado e pelo conhecimento transmitido enquanto Professora do PPGD – UNINTER. Agradeço-a também pela oportunidade, pela atenção, pela paciência, pelas valorosas lições, enfim, por toda a orientação que me foi dada para a realização deste trabalho. Deixo aqui o meu muitíssimo obrigado!

Agradeço a todo corpo docente do PPGD – UNINTER, pelo conhecimento e ensino através da pesquisa nas disciplinas ministradas durante o curso, que certamente contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço ao coordenador do PPGD – UNINTER, Professor Doutor Daniel Ferreira, e também aos funcionários e colaboradores do Programa de Mestrado.

Agradeço, por fim e de forma distinta, ao Professor Doutor André Peixoto de Souza. Grande pensador e entusiasta do ensino jurídico, cuja amizade fica para a vida.

RESUMO

A segurança jurídica é princípio que impõe a todos os Poderes constituídos a prática de atos capazes de maximizar a produção de uma ordem jurídica inteligível, estável e previsível. Ainda que não expressamente prevista, a exemplo do que se vislumbra no contexto constitucional brasileiro, ela decorre da própria ideia de Direito, visto na perspectiva de elemento de ordenação de relações sociais. A segurança jurídica, portanto, é inerente à própria ideia de Estado Democrático de Direito. De outro turno, a tradição jurídica da *civil law* sofreu significativas transformações em um passado relativamente recente. Essas transformações impactaram na conformação das ordens jurídicas que se pautam na referida tradição, sobretudo no que diz respeito à missão institucional do Poder Judiciário. Antes idealizado como um poder nulo, atualmente o Poder Judiciário ganhou especial destaque e importância, participando do processo de construção da ordem jurídica. Desse modo, a concretização da segurança jurídica que antes era objetivada apenas por meio de textos gerais e abstratos que são próprios do Direito legislado, agora deve ser também buscada no contexto dos provimentos jurisdicionais. Nesse preciso ponto é que entra a doutrina do *stare decisis* que, vinda da experiência da tradição jurídica da *common law*, revela-se como mecanismo teoricamente adequado para se alcançar a segurança jurídica nos atos jurisdicionais.

Palavras-chave: Jurisdição. Atos jurisdicionais. Segurança jurídica. Precedentes judiciais obrigatórios.

ABSTRACT

The legal certainty is the principle which impose to all the constituted Powers the performing of acts which are capable of maximize the creation of an illegible, stable and predictable legal order. Therefore, it is not predicted, as an example which is still weak in the Brazilian Constitutional context, it emerges from its own idea of the Law seen upon the perspective of order element of social relationships. The legal certainty, however, is inherent to its own idea of Democratic State of the Right. On the other hand, the legal tradition of the civil law suffered significative changes in a relatively recent past. These changes have impacted on the conformations of the legal orders which are in the referred tradition specially about the institutional mission of the Legal Power. Idealized as a void power, in present time the Legal Power has gotten special emphasis and importance taking part in the creation process of the Legal Power. Thus, the certainty legal concretization which before was only objected through general and unspecific texts which belong to the legislated Law, now should also be found in the legal providing. At this very point is where the stare decisis doctrine shows up which coming from the experience of the legal tradition of the common law shows itself as a theoretically adequate mechanism to get the legal certainty of the legal acts.

Keywords: Jurisdiction. Legal Acts. Legal Certainty. Obligatory Legal Precedents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 – SEGURANÇA JURÍDICA.....	14
1.1 Conceito de segurança jurídica e seus elementos estruturantes.....	14
1.2 Fundamentos da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito.....	28
1.2.1 A segurança jurídica na Constituição Federal de 1988.....	34
1.3 Segurança jurídica e os atos jurisdicionais.....	39
CAPÍTULO 2 – TRADIÇÕES JURÍDICAS: <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>.....	51
2.1 Considerações iniciais sobre tradições e sistemas jurídicos.....	51
2.2 A tradição jurídica da <i>common law</i>	56
2.3 A tradição jurídica da <i>civil law</i>	64
2.4 As transformações da tradição jurídica da <i>civil law</i>	72
2.4.1 Da interpretação da lei às cláusulas gerais.....	72
2.4.2 O constitucionalismo do segundo pós-guerra.....	75
CAPÍTULO 3 – PRECEDENTES JUDICIAIS.....	88
3.1 Esclarecimentos iniciais acerca da compreensão sobre precedente judicial, decisão judicial, jurisprudência e súmula.....	90
3.2 Origem e fundamento da doutrina do precedente judicial obrigatório (<i>stare decisis</i>).....	95
3.3 <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	102

3.4 Técnicas de aplicação e superação de precedentes:

distinguishing e *overruling*.....107

3.5 A realização da segurança jurídica por meio do *stare decisis*:

isonomia, cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.....113

CONCLUSÃO.....121

REFERÊNCIAS.....127

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa foi elaborada e desenvolvida no âmbito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (Mestrado Acadêmico) do Centro Universitário Internacional UNINTER, dentro da linha de pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade.

O objeto desta dissertação é a análise da utilização da doutrina do *stare decisis*, também conhecida como teoria dos precedentes judiciais obrigatórios, como meio de concretização da segurança jurídica pelo Poder Judiciário no contexto do atual cenário das ordens jurídicas de tradição *civil law*, em especial da ordem jurídica brasileira.¹

A segurança é uma necessidade da pessoa humana para que possa planejar a sua vida, pautar os seus atos e decisões e viver dignamente. Essa necessidade exprime, em grande medida, a incessante procura por previsibilidade e por estabilidade nas relações humanas.²

Sem segurança, isto é, sem estabilidade e sem previsibilidade no contexto das mais variadas relações humanas não é possível, entre outras coisas, se falar em liberdade (autodeterminação) e em isonomia.

O Direito é elemento de ordenação social. É fator imprescindível para harmonizar a vida da pessoa humana e estabelecer ordem em suas mais

¹ A segurança jurídica no contexto dos atos jurisdicionais oriundos do Poder Judiciário de tradição *civil law*, em especial do brasileiro, é tema analisado por inúmeros juristas brasileiros, entre os quais se destacam: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação e regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

² STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRIA, Javier Aranguren. **Fundamentos de antropologia**: um ideal de excelência humana. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2005, p. 335.

variadas relações, conforme pondera José Joaquim Gomes Canotilho³ e também Paolo Grossi⁴.

Para que isso ocorra, entretanto, o Direito necessariamente precisa ser seguro. Em outras palavras, para cumprir o seu desiderato a ordem jurídica deve ser substancialmente conhecida por seus destinatários e, para além disso, deve carregar consigo a aptidão de ser estável e previsível.

A segurança jurídica, assim, caracteriza-se como importante princípio que impõe aos Poderes constituídos a assunção de postura e a prática de atos que sejam capazes de maximizar a produção de um estado de inteligibilidade, de estabilidade e de previsibilidade do Direito.⁵

Esses atributos – inteligibilidade, estabilidade e previsibilidade – integram a definição de segurança jurídica e permitem a sua realização no passado, no presente e no futuro.⁶

É por essa razão que se afirma que a segurança jurídica é algo inerente à ideia de direito, dele decorre e nele se assenta.⁷

Cármén Lúcia Antunes Rocha afirma que a segurança jurídica está ligada à ideia de estabilidade das relações jurídicas e, portanto, permeia a própria ideia de direito.⁸

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 375.

⁴ O Direito, como aponta Paolo Grossi, nasce das relações intersubjetivas e as tem como seu conteúdo. É, portanto, das relações humanas que o direito surge, é por elas que se interessa e é delas que o direito se ocupa na tarefa de ordená-las. (GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005.).

⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 681.

⁶ ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármén Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 165.

⁷ Não é por outra razão que João Baptista Machado afirma que “uma das principais funções das instituições sociais é criar estruturas de ordem e estabilidade nas relações entre os membros da comunidade. Cabe ao direito acrescentar a essa estabilidade ordenadora das instituições sociais uma segurança ordenadora específica e própria a que se pode dar o nome genérico de segurança jurídica” (MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 55).

⁸ ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. *op. cit.* In: ROCHA, Cármén Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 168-169.

A segurança jurídica é vista como algo tão relevante que, José Joaquim Gomes Canotilho, afirma que não há como se conceber um Estado de Direito sem a sua presença.⁹

Nessa linha de pensamento, a segurança jurídica se aproxima da própria ideia de dignidade da pessoa humana, pois sem uma ordem jurídica conhecida, estável e previsível não é possível idealizar a proteção de um leque de direitos inerentes ao ser humano e que lhe viabiliza a autodeterminação, o desenvolvimento pleno e livre, assim como uma vida pautada em uma reserva mínima de proteção no contexto público e privado.¹⁰

Portanto, a segurança jurídica ostenta uma feição instrumental em relação a direitos tidos como fundamentais¹¹, de modo que, exemplificativamente, a imprevisibilidade em relação aos efeitos futuros do direito pode prejudicar à liberdade do indivíduo e, de outro turno, a impossibilidade do adequado conhecimento do direito pode prejudicar o tratamento isonômico que deve ser conferido às pessoas em idêntica situação.

No cenário jurídico brasileiro o compromisso com a segurança jurídica não é distinto e, muito embora não seja possível localizar a expressão 'segurança jurídica' em um dispositivo determinado da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹², ele pode ser extraído direta ou indiretamente do texto constitucional positivado.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 376.

¹⁰ Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana: "Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos." (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.)

¹¹ Assim compreendidos os direitos humanos positivados nas Cartas Constitucionais, tais como a liberdade, a vida, a isonomia, entre outros.

¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

O compromisso da Constituição Federal de 1.988 e, portanto, do próprio Estado Democrático de Direito por ela fundado, com a segurança jurídica é ressaltado por Estefânia Maria de Queiroz Barboza.¹³

Assim, cabe aos Poderes constituídos da República Federativa do Brasil, inclusive ao Poder Judiciário, assumirem a responsabilidade de desempenhar a sua missão institucional visando, entre outros objetivos, a construção de uma ordem jurídica inteligível, estável e previsível.

A ordem jurídica brasileira - e também a de outros países de tradição *civil law*¹⁴ - até um passado recente sempre buscou realizar a segurança jurídica por meio do direito legislado, produto da atividade do Parlamento.

No contexto da tradição jurídica da *civil law*, a construção de uma ordem jurídica segura era idealizada por meio de grandes codificações, que eram dotadas de pretensão de completude e formadas a partir de textos legais gerais e abstratos, atribuindo ao Poder Judiciário a tarefa meramente reprodutiva de um conteúdo normativo pronto e acabado e que nelas estava contido.¹⁵

Acreditava-se, assim, que o direito legislado e as codificações bastavam para que a ordem jurídica que deles defluem fosse conhecida e se apresentasse estável.

Entretanto, viu-se com o passar do tempo que, ainda que carregasse a pretensão de ser, o direito codificado não era completo e, para além disso, os textos legais gerais e abstratos não estavam imunes à interpretação pelo Poder Judiciário. E mais: o constitucionalismo do segundo pós-guerra impactou a conformação da ordem jurídica de inúmeros países.

De tudo isso resultou significativa modificação na concepção da jurisdição e, por consequência, no papel do Poder Judiciário nos países de tradição *civil law*, inclusive no contexto brasileiro após o processo de

¹³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 236.

¹⁴ A referência aqui é acerca da concepção da tradição da *civil law* forjada a partir das pretensões e dos ideais da Revolução Francesa de 1.789. Ressalta-se que as tradições jurídicas da *common law* e da *civil law* serão estudadas no capítulo segundo desta dissertação.

¹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 75.

redemocratização que culminou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988.

Antes visto como poder nulo ou mera boca da lei, o Poder Judiciário passou a participar mais ativamente do processo de construção da ordem jurídica, seja por meio da atividade interpretativa de textos legais gerais e abstratos ou por meio da significação de direitos fundamentais e valores morais expressos no texto constitucional, caracterizados pelo alto grau de indeterminação semântica.

Por ser partícipe do processo de significação e de construção da ordem jurídica, os provimentos jurisdicionais do Poder Judiciário necessitam ser coerentes e uniformes, a fim de que possam ser inteligíveis, estáveis e previsíveis.

É por essa razão que neste trabalho se objetiva analisar a utilização da teoria dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*) como meio de contribuição para o aprimoramento das ordens jurídicas contemporâneas baseadas na *civil law*, sobretudo a brasileira, no sentido de ser instrumento viável para a realização da segurança jurídica no contexto dos atos jurisdicionais.

O trabalho, portanto, está dividido em três capítulos. No primeiro deles o foco recairá sobre a segurança jurídica. O objetivo geral de tal capítulo é apresentar o conceito e o fundamento da segurança jurídica. Ao final, após situar a segurança jurídica como inerente ao direito e à ideia de Estado Democrático de Direito, evidenciar que a sua busca não deve ser dar apenas por meio do direito legislado, mas também no contexto dos atos jurisdicionais.

No segundo capítulo desta dissertação a análise recairá sobre as tradições jurídicas da *common law* inglesa e da *civil law*.

O objetivo geral do capítulo é apresentar reflexões acerca da importância do estudo das referidas tradições, evidenciando distinções acerca do sentido semântico das expressões ‘tradições jurídicas’ e ‘sistemas ou ordens jurídicas’. Para além disso, serão apresentadas considerações sobre a origem das tradições e sobre as características que as distinguiram ao longo da história.

Ao final, o objetivo será analisar as transformações pelas quais passou a tradição jurídica da *civil law* desde a Revolução Francesa, a fim de contextualizar, ao menos no que tange à missão institucional do Poder Judiciário, certa convergência com a missão desenvolvida pelo Poder Judiciário da tradição jurídica da *common law*.

No terceiro e último capítulo a análise recairá sobre a teoria dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*). O objetivo geral do capítulo é evidenciar que a teoria dos precedentes judiciais obrigatórios, embora não tenha nascido com a *common law* inglesa, foi instituída ao longo de sua história objetivando a realização da segurança jurídica e objetivando conferir tratamento isonômico a casos semelhantes.

Assim, o escopo final do capítulo será o de defender a utilização do *stare decisis* como forma de realizar a segurança jurídica na atual quadra da ordem jurídica da *civil law*, inclusive na brasileira, como meio de conferir maior certeza, previsibilidade e estabilidade aos provimentos jurisdicionais e, em última análise, à própria ordem jurídica.

CAPÍTULO 1 - SEGURANÇA JURÍDICA

1.1 Conceito de segurança jurídica e seus elementos estruturantes

A pessoa humana necessita de segurança para conduzir e planejar a sua vida, sem a qual não lhe é possível, entre outras coisas, se autodeterminar nas mais variadas relações que estabelece com outras pessoas, com os entes estatais ou com as coisas e bens da vida em geral.

Esse anseio por segurança exprime, em grande medida, a incessante procura por previsibilidade e por estabilidade nas relações humanas.¹⁶

Nesse meandro, surge o direito como elemento ordenador, isto é, como um fator imprescindível para harmonizar a vida da pessoa humana e estabelecer ordem em suas mais variadas relações, conforme pondera José Joaquim Gomes Canotilho¹⁷ e também Paolo Grossi¹⁸.

Assim, cabe ao direito garantir referida segurança e, portanto, é do direito que decorre e é no direito que se assenta a ideia de segurança jurídica.¹⁹

Entretanto, a história recente é marcada por transformações das mais variadas ordens e por incontestáveis progressos que trazem consigo uma enorme gama de situações inéditas que, por assim serem, são desconhecidas e imprevisíveis, constituindo-se causa de insegurança jurídica.

Não há dúvidas de que compete ao direito acompanhar essa dinâmica e estabelecer ordem e harmonia no seio das relações sociais, de modo que, um

¹⁶ STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRIA, Javier Aranguren. *op. cit.*, p. 335.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 375.

¹⁸ O Direito, como aponta Paolo Grossi, nasce das relações intersubjetivas e as tem como seu conteúdo. É, portanto, das relações humanas que o direito surge, é por elas que se interessa e é delas que o direito se ocupa na tarefa de ordená-las. (GROSSI, Paolo. *op. cit.*, p.35).

¹⁹ Não é por outra razão que João Baptista Machado afirma que “uma das principais funções das instituições sociais é criar estruturas de ordem e estabilidade nas relações entre os membros da comunidade. Cabe ao direito acrescentar a essa estabilidade ordenadora das instituições sociais uma segurança ordenadora específica e própria a que se pode dar o nome genérico de segurança jurídica” (MACHADO, João Baptista. *op. cit.*, p. 55).

de seus grandes desafios, conforme afirma Humberto Bergmann Ávila, é ponderar a tradição e a inovação, a permanência e a adaptabilidade.²⁰

A insegurança jurídica mencionada decorre do atual perfil das sociedades²¹, que se afiguram mais complexas, multiculturais e plurais; por conta disso, não há dúvidas acerca da grande difusão dos mais variados interesses e necessidades. E mais, não é raro notar transições no cenário político, com alteração da conformação ou do modo de ser do governo – tornando-se mais ou menos liberal a depender dos políticos e dos partidos que se encontram no comando do governo, a título de exemplo –, que é causa de projeção de nova realidade no contexto social e, com isso, mais insegurança.

Esses fatores, conforme aponta Humberto Bergmann Ávila, contribuem para o aumento da produção normativa por parte do Poder Legislativo e, para além disso, contribuem para que os textos normativos apresentem maior grau de abstração, tudo com o escopo de abranger a maior gama de situações e interesses difundidos no seio social.²²

Essas consequências, isto é, a hiperinflação normativa e a elevada carga de abstração e indeterminação do conteúdo normativo, também contribuem para a elevação do grau de insegurança jurídica.²³

Dessas considerações propedêuticas o que se nota é que a segurança jurídica é tema de significativa importância ao direito, compreendido enquanto

²⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 65.

²¹ Judith Martins Costa afirma que a sociedade contemporânea é cognominada como 'sociedade de risco', pois é marcada por um sem número de características – a pluralidade, o multiculturalismo, a complexidade, a dinamicidade entre outras – que lhe subtrai a segurança. (COSTA, Judith Martins. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos**. Revista CEJ, Brasília, nº. 27, p. 110-120, out-dez. 2004, p. 111.)

²² ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 38-43.

²³ A respeito do assunto, Heleno Taveira Torres observa que: “Dentre outras afetações à função de estabilidade da certeza jurídica, a proliferação de textos normativos é, de longe, o mais grave problema dos problemas de segurança jurídica. Recorde-se aqui a sempre atual advertência de Tácito: *corruptíssima respublica plurimae leges*. Esse fenômeno agrava-se pelas dificuldades que se assomam à aplicação, como controle de hierarquia de textos, antinomias e da própria determinação de condutas reguladas. O Estado de Direito sempre conviveu com a ideia de que a legislação seria meio de preservar a liberdade contra o arbítrio. Nesse propósito, pode-se admitir como válida a assertiva segundo a qual quanto mais direito legislado, mais liberdade e menos arbítrio. Dada a qualidade normativa do direito vigente, esse ideal parece cada vez mais distante, com abertura para um excesso de legislação que não vem acompanhado de melhoria das relações jurídicas ou sociais e de maior previsibilidade” (TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 161).

ordem jurídica que se ocupa da harmonização e da ordenação das relações sociais.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que a segurança jurídica constitui, em parte, a ideia de Estado de Direito:

Partindo da idéia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes: - o princípio da segurança jurídica; - o princípio da confiança do cidadão.²⁴

Na linha de raciocínio de José Joaquim Gomes Canotilho, Humberto Bergmann Ávila afirma que o reconhecimento da segurança jurídica como valor imprescindível ao Estado de Direito somente é possível quando analisada a partir de seu oposto: a insegurança.²⁵ No mesmo sentido se encontram as afirmações de Antonio Enrique Pérez Luño.²⁶

De todo modo, o tema relativo aos fundamentos da segurança jurídica será abordado mais detidamente em item seguinte ao presente, razão pela qual se avança agora à delimitação de seu conceito.

A construção do conceito de segurança jurídica, a exemplo do que ocorre com inúmeros institutos jurídicos, é tarefa significativamente penosa. Isso porque ela não se apresenta como uma regra dotada de objetividade e com linhas claras e determinadas. Trata-se, em verdade, de conjunto de ideias gerais e abstratas com a finalidade de assegurar a ordem jurídica, a paz social e, em última análise, o próprio Estado de Direito.²⁷

Humberto Bergmann Ávila apresenta o seu conceito, no bojo do qual podem ser identificados os elementos da segurança jurídica:

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 376.

²⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 68.

²⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991, p. 4.

²⁷ A ideia de segurança e de paz como fim último do Direito é afirmada por Theophilo Cavalcanti Filho (*in*: CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 53) e por Rudolf Von Ihering (*in*: IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 31)

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma 'norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro'.²⁸

Para o autor, a segurança jurídica se caracteriza como princípio que, por assim ser, impõe aos Poderes constituídos a assunção de postura e a prática de atos que sejam capazes de maximizar a produção de um estado de inteligibilidade, de estabilidade e de previsibilidade do Direito.

Em outras palavras, para o autor haverá segurança jurídica em maior ou menor grau no momento em que a ordem jurídica também for em maior ou em menor grau cognoscível, confiável e calculável, devendo os Poderes constituídos contribuírem para tal desiderato.

Por meio dos referidos elementos se percebe que a segurança jurídica pode ostentar uma feição instrumental em relação a direitos tidos como fundamentais²⁹, de modo que a imprevisibilidade em relação aos efeitos futuros do Direito pode prejudicar a liberdade e, de outro lado, a impossibilidade do adequado conhecimento de seu conteúdo pode prejudicar o tratamento isonômico que deve ser conferido às pessoas em idêntica situação.

Em consequência disso, Humberto Bergmann Ávila afirma que a segurança jurídica está ligada à dignidade da pessoa humana, vez que ao exigir a “visibilidade da respeitosa transição do passado ao presente, e do presente ao futuro, impede que o Direito se volte contra quem nele confiou e que com a sua contribuição agiu”.³⁰

²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 681.

²⁹ Assim compreendidos os direitos humanos positivados nas Cartas Constitucionais, tais como a liberdade, a vida, a isonomia, entre outros.

³⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 668.

A segurança jurídica pode operar, portanto, como um óbice ou como um verdadeiro canal de realização da dignidade da pessoa humana, na medida em que afastada ou efetivamente concretizada pelos Poderes constituídos.

A cognoscibilidade está ligada à ideia de inteligibilidade do Direito e, por assim ser, objetiva eliminar o erro de compreensão quanto ao seu conteúdo.³¹

A ideia de cognoscibilidade, assim, relaciona-se à possibilidade de o conteúdo das normas poder ser compreendido pelos destinatários - notadamente das normas produzidas do Poder Legislativo, dos atos emanados do Poder Executivo e das decisões proferidas do Poder Judiciário – e, a partir de tal compreensão, viabilizar a eles o planejamento de seus atos e a definição de suas decisões.

A questão relativa ao não conhecimento do conteúdo normativo por deficiências atribuídas exclusivamente ao destinatário da norma exige um estudo aprofundado e apartado, vez que determinada pessoa pode não ostentar formação jurídica e, por conta disso, provavelmente enfrentará maior dificuldade para compreender o comando de determinada lei ou ato normativo.

Além disso, o alto grau de especialização de algumas específicas disciplinas do Direito também poderá configurar empeco ao conhecimento amplo de seu conteúdo.

Há também os chamados problemas linguísticos de indeterminação semântica, que estão ligados à textura aberta da linguagem, à vagueza e à obscuridade, entre tantos outros.

Herbert Lionel Adolphus Hart, ao explicar o que é o Direito, afirma que tal se trata de um sistema de regras que são transmitidas por meio de padrões de condutas, de normas gerais e de princípios, sendo estes os principais instrumentos para a garantia do controle social.³²

³¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 102.

³² HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sete-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 161.

Conforme afirma o autor, há inúmeras situações e casos que surgem de forma recorrente e que são resolvidos sem maiores dificuldades, haja vista que as orientações são dadas por meio da linguagem geral, clara e bem definida.

Contudo, há ocasiões em que não estão claras e bem definidas as orientações e balizas passadas pelas normas à situação concreta. Essas situações ou casos são classificados por Herbert Lionel Adolphus Hart como casos de penumbra.

O sobredito autor traz exemplos para elucidar os casos classificados como claros e aqueles classificados como de penumbra:

É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis (“Se algo é um veículo, um automóvel o é”), mas haverá casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não (“A palavra aqui usada, ‘veículo’, incluirá bicicletas, aviões, patins?”).³³

Para além desses possíveis problemas ligados à formação do destinatário, do alto grau de especialização de determinadas disciplinas do Direito e da linguagem abstrata, geral e porosa não raras vezes utilizada no Direito, há também outros problemas que podem contribuir para a falta de cognoscibilidade, a saber: a hiperinflação legislativa; a deficiência ou a ausência de fundamentação no que tange às decisões administrativas ou judiciais; a inexistência de entendimentos uniformes no contexto das decisões, sobretudo das judiciais, entre outras causas.³⁴

Portanto, a cognoscibilidade consiste na possibilidade de o destinatário compreender o conteúdo das normas para, com isso e a partir disso, direcionar suas ações e balizar suas decisões, caracterizando-se, assim, como um elemento da segurança jurídica.

³³ HART, Herbert Lionel Adolphus. *op. cit.*, p. 164.

³⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 141 e ss.

A confiabilidade, por sua vez, pode ser analisada por uma ótica objetiva e outra subjetiva. Ambas, em última análise, traduzem a ideia de estabilidade do ordenamento jurídico.³⁵

Na perspectiva objetiva a confiabilidade implica durabilidade. O Direito, como dito anteriormente, visa ordenar e harmonizar as relações sociais, de modo que, em caso de alterações drásticas e habituais, ele deixará de ser elemento confiável e, por corolário, perderá sua capacidade de realizar tais desideratos.

Em outras palavras, se o Direito não carregar consigo um mínimo de estabilidade, ideia esta que não se confunde com imutabilidade, ele deixará de ostentar credibilidade e não conferirá suporte para que os seus destinatários pautem e planejem os atos de sua vida.³⁶

Assim, por meio da confiabilidade se busca assegurar ao indivíduo a possibilidade de, compreendendo o conteúdo das normas jurídicas, pautar seus atos e decisões, porque em conformidade com ordem jurídica dotada de certa estabilidade.

Desse modo, a confiabilidade, ao menos na perspectiva objetiva, é uma espécie de antídoto que se coloca contra determinada categoria de modificações. Não de quaisquer modificações, mas apenas daquelas modificações drásticas e recorrentes da ordem jurídica, porquanto geradoras frustrações aos destinatários que nela depositaram sua confiança. Diz-se, vale dizer, que a confiabilidade não se traduz como empeco a quaisquer mudanças, vez que algumas transformações são naturais e salutares à vida em sociedade e à própria evolução e dinamicidade do Direito.

A confiabilidade em sua feição objetiva, isto é, na ótica da estabilidade que também pode ser vista como durabilidade da ordem jurídica, é extremamente relevante para que pessoas físicas e jurídicas, por exemplo, decidam investir parcela de seu patrimônio em dado nicho da economia, porque dotadas de determinado grau de confiança que a ordem jurídica perdurará.³⁷

³⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 161 e ss.

³⁶ *Ibidem*, p. 346.

³⁷ Nessa linha de relação entre segurança jurídica e economia, vale citar as palavras de Armando Castelar Pinheiro: “Conclui-se que a incerteza, a instabilidade, a imprevisibilidade e a falta de calculabilidade da norma reduzem o crescimento da economia e das exportações, diminuindo

Na perspectiva subjetiva a confiabilidade implica imutabilidade, ou seja, traduz a compreensão de que o ordenamento jurídico do presente não deve modificar aquilo que o do passado já garantiu aos destinatários de sua época, conforme pontua Humberto Bergmann Ávila.³⁸

A confiabilidade nessa feição subjetiva busca proteger as situações que já restaram consolidadas no passado, isto é, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nessa linha de sentido, José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar da necessidade de preservação da confiança e da segurança jurídica, afirma:

Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos.³⁹

Humberto Bergmann Ávila sintetiza a ideia ao afirmar que a confiabilidade, em sua feição subjetiva, implica respeitar no presente o exercício da liberdade juridicamente manifestado no passado.⁴⁰ Em outras palavras, segundo o autor significa a “estabilidade dos efeitos jurídicos atribuídos pelo Direito a atos praticados no passado”⁴¹.

Sem prejuízo da análise da confiabilidade por meio das perspectivas objetiva e subjetiva, ressalta-se que ela também implica proteção judicial.

tanto a taxa quanto a qualidade do investimento e desacelerando o ritmo de expansão da produtividade. A descontinuidade da norma produz, além disso, injustiças, pois prejudica aqueles que, de boa-fé, aplicaram seus recursos em investimentos afundados na expectativa de manutenção das “regras do jogo”. Aumentar a segurança jurídica vai ajudar a tornar o Brasil um país mais próspero e a prevenir algumas injustiças.” (PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações. **Texto para discussão**. Rio de Janeiro, nº. 1125, out. 2005. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2700>>. Acesso em: 20/11/2017).

³⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 665.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 373.

⁴⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 336.

⁴¹ *Ibidem*, p. 294.

A segurança jurídica na dimensão da confiabilidade também exige que o Direito seja dotado de estrutura adequada a assegurar a sua realização, que perpassa, assim, pela existência de um Poder Judiciário independente, pela presença de garantias processuais e de instrumentos processuais capazes de concretizarem os seus fins, tais como o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas corpus*, o *habeas data*, as ações destinadas ao controle concentrado de constitucionalidade.⁴²

Nessa linha de raciocínio, ressalta-se que Hans-Georg Gadamer afirma que o momento da aplicação do Direito é tão relevante e essencial no processo hermenêutico como o momento de sua compreensão e de sua interpretação.⁴³

Desse modo, a existência de estrutura adequada e de instrumentos processuais aptos colabora com a realização da segurança jurídica, na medida em que assegura a realização do Direito e, por corolário, proporciona maior grau de confiança na ordem jurídica.

Por derradeiro, a calculabilidade está relacionada à previsibilidade do Direito futuro; ela se liga, portanto, à possibilidade de o indivíduo, no presente, prever eventuais modificações normativas que serão feitas no futuro. Diz respeito, então, à estabilidade futura do Direito.

A calculabilidade se relaciona, assim, ao modo como as modificações da ordem jurídica são realizadas, de maneira que sejam evitadas alterações bruscas e drásticas, exceto em caso de existência de justas razões.

Ao indivíduo deve ser assegurada a possibilidade de, conhecendo o conteúdo do Direito, pautar e planejar a sua vida com determinado grau de confiança na estabilidade do Direito, bem como com determinado grau de previsibilidade das possíveis modificações que poderá sofrer no futuro, pois, como afirma Humberto Bergmann Ávila, apenas nessa hipótese ele poderá organizar e decidir sobre o seu futuro, ampliando o espectro de sua liberdade.⁴⁴

⁴² ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 578 e ss.

⁴³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 407-408.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 585 e ss.

A calculabilidade não representa, por evidente, a imutabilidade da ordem jurídica, mas simplesmente a possibilidade de se antever, no presente, a intensidade e a direção das modificações futuras que poderão ser realizadas. Relaciona-se, portanto, com a ideia de intensidade, de um lado, e de sentido e continuidade da mudança, de outro lado, a fim de obstar modificações drásticas e bruscas que, despidas de justificadas razões, causem surpresa aos destinatários do Direito.

Humberto Bergmann Ávila afirma que a calculabilidade é elementar para harmonizar o ordenamento jurídico e para preservar o Estado de Direito, de modo que as eventuais modificações futuras da ordem jurídica, quando feitas, devem ser realizadas “de maneira respeitosa, com proteção da confiança, com regras de transição e com cláusulas de equidade (...)”.⁴⁵

Portanto, a calculabilidade impõe aos Poderes constituídos uma espécie de dever de coerência em relação aos atos praticados no passado, de forma que apenas quando existirem justas razões é que poderão deles se distanciarem. Traduz, assim, uma limitação de futuro que se lastreia no passado, a fim de assegurar “que o cidadão possa saber que o Direito de amanhã, inexistindo razões justificadoras de uma mudança, será igual ao de hoje”⁴⁶.

Assim e pelo que até aqui foi exposto, é possível afirmar que a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade são elementos que formam o conceito de segurança jurídica, buscando realiza-la no passado, no presente e no futuro.⁴⁷

Além disso, é possível afirmar que a segurança jurídica se caracteriza como elemento inerente à própria ideia de Direito e é, portanto, inafastável da própria concepção de Estado de Direito, tal como afirma José Augusto Delgado:

O Estado de Direito surgiu na metade do Século XIX em face dos movimentos doutrinários e políticos para a sua consagração. A partir

⁴⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 273.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 620.

⁴⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *op. cit.*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 165.

desse momento, passou a se considerar, em sede de expansão conceitual, que a atuação do Estado, embora voltada para proporcionar o bem comum ou a felicidade da vida, a segurança, a saúde, a educação e a prosperidade dos seus administrados, além de proteger os seus direitos individuais, devia seguir a linha determinada pelo ordenamento legal positivo que ele próprio criou, impondo a si mesmo essas regras, auto limitando-se, o que significou o afastamento do Estado com Poder totalitário. Os reflexos dessas mudanças impõem considerar que o Estado de Direito está sustentado em dois fundamentos: a segurança e a certeza jurídica. Esses princípios são absolutamente necessários para que a função estabilizadora do Poder Judiciário, a quem a Constituição Federal lhe concede a competência para de julgar os litígios, seja desenvolvida com estabilidade e credibilidade.⁴⁸

Uma ressalva final é importante. Quando se fala em segurança jurídica, não se pretende investigar ou apontar determinado sentimento de segurança interno e íntimo de um indivíduo, mas sim uma dimensão valorativa social, estabelecida em dada sociedade por meio de critérios objetivos razoáveis e pautados, sobretudo, na ideia de proteção dos direitos fundamentais.

Nesse ponto Humberto Bergmann Ávila fala sobre o fenômeno valorativo intersubjetivável:

Em todas essas hipóteses, portanto, não se está examinando a segurança jurídica propriamente dita. Está-se falando, simplesmente, de segurança, normalmente na acepção de confiança. A segurança jurídica só entra em cena quando se ultrapassa a dimensão psicológica individual para adentrar a dimensão axiológica social, mas não meramente comportamental: segurança jurídica representa, pois, a segurança como fenômeno valorativo intersubjetivável vinculado ao Direito de uma dada sociedade, quer como valor, quer como norma, tendo o jurídico como seu objeto ou como seu instrumento. A distinção é importante também porque revela uma dissociação entre o conceito de "segurança não-jurídica" e o conceito de "segurança jurídica": alguém pode estar psicologicamente seguro, enquanto privado de ameaças físicas exteriores, como o frio ou a violência, porém sem qualquer segurança jurídica, em face da ausência, decorrente do

⁴⁸ DELGADO, José Augusto. **O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional.** Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/448/O_Princ%C3%ADpio_da_Seguran%C3%A7a_Jur%C3%ADdica.pdf> Acesso em: 20/10/2017. Nessa mesma linha de raciocínio, Hans Kelsen afirma que: "(...) se o estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um estado de Direito, esta expressão representa um pleonismo. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 32).

arbítrio estatal, da capacidade de conceber e de planejar livremente as suas ações com base no Direito.⁴⁹

Daí sobressai, portanto, a relevância de se estabelecer elementos que formam o conceito de segurança jurídica, a exemplo da cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade, pois a partir deles é possível aferir se de determinada ação individual ou estatal, seja de qual poder constituído for, gera insegurança jurídica e, por consequência, a instabilidade, a desordem nas relações jurídicas e sociais, a violação de direitos fundamentais etc.

Por fim e para além do conceito e elementos acima apresentados, baseados precipuamente na já citada obra de Humberto Bergmann Ávila, outros autores apresentam seu próprio conceito.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, o conceito de segurança jurídica se desenvolve com amparo em duas bases, isto é, na estabilidade, de um lado e, na certeza e calculabilidade de outro lado:

(1) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adaptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estatais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

(2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.⁵⁰

Ambas as bases delineadas por José Joaquim Gomes Canotilho sintetizam, grosso modo, a construção teórica desenvolvida por Humberto Bergmann Ávila.

Desse modo, a característica da estabilidade apresentada por José Joaquim Gomes Canotilho representa o elemento da confiabilidade, que acima foi estudado e que se traduz, em suma, na ideia de perenidade – ainda que

⁴⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 110.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 380.

relativa – da ordem jurídica em vigor e de imutabilidade das situações jurídicas passadas e já consolidadas.

As características da certeza e da calculabilidade, por fim, representam os elementos da cognoscibilidade e da homônima calculabilidade anteriormente estudados, que traduzem, respectivamente, a ideia de inteligibilidade do conteúdo da ordem jurídica vigente e da previsibilidade das modificações normativas futuras.

Por sua vez, Cármen Lúcia Antunes Rocha assevera que segurança jurídica está ligada à ideia de estabilidade das relações jurídicas, seja quanto ao passado, ao presente ou ao futuro:

(...) segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Este direito articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter; com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao seu passado. (...) Segurança jurídica diz, pois, com a solidez do sistema. É desta qualidade havida no ordenamento que emana a sua credibilidade e a sua eficácia jurídica e social.⁵¹

Dito conceito, como se visualiza, aproxima-se daquele já analisado e que se desdobra em três elementos – cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Isso porque abrange aspectos da segurança jurídica relativo ao presente, tal como faz a cognoscibilidade e a confiabilidade – por meio do conhecimento do conteúdo da ordem jurídica vigente e de sua pretensão de perenidade ou durabilidade, ainda que relativa; abrange aspectos do passado, tal como faz a confiabilidade – por meio da pretensão de imutabilidade de situações jurídicas já consolidadas; e, abrange aspectos do futuro, tal como faz a calculabilidade – por meio da ideia de previsibilidade de futuras modificações normativas para eliminar surpresas.

⁵¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *op. cit.*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 168-169.

Por fim, Luiz Guilherme Marinoni afirma que a segurança jurídica é “vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta”, arrematando que ela é “indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’”.⁵²

Logo, o que se vislumbra é que o conceito apresentado pelo referido autor também trabalha com os elementos antes estudados, ao menos a confiabilidade e a calculabilidade, tendo em vista que aponta a necessidade de estabilidade, continuidade e previsibilidade da ordem jurídica para que possa ser caracterizada como segura.

Uma vez delineado o conceito de segurança jurídica por meio da apresentação dos elementos que o constituem, passa-se à análise dos fundamentos da segurança jurídica.

1.2 Fundamentos da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito

O Estado Constitucional de Direito, também denominado de Estado Democrático de Direito⁵³, surge a partir da crise da legalidade estrita ou formalista que foi vista no contexto do Estado Legal de Direito, cujo ápice ocorreu no século XX após o desfecho da Segunda Guerra mundial.⁵⁴

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 118-119.

⁵³ Luis Roberto Barroso faz menção à existência de múltiplas expressões para designar a mesma ideia de conformação de Estado e de ordem jurídica surgida após o impacto do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Para maior aprofundamento, vide: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23. Para os fins do presente trabalho, adota-se a expressão ‘Estado Democrático de Direito, porquanto utilizada no Brasil pela Constituição Federal, por meio do *caput* do artigo 1º (“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...))”. Por fim, observa-se que a ideia de constitucionalismo do pós-segunda guerra ou neoconstitucionalismo será melhor analisado no capítulo 2 deste trabalho.

⁵⁴ A expressão ‘Estado Constitucional de Direito’ é utilizada por Luigi Ferrajoli para designar o modelo de Estado e, por consequência, de ordem jurídica surgida no século XX, sobretudo depois da Segunda Guerra mundial. Dita expressão denota modelo de Estado com poderes tripartidos, na esteira do que foi concebido por Montesquieu, bem como Estado lastreado em

Por conta de determinados eventos históricos, sobretudo as grandes guerras, passou-se a questionar o modelo estatal pautado na supremacia da lei e no princípio da legalidade formal. A partir disso sobressaiu a necessidade de aproximar o Direito dos valores morais e humanos fundamentais e de restaurar a ideia de o Direito também servir como instrumento de limitação do poder estatal.

Foram os ideais do constitucionalismo⁵⁵ do segundo pós-guerra que contribuíram, portanto, para a transição de um modelo estatal a outro e para todas as suas consequências, especialmente quanto à maneira de elaborar o Direito e de definir o seu sentido.

Foi por meio do referido movimento histórico, político e filosófico que se difundiu a ideia de limitação do poder estatal por meio de uma Constituição, em cujo bojo se estabelece e protege uma gama de direitos tidos como fundamentais à pessoa humana.

Sobre o assunto, Luís Roberto Barroso afirma que “por constitucionalismo deve ser compreendida a ideia de Estado de Direito, de limitação de poder e de proteção aos direitos fundamentais.”⁵⁶

O constitucionalismo, assim, é produto de modificações relativas à maneira de se refletir e de se realizar o direito constitucional e, com ele, toda a ordem jurídica.

Como menciona Luís Roberto Barroso, foram o pensamento pós-positivista, a modificação do papel do Poder Judiciário e a ideia de jurisdição

ordem jurídica, em cujo centro se encontra lei maior, denominada de Constituição, que não apenas estabelece os poderes e funções do Estado, bem como defini limitações a esses poderes, mas, acima de tudo, estabelece a proteção de direitos tidos como fundamentais, retirando-os do âmbito de debate da arena política. Por fim e a título de esclarecimento, o autor utiliza a expressão ‘Estado de Direito’ para designar gênero, do qual são espécies o ‘Estado Legal de Direito’, que é o modelo de Estado surgido após a Revolução Francesa e com contornos estritamente positivistas, e o ‘Estado Constitucional de Direito’. Para maior análise acerca do assunto, vide: FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. Tradução de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

⁵⁵ O tema ‘constitucionalismo’ será abordado de forma mais detida no capítulo 2 desta dissertação.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 31/03/2017.

constitucional que viabilizaram o espaço para o que ele designa como constitucionalismo de princípios ou principiológico, direcionado, sobretudo, à realização de direitos fundamentais.⁵⁷

Disso se extrai que o surgimento do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Democrático de Direito) decorre do mencionado movimento constitucionalista e tem dois compromissos essenciais e bem definidos, que são a proteção dos direitos tidos como fundamentais à pessoa humana e, por eles e sobretudo por meio deles, a limitação do poder estatal.

Nos países ocidentais e, sobretudo, naqueles em que se percebe uma ordem jurídica pautada na tradição da *civil law* – a exemplo do Brasil –, a proteção desses desideratos do Estado Democrático de Direito está pautada em uma ordem jurídica estabelecida, fundada em uma Constituição, que, por sua vez, serve de parâmetro para a leitura de toda aquela ordem jurídica e que coloca o povo (a pessoa humana) no centro da organização social.⁵⁸

Para que a mencionada proteção seja realizada de forma plena, é necessário que essa ordem jurídica estabelecida seja compreendida, seja garantida, seja estável e também previsível, sobretudo aos olhos daqueles que estão no centro da organização social (o indivíduo, o povo), pois sem isso não há como se falar em proteção aos direitos fundamentais e, por consequência, na possibilidade de a pessoa humana se desenvolver com plenitude e exercer suas liberdades públicas.

O Direito está, portanto, diretamente relacionado ao Estado Democrático de Direito e, como tal, revela-se como sendo um mecanismo de estabilidade, de segurança da ordem social e de realização de direitos fundamentais.

Nesse sentido, João Baptista Machado afirma que:

Uma das principais funções das instituições sociais é criar estruturas de ordem e estabilidade nas relações entre os membros da comunidade. Cabe ao direito acrescentar a essa estabilidade

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 31/03/2017.

⁵⁸ A tradição jurídica da *civil law* – sua formação, características principais e transformações – será objeto de análise no capítulo segundo deste trabalho.

ordenadora das instituições sociais uma segurança ordenadora específica e própria a que se pode dar o nome genérico de segurança jurídica. Daí que, sendo a segurança uma das exigências feitas ao Direito, acaba por representar uma tarefa ou missão contida na própria ideia de Direito.⁵⁹

Theophilo Cavalcanti Filho posiciona a segurança jurídica como razão fundamental do Direito e finaliza afirmando que “a certeza e a segurança jurídica tem em última análise como ponto básico o Direito estatal ao qual cabe, como atributo essencial, o de se fazer valer de forma inexorável”⁶⁰.

Por sua vez, Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma que a segurança jurídica está ligada à ideia de estabilidade das relações jurídicas, ou seja, ela permeia a própria ideia de Direito:

(...) segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Este direito articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter; com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao seu passado. (...) Segurança jurídica diz, pois, com a solidez do sistema. É desta qualidade havida no ordenamento que emana a sua credibilidade e a sua eficácia jurídica e social.⁶¹

Jorge Amaury Maia Nunes, de seu turno, chega a afirmar que, além de a segurança jurídica encontrar fundamento na própria ideia de Direito, ela tem validade universal e pode ser examinada em qualquer ordem jurídica:

Assim, e em arremate ao ponto, é possível afirmar, sem receio, que o princípio da segurança jurídica tem validade universal e pode ser examinado em qualquer ordenamento jurídico. Não importa a que escola esteja vinculado o pesquisador (formalista, idealista, realista etc), sempre a segurança jurídica informará o Direito como princípio,

⁵⁹ MACHADO, João Baptista. *op. cit.*, p. 55.

⁶⁰ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *op. cit.*, p. 51.

⁶¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *op. cit.*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 168-169.

como razão fundante. O que pode variar é a extensão e a densificação que se possa dar ao princípio.⁶²

Hans Kelsen também coloca a ideia de segurança jurídica como diretamente ligada à ideia de Estado de Direito, ao afirmar que:

(...) se o estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica”.⁶³

Não é por outra razão que José Joaquim Gomes Canotilho afirma que dois são os princípios que constituem o Estado de Direito: “o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão”⁶⁴.

Conclui-se, portanto, que a segurança jurídica se apresenta como necessária e fundamental para realização dos fins do Estado Democrático de Direito e do próprio Direito, pois por meio da realização dos elementos que constituem o seu conceito, isto é, da cognoscibilidade, da confiabilidade e da calculabilidade, impõe-se verdadeira limitação ao poder estatal e se permite o desenvolvimento pleno do indivíduo.

A segurança jurídica, assim, vincula-se à ideia de dignidade da pessoa humana⁶⁵, que se caracteriza por ser aquele plexo de direitos inerentes ao ser humano e que lhe viabiliza a autodeterminação, o desenvolvimento pleno e livre e a vida pautada em uma reserva mínima de proteção no contexto público e privado.

⁶² NUNES, Jorge Amaury Maia. *op. cit.*, p. 87.

⁶³ KELSEN, Hans. *op. cit.*, p. 32.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 376.

⁶⁵ Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana: “Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.)

Humberto Bergmann Ávila afirma que a segurança jurídica é pressuposto jurídico para a realização da dignidade da pessoa humana, de modo que sem uma ordem jurídica inteligível, estável e previsível é impossível aos indivíduos se autodeterminarem e desenvolverem suas vidas com a efetiva proteção aos direitos fundamentais.⁶⁶

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que a dignidade da pessoa humana se relaciona com a segurança jurídica que, de seu turno, embasa a ideia de Estado de Direito:

Se partirmos do pressuposto de que a dignidade da pessoa pode ser definida como sendo “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”, ver-se-á que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.⁶⁷

Por fim, José Augusto Delgado também conecta a dignidade da pessoa humana à segurança jurídica, ao afirmar que a falta desta no âmbito de todos os Poderes constituídos definha a estabilidade social, afronta os direitos da cidadania e a dignidade humana.⁶⁸

O que se vislumbra, portanto, é que o Estado Democrático de Direito está pautado em dada ordem jurídica estabelecida, fundada em uma Constituição dotada de força normativa, que, por sua vez, serve de parâmetro

⁶⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 225.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 91.

⁶⁸ DELGADO, José Augusto. *op. cit.*. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/448>>. Acesso em: 20/10/2017.

para a leitura de toda a ordem jurídica e que situa o povo (a pessoa humana) no centro da organização social e jurídica.

Para que tudo isso seja concretizado de forma plena, é necessário que essa ordem jurídica estabelecida seja compreendida, seja estável e previsível, sobretudo aos olhos daqueles que estão no centro da organização social (o indivíduo, o povo), pois sem isso não há como se falar em garantia de direitos fundamentais e, por consequência, na possibilidade de a pessoa humana se desenvolver com plenitude e exercer suas liberdades públicas.

Portanto, a segurança jurídica não apenas está ligada à ideia de Estado Democrático de Direito – e dela decorre –, como é imprescindível para a proteção da dignidade da pessoa humana.

No item seguinte, a segurança jurídica será contextualizada como direito fundamental na atual ordem constitucional brasileira.

1.2.1 A segurança Jurídica na Constituição Federal de 1988

A República Federativa do Brasil é, conforme disposição expressa contida na Constituição Federal de 1988⁶⁹, um Estado Democrático de Direito. Como tal, consagra em seu bojo a segurança jurídica, muito embora não o faça de forma explícita em seu texto.

Celso Antônio Bandeira de Melo, acerca da segurança jurídica, assevera que “este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”.⁷⁰

⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

⁷⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Mandamentos, 2005, p. 118.

Embora não seja possível localizar a expressão ‘segurança jurídica’ em um dispositivo constitucional determinado⁷¹, o compromisso da República Federativa do Brasil com a sua realização pode ser extraído no texto constitucional positivado de forma direta ou indireta. O preâmbulo do texto dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁷²

Acerca do assunto, Estefânia Maria de Queiroz Barboza afirma que a segurança jurídica é princípio fundante do Estado Democrático de Direito brasileiro:

(...) a segurança é princípio fundante do Estado Constitucional brasileiro. A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu preâmbulo, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira.⁷³

Além das disposições contidas no preâmbulo do texto constitucional, do *caput* do artigo 5º também é possível extrair, com força normativa

⁷¹ Muito embora não seja possível localizar a expressão ‘segurança jurídica’ no texto constitucional, a expressão ‘insegurança jurídica’ pode ser encontrada na redação artigo 103-A, §1º, que foi incluído por meio da Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004. Tal expressão, ainda que de um modo inverso, revela o compromisso da Constituição Federal brasileira com a ideia de segurança jurídica.

⁷² Embora despidido de força normativa, conforme já reconheceu o Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.076 em 15/08/2002, o preâmbulo “deve sintetizar sumariamente os grandes fins da Constituição, servindo de fonte interpretativa para dissipar as obscuridades das questões práticas e de rumo para a atividade política do governo”, conforme explicita Alexandre de Moraes (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 51).

⁷³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 236.

incontestavelmente maior, o compromisso acerca da realização da segurança jurídica:

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:

Embora o *caput* do referido artigo 5º não veicule textualmente a expressão ‘segurança jurídica’, fazendo alusão apenas a ‘segurança’, que por assim ser pode denotar que se trata apenas da proteção de aspectos físicos dos indivíduos, isto é, aquela proteção relativa à incolumidade física dos cidadãos, é inegável que a segurança jurídica ali está abrangida, vez que se trata de dispositivo com linguagem ampla e irrestrita e, para além disso, não há como se idealizar a concretização da segurança à incolumidade física sem se pressupor também a concretização da segurança jurídica, conforme afirma Humberto Bergmann Ávila.⁷⁴

Para além disso, o inciso XXXVI do mesmo dispositivo constitucional dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Referida proteção recai sobre situações jurídicas consolidadas e passadas que, como visto no primeiro item deste capítulo, liga-se à ideia de confiabilidade do Direito em sua feição subjetiva, isto é, aquela relacionada à imutabilidade das relações jurídicas fundadas e estabilizadas em ordem jurídica passada.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 203.

De seu turno, o artigo 103-A, §1º da Constituição Federal⁷⁵, que foi incluído por meio da Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004, trata dos objetivos da chamada súmula vinculante⁷⁶.

Do que se extrai do dispositivo, a súmula vinculante tem por escopo eliminar controvérsia existente em sede de órgãos judiciais ou administrativos acerca da validade, da interpretação e da eficácia de determinadas normas jurídicas, tudo para se evitar a instalação ou para eliminar crise de insegurança jurídica já instalada.

Em inúmeros outros dispositivos constitucionais também se contempla a proteção conferida a alguns dos elementos da segurança jurídica analisados no primeiro item deste capítulo.

Em matéria tributária, a título de exemplo, existem princípios que estabelecem limites ao chamado poder de tributar. Entre eles, é possível listar o princípio da anterioridade e o da irretroatividade que, respectivamente, objetivam tutelar a calculabilidade – aqui possibilitando ao contribuinte tempo presumidamente hábil para se adequar à incidência de novo tributo ou à majoração de algum já existente, isto é, viabilizando a ideia de previsibilidade de futura mudança normativa – e tutelar a confiabilidade – aqui assegurando que a nova legislação tributária não incidirá sobre fatos ocorridos em lapso temporal anterior à sua vigência.⁷⁷

⁷⁵ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

⁷⁶ Para análise aprofundada a respeito do tema 'súmula vinculante', vide: NUNES, Jorge Amaury Maia. *op. cit.*.

⁷⁷ Tais princípios encontram-se positivados no artigo 150, inciso III e alíneas da Constituição Federal, que assim dispõe: "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;".

Nota-se, assim, que o constituinte brasileiro alçou a segurança jurídica ao patamar de princípio⁷⁸ que, por consequência, deve permear a atividade de cada um dos Poderes constituídos e, para além disso, deve ser concretizado ao máximo no contexto de todas as relações jurídicas existentes no âmbito da sociedade.⁷⁹

Sobre o assunto, Flávia Cristina Piovesan assevera que a segurança jurídica constitui direito fundamental do indivíduo, porque sem ela não há como se idealizar a concretização de outros direitos tidos como fundamentais.⁸⁰

De outro turno, Ingo Wolfgang Sarlet liga a segurança jurídica no contexto brasileiro à ideia de dignidade da pessoa humana. Segundo o autor, a segurança jurídica representa verdadeira aspiração humana, vez que por meio de instituições estáveis, entre elas a ordem jurídica, é possível ao cidadão elaborar e a realizar projetos de vida.⁸¹

É possível concluir, então, que a segurança jurídica é inerente ao Estado Democrático de Direito brasileiro e dele necessariamente decorre. É por meio da realização da segurança jurídica que se consegue assegurar a inteligibilidade, a estabilidade e a previsibilidade da ordem jurídica e, por consequência, a

⁷⁸ Utiliza-se a expressão 'princípio' no sentido construído por Celso Antonio Bandeira de Mello, a saber: "Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *op. cit.*, p. 817-818). Independentemente do conceito citado, ressalta-se que há relevante debate em campo doutrinário acerca da definição de regras e de princípios, com compreensões bastante distintas, tal como se pode conferir nas obras de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Humberto Bergmann Ávila. Contudo, por razões de limitação do objeto do presente trabalho, a análise passará ao largo do assunto.

⁷⁹ Uma ressalva aqui é importante: a segurança jurídica enquanto certeza é utopia, isto é, é ideal inalcançável. Contudo, não é porque se constitui ideal inatingível que não deve ser almejada, porque isso ao menos reduzirá a insegurança jurídica a níveis aceitáveis, conforme aponta Neil McCormick (MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 11 *apud* BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 237)

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia Cristina; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 47.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 91.

efetividade de outros direitos fundamentais, sobretudo os de liberdade e igualdade.

Logo, a segurança jurídica se apresenta na ordem jurídica constitucional brasileira como um direito fundamental do indivíduo que está ligado ao conhecimento, à estabilidade e à previsibilidade do Direito que permeia as relações intersubjetivas.

Sobre a importância da segurança jurídica, Celso Antônio Bandeira de Melo afirma que se ela não é o princípio mais relevante, é, incontestavelmente, um dos mais importantes.⁸²

Assim, a segurança jurídica no contexto brasileiro decorre da própria ideia de Estado Democrático de Direito e diante dele se apresenta como princípio (ou direito fundamental), tendo em vista que da sua ausência sobressai um sem número de consequências nefastas, em especial a instabilidade das relações jurídicas e a desordem social, que impedem o indivíduo de se realizar plenamente.

A ausência de segurança jurídica descaracteriza a própria ideia de Estado Democrático de Direito, tornando-o um Estado de não Direito, e, além disso, faz ruir a própria ideia de Direito enquanto mecanismo de regulação e ordenação social.

Desse modo, fica claro que a segurança jurídica representa um princípio relevante e irrenunciável do Estado brasileiro que tem a expressa pretensão constitucional de ser democrático, pois sem ela não há como se falar em promoção da estabilidade das relações jurídicas, da paz, da ordem social e, sobretudo, de proteção aos direitos fundamentais.

Apresentadas essas considerações, passa-se à análise da segurança jurídica no contexto dos atos jurisdicionais, que é um dos temas centrais da presente dissertação.

⁸² MELO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 119.

1.3. Segurança jurídica e os atos jurisdicionais

Como até aqui é possível visualizar, o presente capítulo da dissertação tem como objeto a segurança jurídica. Em seu primeiro item objetivou-se analisar o conceito e os elementos da segurança jurídica, ao passo que no segundo item passou-se a estudar os fundamentos da segurança jurídica, inclusive no contexto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste terceiro e último item, o que se pretende é analisar e demonstrar que a segurança jurídica, ao menos no atual contexto de ordens jurídicas de tradição *civil law*⁸³, como é o caso da brasileira, deve ser perseguida e concretizada não apenas por meio do Direito legislado, isto é, dos textos normativos gerais e abstratos, tal como idealizado no contexto da Revolução Francesa.

O que se pretende neste item é demonstrar que, em virtude das inúmeras transformações pelas quais atravessou a tradição jurídica da *civil law*, o papel do Poder Judiciário restou sensivelmente modificado, a ponto de colocá-lo como partícipe do processo de construção da norma jurídica e, portanto, do próprio Direito.

Assim, o foco da segurança jurídica que antes recaia apenas sobre o Direito legislado deve agora recair também sobre os atos jurisdicionais.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se ao desenvolvimento da tarefa aqui proposta.

Diz-se que a gênese da tradição jurídica da *civil law* se relaciona, em significativa medida, com a história da Europa continental e, em especial, com a história do Direito Romano.

⁸³ No capítulo 2 da presente dissertação serão analisadas as tradições da *common law* e da *civil law*, bem como as transformações pelas quais passou esta última. Lá, portanto, serão apresentadas considerações e reflexões acerca da formação das tradições, suas principais características, além de considerações propedêuticas para a distinção entre tradição jurídica, de um lado, e sistemas ou ordens jurídicas, de outro lado.

Em síntese, vez que o assunto será melhor desenvolvido no capítulo segundo desta dissertação, é possível afirmar que o marco inicial da tradição jurídica da *civil law* remonta a tempos anteriores ao início da era cristã.

Segundo John Henry Merryman, o embrião da referida tradição foi lançado com a publicação da Lei das Doze Tábuas, no ano de 450 a.C.⁸⁴ Após inúmeros séculos vieram as compilações de Justiniano I que foram responsáveis por marcarem de maneira significativa a formação da tradição da *civil law*.

No ano de 529 d.C., o imperador bizantino Justiniano I publicou o *Corpus Juris Civilis*, cujo objetivo era sistematizar, reorganizar e consolidar, isto é, codificar o Direito Romano, sobretudo em razão das pretensões de expansão e unificação do império, além daquelas pretensões relativas à resolução de conflitos e dúvidas oriundas das interpretações possíveis a respeito do Direito em vigor à época.⁸⁵

Curioso de se destacar é que, além de sistematizar, organizar e consolidar o Direito em vigor na época, o *Corpus Juris Civilis* estabelecia a vedação acerca da consulta aos comentários dos jurisconsultos, bem como a interpretação a respeito do próprio texto do *Corpus*. Em outras palavras, o *Corpus Juris Civilis* carregava consigo a pretensão de completude, isto é, a pretensão de reunir todas as regras necessárias em um único corpo e, com isso, de resolver por si só todos os conflitos existentes, característica essa que restará evidente no contexto pós-revolucionário Francês.

Na Europa oriental o *Corpus Juris Civilis* vigorou até a queda do Império Romano, ocorrida em 476. Já na Europa ocidental, entretanto, o *Corpus Juris Civilis* permaneceu praticamente desconhecido durante todo o medievo, sobretudo após a queda do Império Romano do ocidente no século V.

Somente no século XI em diante, ante o surgimento das universidades europeias – em especial a de Bolonha, na Itália –, é que o Direito Romano foi redescoberto e passou a se situar no centro dos estudos.⁸⁶

⁸⁴ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: FCE, 1972. p. 19.

⁸⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 33 e ss.

⁸⁶ DAVID, René. *op. cit.*, p. 33-34.

Inúmeras eram as escolas que se formaram para estudar o *Corpus* no mencionado centro acadêmico, mas a que mais se destacou, ao menos em termos de importância histórica por conta da ampla produção e difusão dos trabalhos, foi a escola dos glosadores.⁸⁷

Desenvolveu-se, assim, uma ciência do Direito por meio do trabalho desenvolvido pelos professores e estudantes bolonheses, que foi difundido por quase todo território da Europa continental e influenciou a formação e desenvolvimento de cada ordem jurídica ali existente. Tal ciência era erudita e teórica, como observa Estefânia Maria de Queiroz Barboza, aproximando-se mais do sistemático Direito Romano que das demais fontes estudadas à época.⁸⁸

Contudo, na linha de formação da tradição jurídica da *civil law*, foi a Revolução Francesa ocorrida em 1.789 o evento de maior importância.

Por meio da Revolução Francesa estabeleceu-se novo modelo de Estado e, com ele, novo modelo de ordem jurídica, rompendo-se com a antiga ordem legal até então existente no território francês e que, por corolário, impactou na ordem jurídica de todas as nações da Europa continental.

Assim, a Revolução Francesa foi o evento responsável pela queda do absolutismo monárquico e pela ascensão da burguesia e do parlamento ao poder. Caracteriza-se, assim, como importante marco histórico, a partir do qual houve a implementação de nova ordem jurídica que era alheia às concepções monárquicas e, especialmente, avessa ao poder conferido aos magistrados, que até então eram aliados à aristocracia feudal.

Os revolucionários, portanto, objetivaram limitar os poderes do soberano e, sobretudo, dos juízes que, à época, eram parciais aos interesses daquele. Existia forte comprometimento em relação à lisura dos magistrados, haja vista que os cargos eram herdados e comprados e, assim sendo, eles poderiam ser tendenciosos aos interesses do monarca para manutenção do *status quo*.⁸⁹

⁸⁷ MERRYMAN, John Henry. *op. cit.*, p. 31.

⁸⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 69.

⁸⁹ Antonio Manuel Hespanha afirma que “a Revolução tinha sido feita também contra a tirania dos juízes que, apoiados no caráter casuísta e flexível do direito tradicional, tornavam o direito num saber hermético, cujos resultados eram imprevisíveis e incontroláveis pelos cidadãos.”

Por essa razão e com o escopo de assegurar os ideais da revolução – liberdade, igualdade e fraternidade –, é que Montesquieu idealizou a criação de Estado com os poderes distribuídos e com a supremacia de um deles, o Poder Legislativo, a quem era atribuída a competência de produzir as leis que representavam a vontade geral do povo⁹⁰. E mais, idealizou tal modelo tripartido visando, precipuamente, limitar os poderes dos juízes, a quem caberia apenas a tarefa de ser a boca da lei.⁹¹

A lei, portanto, era o instrumento capaz de operacionalizar a tripartição de poderes e concretizar os ideais revolucionários, pois, de um lado, ela era o produto do Parlamento – o Poder soberano e que era formado por representantes de todas as classes do povo – e, de outro lado, ela trazia consigo e de modo suficiente todas as soluções e respostas, cabendo aos magistrados apenas a tarefa de reproduzir seus termos, o que traduzia, na prática, verdadeira limitação de poder dos juízes e garantia de segurança jurídica.⁹²

A segurança de realização dos ideais revolucionários, assim, foi depositada na figura da lei que, representando a vontade geral, seria de todos conhecida, a todos igualmente aplicada e, para além disso, representaria, ante a pretensão de completude e abstração dos textos legais, limitadora dos poderes dos juízes, a quem caberia apenas identificar a norma jurídica e aplicá-la ao caso concreto que lhe fosse apresentado. Portanto, ao Parlamento cabia criar as leis; ao Judiciário, apenas dizê-las.

(HESPAÑA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boitex, 2005, p. 347).

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 69.

⁹¹ Montesquieu afirmava que os magistrados de uma nação não eram mais “que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180).

⁹² Por essa razão é que Rainer Grote observa que havia verdadeiro culto à lei, sobretudo por influência da filosofia política do Iluminismo, ressaltando que as obras de Jean-Jacques Rousseau é que foram as principais responsáveis por atribuir qualidades quase que divinas à lei. Assim, a lei era cultuada porque, na condição símbolo da vontade geral, não poderia violar as liberdades dos cidadãos. A partir daí, portanto, erigiu-se modelo de Estado (de Direito) fundado na soberania Parlamentar e, por consequência, no princípio da legalidade. No contexto desse novo modelo de Estado, o Poder Judiciário era tido como ‘poder nulo’ (GROTE, Rainer. **Rule of Law, Rechtsstaat y État de Droit**. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 6-7).

A partir disso surgiram as grandes codificações, a exemplo do Código Civil napoleônico de 1.804. Tal fenômeno marcou o desenvolvimento da tradição jurídica da *civil law* e influenciou inúmeras ordens jurídicas mundo a fora, inclusive a do Brasil.⁹³

A codificação, é importante ressaltar, foi idealizada no contexto francês para instrumentalizar as pretensões de monopolização e estatalização do Direito, bem como para facilitar o acesso ao Direito, limitando, assim, os poderes dos magistrados e, de outro lado, conferindo maior segurança jurídica, porque a ordem jurídica, em princípio, se tornaria mais conhecida e previsível pelos destinatários.

A segurança jurídica, enquanto atributo de uma ordem jurídica certa, estável e previsível, somente era possível naquele contexto pós-revolucionário, por meio da lei, conforme pontua Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

A certeza e segurança jurídicas sempre foram importantes temas de preocupação dos sistemas de tradição romano-germânica. Por óbvio que todos os sistemas jurídicos têm como preocupação a segurança e certeza do direito, mas nos de tradição de *civil law* esses teriam um valor supremo, como um dogma, e a proteção a este valor seria alcançada por meio da lei, dos códigos, de conhecimento e acesso de toda população. A segurança na lei acaba por se relacionar à desconfiança no juiz que é proibido de criar o direito, por meio das decisões judiciais, justamente no interesse da certeza e previsibilidade. Do mesmo modo, as leis também deveriam ser claras, completas e coerentes para que se garantissem a certeza e a previsibilidade, preocupação que demonstrava o desejo de tornar o Direito a salvo e protegido dos juízes.⁹⁴

⁹³ Nesse sentido, destaca Estefânia Maria de Queiroz Barboza: “Desse modo, outras fontes do direito, como o *jus commune* e o direito canônico, perderam espaço, passando o Estado a ser considerado como única fonte do Direito. Ou seja, a ideia passa a ser a de um direito unificado, que substitui o sistema pluralista de fontes do direito por um único texto Legislativo completo e de valor geral. Para além disso, é de ressaltar a ideia de novidade instaurada pelo Código, que representa não apenas uma compilação de leis preexistentes, mas também de ruptura e ab-rogação do direito preexistente. Outra característica importante e necessária ao Código é sua pretensão plenitude, completude, o que garantiria ao juiz ter sempre na lei a resposta para resolver os problemas que lhe fossem submetidos. É como se a norma já estivesse prevista *a priori*, bastando o juiz descobri-la, desvendá-la, quando da análise do caso concreto.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 72.).

⁹⁴ *Ibidem*, p. 75.

Era sobre a lei, assim, que miravam (e até hoje ainda miram, ao menos em alguma medida) os holofotes da segurança jurídica.

Ocorre que o Direito codificado não foi imune à interpretação dos juízes, embora levasse consigo a pretensão de o ser. A lei, portanto, não era o instrumento completo e suficiente para oferecer soluções e respostas para todos os conflitos e situações da vida, como idealizaram os revolucionários franceses.⁹⁵

A realidade da vida era (e ainda é...) rica e complexa, de modo que a capacidade criativa de determinado grupo de parlamentares não consegue acompanhá-la. Demais disso, os textos legais produzidos não eram isentos de expressões dúbias e contraditórias, razão pela qual demandavam o desenvolvimento de atividade de compreensão para além de sua mera reprodução literal.

Por isso, portanto, percebeu-se que a atividade dos juízes não se limitava a mera identificação da norma jurídica enquanto produto pronto, acabado e contido no texto codificado. Tal atividade era interpretativa e, não raras vezes, integrava intensamente o processo de significação ou até de criação do Direito, isto é, da norma jurídica aplicável.⁹⁶

Não fosse apenas isso, a crise da legalidade formalista vivenciada, sobretudo, após a Segunda Guerra mundial colocou em xeque a capacidade de a lei e o Poder Legislativo regular adequadamente a vida social e política.

Por conta disso, rompeu-se com a concepção meramente formalista do princípio da legalidade, aproximando o Direito dos valores morais e humanos, tudo para restaurar a ideia de que a ordem jurídica também deve servir como instrumento de limitação do poder e de realização de direitos fundamentais.⁹⁷

⁹⁵ MARINONI, Luis Guilherme. *op. cit.*, p. 52.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** p. 11-12. Disponível em: <http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 26/09/2017.

⁹⁷ A título de esclarecimento, o assunto será melhor analisado no capítulo 2 desta dissertação.

Surgiu, a partir de então, o que se convencionou chamar de Estado Constitucional de Direito ou Estado Democrático de Direito, no bojo do qual está difundida a ideia da força normativa e do império da constituição sobre a lei, com o escopo de assegurar a máxima vinculação e submissão de todos os Poderes constituídos e entes estatais, além de tutelar os direitos tidos como fundamentais^{98 99}.

Conforme afirma Estefânia Maria de Queiroz Barboza, após o desfecho da Segunda Guerra mundial e, em especial, pelas atrocidades que foram praticadas naquele contexto, inúmeros países do continente europeu positivaram direitos fundamentais em suas novas cartas constitucionais.

A autora ainda afirma que igual fenômeno também foi visto em países de outros continentes, a exemplo do Brasil, que estabeleceram regimes

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* p. 11-12. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 26/06/2016, p. 3-6.

⁹⁹ Luigi Ferrajoli, no contexto do que se convencionou chamar de constitucionalismo do segundo pós-guerra, resalta as modificações de paradigma em relação à (i) estrutura do direito, isto é, à validade da norma jurídica; (ii) à ciência jurídica e (iii) à jurisdição. Em relação à estrutura do direito afirma: “Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.”. No que diz respeito à ciência jurídica, assevera: “Cambia, en segundo lugar, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto. En efecto, en el estado constitucional de derecho la constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.”. Por fim, quanto à jurisdição diz: “Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten.” (FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*. Tradução de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 34-35).

democráticos após longo período de regimes de exceção, com vistas a uma especial proteção aos direitos humanos fundamentais.¹⁰⁰

As cartas constitucionais forjadas no referido contexto continham em seu bojo direitos fundamentais plasmados como forma de limitar os poderes do Estado e de salvaguardá-los do debate democrático do Parlamento.

Tal modelo de ordem jurídica constitucional provocou mudanças na organização política e jurídica dos países, especialmente naqueles de tradição *civil law*, cujos sistemas jurídicos eram pautados na primazia da lei (como expressão da vontade geral) e na supremacia do Poder Legislativo.

Por conta da posição central ocupada pelas cartas constitucionais, inclusive como forma de retirar da deliberação política majoritária as questões envolvendo, principalmente, os direitos fundamentais, deslocou-se a supremacia do Poder Legislativo para a própria Constituição, cabendo ao Poder Judiciário a sua proteção por meio do que se denominou *judicial review*¹⁰¹.

Em razão do deslocamento da supremacia para a carta constitucional, o Poder Judiciário assumiu papel relevante na proteção dos direitos humanos¹⁰² positivados no texto constitucional, o que Estefânia Maria de Queiroz Barboza chama de revolução dos direitos humanos¹⁰³.

Para além da aproximação entre Direito e moral por meio da positivação nas Constituições da tutela aos direitos fundamentais, notou-se também a

¹⁰⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 77. A autora afirma, ainda, que: “Destarte, enquanto a Segunda Guerra Mundial representou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra veio a representar o resgate com a ética e o esforço para reconstrução dos direitos humanos banalizados durante a Guerra.” (*Ibidem*, p. 82)

¹⁰¹ A expressão *judicial review* designa, em linhas gerais, o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário e sem o qual não há que se falar em proteção aos direitos fundamentais. (GROTE, Rainer. **Rule of Law, Rechtsstaat y État de Droit**. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016).

¹⁰² No presente trabalho as expressões ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’ são utilizadas como sinônimas, designando a proteção conferida aos direitos, bens e valores tidos como indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. André de Carvalho Ramos, contudo, faz interessantes apontamentos sobre a distinção entre as expressões. Segundo ele, tais expressões passaram a ter uso corrente no século XXI. A expressão ‘direitos humanos’ designaria a proteção conferida em plano ou matriz internacional, ao passo que a expressão ‘direitos fundamentais’ designaria a mesma proteção, mas conferida em arena interna, sobretudo aquela positivada nos textos constitucionais. (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45).

¹⁰³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 77.

criação de Constituições analíticas¹⁰⁴, de modo que a constitucionalização pormenorizada dos mais variados temas deu causa, entre outros fatores que serão vistos no capítulo segundo, ao que se convencionou chamar de judicialização da política.

O fenômeno da judicialização traduz a tomada de decisão pelo Poder Judiciário de questões de ampla repercussão social e política, cujas sedes tradicionais de deliberação eram eminentemente políticas e de competência dos Poderes Executivo e Legislativo.¹⁰⁵

A judicialização da política também foi responsável pela expansão do *judicial review*, que, por sua vez, implicou transformação no papel do Poder Judiciário da tradição da *civil law*.¹⁰⁶

O impacto do constitucionalismo, portanto, transformou a compreensão acerca do papel e da posição da Constituição e, por consequência, do princípio da legalidade, que antes era meramente formal e passou a ser substancial, conforme afirma Luigi Ferrajoli.¹⁰⁷

Essa transmutação do princípio da legalidade formal em substancial traz consigo a exigência de uma modificação do próprio papel do Poder Judiciário, vez que a proteção conferida aos direitos fundamentais é principiológica e feita por meio de linguagem aberta, imprecisa e porosa.

Em decorrência disso e, sobretudo, por consequência do caráter aberto e abstrato do texto constitucional, especialmente daqueles que estabelecem a

¹⁰⁴ Luís Roberto Barroso afirma que Constituições analíticas são aquelas que desenvolvem “em maior extensão o conteúdo dos princípios que adotam, resultando em um aumento de seu texto e em uma redução do espaço de conformação dos Poderes constituídos. Exemplos desse formato são as Constituições da Espanha, de Portugal, da Índia. Também é o caso da Constituição brasileira, que, sem embargo de suas múltiplas virtudes reais e simbólicas, é – mais do que analítica – casuística no tratamento de diversos temas, regulando-os em pormenor” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 82).

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Bahia, nº. 18, abr./dez, 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 18/08/2016.

¹⁰⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 77.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi (Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 53.

proteção aos direitos fundamentais, nota-se maior atividade por parte do Poder Judiciário.

Dito de outro modo, o Poder Judiciário, antes mera boca da lei, passa a ter papel mais ativo, em razão da necessidade de assegurar solidez e significado aos textos gerais e abstratos quando lhe são submetidos os casos concretos para análise.

Para além disso, o Poder Judiciário passou a ser chamado para tratar de questões antes relegadas à arena eminentemente política, ressaltando seu protagonismo entre os Poderes constituídos.

Por tudo isso, o Poder Judiciário passou a participar do processo de construção da norma jurídica, sobretudo no âmbito da jurisdição constitucional. Deixou de ser, portanto, um “poder nulo”¹⁰⁸ para ser um “espaço público neutro”¹⁰⁹.

Pelo que foi exposto, observa-se que a tradição jurídica da *civil law* sofreu sensíveis modificações em sua conformação, em especial naquela idealizada no contexto da Revolução Francesa.

Tal modificação impactou, sobretudo, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário que atualmente, como foi visto, não se caracteriza por ser um poder submisso e, tampouco, alheio ao processo de significação e criação do Direito.

O Judiciário contemporâneo da *civil law* é protagonista, o que se percebe na atual conformação da ordem jurídica constitucional brasileira.

Dito isso e como sinalizado na abertura do presente item, é imprescindível que a segurança jurídica seja concretizada não apenas em âmbito legislativo, mas também no contexto dos atos jurisdicionais.

¹⁰⁸ GROTE, Rainer. *op. cit.* <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 6-7.

¹⁰⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 94.

Em outras palavras, a segurança jurídica deve continuar como um objetivo do Direito legislado, sobretudo nas ordens jurídicas que se pautam na tradição da *civil law*, tal como a brasileira.

Entretanto, a construção das ordens jurídicas na quadra da referida tradição não está circunscrita exclusivamente à atividade Parlamentar. O Poder Judiciário desempenha importante papel nesse sentido e, por essa razão, é imprescindível que a pauta da segurança jurídica seja deslocada também para a arena jurisdicional, de modo que o produto que dali sobressai seja cognoscível, confiável e calculável.

Assim, buscou-se nesse capítulo trabalhar a segurança jurídica, apresentando o seu conceito e sua fundamentalidade, que decorre da própria ideia de Direito e do Estado Democrático de Direito, inclusive no contexto brasileiro.

Ao final, objetivou-se demonstrar que a segurança jurídica nas ordens jurídicas lastreadas na tradição da *civil law* era depositada exclusivamente no Direito legislado.

Contudo, ante as transformações sofridas pela *civil law*, o papel do Poder Judiciário foi sensivelmente modificado, colocando-o no cenário do processo de construção da ordem jurídica.

Por consequência, intentou-se demonstrar a necessidade de se deslocar a busca por segurança jurídica também para a arena jurisdicional, a fim de que a ordem jurídica, em sua integridade, seja o tanto quanto possível cognoscível, confiável e calculável.

Ressalta-se, para encerrar, que no capítulo seguinte serão estudadas as tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*. Lá, portanto, serão apresentadas considerações e reflexões acerca da formação das tradições, suas principais características, além de considerações propedêuticas para a distinção entre tradição jurídica, de um lado, e sistemas ou ordens jurídicas, de outro lado.

Ao final do segundo capítulo será abordada de maneira mais detida as transformações pelas quais passou a tradição jurídica da *civil law* desde a Revolução Francesa, a fim de que seja possível, ao menos no contexto da

missão institucional do Poder Judiciário, evidenciar uma tendência de convergência com a missão desenvolvida pelos magistrados da tradição jurídica.

CAPÍTULO 2 - TRADIÇÕES JURÍDICAS: *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

2.1 Considerações iniciais sobre tradições e sistemas jurídicos¹¹⁰

Antes de iniciar as reflexões a respeito dos temas propostos neste capítulo, ressalta-se que o escopo do presente trabalho é contribuir, ainda que em singela medida, com o debate e a construção do Direito brasileiro. Não se busca, como um fim em si mesmo, esgotar a investigação acerca do Direito inglês, berço da *common law*, e tampouco da tradição jurídica da *civil law*.

O que se pretende é apresentar as reflexões e os apontamentos necessários acerca das tradições jurídicas mencionadas para, ao final do trabalho, viabilizar a apresentação da teoria dos precedentes como proposta de aperfeiçoamento da tradição jurídica romano-germânica, notadamente em sua feição contemporânea e que permeia a realidade brasileira.

Portanto, nos itens que seguem serão apresentadas algumas características e elementos das referidas tradições, bem como serão expostas considerações sobre as transformações que a *civil law* sofreu em um passado recente, sobretudo no que diz respeito ao papel dos juízes, a fim de justificar a adoção da teoria dos precedentes como forma de concretização da segurança jurídica.

Desse modo, passa-se à análise das referidas tradições jurídicas, apresentando-se, imediatamente a seguir e de modo preliminar àquela análise, algumas reflexões acerca da compreensão sobre as expressões tradições e sistemas jurídicos.

A investigação sobre as tradições jurídicas no âmbito da literatura jurídica brasileira é, de certo modo, modesta em termos quantitativos¹¹¹,

¹¹⁰ A análise das tradições jurídicas realizada neste item do trabalho não se apresenta como objetivo principal, funcionando apenas como base para a investigação sobre o uso dos precedentes no contexto brasileiro como forma de realização da segurança jurídica.

¹¹¹ Fato é que, embora modesta, no bojo de tal quantidade se percebe a presença de trabalhos científicos de elevado rigor e de grande riqueza. A título de exemplo, vide: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*; MARINONI, Luis Guilherme. *op. cit.*.

sobretudo quando se toma como referência, ao menos para os fins desta constatação, o vasto material existente acerca de cada uma das tradicionais disciplinas dogmáticas, a exemplo do Direito penal, Direito civil, Direito processual civil e penal etc.

Tal escassez de estudo possivelmente decorre, entre outros motivos, da ideia de que a análise das tradições jurídicas só verdadeiramente se justifica quando em pauta temas de Direito comparado e de Direito internacional, oportunidade em que sobressairia a necessidade de investigação de questões históricas, políticas e estruturais de outra(s) ordem(ns) jurídica(s).

Na linha dessa modesta abordagem que a doutrina nacional confere à análise das tradições jurídicas, merece destaque questão relativa à importância do referido estudo para fins de contemplação do todo ou de parte da ordem jurídica local. Dito de outro modo, qual a implicação que a investigação das tradições jurídicas traz para a compreensão da ordem jurídica interna?

A fim de obter as respostas, imprescindível ter em linha de raciocínio algumas premissas acerca do que se compreende por tradições jurídicas e sistemas jurídicos¹¹².

A priori, é preciso consignar que a existência de inúmeras tradições jurídicas é algo irrefutável. Ou seja, é impossível contestar ou negar afirmação no sentido de que cada Estado possui Direito próprio¹¹³, sendo ele pertencente, por exemplo, à tradição romano-germânica ou à tradição anglo-saxônica, entre outras existentes.

¹¹² Uma observação preliminar, embora o assunto será melhor tratado ao longo do presente tópico do trabalho: a expressão 'tradição' é utilizada como forma de designar um arranjo comum entre 'sistemas' jurídicos de diversos países que, embora com particularidades distintas, podem ser reunidos por apresentarem características ou traços comuns, a exemplo do direito escrito, de fonte estatal e com pretensão de sistematicidade e completude oriunda da ideia de codificação. Nesse sentido as palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barboza: "É importante salientar que as questões culturais influenciam as tradições legais e, por isso, estudar-se-ão muito mais as tradições legais do *civil law* e *common law*, do que propriamente os sistemas. Enquanto cada país tem um sistema de direito próprio, quando se fala numa tradição, podem-se apontar características em comum de cada uma dessas tradições." (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 39.)

¹¹³ Nesse sentido, vide as palavras de René David que ressalta a existência de inúmeras ordens jurídicas próprias pertencentes a cada nação, vinculadas, cada uma delas, a uma grande tradição ou família jurídica (DAVID, René. *op. cit.*, p. 19).

Diante disso é possível afirmar que, observado certo contexto cultural, social e histórico, a ordem ou sistema jurídico da Inglaterra pertence ou se pauta na tradição jurídica da *common law*, ao passo que a ordem ou sistema jurídico da França pertence ou se pauta na tradição jurídica da *civil law*.

O que se coloca aqui, portanto, não é investigar se há ou não pluralidade de tradições jurídicas. O que se busca, em verdade, é compreendê-las e, para além disso, investigar o modo como elas moldam cada sistema jurídico interno.

Para tanto, é necessário compreender que as tradições jurídicas se originam e, a partir disso, se distinguem uma das outras por razões de ordem política, cultural, costumeiras e até mesmo por motivos ligados aos idiomas utilizados em cada Estado. Isso, ao menos, é o que destaca René David.¹¹⁴

Nesse sentido, o idioma utilizado em cada Estado exerce significativo impacto na caracterização das tradições jurídicas, vez que denota raízes históricas e culturais comuns. Portanto, aponta para tradição jurídica comum entre eles.

De seu turno, a questão cultural é relevante na definição das tradições jurídicas, pois se conecta a razões das mais variadas ordens, a exemplo da religião, tal como o Direito Canônico.

No tocante ao costume, em determinada tradição jurídica ele pode se apresentar como fonte (supletiva) do Direito e em outra, a exemplo da *common law*, pode se caracterizar como elemento inerente do próprio Direito.

Por derradeiro, na delimitação das tradições jurídicas é possível vislumbrar o fator ligado à organização política de determinado Estado, vez que ela impacta em sua ordem jurídica, aproximando-a, por conseguinte, de determinada tradição jurídica. Nesse sentido, René David destaca, a título de exemplo, a tradição jurídica socialista.¹¹⁵

Feitas essas considerações acerca da existência de uma pluralidade de tradições jurídicas, bem como acerca das razões que dão suporte a origem de

¹¹⁴ DAVID, René. *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 173-174.

cada uma delas e as distinguem, faz-se necessário compreender o porquê de estudá-las.

Grosso modo, é possível afirmar que a análise das grandes tradições jurídicas se desdobra em algumas finalidades, conforme leciona René David.¹¹⁶

Em primeiro lugar, a investigação das tradições jurídicas viabiliza o conhecimento a respeito do modo de organização do sistema jurídico de determinado Estado, o que, por corolário, possibilita listá-lo como pertencente a determinado grande grupo, tudo em razão da existência de características comuns, a exemplo do que se nota nos sistemas jurídicos caracterizados pelo Direito escrito, preponderantemente codificado e de fonte estatal, tal como o alemão e o brasileiro, que pertencem à tradição do *civil law*.

Em segundo lugar, a análise das tradições jurídicas coloca em melhor evidência as fontes do sistema jurídico de dado Estado. Desse modo e como mencionado anteriormente, em sistemas jurídicos pertencentes à tradição do *civil law* é possível notar que o plexo normativo será precipuamente escrito, preponderantemente codificado e oriundo de fonte estatal, ao passo que em sistemas jurídicos de tradição da *common law*, tal como o Direito inglês, o Direito é precipuamente “jurisprudencial, erigido, por conseguinte, sobre a jurisprudência (*decisions of the Courts*) elaborada nos tribunais de Westminster (*common law*) e pelo tribunal de chancelaria (*equity*)”¹¹⁷.

Em terceiro e último lugar, o conhecimento acerca das tradições jurídicas propicia uma melhor compreensão do sistema jurídico local. Isso porque o ato de analisar as tradições jurídicas pressupõe o afastamento do sistema jurídico local, viabilizando, por conseguinte, que o jurista visualize as questões e problemas por ótica não antes concebida, de modo a compreender melhor as particularidades e a eventualmente buscar soluções mais adequadas. Há, portanto, um viés prático e, de certo modo, utilitarista.

¹¹⁶ DAVID, René. *op. cit.*, p.

¹¹⁷ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2006, p. 28.

Por fim e aprofundando a ressalva inicialmente feita, observa-se que tradição jurídica e sistema jurídico são expressões que não se confundem, ao menos para os fins deste trabalho.

Por sistema jurídico se deve compreender a ordem jurídica vigente em cada Estado, que é dotada de ordenação e autoridade e se constitui por um complexo de institutos, de procedimentos e de normas jurídicas que, por sua vez, estabelecem a organização político-administrativa e pautam as mais variadas relações.

Tradição jurídica, de seu turno, é um conjunto de características e atitudes que marcam, condicionam e definem o papel de determinados sistemas jurídicos, permitindo reuni-los em grandes grupos.

John Henry Merryman afirma que por sistema jurídico devem ser entendidos os corpos de procedimentos, institutos e normas que disciplinam, a título de exemplo, contratos, associações e crimes, ao passo que tradição jurídica representa o conjunto de atitudes que enraízam e historicamente condicionam o papel de determinada ordem jurídica na política e na sociedade.¹¹⁸

Assim, a compreensão de Merryman caracteriza sistema jurídico como corpo ordenado e racionalmente projetado, por meio do qual o Estado estabelece seus institutos, procedimento e normas de maneira harmônica e sistemática.

De outro turno, as tradições jurídicas não se caracterizam por um plexo normativo ou de procedimentos, mas, conforme palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barboza, “como atitudes sobre a natureza do direito historicamente enraizadas, sobre o papel do direito na política e na sociedade, sobre a organização e operacionalidade de um sistema legal”¹¹⁹.

Compreender as tradições jurídicas por meio da identificação de suas características permite, além de realizar eventuais distinções entre elas, vislumbrar a operação da ordem jurídica que nela se pauta e, mais que isso, conhecer a forma como o Direito é produzido, aplicado, estudado e ensinado.

¹¹⁸ MERRYMAN, John Henry. *op. cit.*, p. 14-16.

¹¹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 39-40.

Estabelecidas essas premissas iniciais, passa-se na sequência à análise da tradição jurídica do *common law*, ressaltando-se aspectos ligados à sua formação e algumas de suas importantes características.

2.2 A tradição jurídica da *common law*¹²⁰

Em uma perspectiva histórico-cronológica, é possível afirmar que o Direito inglês foi significativamente impactado com a invasão da Inglaterra pelos normandos, no ano de 1.066.

Desse modo, nota-se que a gênese da *common law* se confunde com a da tradição jurídica inglesa.^{121 122} Isso porque, até tal evento histórico o território da Inglaterra era ocupado por inúmeras tribos, todas de origem distinta, sem qualquer registro de um Direito comum a todas elas. Após ele, houve forte centralização do governo, inclusive no que diz respeito à organização e à administração da justiça.¹²³

Sobre o assunto, René David afirma que o território inglês era partilhado por diversas tribos (saxões, anglos, dinamarqueses entre outros) e, após o evento conhecido como Batalha de Hastings, isto é, após a conquista do território inglês pelos normandos, houve uma forte centralização do poder, que foi marcado por uma rica experiência administrativa conduzida pelos conquistadores. Assim, segundo ele, passa-se do período tribal para o feudal na

¹²⁰ Por razões de delimitação do objeto de pesquisa, no presente trabalho serão apresentadas considerações e reflexões apenas acerca do *common law* inglês. Para além disso, não há qualquer pretensão de explorar todo o desenvolvimento histórico da referida tradição. Para estudo mais detido acerca do assunto, vide: HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund, 1985; PLUCKNETT, Theodore. **A concise history of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

¹²¹ Nesse sentido, leciona René David: “Todo estudo da *common law* deve começar por um estudo do direito inglês. A *common law* é um sistema profundamente marcado pela sua história, e esta história é de forma exclusiva, até o século XVIII, a do direito inglês.” (DAVID, René. *op. cit.*, p. 351).

¹²² Conforme observa Sérgio Gilberto Porto, a partir da invasão normanda é que na história passaram a existir os primeiros registros do uso da expressão *common law* ou *comune ley*. (PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.)

¹²³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 40-41.

história da Inglaterra, o que impacta fortemente na própria compreensão do Direito inglês.¹²⁴

Feitas essas considerações iniciais acerca do marco inaugural da *common law*, o objetivo que se coloca a seguir é pontuar alguns aspectos da referida tradição, a fim de viabilizar sua melhor compreensão e, sobretudo, traçar sua distinção em relação ao *civil law*, que será objeto do item seguinte deste capítulo.¹²⁵

Em primeiro lugar, é possível perceber que a *common law* ostenta um aspecto histórico que lhe é inerente ou próprio em sua formação¹²⁶. Isso porque e como mencionado anteriormente, até a Batalha de Hastings travada em 1.066 não existia no território inglês um Direito uno ou comum, razão pela qual a *common law* se alicerça e decorre da tradição e a experiência anglo-saxônica.¹²⁷

Como já foi pontuado, até referida batalha de 1.066 o território da Inglaterra era composto por inúmeras tribos com diferentes organizações, o que obstava a unificação do poder e, por consequência, a instalação de um Direito uno ou comum.

A mera distinção linguística existente entre as diversas tribos já constituía empecilho para, a título de exemplo, se estabelecer ordem jurídica única e, em especial, escrita. O mesmo empecilho decorria da diversidade religiosa e cultural, que poderia abalar eventual tentativa de legitimar ordem jurídica una.

¹²⁴ DAVID, René. *op. cit.*, p. 358.

¹²⁵ Fala-se pontuar alguns aspectos, tendo em vista que o objeto da presente dissertação não é investigar as minúcias e os meandros da formação e de toda a história do *common law*. Para tal desiderato, sobretudo para a investigação dos quatro períodos atribuídos à história da mencionada tradição, vide, entre outros: DAVID, René. *op. cit.*; GLENN, Patrick H. **Legal traditions of the world**. New York: Oxford University Press, 2011.; GELDART, William. **Elements of English Law**. 8. ed. New York: Oxford University Press, 1975.; LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹²⁶ Sobre a característica historicista do *common law*, observa René David: “O jurista inglês – que subestima a continuidade dos direitos continentais, convencido de que a codificação provocou uma ruptura com a tradição destes direitos – gosta de valorizar a continuidade histórica do seu direito; este surge como sendo produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução; orgulha-se desta circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova da grande sabedoria da *common law*, das suas faculdades de adaptações, do seu permanente valor, e de qualidades correspondentes nos juristas e no povo inglês.” (DAVID, René. *op. cit.*, p. 355).

¹²⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981. p. 563.

Nessa linha, Patrick H. Glenn afirma que ante os empecilhos existentes, isto é, ante a impossibilidade de se estabelecer ordem jurídica comum por meio de leis escritas, o caminho que se mostrava viável para tanto era confiar em um corpo de juízes leais. Em outras palavras, era por meio de juízes leais ao monarca que seria possível, pouco a pouco, criar uma ordem jurídica comum ao reino e superar os entraves outrora existentes.¹²⁸

A partir disso, abre-se margem para concluir que *common law* designa a ordem jurídica existente e que é comum à toda comunidade inglesa (*law of the land*). Além disso, que tal ordem se contrapunha aos costumes locais das tribos existentes até a batalha de Hastings em 1.066.

É por isso, portanto, que se afirma que a *common law* se alicerça sobre a tradição e a experiência dos povos anglo-saxônicos, vez que, após a invasão dos normandos, o Direito inglês foi sendo elaborado e estabelecido de maneira centralizada pelas cortes de justiça de Westminster e com base naquilo que já existia, sem rupturas.

Assim, a elaboração do Direito comum ocorria, via de regra, a partir dos casos concretos (*case law*), ou seja, em existindo algum conflito, ele era conduzido à apreciação das Cortes de Justiça que, a partir da tradição e experiência até então existentes, produzia a solução jurídica para o caso. Essas soluções da corte de justiça, portanto, é que formavam pouco a pouco a *common law*.

A sua formação e desenvolvimento, portanto, não foram pautados por um Direito escrito e pretensamente codificado, o que evidencia uma de suas grandes distinções em relação à tradição romano-germânica. Ao contrário disso, a formação da tradição da *common law* e, sobretudo, o seu desenvolvimento decorrem de intensa atividade judicial.

Tal desenvolvimento judicial restou bastante acentuado no final da Idade Média e no contexto da batalha pelo poder estabelecida entre a Coroa (os Stuart) e o Parlamento inglês. Nesse meandro, os tribunais não se posicionaram em

¹²⁸ Nesse sentido: "So, as monarch, you could not rely on God, the people, or your own legislation. You needed a corps of loyal adjudicators, able to bring a newer, more efficient and modern king's peace to the different parts of the realm." (GLENN, Patrick H. *op. cit.*, p. 239.)

defesa do monarca; ao revés disso, os juízes estabeleceram limites às pretensões da realeza, o que era feito com base na *law of the land*, isto é, na ordem jurídica ou no Direito comum aplicado pelas Cortes e que vigorava no território inglês.¹²⁹

Com o declínio da dinastia dos Stuart, a *common law* passou a ser vista como produto da mais alta expressão da razão natural e que foi desenvolvida a partir da tradição e sabedoria coletiva dos povos, ressaltando, assim, o importante papel da atividade judicial na formação da *law of the land*.¹³⁰

Em segundo lugar, da *common law* é possível extrair a relevância que o processo apresenta no contexto e no desfecho dos conflitos ou casos concretos. De certa forma, isso decorre de sua própria formação, conforme adiante será exposto.

Em sua gênese, para que a pretensão e, por consequência, a apreciação do conflito chegasse ao tribunal, era imprescindível fazer uso de determinado remédio ou *querela*, sem o qual não seria possível obter resposta acerca da concessão ou não do chamado *writ* (mandamento ou ordem).

Em outras palavras, para cada pretensão deduzida, isto é, para cada *writ* almejado era necessário observar um procedimento próprio. Nesse sentido, Patrick H. Glenn leciona: “Each writ gave rise to a particular procedure to be followed, appropriate for the type of dispute.”¹³¹

Assim, para que determinado *writ* fosse concedido pela corte de justiça era imprescindível fosse observado o processo adequado que, por sua vez, era caracterizado por um procedimento próprio, isto é, por uma sucessão concatenada e logicamente ordenada de atos previamente estabelecidos e tendentes a disciplinar as questões relativas ao processo, tais como:

¹²⁹ GROTE, Rainer. *op. cit.* <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 2.

¹³⁰ GROTE, Rainer. *op. cit.* <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 2.

¹³¹ Em livre tradução: “Cada *writ* deu origem a um procedimento específico a ser seguido, apropriado para o tipo de disputa” (GLENN, Patrick H. *op. cit.*, p. 272.)

representação das partes, os requisitos de admissibilidade e de produção das provas, a execução das ordens e decisões proferidas.¹³²

Por esse motivo é que alguns autores, a exemplo do que faz Patrick H. Glenn, ressaltam que a *common law* possui a característica de valorização do processo, ou seja, de que possui como escopo solucionar conflitos pela via de inúmeros atos ou formas sequencialmente ordenadas, também chamados de *remedies precede rights*.¹³³

Estefânia Maria de Queiroz Barboza também ressalta essa característica processual da *common law*:

O direito inglês desenvolveu-se especialmente no campo processual, com um sistema de *writs*, de ações judiciais sob a forma de ordens do rei. Dessa maneira, em caso de litígio era necessário encontrar o *writ* adequado ao caso, sendo o processo considerado mais importante do que o direito substantivo: *remedies precede rights*. Só poderia fazer valer seus direitos se fosse encontrado o remédio processual adequado.¹³⁴

Em terceiro lugar, outro aspecto importante a ser destacado na tradição jurídica da *common law* é aquele relativo às fontes da ordem jurídica.

Na linha daquilo que anteriormente foi mencionado, isto é, da formação da *common law* a partir de um corpo de juízes e também a partir das tradições, das experiências e dos costumes já existentes no contexto da sociedade anglo-saxônica, é possível afirmar que na *common law* o Direito é precipuamente jurisprudencial, também cognominado de *case law*.

Em outras palavras, a história revela que é principalmente da atividade desempenhada pelas cortes na solução dos conflitos que nasce o Direito da referida tradição jurídica.

¹³² DAVID, René. *op. cit.*, p. 362.

¹³³ GLENN, Patrick H. *op. cit.*, p. 244. No mesmo sentido: GLISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 5. ed. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 210-211.

¹³⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 42. No mesmo sentido, vide DAVID, René. *op. cit.*, p. 363 e ss.

Todavia, é importante consignar que o caráter eminentemente jurisprudencial não é oriundo apenas e tão somente do contexto histórico e da pretensão de centralização do poder e de unificação do Direito por meio de um corpo de juízes, mas também da ausência de significativa influência vindas as universidades.

Ao contrário do que ocorreu com o Direito no contexto do *civil law*, que foi estruturado a partir do trabalho vindo das universidades e também do legislador, no contexto da *common law* o Direito foi sendo estabelecido sem qualquer preocupação sistemática, justamente porque oriundo das cortes judiciais.

Nesse sentido, é possível afirmar que já no século XII¹³⁵ e no contexto do *civil law* vislumbrava-se a elaboração do Direito a partir do trabalho desenvolvido nas universidades, ao passo na Inglaterra, isto é, no contexto da *common law*, o primeiro curso jurídico foi criado apenas no século XVIII (1.758), em Oxford¹³⁶. Daí, portanto, a diminuta influência exercida pela atividade acadêmica na construção do *common law*.

Para além do que foi dito e como será visto no capítulo seguinte, o provimento judicial no contexto da *common law* também é instrumentalizado como precedente, de modo a servir de base ou referência para a criação, manutenção, alteração ou aprimoramento da ordem jurídica.¹³⁷

Desse modo, é possível concluir que a jurisprudência acaba construindo a sua própria tradição, vez que os comandos normativos que dela emanam necessitam ser observados no julgamento dos conflitos seguintes, a fim de

¹³⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 169.

¹³⁶ DAVID, René. *op. cit.*, p. 383.

¹³⁷ A título de esclarecimento antecipado sobre a ideia do precedente, pois o tema será abordado no capítulo seguinte, vale transcrever as palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barboza: "(...) dizer que o direito inglês é um direito Judiciário significa dizer que ele é primordialmente prático, pragmático, casuístico. O direito inglês não é um direito acadêmico e, portanto, não tem princípios abstratos nem juristas teóricos; ao contrário, é um sistema de *case-law*, em que os juízes são práticos e cuja função é aplicar a justiça e não alguma fórmula de direito preestabelecida. A cada nova situação corresponde uma nova regra, e a ligação ao passado existe para transmitir o procedimento que permite ao juiz chegar à novidade normativa que, por sua vez, não vem a ser criada *ex nihilo*, mas é elaborada com base nas regras jurídicas já formadas pelos precedentes, devendo o juiz apresentar as razões e os fatos que distinguem ou não o caso atual daquele já julgado anteriormente." (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 46-47).

garantir estabilidade e coerência à ordem jurídica e, em última análise, assegurar a manutenção da própria *common law*.

Necessário pontuar, entretanto, que a observação obrigatória e vinculativa dos precedentes judiciais não é algo que surgiu a um só tempo com a *common law*.

A ideia inicial acerca da observação obrigatória e vinculativa dos precedentes só veio a existir em meados do século XVIII, com o surgimento da doutrina do *stare decisis*.¹³⁸ Contudo, não se pode negar que o produto jurisprudencial, isto é, o conjunto de decisões oriundas das cortes de justiça sempre ostentaram uma missão de grande relevo no contexto da *common law*.

Dito de outro modo, a doutrina dos precedentes vinculantes (*stare decisis*) não nasceu com a *common law* no século XI e tampouco dela dependeu a *common law* para se formar e desenvolver. Tal doutrina, como visto, somente passou a existir no contexto da *common law* aproximadamente sete séculos depois da formação da sobredita tradição.

Isso, por razões claras, não retira o caráter judicial que marca a *common law*.

Além dessas ponderações, necessário registrar que na *common law* a lei (*statute law*) também é vista como fonte do Direito e, atualmente, ostenta posição de destaque, embora de natureza complementar e submetida e destinada a aprimorar a *common law*.¹³⁹ De todo modo, ainda que a lei figure entre as fontes do Direito na *common law*, as decisões judiciais ainda ocupam a posição mais privilegiada e de destaque.¹⁴⁰

¹³⁸ DAVID, René. *op. cit.*, p. 425.

¹³⁹ “(...) Destarte, a *legal rule* no direito inglês não se confunde com a regra do direito nos sistemas de *civil law*. O *statute law* tem função apenas complementar, porque pressupõe a existência dos princípios gerais criados pela jurisprudência, ou seja, as leis só possuem sentido em relação ao *common law*, não de forma autônoma.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 46).

¹⁴⁰ Sobre o assunto, pontua René David: “O essencial é que a lei, na concepção tradicional inglesa, não é considerada como um modo de expressão normal do direito. Ela é sempre uma peça estranha no sistema do direito inglês. Os juízes aplicá-la-ão certamente, mas a regra que contém a lei só será definitivamente e plenamente incorporada no direito inglês quando tiver sido aplicada e interpretada pelos tribunais e na forma e na medida em que serão feitas esta aplicação e esta interpretação. Na Inglaterra citar-se-ão logo que possível, noutros termos, em vez do texto de uma lei, as decisões que terão feito aplicação desta lei. Só em presença destas decisões o jurista inglês saberá verdadeiramente o significado da lei, porque só então encontrará a regra de

De seu turno, os costumes apresentam-se como fonte secundária no bojo da *common law*. Isso porque, na formação da referida tradição objetivou-se estabelecer uma ordem jurídica comum à toda Inglaterra de modo a se distanciar dos costumes então existentes e das experiências locais de cada uma das tribos germânicas que ocupavam o território inglês em período tribal.

Todavia, embora vistos como de importância secundária, os costumes não foram eliminados da pauta da *common law* e ainda são utilizados em algumas situações, a exemplo do que ocorre nos julgamentos criminais pelo tribunal do júri.¹⁴¹

Nesse ponto, interessante transcrever as palavras de René David, que pondera:

O direito inglês não é um direito consuetudinário. O costume geral imemorial do reino, sobre o qual teoricamente está fundada a *common law*, sempre foi uma simples ficção. A *common law* pôde retirar algumas das suas regras dos vários costumes locais outrora em vigor, porém o processo em si de constituição da *common law* consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, que substituísse o direito da época anglo-saxônica, fundado no costume.¹⁴²

Por derradeiro e em quarto lugar, na *common law* o sistema de justiça é precipuamente voltado para os fatos concretos ou para o caso concreto. Em outras palavras, em virtude de se tratar de tradição jurídica construída a partir da atividade judicial, que, por sua vez, se desenvolve com base em procedimentos específicos e destinados a solucionar conflitos, os fatos ou casos concretos sempre estiveram no centro das características importantes de tal tradição, porque a partir deles e para eles era erigida a ordem jurídica comum.

direito sob o aspecto que lhe é familiar, o da regra jurisprudencial.” (DAVID, René. *op. cit.*, p. 331).

¹⁴¹ DAVID, René. *op. cit.*, p. 435.

¹⁴² *Ibidem*, p. 332.

É nesse sentido que Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que os “casos concretos são considerados fonte do Direito”¹⁴³, haja vista que a partir deles é que se dava a construção da *common law* enquanto ordem jurídica inglesa.

Essas são as características que dentro das limitações do objeto de pesquisa importam para o presente trabalho, sobretudo para traçar um paralelo em relação a *civil law*, que será estudado no item subsequente.

2.3 A tradição jurídica da *civil law*

De maneira diversa da que ocorre com a tradição da *common law*, em que a formação se liga diretamente com a do próprio Direito inglês¹⁴⁴, a gênese da *civil law* se relaciona, em grande medida, com a história da ordem jurídica da Europa continental, sobretudo com o Direito Romano.

Assim, em uma perspectiva cronológica é possível afirmar que a tradição da *civil law*, também designada como romano-germânica, apresenta seu início em tempos bem mais remotos, quando comparada com a tradição da *common law*. Enquanto a literatura jurídica situa a formação desta tradição no século XI, isto é, em 1.066 d.C., aponta que a gênese daquela está relacionada com a Lei das Doze Tábuas¹⁴⁵, cuja publicação ocorreu em 450 a.C.¹⁴⁶

Apresentada essa consideração propedêutica acerca do marco inaugural da *civil law*, o objetivo que se coloca a seguir é pontuar alguns aspectos da referida tradição, a fim de viabilizar sua melhor compreensão e, sobretudo, traçar sua distinção em relação ao *common law*, objeto do item anterior deste capítulo.

¹⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - civil law e common law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

¹⁴⁴ DAVID, René. *op. cit.*, p. 351.

¹⁴⁵ Em latim: *Lex Duodecim Tabularum*. Trata-se de compilação de leis realizada nos primeiros anos do período da República Romana. As tábuas tratavam basicamente de organização e procedimento judicial, sucessões e tutela, propriedade, delitos, direito público, direito sagrado, entre outros temas (GUIMARÃES, Affonso Paulo. **Noções de Direito Romano**. Porto Alegre: Síntese, 1999.)

¹⁴⁶ MERRYMAN, John Henry. *op. cit.*, p. 19.

A priori, enfatiza-se que a Lei das Doze Tábuas é considerada como o ponto inicial do que atualmente é conhecido como *civil law*, conforme mencionado. Ostenta, assim, significativa importância na história da referida tradição romanista.¹⁴⁷

Contudo, marco de maior relevo se encontra situado no ano de 529 d.C., ocasião em que o imperador bizantino Justiniano I publicou o *Corpus Juris Civilis*, cujo objetivo era sistematizar, reorganizar e consolidar, isto é, codificar o Direito Romano, sobretudo em razão das pretensões de expansão e unificação do império, além daquelas pretensões relativas à resolução de conflitos e dúvidas oriundas das interpretações possíveis a respeito do Direito em vigor à época.

O *Corpus Juris Civilis* tratava de grandes temas, tais como aqueles envolvendo as pessoas, a família, as sucessões, a propriedade e as obrigações. Tal é a importância histórica da codificação de Justiniano I, que sistemas jurídicos de tradição romanista nos dias atuais, a título de exemplo, pautam ou sistematizam suas codificações seguindo os mencionados temas, ao menos no que diz respeito ao chamado Direito civil.

Para além de sistematizar, organizar e consolidar o Direito em vigor na época, o *Corpus Juris Civilis* estabelecia a vedação acerca da consulta aos comentários dos jurisconsultos, bem como a interpretação a respeito do próprio texto do *Corpus*. Em outras palavras, o *Corpus Juris Civilis* carregava consigo a pretensão de completude, isto é, a pretensão de reunir todas as regras necessárias em um único corpo e, com isso, de resolver por si só todos os conflitos existentes.

Tal característica do *Corpus*, como se nota, representa embrião da ideia que ao juiz cabe apenas o papel de mero aplicador da lei – ideia essa posteriormente disseminada com a Revolução Francesa -, e, além disso, que a lei codificada é suficiente em si para a resolução dos conflitos e, em última análise, para conferir segurança jurídica – esta compreendida como certeza quanto ao seu conteúdo e previsibilidade quanto à sua aplicação.

¹⁴⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 68.

O *Corpus Juris Civilis* vigorou até a queda do Império Romano do oriente, em 1.453. No ocidente, entretanto, o *Corpus Juris Civilis* permaneceu praticamente desconhecido durante todo o medievo, sobretudo após a queda do Império Romano do ocidente no século V. Somente no século XII em diante, ante o surgimento das universidades europeias, é que o Direito Romano foi descoberto e passou a ser estudado.¹⁴⁸

Foi, assim, com o Renascimento da Europa ocidental que o estudo do Direito Romano foi retomado, especialmente porque o comércio e as cidades passaram a ter nova organização e, conforme aponta René David, somente o Direito poderia garantir a segurança e a ordem imprescindíveis ao progresso.¹⁴⁹

Portanto, a partir desse período é que o *Corpus Juris Civilis* voltou a ser estudado no ocidente, sobretudo no âmbito da recém instituída Universidade de Bolonha, na Itália.¹⁵⁰ Inúmeras eram as escolas que se formavam para estudar o *Corpus* no mencionado centro acadêmico, mas a que mais se destacou, ao menos em termos de importância histórica por conta da ampla produção e difusão dos trabalhos, foi a escola dos glosadores.¹⁵¹

A despeito da retomada do estudo do Direito Romano no ocidente, Estefânia Maria de Queiroz Barboza ressalta que não apenas o Direito Romano era estudado no âmbito das Universidades, “mas uma pluralidade de fontes jurídicas que mesclavam o Direito costumeiro dos bárbaros, o Direito Canônico, as glosas e os comentários formando o *ius commune*”¹⁵².

Entretanto e conforme pontua John Henry Merryman, era o Direito Romano que estava no centro dos estudos acadêmicos, ante a sua significativa qualidade intelectual, característica essa que lhe rendeu o nome de ‘razão escrita’.¹⁵³

Desenvolveu-se, assim, uma ciência do Direito por meio do trabalho desenvolvido pelos professores e estudantes bolonheses, que foi difundido por

¹⁴⁸ DAVID, René. *op. cit.*, p. 33-34.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 39.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 43-44.

¹⁵¹ MERRYMAN, John Henry. *op. cit.*, p. 31.

¹⁵² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 68.

¹⁵³ MERRYMAN, John Henry. *op. cit.*, p. 29.

quase todo território da Europa continental e influenciou a formação e desenvolvimento de cada ordem jurídica ali existente. Tal ciência era erudita e teórica, como observa Estefânia Maria de Queiroz Barboza, aproximando-se mais do sistemático Direito Romano que das demais fontes estudadas à época.¹⁵⁴

Dessa maneira, o aspecto inicial que se percebe é que é na antiguidade que se encontra o embrião da ideia de Direito escrito – a Lei das Doze Tábuas –, que é característica marcante da *civil law*. Para além disso, nota-se que o Direito Romano ou, ao menos, a ciência desenvolvida com base nele a partir do século XII foi fundamental para influenciar o modo do raciocínio jurídico no sentido de se criar normas jurídicas gerais e abstratas para casos futuros a partir da análise dos casos concretos, bem como para projetar a ideia de Direito escrito, sistematizado, ordenado e certo.¹⁵⁵

Com o passar o tempo e, especialmente, depois da Revolução Francesa de 1789, novo modelo de Estado e, com ele, novo modelo de ordem jurídica foi estabelecida, rompendo-se com a antiga ordem legal até então existente no território francês e que, por corolário, impactou na ordem jurídica de todas as nações da Europa continental.¹⁵⁶

¹⁵⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁵ BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 189-191.

¹⁵⁶ A esse novo modelo de Estado, no bojo do qual se verifica nova e revolucionária ordem jurídica, Luigi Ferrajoli atribui o nome de Estado Legal de Direito. Segundo ele, a formação do Estado Legal de Direito decorre dos impactos e rupturas causadas pela Revolução Francesa, que, conforme afirma, foi responsável por causar algumas mudanças de paradigma envolvendo (i) a natureza e a estrutura do direito, (ii) a ciência jurídica e (iii) a jurisdição. No tocante a natureza do direito, Ferrajoli afirma que no contexto do Estado Legal de Direito foram superados os ideais jusnaturalistas pelos ideais juspositivistas por meio da afirmação do princípio da legalidade. Desse modo, o direito para ser válido não dependia mais de critérios de racionalidade e justiça, mas sim da fonte da qual emanava ou, em outras palavras, da autoridade que o produzia. Nesse ponto, ele observa que o princípio jusnaturalista "*veritas non auctoritas facit iudicium*" cedeu passo ao princípio juspositivista "*auctoritas non veritas facit legem*". No tocante à estrutura do direito, o autor observa que em tempos pré-modernos haviam fontes múltiplas e plurais do direito. Entretanto, após a Revolução Francesa houve a monopolização do fenômeno jurídico e o direito foi reduzido à lei, tudo para garantir, entre outras coisas, a certeza e as liberdades dos cidadãos frente à eventual arbitrariedade. No tocante à ciência jurídica, Ferrajoli observa que no período pós-revolucionário ela deixou de ser normativa e passou a ser meramente descritiva. A ciência jurídica se distancia de seu objeto e passa a apenas descrevê-lo, sem, contudo, participar do processo de criação. Por fim, observa que, no tocante à jurisdição, ela também se distancia do processo de produção do direito e passa a constituir atividade meramente reprodutora de normas já estabelecidas pela atividade política do Parlamento (FERRAJOLI, Luigi. *op. cit. In: CARBONELL, Miguel (Org). Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 32 e ss.).

A Revolução Francesa, portanto, foi o evento responsável pela queda do absolutismo monárquico e pela ascensão da burguesia e do parlamento ao poder estatal. Consubstanciou-se, assim, em importante marco histórico, a partir do qual houve a implementação de nova ordem jurídica que era alheia às concepções monárquicas e, especialmente, avessa ao poder conferido aos magistrados, que até então eram aliados à aristocracia feudal.

Os revolucionários, portanto, objetivavam limitar os poderes do soberano e, sobretudo, dos juízes que, à época, eram parciais aos interesses daquele. Existia forte comprometimento em relação à lisura dos magistrados, haja vista que os cargos eram herdados e comprados e, assim sendo, poderiam ser objeto de negócios escusos, pois agiam visando a manutenção do *status quo*.¹⁵⁷

Por essa razão e com o escopo de assegurar os ideais da revolução – liberdade, igualdade e fraternidade –, é que Montesquieu idealizou a criação de Estado com os poderes distribuídos e com a supremacia de um deles, o Poder Legislativo, a quem era atribuída a competência de produzir as leis que representavam a vontade geral do povo¹⁵⁸. E mais, idealizou tal modelo tripartido visando, precipuamente, limitar os poderes dos juízes, a quem caberia apenas a tarefa de ser a boca da lei.¹⁵⁹

A lei, portanto, era o instrumento capaz de operacionalizar a tripartição de poderes e concretizar os ideais revolucionários, pois, de um lado, ela era o produto do Parlamento – o Poder soberano e que era formado por representantes de todas as classes do povo – e, de outro lado, ela trazia consigo e de modo suficiente todas as soluções e respostas, cabendo aos magistrados

¹⁵⁷ Antonio Manuel Hespanha afirma que “a Revolução tinha sido feita também contra a tirania dos juízes que, apoiados no caráter casuísta e flexível do direito tradicional, tornavam o direito num saber hermético, cujos resultados eram imprevisíveis e incontroláveis pelos cidadãos.” (HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boitex, 2005, p. 347).

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁹ Montesquieu afirmava que os magistrados de uma nação não eram mais “que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *op. cit.*, p. 180). No mesmo sentido e indo além, Estefânia Maria de Queiroz Barboza afirma: “Por consequência, a supremacia do Parlamento e da lei se estabelece como princípio na França pós-revolucionária. O Parlamento passa a representar a vontade soberana e geral da nação e, portanto, não caberia colocar-lhe qualquer limite. Aliado a isso tem-se um Judiciário fraco que se restringe a aplicar a lei (*le juge est la bouche de la loi*), e que é objeto de desconfiança por parte da população que vê nele uma ligação com o Antigo Regime e uma possibilidade de atuação para restabelecê-lo.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 78).

apenas a tarefa de reproduzir seus termos, o que traduzia, na prática, verdadeira limitação de poder dos juízes e garantia de segurança jurídica.¹⁶⁰

Sobre o seu modelo estatal, afirmava Montesquieu:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.¹⁶¹

A segurança de realização dos ideais revolucionários, assim, foi depositada na figura da lei que, representando a vontade geral, seria de todos conhecida, a todos igualmente aplicada e, para além disso, representaria, ante a pretensão de completude e abstração dos textos legais, limitadora dos poderes dos juízes, a quem caberia apenas identificar a norma jurídica e aplicá-la ao caso concreto que lhe fosse apresentado. Portanto, ao Parlamento cabia criar as leis; ao Judiciário, apenas dizê-las.

Sobre a transferência da supremacia do poder ao Parlamento e acerca da busca da certeza jurídica pela figura da lei, a fim de esvaziar as competências dos magistrados, leciona Luiz Guilherme Marinoni:

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que,

¹⁶⁰ Por essa razão é que Rainer Grote observa que havia verdadeiro culto à lei, sobretudo por influência da filosofia política do Iluminismo, ressaltando que as obras de Jean-Jacques Rousseau é que foram as principais responsáveis por atribuir qualidades quase que divinas à lei. Assim, a lei era cultuada porque, na condição símbolo da vontade geral, não poderia violar as liberdades dos cidadãos. A partir daí, portanto, erigiu-se modelo de Estado (de Direito) fundado na soberania Parlamentar e, por consequência, no princípio da legalidade. No contexto desse novo modelo de Estado, o Poder Judiciário era tido como 'poder nulo' (GROTE, Rainer. *op. cit.*. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 6-7).

¹⁶¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *op. cit.*, p. 234.

com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário.¹⁶²

A partir de então, isto é, a partir da ideia de supremacia do Parlamento e da lei, surgiram as grandes codificações na Europa continental, a exemplo do Código Civil napoleônico de 1.804 e o Código Civil alemão de 1.900, demonstrando, assim, a importância que o fenômeno da codificação teve no contexto moderno da tradição jurídica da *civil law* e que influenciou inúmeras ordens jurídicas mundo a fora, inclusive a do Brasil.¹⁶³

A codificação foi idealizada no contexto francês para instrumentalizar as pretensões de monopolização e estatalização do Direito, bem como para facilitar o acesso ao Direito, limitando, assim, os poderes dos magistrados e, de outro lado, conferindo maior segurança jurídica, porque a ordem jurídica, em princípio, se tornaria mais conhecida da população.

A crença, vale ressaltar, era de que somente por meio da lei e, como premissa, por meio da supremacia do Parlamento, é que seria possível assegurar uma ordem jurídica estável, previsível e certa, de modo que por meio disso se garantissem os direitos e liberdades conquistados no contexto da Revolução Francesa de 1.789. Foi a partir desse contexto histórico que Paolo Grossi cunhou a expressão ‘absolutismo jurídico’¹⁶⁴.

A segurança jurídica enquanto atributo de uma ordem jurídica certa, estável e previsível somente era possível, naquele contexto pós-revolucionário,

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.

¹⁶³ Nesse sentido, destaca Estefânia Maria de Queiroz Barboza: “Desse modo, outras fontes do direito, como o *jus commune* e o direito canônico, perderam espaço, passando o Estado a ser considerado como única fonte do Direito. Ou seja, a ideia passa a ser a de um direito unificado, que substitui o sistema pluralista de fontes do direito por um único texto Legislativo completo e de valor geral. Para além disso, é de ressaltar a ideia de novidade instaurada pelo Código, que representa não apenas uma compilação de leis preexistentes, mas também de ruptura e ab-rogação do direito preexistente. Outra característica importante e necessária ao Código é sua pretensa plenitude, completude, o que garantiria ao juiz ter sempre na lei a resposta para resolver os problemas que lhe fossem submetidos. É como se a norma já estivesse prevista *a priori*, bastando o juiz descobri-la, desvendá-la, quando da análise do caso concreto.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 72.).

¹⁶⁴ Para melhor aprofundamento sobre o assunto, vide: GROSSI, Paolo. **Absolutismo jurídico** (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35235/34035>>. Acesso em: 11.10.2017.

por meio da lei. Nesse específico ponto é relevante transcrever as palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

A certeza e segurança jurídicas sempre foram importantes temas de preocupação dos sistemas de tradição romano-germânica. Por óbvio que todos os sistemas jurídicos têm como preocupação a segurança e certeza do direito, mas nos de tradição de civil law esses teriam um valor supremo, como um dogma, e a proteção a este valor seria alcançada por meio da lei, dos códigos, de conhecimento e acesso de toda população. A segurança na lei acaba por se relacionar à desconfiança no juiz que é proibido de criar o direito, por meio das decisões judiciais, justamente no interesse da certeza e previsibilidade. Do mesmo modo, as leis também deveriam ser claras, completas e coerentes para que se garantissem a certeza e a previsibilidade, preocupação que demonstrava o desejo de tornar o Direito a salvo e protegido dos juízes.¹⁶⁵

A codificação revelava, portanto, aspecto da tradição jurídica da *civil law*, que é o de que a ordem jurídica defluía apenas das leis, isto é, do produto da atividade do Parlamento, afastando, assim, a possibilidade de inovação ou criação por meio de provimentos judiciais (*denial of judicial law-making*).

As fontes do Direito no contexto da *civil law*, portanto, eram distintas das da *common law*. Naquela a ordem jurídica era fechada e estabelecida precipuamente e de forma apriorística pelo Parlamento, que era soberano. Nesta, ordem jurídica era mais aberta e estabelecida *a posteriori* ao caso concreto pelos tribunais.¹⁶⁶

¹⁶⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 75.

¹⁶⁶ Uma observação é necessária: o paralelo realizado leva em conta as características das mencionadas tradições em épocas mais remotas, sobretudo no período de formação das tradições – o *common law* a partir do século XI e o *civil law* a partir do século XVIII com a Revolução Francesa. Atualmente, conforme será visto adiante, no contexto do *civil law* e, sobretudo em razão do influxo do neoconstitucionalismo ou, dito de outro modo, por influência do paradigma do pós-positivismo, os juízes do *civil law* não se limitam a simplesmente reproduzir o direito criado aprioristicamente pelo poder legislativo e que está previsto abstratamente no texto legal. Tampouco as ordens jurídicas de países de tradição da *common law* desconhecem o direito legislativo. As leis escritas estão presentes nas ordens jurídicas da *common law* e contemporaneamente ostentam grande importância, mas ainda existe a primazia do chamado direito comum. No ensejo e conforme observa Rainer Grote, os ideais dos revolucionários franceses seguiram no sentido de aprisionar o direito à lei, afastando, assim, o absolutismo aristocrático e estabelecendo o absolutismo da lei (o princípio da legalidade); a lei passa, portanto, a ser fonte primária do direito. Entretanto, observa o autor que algo diverso ocorreu por ocasião da Revolução Gloriosa na Inglaterra, em 1.688, em que ao invés de limitar o Poder Judiciário, os revolucionários viram nele um valioso aliado para combater o absolutismo. Assim, poderes Legislativo e Judiciário caminharam juntos, de modo que o direito legislado reforça a supremacia do *common law* e o protagonismo do poder Judiciário, limitando, desse modo, o

Apresentadas essas reflexões, no tópico seguinte do presente capítulo será analisado que por meio da lei e da técnica de codificação não foi possível realizar o ideal de segurança jurídica almejado, tendo em vista que os textos legais não estavam imunes à interpretação dos magistrados e, para além disso, a ordem jurídica de inúmeros países de tradição da *civil law* foi impactada com o neoconstitucionalismo, revelando, assim, uma significativa atividade judicial no contexto do papel de definição e significação da ordem jurídica.

2.4 As transformações da tradição jurídica da *civil law*

2.4.1 Da interpretação da lei às cláusulas gerais

Como visto no item anterior, o imperador Justiniano, em 534 d.C., pretendeu por meio do *Corpus Juris Civilis* estabelecer ordem jurídica sistemática, organizada e consolidada, de modo a viabilizar a unificação e expansão do império, além de possibilitar a resolução de conflitos e dúvidas oriundas das interpretações cabíveis acerca do Direito em vigor à época.

Para tanto, vedou a consulta aos comentários dos jurisconsultos, bem como a interpretação a respeito do próprio *Corpus*, revelando, assim, que a obra carregava consigo a pretensão de completude, isto é, a pretensão de reunir todas as regras necessárias em um único corpo e, com isso, de resolver por si só todos os conflitos existentes.

Idêntica pretensão foi vista nas codificações surgidas após e por influência da Revolução Francesa que, pautadas em modelo de Estado que tinha como Poder supremo o Parlamento, valiam-se da lei como instrumento completo e suficiente para oferecer soluções e respostas para todos os conflitos e situações da vida, limitando, por corolário, os poderes dos juízes, a quem cabia apenas e meramente reproduzir o termos da lei.

poder do monarca e reafirmando os direitos e liberdades do povo inglês. (GROTE, Rainer. *op. cit.*. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 3)

Na *civil law*, portanto, sempre se notou, sobretudo após a Revolução Francesa, o chamado culto à lei. Foi por meio das codificações - que deveriam ser claras, coerentes e completas -, que se idealizou viabilizar modelo de Estado com poderes tripartidos e, especialmente, com o Parlamento soberano e o Judiciário submisso e limitado a mero aplicador da lei.¹⁶⁷

Em outras palavras, por meio da técnica da codificação foi idealizada, entre outras coisas, a vedação da criação do Direito por meio da atividade judicial.¹⁶⁸

Contudo, verificou-se com o passar do tempo que o ideal de completude das codificações é ilusório.¹⁶⁹ Isso porque, constitui tarefa extremamente difícil, senão impossível, antever todas as situações do cotidiano que se apresenta, não raras vezes, como uma sucessão infindável de eventos inéditos.

Para além dessa dificuldade de prever as situações, descrevê-las como hipóteses em regras gerais e abstratas também não é tarefa fácil a ponto de não deixar margem para interpretações dúbias e contraditórias, bem como para evitar lacunas ou omissões.

Logo, passou-se a vislumbrar que a atividade dos juízes da *civil law* não era meramente declaratória, no sentido de, diante do caso concreto e com base em singelo método de subsunção, identificar a norma jurídica aplicável no texto codificado e indicar as consequências jurídicas.

Percebeu-se, portanto, que a atividade interpretativa não se limitava a identificação da norma jurídica enquanto produto pronto, acabado e contido no texto codificado. Tal atividade, não raras vezes, integrava o processo de significação ou até de criação do Direito, isto é, da norma jurídica aplicável.¹⁷⁰

¹⁶⁷ MARINONI, Luis Guilherme. *op. cit.*, p. 52.

¹⁶⁸ TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**: assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 287-291.

¹⁶⁹ MARINONI, Luis Guilherme. *op. cit.*, p. 52.

¹⁷⁰ Sobre a atividade interpretativa dos juízes, interessante registrar, ainda que de modo sintético, que logo após a Revolução Francesa foi instituída a chamada Corte de Cassação (*Cour de Cassation*), que, embora nominada como corte, originalmente não integrava a estrutura orgânica do Poder Judiciário francês e, por conta disso, não exercia atividade jurisdicional. Limitava-se, em sua origem, a cassar os efeitos de decisões judiciais que conferissem interpretação incorreta à lei (ela não proferia decisão substitutiva e tampouco indicava a interpretação correta). Contudo, com o passar do tempo a Corte de Cassação, por razões várias, ganhou novas atribuições e passou a integrar o Poder Judiciária como órgão de cúpula, com natureza jurisdicional e com

Sobre o assunto, transcreve-se as palavras de Luis Roberto Barroso que, abordando o que denomina de interpretação jurídica tradicional, perpassa pelo insucesso dos ideais de codificação do Direito nesse tocante e, por consequência, da própria atividade meramente declaratória do juiz:

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. (...) Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.¹⁷¹

Essa atividade interpretativa que integra o processo de significação ou até de criação do Direito demonstrou que a técnica de codificação não entrega, ao menos em alguma medida, a completude prometida. Em outras palavras, tal atividade interpretativa aponta a existência de falha no ideal de completude da codificação.

participação no processo de produção de decisões judiciais, especialmente para uniformizar a interpretação do direito. Enfim, o exemplo da instituição da Corte de Cassação já no contexto revolucionário francês é, em grande medida, a admissão de que a lei não está (e nunca esteve...) imune à interpretação judicial, conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni. Segundo o autor: “Primeiramente, adquiriu-se a consciência de que a leitura do texto da norma implica um ato de compreensão, que, assim, abre oportunidade para várias definições e, portanto, interpretações. Outrossim, tornou-se inquestionável que o ato de compreender a lei era de incumbência do judiciário e não do legislativo. O que passou a importar, em verdade, foi tão somente se seria conveniente admitir que o Judiciário exprimisse, em um mesmo instante histórico, várias interpretações para a mesma lei.” (MARINONI, Luis Guilherme. *op. cit.*, p. 59).

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** p. 11-12. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 26/09/2017.

Para além dessa atividade interpretativa que integra o processo de significação ou até de criação do Direito, nota-se que a utilização pelo legislador das chamadas cláusulas gerais evidencia, de um lado, outra falha do ideal tradicional de completude da codificação e, de outro lado, uma tentativa realizada pelo próprio legislador de manter a ordem jurídica codificada.

Com as cláusulas gerais¹⁷², que são textos normativos abertos e que permitem e conferem maior liberdade de definição de conceito ou significado pelo intérprete, os códigos deixaram de sistemas legais fechados e suficientes em si; passaram, portanto, a autorizar e até a depender de uma maior atividade interpretativa dos juízes, no sentido de dar significado e sentido a elas.

Logo, o que se percebe é que ao longo do tempo o papel dos juízes foi sendo sensivelmente modificado, mesmo no contexto de ordens jurídicas codificadas e pautadas na tradição da *civil law*. Passou-se, portanto, do juiz “boca da lei” para aquele encarregado, ao menos em alguns casos, de interpretar e significar o conteúdo dos textos normativos, participando, assim, do processo de produção da norma jurídica.

No item seguinte, será analisado o constitucionalismo do segundo pós-guerra que, de forma até mais intensa, modificou o papel do Poder Judiciário.

2.4.2 O constitucionalismo do segundo pós-guerra

O Estado Constitucional de Direito¹⁷³ surge a partir da crise da legalidade do Estado Legal de Direito, cujo ápice ocorreu no século XX, após o desfecho da Segunda Guerra Mundial.

¹⁷² Para melhor análise acerca das cláusulas gerais, vide: COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.; JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁷³ A expressão ‘Estado Constitucional de Direito’ é utilizada por Luigi Ferrajoli para designar o modelo de Estado e, por consequência, de ordem jurídica surgida no século XX, sobretudo depois da Segunda Guerra mundial. Dita expressão denota modelo de Estado com poderes tripartidos, na esteira do que foi concebido por Montesquieu, bem como Estado lastreado em ordem jurídica, em cujo centro se encontra lei maior, denominada de Constituição, que não apenas estabelece os poderes e funções do Estado, bem como defini limitações a esses poderes, mas, acima de tudo, estabelece a proteção de direitos tidos como fundamentais,

Até então a legitimidade do Direito fundava-se precipuamente no fato de ele ser elaborado ou concebido nos moldes dos processos prescritos pela própria ordem jurídica, independentemente de valores materiais ou principiológicos substanciais de referência.¹⁷⁴

Em outras palavras, o Direito existia e era válido simplesmente por observar padrões formais de produção, não existindo qualquer limitação material pré-estabelecida para o legislador.

Por conta das barbáries que foram praticadas no contexto do referido conflito armado, passou-se a questionar o modelo estatal pautado na supremacia da lei e no princípio da legalidade, pois, conforme afirma Luis Roberto Barroso, o "fetichismo da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados" ¹⁷⁵.

A partir de então, colocou-se em descrédito a capacidade da lei e do Poder Legislativo regular adequadamente a vida social e política, o que culminou com a superação do modelo do Estado Legal de Direito e, além disso, levou à necessidade de aproximar o Direito de valores morais e humanos e de restaurar a ideia de o Direito também servir como instrumento de limitação do poder.

A crise da legalidade culminou, então, na transição do Estado Legal de Direito para o Estado Constitucional de Direito, por meio da ideia do império da constituição sobre a lei, com o escopo de assegurar a máxima vinculação e

retirando-os do âmbito de debate da arena política. Por fim e a título de esclarecimento, o autor utiliza a expressão 'Estado de Direito' para designar gênero, do qual são espécies o 'Estado Legal de Direito', que é o modelo de Estado surgido após a Revolução Francesa e com contornos estritamente positivistas, e o 'Estado Constitucional de Direito'. Para maior análise acerca do assunto, vide: FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

¹⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 32

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 26.

submissão de todos os poderes estatais e de garantir com eficácia os direitos tidos como fundamentais¹⁷⁶.

Com o surgimento do Estado Constitucional de Direito vem o reconhecimento da supremacia, da força normativa e da rigidez das constituições. Conforme aponta Luis Roberto Barroso, a reconstitucionalização da Europa, após a Segunda Guerra Mundial, redefiniu o local da constituição e a influência do Direito constitucional sobre todas as instituições contemporâneas.¹⁷⁷

Assim, a aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia "produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático"¹⁷⁸.

Desse modo, nota-se que a Segunda Guerra mundial foi o evento histórico responsável por evidenciar a referida crise de legalidade e, por consequência, por impulsionar a modificação do modelo de Estado e da ordem jurídica no contexto europeu.

¹⁷⁶ Luís Roberto Barroso, sobre o constitucionalismo, aponta três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico. Como marco histórico, Barroso aponta a segunda guerra mundial como divisor de águas para constitucionalismo, que produziu, por conta das experiências vividas no âmbito do combate armado, uma nova forma de organização política denominada como Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional de Direito ou, ainda, Estado Constitucional Democrático. Como marco filosófico, Barroso aponta o pós-positivismo, que seria fruto da confluência do jusnaturalismo e do positivismo que, embora opostos, apresentam-se complementares. Nesse sentido, após a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso do positivismo, abriu-se espaço para uma ampla reflexão sobre o direito, seu papel social e sua interpretação. A partir daí, busca-se ir além da legalidade estrita pregada pelo positivismo, sem, contudo, desprezar o direito posto, permitindo uma leitura moral do direito. E, por fim, como marco teórico Barroso afirma que o constitucionalismo causou uma nova leitura do direito constitucional, a partir da premissa da supremacia e do reconhecimento da força normativa da Constituição, passando pela expansão da jurisdição constitucional e culminando com uma nova dogmática constitucional. (BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. p. 11-12. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 26/06/2016, p. 3-6.)

¹⁷⁷ Para um estudo mais aprofundado acerca da força normativa da Constituição, vide a obra de Konrad Hesse, jurista alemão e que foi juiz do Tribunal Constitucional da Alemanha entre 1.975 e 1.987: (HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991).

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23. No Brasil, a Constituição Federal, por meio do *caput* do artigo 1º, utiliza a expressão 'Estado Democrático de Direito'.

Conforme afirma Estefânia Maria de Queiroz Barboza, após o desfecho da Segunda Guerra Mundial e, em especial, pelas atrocidades que foram praticadas naquele contexto, inúmeros países do continente europeu¹⁷⁹ positivaram direitos fundamentais em suas novas cartas constitucionais. Afirmar a autora, ainda, que igual fenômeno também foi visto em países de outros continentes, a exemplo do Brasil, que estabeleceram regimes democráticos após longo período de regimes de exceção, com vistas a uma especial proteção aos direitos humanos fundamentais.¹⁸⁰

As cartas constitucionais adotadas no referido contexto continham em seu bojo direitos fundamentais plasmados como forma de limitar os poderes do Estado e de salvaguardá-los do debate democrático do Parlamento. Tal modelo de constitucionalismo provocou mudanças na organização política e jurídica dos países, especialmente naqueles de tradição *civil law*, cujos sistemas jurídicos eram pautados na primazia da lei (como expressão da vontade geral) e na supremacia do Poder Legislativo¹⁸¹.

As constituições, por inspiração vinda da experiência americana¹⁸², foram alocadas em um plano superior e dotadas de força normativa direta e imediata, afastando, assim, a ideia de primazia da lei e de supremacia do Poder Legislativo.

Em outras palavras, portanto, elas passaram a ocupar o centro dos sistemas jurídicos, inclusive como forma de retirar da deliberação política majoritária as questões envolvendo, principalmente, os direitos fundamentais, pressupondo, com isso, a ideia de deslocamento da supremacia do Poder

¹⁷⁹ Na Itália em 1947, na Alemanha em 1949, em Portugal em 1976, na Espanha em 1978, entre outros.

¹⁸⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 77. A autora afirma, ainda, que: “Destarte, enquanto a Segunda Guerra Mundial representou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra veio a representar o resgate com a ética e o esforço para reconstrução dos direitos humanos banalizados durante a Guerra.” (*Ibidem*, p. 82)

¹⁸¹ E nesse tocante, é interessante transcrever as palavras de Luiz Guilherme Marinoni, que aponta a aproximação do papel dos juizes dos países de tradição *civil law* e de *common law* por conta do constitucionalismo: “Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*. (MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 67.)

¹⁸² Para maior análise do constitucionalismo americano, entre outras obras, vide: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

Legislativo para a própria Constituição, cabendo ao Poder Judiciário a sua proteção por meio do que se denominou *judicial review*¹⁸³.

Em razão do deslocamento da supremacia para a carta constitucional, o Poder Judiciário assumiu papel relevante na proteção dos direitos humanos¹⁸⁴ positivados, o que Estefânia Maria de Queiroz Barboza chama de revolução dos direitos humanos¹⁸⁵.

Ao lado disso, ou seja, ao lado da modificação do papel do Poder Judiciário, surge também outro fenômeno que é o da judicialização da política, decorrente da transferência de decisões políticas e de questões morais do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.

Ambos os fenômenos - a revolução dos direitos humanos e a judicialização da política - foram responsáveis pela expansão do *judicial review*, que, por sua vez, implicou transformação da tradição da *civil law*.¹⁸⁶

No tocante ao primeiro fenômeno, algumas considerações e reflexões são apresentadas de forma mais detida adiante.

A Revolução Francesa foi um grande marco no contexto histórico dos países europeus, como visto neste capítulo. O movimento revolucionário ficou marcado pelo ideal de limitação de poderes da aristocracia absolutista por meio do culto à lei, como figura de representação da vontade de todo o povo.

¹⁸³ A expressão *judicial review* designa o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos. Por conta da proposta de catalogar na Constituição determinado rol de direitos fundamentais, cuja proteção se almeja acima de tudo, imprescindível a existência de uma jurisdição para assegurar essa proteção. Assim, a efetividade dessa proteção conferida aos direitos fundamentais só é possível mediante sistemática de *judicial review*, conforme afirma Rainer Grote (GROTE, Rainer. *op. cit.*. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016).

¹⁸⁴ No presente trabalho as expressões 'direitos humanos' e 'direitos fundamentais' são utilizadas como sinônimas, designando a proteção conferida aos direitos, bens e valores tidos como indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. André de Carvalho Ramos, contudo, faz interessantes apontamentos sobre a distinção entre as expressões. Segundo ele, tais expressões passaram a ter uso corrente no século XXI. A expressão 'direitos humanos' designaria a proteção conferida em plano ou matriz internacional, ao passo que a expressão 'direitos fundamentais' designaria a mesma proteção, mas conferida em arena interna, sobretudo aquela positivada nos textos constitucionais. (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45).

¹⁸⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 77.

¹⁸⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 77.

O Direito, portanto, circunscrevia-se ao Direito positivo, isto é, aquele produzido pelo Estado. Desse modo, não só o Direito natural não positivado, mas também qualquer outro de qualquer categoria, tal como o judiciário e o consuetudinário, não era considerado Direito, conforme afirma Norberto Bobbio.¹⁸⁷

A partir daí, surge a supremacia do Parlamento, com poderes ilimitados por representar a vontade de todas as classes. O Poder Judiciário, de seu turno, tem o seu papel modificado e passa a ser um mero aplicador das normas contidas na lei produzida pelo Parlamento. Nesse contexto é que se vislumbra o modelo de Estado que Luigi Ferrajoli cognomina como ‘Estado Legal de Direito’¹⁸⁸.

Sobre a Revolução Francesa, transcreve-se as elucidativas palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

A Revolução Francesa ocorre com os ideais de limitação do poder do Estado Absoluto, rompendo com o direito existente e estabelecendo a lei como a representação da vontade geral da Nação, que consiste na afirmação de uma única vontade, expressão de toda nação. Por consequência, a supremacia do Parlamento e da lei se estabelece como princípio na França pós-revolucionária. O Parlamento passa a representar a vontade soberana e geral da nação e, portanto, não caberia colocar-lhe qualquer limite. Aliado a isso tem-se um Judiciário fraco que se restringe a aplicar a lei (*le juge est la bouche de la loi*), e que é objeto de desconfiança por parte da população que vê nele uma ligação com o Antigo Regime e uma possibilidade de atuação para restabelecê-lo.¹⁸⁹

No contexto alemão, esse mesmo modelo de Estado Legal de Direito também foi adotado. O Direito lá existente era concebido e legitimado com base em referenciais meramente formais, ou seja, os poderes eram exercidos pelas esferas governamentais, cuja competência e procedimentos eram previstos e estabelecidos em lei e por ela legitimados.

¹⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 85.

¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*. In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

¹⁸⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 78.

A ideia de supremacia do Parlamento e do princípio da legalidade como legitimadora do Direito, no contexto alemão, desembocou nas barbáries praticadas no âmbito da Segunda Guerra mundial. Em outras palavras, o modelo de legalidade estabelecido na Alemanha causou a violação de direitos humanos, bastando, para tanto, memorar as conhecidas e terríveis histórias envolvendo os campos de concentração nazista.

Isso porque, como dito, o Estado Legal de Direito até então existente, baseado na supremacia da lei, era meramente formal. Partia-se de uma concepção positivista de uma ordem jurídica que era, na prática, indiferente a valores éticos e morais, circunscrevendo-se a um mero legalismo acrítico.¹⁹⁰

Por conta da insuficiência desse modelo de Estado Legal de Direito e ante as barbáries praticadas especialmente pelo regime nazista no contexto de guerra do século XX, buscou-se um novo modelo de Estado, que não abandonou propriamente os seus aspectos formais (Direito positivado), mas ganhou princípios materiais que deveriam ser respeitados e que submetiam o próprio Estado.

Nesse específico ponto, afirma Luiz Guilherme Marinoni:

Assim, tornou-se necessário resgatar a substância da lei e encontrar instrumentos capazes de permitir a sua conformação aos princípios de justiça. Esta “substância” e estes “princípios” foram infiltrados nas Constituições, que perderam os seus resquícios de flexibilidade para se tornarem “rígidas”, no sentido de não passíveis de modificação pela legislação ordinária. A Constituição é dotada de plena eficácia normativa e, assim, a lei perde o seu posto de supremacia, passando a subordinar a ela.¹⁹¹

Transita-se, então, do Estado Legal de Direito ao Estado Constitucional de Direito, marcado pelo deslocamento da supremacia do Parlamento (da lei) para a Constituição (direitos fundamentais).¹⁹²

Ante a supremacia recebida, os direitos fundamentais foram colocados fora do âmbito de deliberação democrática do Estado (Poder Legislativo) e, além

¹⁹⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 80.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 65.

¹⁹² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 80-81.

disso, esses mesmos direitos fundamentais passaram a firmar limites de atuação à atividade estatal.

Nesse meandro, a atividade do Parlamento, antes supremo, passou a ser limitado e a sofrer fiscalização realizada por meio do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, o Judiciário que antes apenas declarava a vontade da lei, passa a controlar a conformação dessa vontade ao texto constitucional.¹⁹³

Com a supremacia da Constituição e, em especial, com a supremacia dos direitos fundamentais positivados na Constituição, a ordem jurídica resgatou valores éticos e morais, ante a especial proteção conferida à dignidade da pessoa humana, que materialmente não existia no contexto do Estado Legal de Direito.

Como observa Estefânia Maria de Queiroz Barboza, “a dignidade humana é colocada nas Constituições de diversos países ocidentais como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo”.¹⁹⁴

Nessa mesma linha, Robert Alexy afirma que antes do influxo do constitucionalismo os direitos fundamentais ficavam circunscritos ao que estabelecia a lei. A partir dele, é a lei que deve conformidade aos direitos fundamentais.¹⁹⁵

O impacto do constitucionalismo, portanto, transformou a própria compreensão acerca do princípio da legalidade. O princípio da legalidade formal cedeu passo ao princípio da legalidade substancial, conforme afirma Luigi Ferrajoli.¹⁹⁶

Essa transmutação do princípio da legalidade formal em substancial traz consigo a exigência de uma modificação do próprio papel do Poder Judiciário,

¹⁹³ “A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição” (MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 65).

¹⁹⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 82.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. Los derechos Fundamentales em el estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 33-34.

¹⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi (Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 53.

vez que a proteção conferida aos direitos fundamentais é principiológica e feita por meio de linguagem aberta, imprecisa e porosa.

Em decorrência disso e, sobretudo, por consequência do caráter aberto e abstrato do texto constitucional, especialmente daqueles que estabelecem a proteção aos direitos fundamentais, nota-se maior atividade por parte do Poder Judiciário.

Dito de outro modo, o Poder Judiciário, antes mera boca da lei, passa a ter papel mais ativo, em razão da necessidade de conferir solidez e significado aos textos gerais e abstratos quando lhe são submetidos os casos concretos para análise.

Ele passa, portanto, a participar do processo de criação da norma jurídica. Com isso, a atividade desempenhada pelo Poder Judiciário, sobretudo no âmbito da jurisdição constitucional, passou a se aproximar da atividade desempenhada pelos juízes de países de tradição *common law*, cujo Direito é construído caso a caso, conforme o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade.

Para além do impacto causado pela revolução dos direitos humanos no papel do Poder Judiciário e, em última análise, na conformação da própria tradição jurídica da *civil law*, outro fenômeno que merece destaque, como anteriormente observado, é o da judicialização da política.

Nas últimas décadas do século XX, tanto o Brasil como outros países de tradição *civil law* que adotaram o constitucionalismo passaram, como corolário, a experimentar um novo fenômeno, que é o da judicialização da política. Tal fenômeno pode ser definido, em linhas gerais, como a transferência de parte do poder político do Poder Legislativo ao Poder Judiciário.¹⁹⁷

Luís Roberto Barroso esclarece que o fenômeno da judicialização traduz a tomada de decisão pelo Poder Judiciário de questões de ampla repercussão

¹⁹⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 93.

social e política, cujas sedes tradicionais de deliberação eram eminentemente políticas e de competência dos Poderes Executivo e Legislativo.¹⁹⁸

O autor aponta que o fenômeno possui causas variadas e se afigura como uma tendência mundial. Entretanto, no que diz respeito à realidade brasileira, afirma que decorre diretamente do modelo institucional aqui adotado, apontando três grandes causas.

A primeira decorrente da própria redemocratização, que trouxe consigo não apenas uma renovação do papel do Supremo Tribunal Federal - como guardião da Constituição Federal -, mas também a reformulação dos papéis do Ministério Público e das Defensorias Públicas, que foram determinantes para levar aos tribunais, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, questões sociais e políticas de interesse da coletividade.

A segunda decorrente da constitucionalização abrangente, própria de uma carta analítica que traz para o seu bojo questões que antes eram deixadas exclusivamente a cargo do Parlamento e que, por assim ser, acabou por juridicizar temas que antes ficavam restritos ao ambiente político.

E, por fim, a terceira decorrente de um sistema amplo de controle de constitucionalidade, que combina arranjos do *judicial review* do modelo americano e do europeu, isto é, do modelo difuso e do concentrado, cujo leque de legitimados é amplo e, por ser assim, permite ao cidadão, aos órgãos públicos e a entidades públicas e privadas conduzirem questões sociais e políticas para a decisão dos tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal.

Por serem esclarecedoras, transcreve-se as palavras de Luis Roberto Barroso a respeito do assunto:

Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Bahia, nº. 18, abr./dez, 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 18/08/2016.

mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer vale a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direito a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.¹⁹⁹

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 18/08/2016. p. 3-4.

O fenômeno da judicialização da política, como observa Estefânia Maria de Queiroz Barboza, embora decorrente de causas múltiplas, é oriundo primordialmente da positivação de normas de proteção aos direitos fundamentais, previstas em constituição escrita, não escrita ou em outros diplomas, a exemplo de declarações internacionais ou convenções regionais.²⁰⁰

Por conta da referida positivação, os Tribunais ou Cortes Constitucionais passaram a desempenhar novo papel, cabendo a eles não apenas a interpretação e a proteção desses direitos fundamentais, mas também a sua realização por meio da implementação de políticas públicas, que se traduzem em prestações positivas por parte do Estado.²⁰¹

O constitucionalismo, portanto, modificou significativamente a estrutura do Direito e também o papel da jurisdição e, por conta disso, viabilizou um verdadeiro solo fértil ou, como nas palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barboza, “um espaço público neutro”²⁰² no âmbito do qual as demandas sociais foram levadas em busca da efetivação dos mais variados direitos fundamentais plasmados na Constituição.

A título de exemplo, cita-se o Recurso Extraordinário nº. 566.471, cujo relator é o Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello e o objeto é a existência ou não de dever de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave. Referido caso trata, portanto, de tema relativo ao direito fundamental à saúde e está pendente de análise pelo Supremo Tribunal Federal.²⁰³

²⁰⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 93.

²⁰¹ Rogério Bastos Arantes aborda o tema com profundidade, destacando o trabalho do Ministério Público na defesa dos direitos coletivos e a modificação do papel do Poder Judiciário que, nesse contexto, precisa decidir conflitos entre sociedade e o Estado e entre os poderes do próprio Estado (ARANTES, Rogério Bastos. *Direito e política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, vol. 14, nº. 39, Fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/rbcsoc/v14n39/1723.pdf>> Acesso em: 26/10/2017).

²⁰² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 94.

²⁰³ O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema *sub judice*, mas ainda não analisou o mérito do litígio, conforme informação que consta no sítio do Tribunal na internet. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?PesquisaEm=tema&PesquisaEm=controversia&PesquisaEm=ambos&situacaoRG=TODAS&situacaoAtual=S&txtTituloTema=&numeroTemaInicial=&numeroTemaFinal=&acao=pesquisarProcesso&tipoComRG=ComRG&dataInicialJulgPV=&dataFinalJulgPV=&classeProcesso=&numeroProcesso=&ministro=&txtRamoDireito=&ordenacao=asc&botao=>>>. Acesso em: 20/10/2017.

Outro exemplo que pode ser citado, ainda em sede de direitos fundamentais, é o envolvendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3510, ajuizada pelo Ministério Público Federal e que tinha como pretensão impedir a realização de estudos científicos envolvendo células-tronco embrionárias. O Supremo Tribunal Federal analisou o mérito da ação e, por maioria de votos, julgou os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal improcedentes, reconhecendo, em suma, que as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida.²⁰⁴

Desse modo, a importância dos Tribunais não expandiu apenas quantitativamente, mas sobretudo qualitativamente, dado o relevo das questões políticas e sociais para as quais passou a ser chamado a tratar.

De outro turno, o fenômeno da judicialização da política no Brasil colocou o Poder Judiciário sob críticas, feitas no sentido de afirmar que tal poder não é competente para decidir questões morais e políticas de relevo, em razão da ausência de legitimidade democrática, isto é, por seus membros não serem eleitos pelo povo.²⁰⁵

Como sugere Estefânia Maria de Queiroz Barboza, esse protagonismo do judiciário no Brasil é, muitas vezes, definido como ativismo judicial. Entretanto, o ativismo judicial não deve ser entendido pelo volume de trabalho existente nas cortes, mas sim pelo quanto essas cortes se dispõem a trabalhar em prol da realização dos direitos fundamentais.²⁰⁶

Assim, com o constitucionalismo do segundo pós-guerra o espaço público para debate sobre questões morais e políticas é ampliado e o Poder

²⁰⁴ Para maiores informações acerca da ação, vide: <<http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=89917>>. Acesso em 20/10/2017.

²⁰⁵ Para maior estudo a respeito do tema envolvendo a tensão entre constitucionalismo e democracia, sobretudo aspectos envolvendo a legitimidade democrática do Poder Judiciário, vide: ACKERMAN, Bruce. **We the people**. Foundations. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991; BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos avançados**, São Paulo, vol. 18, nº. 51, 2004; CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002; Waldron, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. *In*: **Limites do controle de constitucionalidade**. Coleção ANPR de direito e democracia. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

²⁰⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 101.

Judiciário passa então a ser o novo campo desses debates, cuja missão é concretizar os direitos fundamentais positivados na Constituição.

A revolução dos direitos humanos e a judicialização da política, portanto, expandem o campo de atividade do judiciário, que passa a desempenhar o papel de interpretar, de proteger, de realizar e de concretizar os direitos fundamentais, revelando atividade bastante nova se comparada com aquela desempenhada pelo Poder Judiciário idealizado pelos revolucionários franceses.

Logo, a tradição jurídica da *civil law* sofreu sensíveis modificações em sua conformação, sobretudo no papel desempenhado pelo Poder Judiciário que atualmente, como foi visto, não se caracteriza por ser um poder nulo e, tampouco, alheio ao processo de significação e criação do Direito. O Judiciário contemporâneo da *civil law* é protagonista e, em grande medida, desempenha papel semelhante ao visto na tradição jurídica da *common law*.²⁰⁷

É por essa razão que a adoção da teoria dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*) poderá contribuir para o aprimoramento das ordens jurídicas contemporâneas baseadas na *civil law*, sobretudo a brasileira.

Isso porque – e isso será abordado no capítulo seguinte – a teoria dos precedentes obrigatórios viabilizará a concretização da segurança jurídica, conferindo, assim, maior certeza, previsibilidade e coerência aos provimentos jurisdicionais e, em última análise, à própria ordem jurídica.

²⁰⁷ Vale enfatizar as palavras já transcritas de Luiz Guilherme Marinoni, que aponta a aproximação do papel dos juizes dos países de tradição *civil law* e de *common law* por conta do constitucionalismo: “Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*. (MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 67.)

CAPÍTULO 3 – PRECEDENTES JUDICIAIS

No primeiro capítulo desta dissertação objetivou-se trabalhar o tema envolvendo a segurança jurídica, oportunidade em que foram apresentadas algumas considerações e reflexões a respeito do objeto em análise.

No primeiro item do referido capítulo, portanto, buscou-se apresentar o seu conceito – decompondo-o em três elementos: a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade –, ao passo que no segundo item o escopo foi analisar a sua fundamentalidade – que decorre da própria ideia de Direito e, portanto, compõe a ideia de Estado Democrático de Direito, inclusive no contexto brasileiro.

Ao final, isto é, no terceiro e último item do sobredito capítulo, objetivou-se demonstrar que a segurança jurídica, ao menos nas ordens jurídicas lastreadas na tradição da *civil law*, era depositada exclusivamente no Direito legislado, sobretudo após a Revolução Francesa.

Contudo, transformações impactaram a tradição da *civil law*, de modo que o papel do Poder Judiciário foi sensivelmente modificado, colocando-o como partícipe – e, em alguns casos, como protagonista maior – no cenário do processo de construção da ordem jurídica.

Assim, intentou-se demonstrar no último item do primeiro capítulo a necessidade de se deslocar a busca por segurança jurídica também para a arena jurisdicional, a fim de que a ordem jurídica, em sua integridade, seja o tanto quanto possível cognoscível, confiável e calculável.

Por sua vez, no segundo capítulo desta dissertação a análise foi centrada nas tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*, de modo que no primeiro item do capítulo o objetivo foi apresentar reflexões acerca da importância desse estudo e, ao final, evidenciar as distinções acerca do sentido semântico das expressões ‘tradições jurídicas’ e ‘sistemas ou ordens jurídicas’.

No segundo item do capítulo segundo o escopo foi a análise da tradição jurídica da *common law* inglesa, pontuando o seu marco inaugural, algumas considerações importantes acerca do seu desenvolvimento e algumas de suas

características. No que diz respeito ao terceiro item do mesmo capítulo, o objetivo foi semelhante, distinguindo-se apenas o objeto de análise, que é a tradição da *civil law*.

Por fim, no quarto e último item do capítulo segundo o que se objetivou foi fazer análise mais detida acerca das transformações pelas quais passou a tradição jurídica da *civil law* desde a Revolução Francesa – decorrente do relativo ou parcial insucesso da codificação do Direito ou pelo resultado do influxo do constitucionalismo do segundo pós-guerra nas ordens jurídicas que se pautam na referida tradição – a fim de contextualizar, ao menos no que tange à missão institucional do Poder Judiciário, certa convergência com a missão desenvolvida pelos magistrados da tradição jurídica da *common law*.

Assim, partindo da premissa de que atualmente o Poder Judiciário da *civil law*, inclusive o brasileiro, desempenha papel com marcante protagonismo, isto é, não raras vezes participando do processo de significação e construção da ordem jurídica, intenta-se analisar neste terceiro e último capítulo a teoria dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*) – que não nasceu com a *common law*, mas foi construída em passado relativamente recente de seu contexto –, como forma de realizar a segurança jurídica, conferindo, assim, maior certeza, previsibilidade e coerência aos provimentos jurisdicionais e, em última análise, à própria ordem jurídica.

É por essa razão que se buscará demonstrar que a adoção da teoria dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*) poderá contribuir para o aprimoramento das ordens jurídicas contemporâneas baseadas na *civil law*, sobretudo a brasileira.

Feitas essas considerações panorâmicas a respeito da presente dissertação, passa-se à análise do tema proposto para o terceiro e último capítulo.

3.1 Esclarecimentos iniciais acerca da compreensão sobre precedente judicial, decisão judicial, jurisprudência e súmula

Antes de ingressar no estudo do precedente judicial propriamente dito – sua origem, técnicas de superação e sua importância em relação à segurança jurídica – revela-se pertinente apresentar algumas considerações acerca de expressões que, não raras vezes, são tratadas como sinônimas.

Por precedente judicial se compreende, de um lado, a prática de decidir casos atuais ou futuros com base nas decisões proferidas naqueles julgados no passado, dada a similitude de questões jurídicas que os permeiam.²⁰⁸

De outro lado, precedente judicial é a decisão proferida em determinado processo que, circunscrevendo os fatos relevantes e destacando as soluções jurídicas construídas, ostenta a capacidade de ir além da mera solução do caso concreto, projetando a pretensão de se tornar paradigma para casos semelhantes futuros.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que precedente é “uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados”²⁰⁹.

Em sentido semelhante, Michele Taruffo assevera que precedente judicial se caracteriza por ser uma decisão que, partindo de determinado contexto fático, tem a pretensão de fornecer regra jurídica universalizável, de modo a ser utilizada em caso concreto seguinte, em razão da analogia entre os fatos do caso julgado e do caso em julgamento.²¹⁰

Em outras palavras, precedente judicial é a decisão judicial que, a despeito de construir norma jurídica individual, concreta e que é direcionada às partes litigantes de determinado processo, carrega consigo a aptidão de

²⁰⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 198.

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 213.

²¹⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 4. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.

transcender os limites subjetivos e se projetar em direção aos casos futuros que guardem semelhanças em seus aspectos mais importantes.

É por essa razão que Frederick Schauer aponta que, tendo em vista que as decisões do presente servirão como precedentes aos futuros julgadores, faz-se necessária a assunção de especial responsabilidade pelo magistrado, haja vista que vinculam o futuro antes mesmo de ele se realizar.²¹¹

Diante disso, abre-se espaço para concluir que todo precedente é uma decisão judicial, mas nem toda decisão judicial é um precedente.²¹² Isso porque, nem toda decisão judicial revela a resolução de um conflito e, sobretudo, a construção de uma norma jurídica. Exemplo disso são as decisões que se limitam a reproduzir *ipsis litteris* o texto da lei sem, contudo, enfrentar todas as teses jurídicas suscitadas, de modo a delinear a única interpretação possível de inúmeras eventualmente possíveis de serem construídas e extraídas do texto em questão.

Em casos assim, embora se trate de decisão judicial, o ato jurisdicional não leva consigo a aptidão de se tornar paradigmático, porquanto não tratou de construir norma jurídica ou, ao menos, de conferir interpretação definitiva à lei.

Portanto, se a decisão judicial não versar sobre questão de direito, construindo norma jurídica ainda que a partir de determinada interpretação de texto legal e, para além disso, não considerar nessa atividade todos os argumentos relevantes apresentados, sejam eles divergentes ou convergentes à tese, não terá a aptidão de se tornar paradigmática.

Assim, “precedente é a primeira decisão que elabora tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”²¹³, de modo que o provimento jurisdicional que se situa fora desses contornos se caracteriza apenas como decisão judicial.

²¹¹ SCHAUER, Frederick. Precedente. **Stanford law review**, vol. 39, nº. 3 (fev. 1987). Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso em: 18/12/2008, p. 573 *apud* BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 198.

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 213.

²¹³ *Ibidem*, p. 214.

De outro turno, precedente judicial se distingue de jurisprudência, que, em si, constitui expressão de múltiplos sentidos.

Conforme afirma Lênio Luiz Streck, jurisprudência possui três sentidos distintos, ao menos em perspectiva jurídica:

a) em sentido estrito, pode indicar a 'Ciência do Direito', também denominada 'Dogmática Jurídica' ou 'Jurisprudência'; b) em sentido lato, pode referir-se ao conjunto de sentenças dos tribunais, e abranger tanto a jurisprudência uniforme como a contraditória; c) pode significar apenas o conjunto de sentenças uniformes, falando-se, nesse sentido, em 'firmar jurisprudência' ou 'contrariar a jurisprudência'.²¹⁴

Michele Taruffo define jurisprudência de forma semelhante ao que faz Lênio Luiz Streck em uma de suas três significações, afirmando que “quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos”²¹⁵.

De seu turno, Miguel Reale conceitua jurisprudência como sendo o conjunto de decisões harmônicas que, por ostentar esse alinhamento, revela a norma jurídica.²¹⁶

Diante disso, portanto, nota-se que as expressões designam coisas distintas. E, ainda que se considere jurisprudência como conjunto de decisões judiciais, harmônicas ou não, a distinção se situa precisamente no aspecto quantitativo.

Isso porque, precedente é a decisão que, a partir de um caso particular, elabora a tese jurídica, ostentando, assim, a aptidão de se tornar paradigmática. Não se exige, portanto, a existência de múltiplas decisões para que a tese jurídica seja construída.

²¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro** – eficácia, poder e função. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 83.

²¹⁵ TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 3. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.

²¹⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 164.

De modo diverso, jurisprudência pressupõe repetição, exige quantidade, conforme expõe Evaristo Aragão Santos ao afirmar que a expressão carrega consigo a ideia de conjunto. Segundo ele, “há, aqui, portanto, uma distinção de caráter quantitativo: enquanto o termo jurisprudência designa conjunto de decisões, o termo precedente espelha (...) uma decisão pronunciada pelo Judiciário”²¹⁷.

Assim, jurisprudência tida enquanto conjunto de decisões harmônicas até pode refletir a ideia da existência de precedente, considerando-se que, em algum momento e nesse bojo de decisões, determinada decisão pode delinear definitivamente a tese jurídica. Mas não será o conjunto ou o coletivo em si que formará o precedente, mas sim a decisão que elaborou a tese que constitui o precedente.

Portanto, jurisprudência retrata expressão polissêmica, razão pela qual não se confunde com precedente judicial.

Por derradeiro, precedente judicial também não se confunde com súmula, tendo em vista que ela se caracteriza apenas como uma compilação abreviada, resumida e bastante sintética e genérica de tese jurídica extraída de conjunto de decisões.²¹⁸

Desse modo, enquanto o precedente judicial se circunscreve a caso particular e dele não se distancia, porque a construção da tese jurídica se baseou em determinado quadrante fático, a súmula tem a pretensão de criar tese geral e abstrata.²¹⁹

Por essa razão, precedente judicial e súmula retratam coisas distintas e, como observado anteriormente, a adoção ou não de determinado precedente no futuro depende da existência de analogia entre os fatos subjacentes do caso julgado e do caso em julgamento.

²¹⁷ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 143.

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 214.

²¹⁹ STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – precedente judicial e súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 65-66.

Para além disso, no caso em que se dá a construção do precedente estão presentes as partes e eventuais terceiros interessados que, em um processo dialógico, participam da atividade construtiva.

No contexto da súmula, não se vislumbra essa atividade plural, o que pode afetar a legitimidade da tese jurídica que por meio dela se tenta edificar, além de distingui-la do precedente.²²⁰

3.2 Origem e a essência da doutrina do precedente judicial obrigatório (*stare decisis*)

Como foi analisado no capítulo segundo desta dissertação, a tradição jurídica da *common law* tem marco inicial fincado em passado histórico não tão remoto como o da tradição jurídica da *civil law*.

Afirma-se que a gênese da *common law* se confunde com a da tradição jurídica inglesa.²²¹ Isso porque, até 1.066 o território da Inglaterra era ocupado por inúmeras tribos, não havendo registro de um Direito comum e de um governo central a todas elas.²²² Foi com a invasão normanda, na conhecida batalha de Hastings, que houve o início da centralização do governo, inclusive no que diz respeito à organização e à administração da justiça.²²³

Conforme ressalta René David, o território inglês era partilhado por diversas tribos (saxões, anglos, dinamarqueses entre outros) e, após a conquista do território inglês pelos normandos, houve uma forte centralização do poder, que foi marcado por uma rica experiência administrativa conduzida pelos conquistadores. Segundo ele, passou-se do período tribal para o feudal na

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 214.

²²¹ Nesse sentido, leciona René David: “Todo estudo da *common law* deve começar por um estudo do direito inglês. A *common law* é um sistema profundamente marcado pela sua história, e esta história é de forma exclusiva, até o século XVIII, a do direito inglês.” (DAVID, René. *op. cit.*, p. 351).

²²² Conforme observa Sérgio Gilberto Porto, a partir da invasão normanda é que na história passaram a existir os primeiros registros do uso da expressão *common law* ou *comune ley*. (PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.)

²²³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 40-41.

história da Inglaterra, o que impactou fortemente a própria compreensão do Direito inglês.²²⁴

Contudo, importante enfatizar que até referida batalha o território da Inglaterra era composto por inúmeras tribos com diferentes organizações, o que obstava a unificação do poder e, por consequência, a instalação de um Direito uno ou comum.

Para superar esses empecilhos, foi necessário um corpo de juízes leais, conforme afirma Patrick H. Glenn. Segundo ele, era por meio de juízes leais ao monarca que se viabilizou possível, ainda que de forma paulatina, a criação de uma ordem jurídica comum ao reino e a superação dos entraves outrora existentes, concretizando, assim, os ideais de unificação e de centralização.²²⁵

É por isso, portanto, que se afirma que a *common law* se alicerça sobre a tradição e a experiência dos povos anglo-saxônicos, vez que, após a invasão dos normandos, o Direito inglês foi sendo elaborado e estabelecido de maneira centralizada pelas cortes de justiça de Westminster e com base naquilo que já existia, sem rupturas.

Assim, a elaboração do Direito comum ocorria, via de regra, a partir dos casos concretos (*case law*), ou seja, em existindo algum conflito, ele era conduzido à apreciação das cortes de justiça que, a partir da tradição e experiência até então existentes, produzia a solução jurídica para o caso. Essas soluções das cortes de justiça, portanto, é que formavam pouco a pouco a *common law*.

A sua formação e desenvolvimento, vale enfatizar, não foram pautados por um Direito escrito e pretensamente codificado, o que evidencia uma de suas grandes distinções em relação à tradição romano-germânica. Ao contrário disso, a formação da tradição da *common law* e, sobretudo, o seu desenvolvimento decorreram de intensa atividade judicial.

²²⁴ DAVID, René. *op. cit.*, p. 358.

²²⁵ Nesse sentido: "So, as monarch, you could not rely on God, the people, or your own legislation. You needed a corps of loyal adjudicators, able to bring a newer, more efficient and modern king's peace to the different parts of the realm." (GLENN, Patrick H. *op. cit.*, p. 239.)

Trata-se, desse modo, de tradição jurídica formada e desenvolvida de maneira empírica e a partir de situações particulares. É por isso que Celso de Albuquerque Silva afirma que a distinção entre *civil law* e *common law* está circunscrita, respectivamente, a uma “opção entre um método lógico e um empírico, entre um pensar dedutivo e um indutivo, entre uma regra da razão e uma da experiência”²²⁶.

O desenvolvimento judicial restou bastante acentuado no final da Idade Média e no contexto da batalha pelo poder estabelecida entre a Coroa (os Stuart) e o Parlamento inglês. Nesse meandro, os tribunais não se posicionaram em defesa do monarca; ao revés disso, os juízes estabeleceram limites às pretensões da realeza, o que era feito com base na *law of the land*, isto é, na ordem jurídica ou no Direito comum aplicado costumeiramente pelas cortes e que vigorava no território inglês.²²⁷

Com o declínio da dinastia dos Stuart, a *common law* passou a ser vista como produto da mais alta expressão da razão natural e que foi desenvolvida a partir da tradição e sabedoria coletiva dos povos, ressaltando, assim, o importante papel da atividade judicial na formação da *law of the land*.²²⁸

Assim, o que se percebe é que a *common law* foi formada e desenvolvida com base na atividade judicial²²⁹. Trata-se de um Direito jurisprudencial, conforme afirma René David:

²²⁶ SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 164.

²²⁷ GROTE, Rainer. *op. cit.*.
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 2.

²²⁸ GROTE, Rainer. *op. cit.*.
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016. p. 2.

²²⁹ A história do direito inglês, em brevíssimo panorama, pode ser fracionada em quatro momentos. O primeiro deles é o cognominado anglo-saxão, vivenciado em momento anterior à batalha de Hastings em 1.066. O segundo vai da referida batalha ao início da dinastia Tudor, em 1.485. O terceiro é o momento em que se desenvolve o *equity*, ordem jurídica contraposta e a um só tempo complementar à *common law* (*law of the land*); tal momento vai da dinastia Tudor até a primeira metade do século XIX. O quarto e último momento vai da primeira metade do século XIX, isto é, de 1.832, à contemporaneidade, conforme aponta Patrícia Perrone Campos Mello (MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13-14.). Entretanto, a despeito de existirem momentos distintos na história da *common law*, a sua formação e o seu desenvolvimento sempre foram pautados, ora em maior ora em menor medida, na atividade judicial.

A *common law* pôde retirar algumas das suas regras dos vários costumes locais outrora em vigor, porém o processo em si de constituição da *common law* consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, que substituiu o direito da época anglo-saxônica, fundado no costume.²³⁰

Necessário pontuar, entretanto, que a observação obrigatória e vinculativa dos precedentes judiciais não é algo que surgiu a um só tempo com a *common law*, ou seja, não é algo congênito à referida tradição. O desenvolvimento da teoria dos precedentes obrigatórios é fruto da experiência e da busca por segurança jurídica e por isonomia, mas que ocorreu apenas em um passado recente.

Portanto, a associação de *common law* com *stare decisis* é incorreta, pois a *common law* sobreviveu e funcionou por séculos sem a implementação da doutrina dos precedentes obrigatórios.²³¹

A despeito de não ser correta a associação, Estefânia Maria de Queiroz Barboza afirma que o debate acerca dos precedentes é bastante antigo, e sua autoridade foi invocada por Edward Coke, em 1.607, por ocasião do *Case of Prohibitions*.²³²

Desde então, o debate acerca dos *binding precedentes* – ou precedentes obrigatórios – esteve em evidência, de tal modo que no próprio século XVII restou definido que a decisão colegiada da Câmara de Exchequer teria efeitos vinculantes.²³³

No século XVIII a doutrina do *stare decisis* passou a, paulatinamente, ganhar corpo em toda a Inglaterra, conforme aponta Neil Duxbury.²³⁴ Entretanto, apenas no século seguinte é que a doutrina dos precedentes obrigatórios restou finalmente consolidada, tal como pontua René David:

²³⁰ DAVID, René. *op. cit.*, p. 332.

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 31; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 159.

²³² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 194-195.

²³³ *Ibidem*, p. 195.

²³⁴ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2007, p. 35.

A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial. Contudo, a necessidade de certeza e de segurança jurídica não foi sentida sempre no mesmo grau, e só depois da primeira metade do século XIX é que a *regra do precedente* (*rule of precedent*), impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores, rigorosamente se estabeleceu.²³⁵

Foi no século XIX, então, que por meio do julgamento do caso *Mirehouse v. Rennell*, em 1.833²³⁶; posteriormente e em especial por meio do julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, em 1.861²³⁷; e, por fim, com os *Judicatures Acts* de 1.873 e 1.875, responsáveis por alçar a *House of Lords* ao ápice da estrutura orgânica dos tribunais ingleses, que a doutrina do *stare decisis* se consolidou.²³⁸

Curioso observar que, por conta do que foi decidido no caso *London Tramways v. County Council*, em 1.898, a *House of Lords* estava absolutamente vinculada aos seus próprios precedentes, não podendo rediscuti-los ou revisá-los.

Contudo, com os *Practice Statement* em 1.966, a regra do *stare decisis* foi flexibilizada, de modo a viabilizar à *House of Lords* decidir se o precedente era vinculante ou não, bem como decidir acerca da anulação de suas próprias decisões. E tudo isso feito com escopo de evitar injustiças em casos particulares, pois a vinculação absoluta e irrestrita aos precedentes poderia conduzir a isso, além de objetivar também o desenvolvimento do próprio Direito.²³⁹

Desse modo, o que se evidencia é que a *common law* se formou e se desenvolveu por inúmeros séculos sem a presença da doutrina do *stare decisis*, que, por sua vez, veio a se consolidar em arena judicial inglesa apenas no século XIX.

²³⁵ DAVID, René. *op. cit.*, p. 428.

²³⁶ Íntegra da decisão disponível em: <<http://www.uniset.ca/other/cs3/6ER1015.html>>. Acesso em 22/02/2018.

²³⁷ Íntegra da decisão disponível em: <<http://uniset.ca/other/th9/HLC274.pdf>>. Acesso em: 22/02/2018.

²³⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 196.

²³⁹ *Ibidem*, p. 202-203.

Dito isso a respeito do marco histórico da doutrina do *stare decisis*, é relevante pontuar que a razão de ser ou essência da teoria dos precedentes obrigatórios é a segurança jurídica e o tratamento isonômico.

A expressão *stare decisis* é o nome atribuído à doutrina ou teoria que investiga os precedentes obrigatórios. Mencionada expressão vem do latim e é uma forma reduzida da seguinte sentença '*stare decisis et quia non movere*', e significa 'respeitar as coisas decididas e não alterar o que foi estabelecido'.

Acerca da doutrina do *stare decisis*, Toni M. Fine afirma o seguinte:

Tal doutrina, conhecida como aplicação do precedente, estipula que, uma vez que o Tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subsequentes que apresentem fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior. Segundo essa doutrina, uma regra de direito, uma vez proferida por um Tribunal, normalmente deve ser seguida até que tal regra tenha que, ou deva ser, modificada. A regra do *stare decisis* é, pois, a política das Cortes de manter o precedente e não interferir nos casos que se sucedem, em questão já decidida em casos anteriores.²⁴⁰

A razão da existência da doutrina do *stare decisis* é a uniformidade da ordem jurídica, que é alcançada por meio do respeito à segurança jurídica e do respeito à igualdade de tratamento (*treat like cases alike*). Funda-se, assim, na ideia de que precedentes devem ser observados quando, em casos futuros, o suporte fático mais relevante for o mesmo de um caso outrora decidido, justificando, assim, a aplicação das mesmas razões jurídicas, porquanto concretizadores de um tratamento isonômico e da própria segurança jurídica²⁴¹.

Toni M. Fine assevera que por meio dos precedentes obrigatórios, "os indivíduos e entidades podem se permitir melhor ordenar suas questões e negócios". Segundo ela, a doutrina do "*stare decisis* dá pelo menos uma medida de previsibilidade na maneira pela qual uma dada controvérsia pode ser

²⁴⁰ FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**. Ano 89, nº. 782, p. 90-91.

²⁴¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 200.

resolvida, o precedente oferece um senso de como o caso em pauta será resolvido”²⁴².

Os precedentes obrigatórios, portanto, surgiram no contexto da *common law* como forma de conferir maior segurança à ordem jurídica, viabilizando, assim, que os cidadãos pudessem antever o respeito aos direitos já afirmados, bem como para conferir tratamento igualitário àqueles casos considerados semelhantes, ao menos no que tange aos fatos materialmente relevantes.²⁴³

É por isso que Maurício Ramires afirma que a segurança jurídica foi a mais relevante razão para a adoção da doutrina dos precedentes obrigatórios pela *common law* inglesa no século XIX.²⁴⁴

Nota-se, então, que a razão de ser ou o fundamento da doutrina do *stare decisis* é a segurança jurídica e a igualdade, conforme pontua Toni M. Fine, cujas palavras seguem transcritas:

A doutrina do *stare decisis* repousa no princípio de que um Tribunal é uma instituição requisitada a aplicar um corpo de leis, e não um grupo de juízes proferindo decisões isoladas nos casos a ele submetidos. Assim sendo, as regras de direito não devem mudar caso a caso ou de juiz a juiz. Tal doutrina manifesta o reconhecimento de que aqueles que se encontram engajados em transações baseadas nas regras de direito que estão prevalecendo podem confiar em tal estabilidade. Em suma, o *stare decisis* promove um imparcial, previsível e consistente desenvolvimento dos princípios legais, fomenta confiança nas decisões judiciais; e contribui para a real integridade do processo judicial.²⁴⁵

Por derradeiro, observa-se que os precedentes vinculantes podem ser vistos por perspectiva ou direção horizontal e também vertical.

Por meio da primeira, a doutrina do *stare decisis* impõe a vinculação do tribunal que proferiu a decisão às suas próprias decisões. E o fundamento de tal imposição está circunscrito à ideia de autocoerência ou coerência interna, pois

²⁴² FINE, Toni M. *op. cit.*, p. 90.

²⁴³ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122.

²⁴⁴ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 62.

²⁴⁵ FINE, Toni M. *op. cit.*, p. 95.

se determinado tribunal decide de forma distinta casos análogos ou se modifica seu posicionamento com habitualidade e à margem de fundadas razões, tal conduta violaria a lógica e a coesão da construção que faz por meio de decisões e violaria a igualdade de tratamento que deve ser conferida aos indivíduos.²⁴⁶

Além disso, da ausência de autocoerência ou coerência interna resulta prejuízo à própria credibilidade do tribunal, fragilizando até sua autoridade perante a sociedade.

De outro turno, pela perspectiva vertical a doutrina do *stare decisis* impõe a observação às decisões paradigmáticas proferidas no passado, porquanto o juiz do caso análogo, atual e em julgamento se encontra em patamar hierarquicamente inferior na estrutura orgânica do Poder Judiciário.

Assim, além de tal imposição também se fundar na ideia de coerência – ainda que externa – e na concretização de tratamento igualitário, funda-se também na autoridade e na competência do órgão jurisdicional que cunhou o precedente. É por essa razão que Michele Taruffo afirma que “quanto mais elevado é o nível da Corte que emana o precedente, mais autoridade tem suas decisões”²⁴⁷.

3.3 *Ratio decidendi e obiter dictum*

Como visto nos itens anteriores, a doutrina do *stare decisis* é aquela desenvolvida em um passado relativamente recente da *common law* e que prega a observância obrigatória – ainda que não absoluta ou irrestrita, conforme será ponderado em item posterior – do precedente judicial.

Também como foi analisado, o precedente judicial é caracterizado por ser decisão proferida em determinado processo que, circunscrevendo os fatos relevantes e destacando as soluções jurídicas construídas, ostenta a capacidade

²⁴⁶ TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 9-10. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 9. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.

de ir além da mera solução do caso concreto, projetando a pretensão de se tornar paradigma para casos semelhantes futuros.

O *stare decisis* se trata, assim, da doutrina que impõe aos órgãos do Poder Judiciário o respeito às decisões já proferidas, quando em julgamento caso com quadrante fático e jurídico análogo ao já debatido e apreciado.

Contudo, as situações subjacentes a cada um dos inúmeros casos levados à apreciação do Poder Judiciário são ímpares e, não raras vezes, ricas em detalhes, de modo que sobressai relevante analisar qual é a parcela da decisão que forma o precedente judicial e que, portanto, carrega consigo a obrigatoriedade de respeito.

Acerca do assunto, aparentemente não há divergência doutrinária no sentido de afirmar que é a *ratio decidendi* a parcela do precedente judicial que efetivamente vincula os magistrados de casos futuros. Nesse sentido encontram-se posicionados, entre outros, Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, Lênio Luiz Streck e Georges Abboud, José Rogério Cruz e Tucci, Michele Taruffo, Toni M. Fine²⁴⁸ e, por fim, Luiz Guilherme Marinoni, que assevera que no “*common law*”, há acordo em que a única parte do precedente que possui tal efeito é a *ratio decidendi*”²⁴⁹.

Assim, cumpre delinear inicialmente que por *ratio decidendi* se compreende a razão de decidir, isto é, o fundamento de direito utilizado pelo magistrado para proferir a sua decisão. É, portanto, a solução jurídica construída e sobre a qual se funda a decisão tomada a partir dos fatos particulares de um dado caso, conforme aponta Michele Taruffo.²⁵⁰

Estefânia Maria de Queiroz Barboza, de seu turno, aponta que a *ratio decidendi* é a parcela da decisão que vincula órgão de mesma ou diferente

²⁴⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 216 e ss.; STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto** – precedente judicial e súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 41 e ss.; TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 123 e ss.; TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 6 e ss. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.; FINE, Toni M. *op. cit.*, p. 90 e ss.

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 220.

²⁵⁰ TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 6. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.

hierarquia e se caracteriza por ser a fração que contém em seu bojo a razão ou princípio que lastreia a decisão e que forma a sua parte impositiva. Segundo ela:

Pode-se definir como regra geral que o precedente é a parte da decisão de um Tribunal que vincula Tribunais de mesma hierarquia ou Tribunais inferiores, ou seja, seria aquela parte cujo enunciado contenha a razão ou o princípio segundo o qual a questão foi decidida perante a Corte. Esse princípio que fundamenta a decisão e forma a parte impositiva dela, formando um precedente, é que é considerado a *ratio decidendi*.²⁵¹

José Rogério Cruz e Tucci afirma que a *ratio decidendi* constitui o núcleo do julgado, restringindo-se àquela parcela da tese jurídica que é fundamental para a resolução do caso concreto. Aponta, assim, que ela é formada pelos fatos materiais importantes e pela tese jurídica construída a partir deles.²⁵²

No mesmo sentido assevera Jorge Amaury Maia Nunes que é lição elementar de Direito da *common law* que “deve ser considerado como precedente de um caso o princípio de direito ou regra de direito aplicável aos fatos relevantes para decisão com relação à questão ou questões de mérito apresentadas à corte relativamente a dado caso posto em julgamento”²⁵³.

Ratio decidendi, assim, é a norma jurídica construída sobre e a partir do julgamento de um determinado caso, circunscrita aos seus limites materiais importantes e que constitui a *rule of law*, cuja aplicação é obrigatória em casos análogos futuros.

A *ratio decidendi*, portanto, constitui os motivos determinantes da decisão que vinculam os casos futuros. Ela difere da decisão, pois esta vincula apenas as partes litigantes, ao passo que aquela vincula a todos.²⁵⁴

Vale observar, conforme ressalta Teresa Arruda Alvim Wambier, que, via de regra, a *ratio decidendi* não é delineada pelo magistrado ou grupo de

²⁵¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 217.

²⁵² TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 121.

²⁵³ NUNES, Jorge Amaury Maia. *op. cit.*, p. 124.

²⁵⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 217.

magistrados responsável por proferir a decisão que constitui o precedente judicial, embora seja possível isso ocorrer. Segundo ela, o descortinar da *ratio decidendi* ocorre em momento futuro, quando do julgamento de novo caso, pois é nele que ocorre o registro de que decisão anterior se caracteriza como precedente.²⁵⁵

Obiter dictum, por sua vez, são todos aqueles argumentos marginais e que são expressos na decisão, mas que não são determinantes para a solução do caso ou, dito de outro modo, para a construção da tese jurídica que constitui o núcleo do precedente.

Conforme pontua Michele Taruffo, *obiter dictum* são os argumentos e afirmações contidos no provimento jurisdicional e que, ainda que em alguns casos sejam úteis para sua melhor compreensão, não compõem a tese jurídica da decisão.²⁵⁶

Apresentadas essas reflexões conceituais acerca da *ratio decidendi* e *obiter dictum*, observa-se que na prática nem sempre se revela tarefa fácil identifica-las e distingui-las, razão pela qual algumas técnicas foram construídas.

Conforme aponta José Rogério Cruz e Tucci, para o escopo de identificar na decisão o que constitui a *ratio decidendi* e, com isso, apartá-la do *obiter dictum* há o chamado teste de Wambaugh, que é relativamente simples e consiste em inverter determinado argumento ou proposição levada em consideração pelo magistrado, a fim de verificar se o desfecho da decisão continuará a ser o mesmo.²⁵⁷

Assim, se após a inversão do argumento ou proposição a decisão continuar a ser a mesma, tal argumento ou proposição se caracterizará como mero *obiter dictum*. Todavia, modificado o desfecho da decisão, argumento se revelará como *ratio decidendi*, conforme aponta Luiz Guilherme Marinoni.²⁵⁸

²⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 44.

²⁵⁶ TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 7. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.

²⁵⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 124.

²⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 222.

Tal teste, entretanto, se revela como potencialmente falho, haja vista que não raras vezes os órgãos do Poder Judiciário proferem decisões que são lastreadas em múltiplos fundamentos, podendo cada um deles constituir argumento autônomo e suficiente para manutenção da decisão.

Assim sendo, ainda que se inverta – ou até mesmo se exclua – determinado argumento ou proposição o desfecho da decisão permanecerá imutável. E, de maneira falsa, poderá conduzir à conclusão de que o argumento invertido é mero *obiter dictum*.

Luiz Guilherme Marinoni aponta como existente o método de Goodhart, por meio do qual se afirma que a *ratio decidendi* está ancorada não apenas nos fundamentos relevantes da decisão, mas também nos fatos materialmente importantes do caso subjacente.²⁵⁹

Dito de outro modo, para delinear a *ratio decidendi* não se deve olhar apenas um ponto isolado da decisão, que consiste na tese jurídica desenvolvida. É preciso lançar olhos também sobre os fatos materialmente identificados como relevantes pelo magistrado, pois é a partir deles e sobre eles que a tese jurídica é erigida.

Como aponta Estefânia Maria de Queiroz Barboza, não haveria sentido afirmar que os fatos identificados pelo magistrado por ocasião do julgamento não são importantes e, de outro lado, afirmar que há vinculação sobre a conclusão jurídica extraída desses fatos.²⁶⁰

Assim, a partir dos fatos destacados como relevantes e também a partir da conclusão jurídica, em conjunto considerados, é que se identifica a *ratio decidendi* que constitui o precedente e que vincula os juízes em futuros julgamentos.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 224.

²⁶⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 219.

3.4 Técnicas de aplicação e superação de precedentes

Foi abordado no item anterior que por meio da doutrina do *stare decisis* se sustenta a observância obrigatória do precedente judicial que se caracteriza como sendo a decisão proferida em determinado processo que, delineando os fatos materialmente relevantes e destacando as soluções jurídicas construídas a partir deles, ostenta a capacidade de ir além da mera solução do conflito particular, projetando a pretensão de se tornar paradigma para futuros casos análogos.

De igual modo, viu-se que a doutrina do *stare decisis* surgiu no século XIX, no contexto da *common law* inglesa, com o escopo de conferir segurança jurídica à ordem jurídica estabelecida precipuamente a partir da atividade dos magistrados, bem como para conferir tratamento isonômico aos indivíduos que se encontram em situação semelhante, de onde se extrai a famosa expressão *treat like cases alike*.

Ocorre que, não obstante ao que foi exposto, não há como olvidar que, ainda que não raras vezes oriundo diretamente de fonte estatal, o Direito é produto sociocultural, haja vista que nasce das relações intersubjetivas e as tem como objeto, carregando consigo a pretensão de ordená-las.²⁶¹

Assim, partindo da premissa de que a sociedade, sobretudo a contemporânea, é extremamente complexa e bastante plural, impõe-se ao Direito a necessidade de ostentar a característica do dinamismo a um só tempo que deve levar consigo a pretensão de estabilidade.

Não é por outra razão que Humberto Bergmann Ávila assevera que um dos desafios do Direito é ponderar a tradição e a inovação, a permanência e a adaptabilidade.²⁶² E que, em semelhante sentido, John Henry Merryman afirma

²⁶¹ O Direito, como aponta Paolo Grossi, nasce das relações intersubjetivas e as tem como seu conteúdo. É, portanto, das relações humanas que o direito surge, é por elas que se interessa e é delas que o direito se ocupa na tarefa de ordená-las. (GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2005, p. 29.).

²⁶² ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 65.

que “no mundo do *common law* certeza e flexibilidade são vistos como valores que competem, cada um tendendo a limitar o outro”²⁶³.

Dessa maneira e como foi estudado no capítulo primeiro desta dissertação, a segurança jurídica não se traduz como imutabilidade do Direito. Ao revés disso, quando vista pela perspectiva da confiabilidade e da calculabilidade, ela impõe a ideia de estabilidade (ou durabilidade) e previsibilidade ao Direito, o que permite concluir pela existência da ideia de mutabilidade da ordem jurídica.

Entretanto, não se trata de simples mutabilidade, mas de mutabilidade sem frustrações e surpresas.

Assim, embora a segurança jurídica seja imprescindível para se sustentar a ideia de Direito e até de Estado de Direito, ela não é absoluta.

Além disso, dada a riqueza das situações e relações da vivenciadas em sociedade, cada uma ímpar à sua maneira, revela-se necessário que se faça a análise detida de cada caso, de modo a viabilizar a realização prática do tratamento isonômico que deve ser conferido aos indivíduos.

Portanto, embora por meio da doutrina do *stare decisis* se sustente a observância obrigatória dos precedentes judiciais, tal imposição não é absoluta, porquanto existente a necessidade de se distinguir casos não semelhantes – o que decorre, inclusive, da ideia de concretização do tratamento isonômico –, e existente a necessidade de adaptação e evolução do Direito.

Como observa Benjamin Nathan Cardozo, a “adesão ao precedente deve então ser a regra, não a exceção, para que os litigantes tenham fé na administração imparcial da justiça nos tribunais”²⁶⁴.

Entretanto, há situações em que o precedente judicial deixa de ser aplicado, porque o substrato fático material dos casos é distinto e, por consequência, impõe tratamento distinto; e há situações em que o precedente

²⁶³ MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: an introduction the legal system of Europe and Latin America**. Califórnia: Stanford University Press, 2007, p. 47.

²⁶⁴ CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 24.

judicial merece ser superado, porque o dinamismo do Direito requer a evolução da compreensão jurídica ou, entre outras causas, simplesmente porque o precedente é injusto ou porque houve erro de julgamento do caso em que se deu a sua formação.

Nessa linha de ideia, Estefânia Maria de Queiroz Barboza ressalta a existência das técnicas do *distinguishing* e do *overruling* como principais meios de lidar com a necessidade de distinção e de superação dos precedentes:

Dessa forma, para que os precedentes se adaptem às novas realidades sociais, ou em casos em que se busca a correção das decisões, há previsão, nos sistemas de *common law*, de métodos de superação dos precedentes, quer pela sua não aplicabilidade ao caso novo, quer porque foi criado um novo precedente em detrimento da decisão anterior. Assim, os dois principais métodos utilizados pelos Tribunais para evitar seguir um precedente são *distinguishing* e *overruling*. Em ambos os casos é necessário que os juízes deixem claros os motivos da não aplicação do precedente.²⁶⁵

Passa-se, assim, a análise das duas principais técnicas de superação de precedentes.

Distinguishing expressa o procedimento por meio do qual juízes estabelecem a análise de determinado caso a fim de verificar se ele se subordina ou não a determinado precedente.²⁶⁶

Portanto, a técnica do *distinguishing* consiste na não aplicação de determinado precedente a um caso particular em julgamento, porque este caso não guarda relação de semelhança com o caso em que se deu a formação do precedente.

A distinção de casos parte da análise da *ratio decidendi* que, como visto, é a parcela vinculante da decisão anteriormente estabelecida. Assim, cabe ao magistrado, quando lhe for submetido caso particular para julgamento, verificar se os fatos materiais relevantes do caso em julgamento são análogos aos do

²⁶⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 226.

²⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 325.

precedente, justificando ou não a aplicação da mesma tese ou conclusão jurídica anteriormente estabelecida.

Desse modo, o magistrado faz verdadeiro exercício hermenêutico sobre os fatos tidos como relevantes – do caso antecedente e do caso em julgamento – de modo a concluir se a *ratio* já estabelecida se aplica ou não satisfatoriamente ao caso novo.²⁶⁷

Entretanto, é necessário observar que não é qualquer distinção fática que autoriza o magistrado a realizar o *distinguishing* e, com isso, deixar de aplicar o precedente já estabelecido ao caso em julgamento.

Conforme aponta Luiz Guilherme Marinoni, a distinção deve estar circunscrita aos fatos materiais, que são aqueles destacados como pertinentes, relevantes e sobre os quais foram erigidas as conclusões jurídicas do caso paradigma. Além disso, cabe ao juiz assumir a tarefa de demonstrar argumentativamente a existência da distinção, como *conditio sine qua non*:

Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta ao juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente.²⁶⁸

É importante observar que a não aplicação de um precedente não representa a sua revogação ou traduz violação à doutrina do *stare decisis*. Tal técnica quando exercida de forma escoreita simboliza o aperfeiçoamento da doutrina dos precedentes obrigatórios e, mais que isso, a concretização da isonomia, vez que só devem ser tratados de forma igual os casos que materialmente são tidos como iguais.

²⁶⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 227.

²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 326.

E nesse sentido que se posiciona Marcelo Alves Dias de Souza, ao afirmar que:

O poder de distinguir é importante - não se nega - como meio de dar flexibilidade ao sistema e de fazer justiça no caso concreto. Entretanto, não pode ser levado ao extremo, sobretudo por assim ferir, com uma injustiça gritante, o princípio da isonomia. Sem falar que o uso indiscriminado do poder de distinguir pode levar a se duvidar, de modo geral, da real vinculação aos precedentes obrigatórios e, conseqüentemente, levar à falência do sistema, o que, com certeza, não é o desejado.²⁶⁹

A técnica do *distinguishing*, assim, permite que a teoria dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*) se harmonize com a dinamicidade, a riqueza, a pluralidade e a complexidade das situações e relações vivenciadas em sociedade e, de outro lado, se compatibilize com a ideia do *treat like cases alike*.

De outro turno, *overruling* expressa a situação na qual o órgão jurisdicional (ou órgão hierarquicamente superior²⁷⁰) verifica que a *ratio* de determinado precedente não mais deve prevalecer na ordem jurídica, seja porque constituída a partir de julgamento equivocado ou porque a compreensão jurídica nela contida necessita evoluir e acompanhar os avanços sociais e tecnológicos.²⁷¹

Vale lembrar que, na linha de evolução histórica da *common law* inglesa, foi a *Practice Statement*, em 1.966, que flexibilizou a regra do *stare decisis*, de modo a facultar à *House of Lords* decidir se o precedente era vinculante ou não, bem como decidir acerca da anulação de suas próprias decisões. E tudo isso,

²⁶⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 142

²⁷⁰ Acerca da competência para a revogação de determinado precedente, Lucas Buril de Macêdo afirma que "como o *stare decisis* está diretamente ligado à estrutura judiciária e à ordem jurídica processual, nomeadamente à previsão recursal, a superação dos precedentes judiciais obrigatórios só é permitida para o próprio tribunal que prolatou a decisão ou para outro que esteja em posição hierárquica superior. Assim, por exemplo, no *stare decisis* brasileiro, os precedentes dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal são obrigatórios, sendo certo que este pode reverter as decisões e superar os precedentes daqueles com base em sua competência recursal." (MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 356)

²⁷¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação e regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 384.

como visto, foi feito com escopo de evitar injustiças em casos particulares, pois a vinculação absoluta e irrestrita aos precedentes poderia conduzir a isso, além de objetivar também o desenvolvimento do próprio Direito.²⁷²

O *overruling*, assim, é medida excepcional e que atribui ao juiz enorme ônus argumentativo, no sentido de demonstrar a existência de razões plausíveis para a superação da *ratio* já estabelecida.

Portanto, a possibilidade de revogação de determinado precedente não traduz irrestrita liberdade para que os magistrados assim ajam. Como dito, o respeito aos precedentes é a regra, ao passo que a revogação se constitui exceção.

Luiz Guilherme Marinoni, valendo-se das lições de Melvin Aron Eisenberg, afirma que a revogação se justifica quando, de um lado, o precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, de outro lado, a ideia de estabilidade da ordem jurídica justifica mais a revogação do que a sua manutenção.²⁷³

Segundo o autor, a congruência social diz respeito às proposições morais, políticas e de experiência presentes na sociedade e que influenciaram na formação do precedente, de modo que, se eventualmente passam a ser por ele negadas, justificam a revogação. De outro turno, a consistência sistêmica diz respeito à coerência com as demais decisões.²⁷⁴

Para além disso, afirma que a revogação depende também dos critérios que norteiam a estabilidade da ordem jurídica, isto é, a confiança justificada na ordem estabelecida e a prevenção contra surpresa injusta. Assim, o ideal de estabilidade também deve pautar a decisão que analisa a possibilidade de revogação de determinado precedente, de modo que se benéfico à confiança e à previsibilidade, o precedente deverá ser revogado.²⁷⁵

Portanto, o *overruling* é a técnica de que se vale o tribunal prolator da decisão que constituiu o precedente ou seu superior hierárquico para, revogando

²⁷² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 202-203.

²⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 389.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 390.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 391.

o precedente, substituí-lo por um novo. Por assim ser, é considerada técnica radical, conforme aponta Estefânia Maria de Queiroz Barboza.²⁷⁶

Importante observar que o *overruling*, como técnica de superação de precedente, volta-se para a *ratio*, isto é, para a *rule of law* que é extraída da decisão judicial que constitui o precedente. De modo distinto é o que ocorre na técnica da *distinguishing*, em que a análise é focada nos fatos materialmente relevantes e acerca e por conta deles é que determinado precedente é posto de lado e não aplicado a dado caso em julgamento.

Por fim, observa-se que, ao contrário do que possa parecer, a técnica do *overruling* e também a técnica do *distinguishing* não se traduzem como empeco à busca por isonomia e por segurança jurídica.

A atividade de distinção de casos para aplicação ou não da *ratio* de determinado precedente a certo caso em julgamento é procedimento imprescindível para concretização de tratamento isonômico. A isonomia (formal e, sobretudo, a substancial) pressupõe a atividade de comparação, sem a qual resta impossível a sua realização *in concreto*.

De outro turno, foi visto no capítulo primeiro desta dissertação que a segurança jurídica não traduz a ideia de engessamento da ordem jurídica. Ao revés disso, compreendendo-se que o Direito é produto sociocultural e que se destina a ordenar as relações intersubjetivas, deve ser inteligível, confiável e previsível. Assim, o Direito deve ser seguro, sem, contudo, ser estático.

É por essa razão que a técnica do *distinguishing* não apenas não contraria a ideia de isonomia, como justamente segue no sentido de concretizá-la. E, de outro lado, a técnica do *overruling* não viola a segurança jurídica, porque ela não carrega consigo a pretensão de tornar a ordem jurídica imutável.

²⁷⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 229.

3.5 A realização da segurança jurídica por meio do *stare decisis*: isonomia, cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade

Como foi abordado no capítulo primeiro desta dissertação, a segurança jurídica, ao menos contexto de ordens jurídicas de tradição *civil law*²⁷⁷, a exemplo da brasileira, deve ser objetivada e, na medida do possível, concretizada não apenas por meio do Direito legislado, isto é, dos textos normativos gerais e abstratos oriundos do Parlamento, tal como idealizado no contexto da Revolução Francesa.

Viu-se que, em virtude das inúmeras transformações pelas quais passou a tradição jurídica da *civil law*, o papel do Poder Judiciário restou sensivelmente modificado, a ponto de colocá-lo em posição de partícipe do processo de construção da norma jurídica e, portanto, do próprio Direito.

Desse modo, a segurança jurídica que antes era pretensamente realizada apenas por meio do Direito legislado deve, portanto, ser também concretizada por meio dos provimentos jurisdicionais.

De igual maneira, foi analisado no primeiro capítulo deste trabalho que a segurança jurídica se caracteriza como princípio que, por assim ser, impõe aos Poderes constituídos a assunção de postura e a prática de atos que sejam capazes de maximizar a produção de um estado de inteligibilidade, de estabilidade e de previsibilidade do Direito.²⁷⁸

Em outras palavras, há segurança jurídica em maior ou menor grau no momento em que a ordem jurídica também for em maior ou em menor grau cognoscível, confiável e calculável, devendo os Poderes constituídos contribuir para tal desiderato.

Viu-se que a cognoscibilidade está ligada à ideia de inteligibilidade do Direito e, por assim ser, objetiva eliminar o erro de compreensão quanto ao seu

²⁷⁷ No capítulo 2 da presente dissertação serão analisadas as tradições da *common law* e da *civil law*, bem como as transformações pelas quais passou esta última. Lá, portanto, serão apresentadas considerações e reflexões acerca da formação das tradições, suas principais características, além de considerações propedêuticas para a distinção entre tradição jurídica, de um lado, e sistemas ou ordens jurídicas, de outro lado.

²⁷⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 681.

conteúdo.²⁷⁹ Ela se relaciona à possibilidade de o conteúdo das normas poder ser compreendido pelos destinatários - notadamente das normas produzidas do Poder Legislativo, dos atos emanados do Poder Executivo e das decisões proferidas do Poder Judiciário – e, a partir de tal compreensão, viabilizar a eles planejarem seus atos e projetarem suas decisões.

Dito isso, observa-se que a indeterminação do Direito legislado – que decorre da inviabilidade fática da pretensão de completude ou da existência de cláusulas gerais ou mesmo das normas constitucionais abertas e porosas, com alto nível principiológico – conduz os magistrados a um sem número de possibilidades de interpretações.

É nesse contexto que a doutrina do *stare decisis* entra em cena para, por meio de um precedente que confira uma interpretação definitiva e que é forjada pelo Poder Judiciário acerca de determinado tema com efeitos vinculantes, viabilizar um melhor estado de cognoscibilidade da ordem jurídica.

Não é por outra razão que Celso Antônio Bandeira de Mello afirmou que a atividade jurisdicional é Direito no caso concreto e o entendimento que dela sobressai pauta a vida dos indivíduos.²⁸⁰

A doutrina do *stare decisis*, vale enfatizar, externa a ideia de que a conclusão ou tese jurídica construída a partir de fatos materiais relevantes de determinado caso particular vincula o agir jurisdicional do próprio tribunal e dos órgãos judiciários inferiores em casos análogos futuros.

Assim, a força vinculante do precedente conduz à uniformização de interpretação de temas da ordem jurídica e, por corolário, aumenta o grau de probabilidade de o indivíduo conhecer o teor de eventual provimento jurisdicional em caso análogo.

Em outras palavras, a inteligibilidade propugnada pela segurança jurídica depende, em grande medida, da uniformidade de compreensão estabelecida sobre a ordem jurídica – isto é, da redução do grau de indeterminação do Direito –, de modo que a doutrina dos precedentes

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 102.

²⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Revista de direito do estado**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, nº. 06, 2007, p. 333.

obrigatórios se mostra teoricamente adequada para tal desiderato, porquanto permite aos indivíduos conhecerem o conteúdo da ordem jurídica e, a partir disso, determinarem suas condutas e posturas cotidianamente.

É importante ressaltar também que a doutrina do *stare decisis*, ao reduzir a indeterminação da ordem jurídica, maximizar a sua uniformidade e, por consequência, permitir o conhecimento de seu conteúdo, viabiliza também que de tudo isso sobressaia campo fértil para a concretização da isonomia frente aos atos jurisdicionais.

A harmonização de interpretações por meio dos precedentes judiciais se traduz como garantia de que a pretensão apresentada ao Poder Judiciário seja tratada de igual maneira às outras já analisadas.²⁸¹

Como acima exposto, o Direito legislado é incapaz de, isoladamente e em inúmeras situações, concretizar a segurança jurídica na perspectiva da cognoscibilidade.

Isso porque, dele decorre não raras vezes alto grau de indeterminação, que, como pontuado, decorre da falsa ideia acerca da pretensão de completude ou da existência de cláusulas gerais ou mesmo das normas constitucionais abertas e porosas, com alto nível principiológico.

Diante disso, não se pode conceber que os tribunais e demais órgãos do Poder Judiciário emitam interpretações distintas acerca dos mais variados temas de Direito, sobretudo aqueles recorrentes, haja vista que tal prática fulmina a inteligibilidade do conteúdo dos atos jurisdicionais e, por corolário, impede a realização da segurança jurídica.

É nessa linha de raciocínio que Leonardo José Carneiro da Cunha assevera que é inconcebível a ideia da entrega de respostas dispares por ocasião do enfrentamento de casos semelhantes. Para ele, os órgãos do Poder Judiciário devem respeitar precedentes firmados por órgãos de igual ou superior

²⁸¹ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 21.

hierarquia, a fim de viabilizar a realização dos ideais de isonomia e segurança jurídica.²⁸²

Celso de Albuquerque Silva observa que o não respeito aos precedentes já definitivamente constituídos pelo Poder Judiciário, sobretudo aqueles forjados pelos órgãos jurisdicionais de cúpula, não apenas configura tratamento não isonômico no caso particular, como contribui para a majoração dos custos do processo, para a eternização da demanda e, em última análise, para o desprestígio e para a fragilização da própria legitimidade do Poder Judiciário, vez que a decisão que simplesmente se distancia de determinado precedente sem justa razão para tanto pode simbolizar ato de arbitrariedade.²⁸³

A *stare decisis* se revela, portanto, como uma ferramenta de aumento da coerência material dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário, unificando a compreensão acerca da ordem jurídica e, com isso, viabilizando aos indivíduos – e também a todos os profissionais que trabalham na área jurídica – o conhecimento a respeito de seu conteúdo com elevado grau de determinação.

Para além disso, abre margem para que, perante o Poder Judiciário, casos semelhantes recebam o mesmo tratamento jurídico (*treat like cases alike*) e, com isso, sua legitimidade e imagem não sejam fragilizadas.

Assim, a doutrina do *stare decisis* contribui para a realização dos ideais de isonomia e de segurança jurídica, esta última na perspectiva da cognoscibilidade.

No tocante à confiabilidade e a calculabilidade, a conclusão não é diversa, conforme adiante se expõe.

A confiabilidade traduz a ideia de estabilidade do ordenamento jurídico.²⁸⁴

Como exposto, o Direito visa ordenar e harmonizar as relações sociais, de modo que, em caso de alterações drásticas e habituais, ele deixará de ser

²⁸² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes. In: PAULSEN, Leandro (Org.). **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Estudos em homenagem a Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 51.

²⁸³ SILVA, Celso de Albuquerque. **Súmula vinculante**: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 22.

²⁸⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 161 e ss.

elemento confiável e, por consequência, perderá sua capacidade de realizar tais desideratos.

Em outras palavras, se o Direito não carregar consigo um mínimo de estabilidade, ideia esta que não se confunde com imutabilidade, ele deixará de ostentar credibilidade e não conferirá suporte para que os seus destinatários pautem e planejem os atos de sua vida.²⁸⁵

Assim, por meio da confiabilidade se busca assegurar ao indivíduo a possibilidade de, compreendendo o conteúdo das normas jurídicas, pautar seus atos e decisões, porque em conformidade com ordem jurídica que se manterá estável ao longo do tempo.

De outro turno, a calculabilidade está relacionada à previsibilidade do Direito futuro; ela se liga à possibilidade de o indivíduo, no presente, prever eventuais modificações normativas que serão feitas no futuro. Diz respeito, então, à estabilidade futura do Direito.

A calculabilidade se relaciona, assim, ao modo como as modificações da ordem jurídica serão realizadas no futuro, de maneira que sejam evitadas alterações bruscas e drásticas, exceto em caso de existência de justas razões.

Dito isso, necessário rememorar que por meio da doutrina do *stare decisis* se sustenta a observância obrigatória do precedente judicial que, de seu turno, caracteriza-se como sendo a decisão proferida em processo judicial que, delineando os fatos materialmente relevantes e destacando as soluções jurídicas construídas a partir deles, apresenta-se como capaz de ir além da mera solução do conflito particular, projetando a pretensão de se tornar paradigma para futuros casos análogos.²⁸⁶

Trata-se, assim, da doutrina que impõe aos órgãos do Poder Judiciário o respeito às decisões já proferidas, quando em julgamento caso com quadrante fático e jurídico análogo ao já debatido e apreciado.

²⁸⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 346.

²⁸⁶ FINE, Toni M. *op. cit.*, p. 90-91.

Como observa Benjamin Nathan Cardozo, a “adesão ao precedente deve então ser a regra, não a exceção, para que os litigantes tenham fé na administração imparcial da justiça nos tribunais”²⁸⁷.

Dessa maneira, a doutrina do *stare decisis* tem a aptidão de conferir estabilidade à ordem jurídica construída a partir dos provimentos jurisdicionais, vez que o respeito obrigatório ou, dito de outro modo, o efeito vinculante do precedente produz a confiança acerca da aplicação da mesma tese jurídica a todos os casos análogos e que sejam posteriores à formação do precedente.

Como assevera Leonardo José Carneiro da Cunha, o respeito ao precedente concretiza a segurança jurídica, pois viabiliza aos jurisdicionados confiar nas decisões que serão proferidas pelo Poder Judiciário, o que se dá por meio do tratamento uniforme para casos similares e da entrega da mesma solução jurídica para cada um deles.²⁸⁸

Assim, a observância dos precedentes leva à uniformidade da ordem jurídica que, vista por uma perspectiva dinâmica ou temporal, revela a estabilidade ou durabilidade da *rule of law* que de cada um deles é extraída.

Em outras palavras, o respeito ao precedente produz nos indivíduos a confiança acerca do posicionamento futuro do Poder Judiciário que, ao se deparar com situação típica de determinado precedente, não se distanciará da solução jurídica nele construída, aplicando-a ao caso particular em julgamento.

Portanto, o respeito obrigatório protraído ao longo do tempo confere estabilidade aos provimentos jurisdicionais, tornando a ordem jurídica confiável e segura.

Todavia, há de se ressaltar que, embora por meio da doutrina do *stare decisis* se sustente a observância obrigatória dos precedentes judiciais, tal imposição não é absoluta e inflexível, porquanto é possível existir a necessidade de se distinguir casos não semelhantes e a necessidade de adaptação e evolução do Direito.

²⁸⁷ CARDOZO, Benjamin Nathan. *op. cit.*, p. 24.

²⁸⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *op. cit. In: PAULSEN, Leandro (Org.). Repercussão geral no recurso extraordinário*. Estudos em homenagem a Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 61.

Com visto em item deste mesmo capítulo, existem ao menos duas técnicas tidas como os principais meios de lidar com a necessidade de distinção e de superação dos precedentes, são elas: o *distinguishing* e o *overruling*.²⁸⁹

De todo modo, ainda que eventualmente necessária a superação de determinado precedente, isso não significará prejuízo à segurança jurídica, ante razões de duas ordens.

A primeira é que a segurança jurídica não se traduz como imutabilidade do Direito. Ordem jurídica segura não é ordem jurídica imutável, mas sim estável e previsível, que são atributos que projetam a ideia de mutabilidade sem frustrações e surpresas.

Não é por outro motivo que Humberto Bergmann Ávila assevera que um dos desafios do Direito é ponderar a tradição e a inovação, a permanência e a adaptabilidade.²⁹⁰ E que, em sentido semelhante, John Henry Merryman afirma que “no mundo do *common law* certeza e flexibilidade são vistos como valores que competem, cada um tendendo a limitar o outro”²⁹¹.

A segunda é que a superação de determinado precedente, aqui tratando especificamente do *overruling*, somente ocorre em situações excepcionalíssimas, isto é, quando diante de quadro de incongruência social ou inconsistência sistêmica e, ainda assim, a revogação deve ser mais benéfica à estabilidade da ordem jurídica – realizando tal avaliação a partir de critérios de confiança e previsibilidade, conforme aponta Luiz Guilherme Marinoni.²⁹²

Por ser considerada técnica radical²⁹³, a revogação não é recurso utilizado de forma recorrente e, em especial, só ocorre diante de casos de específica necessidade.

Esse quadro de pontualidade no uso e de restrição de possíveis hipóteses não tende a romper com a estabilidade e a previsibilidade gerada a partir do respeito aos precedentes. Ao revés disso! Se a revogação ocorre

²⁸⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 226.

²⁹⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 65.

²⁹¹ MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *op. cit.*, p. 47.

²⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 389.

²⁹³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *op. cit.*, p. 229.

apenas em situações especialíssimas e no contexto de processo judicial dialético, em alguma medida ela também se torna previsível.

É nesse contexto que Augusto Cesar Moreira Lima afirma que a doutrina dos precedentes obrigatórios imprime à ordem jurídica mutação gradual e sem surpresas, de modo a preservar a estabilidade e a previsibilidade. O autor compara essa mudança gradual a um navio que necessita ser refeito enquanto navega, de modo que não é possível a substituição de muitas ou de todas elas a um só tempo, exigindo pequenas e sutis trocas de cada vez.²⁹⁴

Por todo o exposto, portanto, a doutrina dos precedentes judiciais obrigatórios se caracteriza como via adequada para a realização da isonomia e da segurança jurídica no contexto dos provimentos jurisdicionais proferidos pelo Poder Judiciário na atual quadra da ordem jurídica brasileira.

²⁹⁴ LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2002, p. 98.

CONCLUSÃO

Como foi analisado no primeiro capítulo desta dissertação, a segurança jurídica se caracteriza como importante princípio que impõe aos Poderes constituídos a assunção de postura e a prática de atos que sejam capazes de maximizar a produção de um estado de inteligibilidade, de estabilidade e de previsibilidade do Direito.

Viu-se que a ideia de inteligibilidade ou cognoscibilidade está ligada ao conhecimento da ordem jurídica por todos que a ela se sujeitam, a fim de que, na condição de destinatários das normas jurídicas, possam planejar os seus atos e pautar as suas condutas.

Foi visto também que a estabilidade ou confiabilidade pode ser analisada por duas perspectivas, uma subjetiva e outra objetiva. Aquela diz respeito ao passado e traduz a ideia de imutabilidade dos atos e situações já consolidadas sob a égide de ordem jurídica pretérita, mas que deve ser respeitada pelo Direito do presente. A feição objetiva diz respeito ao presente e representa a ideia de durabilidade da ordem jurídica atual. Não significa, como visto, a imutabilidade do Direito, mas impõe seja ele razoavelmente duradouro. Ambas, portanto, tutelam a confiança que os indivíduos depositam no Direito.

Por fim, viu-se que a previsibilidade ou calculabilidade está ligada ao futuro. Ela diz respeito à forma como a ordem jurídica se modifica no futuro, de modo a não ficar sujeita a alterações drásticas e bruscas, tudo com o escopo de evitar surpresas aos cidadãos.

Esses atributos – inteligibilidade, estabilidade e previsibilidade – integram a definição de segurança jurídica e, como analisado, objetivam a sua realização no passado, no presente e no futuro.

Foi analisado, também, que a segurança jurídica é de tal modo relevante que se revela como inerente à própria ideia de Direito, dele decorre e nele se assenta. Para além disso, foi visto que não há como se conceber um Estado de Direito sem a sua presença.

Para além disso, analisou-se que no cenário jurídico brasileiro o compromisso com a segurança jurídica também existe e, embora não seja possível localizá-lo dispositivo determinado da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, ele pode ser extraído direta ou indiretamente do texto constitucional positivado.

Viu-se, então, que a segurança jurídica está intimamente ligada ao próprio Estado Democrático de Direito brasileiro, constituindo-se como princípio que se liga, inclusive, à ideia de dignidade da pessoa humana e, por tudo isso, impõe aos Poderes da República o compromisso de construírem uma ordem jurídica inteligível, estável e previsível.

Ao final do primeiro capítulo apontou-se que a busca por segurança jurídica não deveria recair apenas sobre o Direito legislado. Como foi visto, a ordem jurídica de países de tradição *civil law*, inclusive a brasileira, passou por significativas e profundas mudanças, de modo que o papel do Poder Judiciário também foi modificado.

Assim, participando o Poder Judiciário – inclusive o brasileiro – do processo de significação e construção da ordem jurídica, a busca por segurança jurídica também deve se circunscrever à arena dos provimentos jurisdicionais.

No capítulo segundo, por sua vez, a análise restou centrada nas tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*. Em um primeiro momento, buscou-se apresentar algumas considerações importantes acerca das distinções semânticas das expressões ‘tradição jurídica’ e ‘sistema ou ordem jurídica’.

Na sequência, passou-se à análise das referidas tradições, momento em que se verificou que o sistema jurídico inglês, sobre o qual foi forjada a tradição da *common law*, desenvolveu-se ao longo da história com base na tradição e por meio de decisões judiciais. Viu-se, assim, que a *common law* (o Direito comum e aplicado em todo território inglês) era vista como produto da mais alta expressão da razão natural e que foi desenvolvida a partir dos costumes e da sabedoria coletiva dos povos.

Analisou-se que, embora os magistrados gozassem de grande prestígio por conta do papel que ostentavam no desenvolvimento da ordem jurídica,

institui-se em um passado relativamente recente a doutrina do *stare decisis* como forma de conferir segurança jurídica ao Direito e, além disso, possibilitar o tratamento isonômico a casos e situações semelhantes (*treat like cases alike*).

Viu-se, de outro turno, que a ordem jurídica erigida a partir da tradição da *civil law* não se desenvolve a partir da tradição e da história, mas emana de fonte estatal e se circunscreve ao Direito legislado.

A partir da inspiração dos revolucionários franceses, a tradição jurídica da *civil law* passou a utilizar o Direito legislado e codificado como forma de conferir segurança à ordem jurídica e, para além disso, limitar a atividade do Poder Judiciário, que foi idealizado como mero reproduzidor das normas jurídicas prontas, acabadas e que estavam contidas nos textos codificados.

Entretanto, notou-se que os textos legais codificados não eram completos e não estavam imunes à atividade interpretativa do juiz.

Além disso, viu-se que após a Segunda Guerra Mundial inúmeras ordens jurídicas de tradição *civil law* do continente europeu foram sensivelmente impactadas pelo novo constitucionalismo. Esse mesmo impacto, como visto, foi registrado na ordem jurídica brasileira em passado recente, ante a redemocratização há pouco ocorrida.

Analisou-se que do constitucionalismo surgiram dois relevantes fenômenos – a proteção aos direitos humanos e a judicialização da política – que foram responsáveis pela expansão do campo de atividade do Poder Judiciário, que passou, de um lado, a desempenhar o papel de interpretar, de proteger, de realizar e de concretizar os direitos fundamentais e, de outro lado, a lidar com o debate acerca de questões morais e políticas.

Viu-se, assim, que a tradição jurídica da *civil law* passou por transformações desde a Revolução Francesa – decorrente do relativo ou parcial insucesso da codificação do Direito ou pelo resultado do influxo do constitucionalismo do segundo pós-guerra nas ordens jurídicas que se pautam na referida tradição –, culminando com sensíveis modificações na conformação da ordem jurídica e do papel da jurisdição.

Verificou-se, portanto, que o Poder Judiciário da *civil law*, inclusive o brasileiro, passou a desempenhar papel com marcante protagonismo, chegando a participar não raras vezes do processo de significação e construção da ordem jurídica, o que fez sobressair certa convergência com a missão desenvolvida pelos magistrados da tradição jurídica da *common law*.

Por essa razão é que, no terceiro e último capítulo da dissertação, o estudo restou centrado na doutrina do *stare decisis*, evidenciando-a como meio teoricamente adequado para realizar a segurança jurídica no contexto dos provimentos jurisdicionais do Poder Judiciário.

Como foi visto, a doutrina do *stare decisis* externa a ideia de que a conclusão ou tese jurídica construída a partir de fatos materialmente relevantes de determinado caso particular, isto é, a *ratio decidendi*, vincula o agir jurisdicional do próprio tribunal e dos órgãos judiciários inferiores em casos análogos futuros.

Assim, a força vinculante do precedente conduz à uniformização de interpretação de temas da ordem jurídica e, por corolário, aumenta o grau de probabilidade de o indivíduo conhecer o teor de eventual provimento jurisdicional em caso análogo.

Desse modo, a doutrina do *stare decisis* se revela como uma ferramenta de aumento da coerência material dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário, unificando a compreensão acerca da ordem jurídica e, com isso, viabilizando aos indivíduos – e também a todos os profissionais que trabalham na área jurídica – o conhecimento a respeito de seu conteúdo com elevado grau de determinação.

Ela contribui, portanto, para o aumento do nível de cognoscibilidade da ordem jurídica a partir dos provimentos jurisdicionais.

E mais, a uniformização de compreensão acerca de temas e situações, além de conduzir à inteligibilidade dos atos jurisdicionais, permite que o Poder Judiciário dispense tratamento isonômico para casos e cidadãos que se encontrem na mesma situação (*treat like cases alike*), o que contribui, inclusive, para o aumento do nível de credibilidade e legitimidade institucional do próprio Judiciário.

De outro turno, a observância obrigatória dos precedentes leva à uniformidade da ordem jurídica que, vista por uma perspectiva dinâmica ou temporal, revela a estabilidade ou durabilidade da *rule of law* que de cada um deles é extraída.

Dito de outro modo, o respeito ao precedente protraído no tempo produz nos indivíduos a confiança acerca do posicionamento futuro do Poder Judiciário que, ao se deparar com situação típica de determinado precedente, não se distanciará da solução jurídica nele construída, aplicando-a ao caso particular em julgamento.

Isso conduz ao aumento do nível de confiabilidade, ao menos na perspectiva da estabilidade ou durabilidade, tornando da ordem jurídica confiável e segura.

Por fim, a doutrina do *stare decisis* também se mostra adequada para realizar a segurança jurídica na perspectiva da calculabilidade, isto é, na ótica da previsibilidade das modificações futuras, vez que, como regra, os precedentes judiciais devem ser respeitados.

Contudo, há hipóteses de sua superação, entre as quais se destaca o *overruling*. E, embora o precedente judicial possa ser superado, tal medida é radical e só ocorre em situações restritas e no contexto de processo judicial, revelando-se previsível.

Portanto, a pontualidade no uso e a restrição de possíveis hipóteses do *overruling* não tende a romper com a estabilidade e a previsibilidade gerada a partir do respeito aos precedentes. Ao revés disso e como já foi dito, se a revogação ocorre apenas em situações especialíssimas e no contexto de processo judicial dialético, em alguma medida ela também se torna previsível.

Por todo o exposto, a doutrina dos precedentes judiciais obrigatórios se revela como instrumento teoricamente adequado para aumentar os níveis de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário na atual quadra do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Los derechos Fundamentales em el estado constitucional democrático. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, vol. 14, nº. 39, Fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/rbcsoc/v14n39/1723.pdf>> Acesso em: 26/10/2017.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Neoconstitucionalismo**: entre a ciência do direito e o direito da ciência. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em 26/06/2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In*: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em:

<<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 31/03/2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 26/06/2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENETI, Sidnei Agostinho. O processo na Suprema Corte dos Estados Unidos. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **O judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação e regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais - Competência dos Tribunais Superiores para**

fixá-la - Questões conexas. Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ. São Paulo: Manole, 2009.

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COLE, Charles D. **Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos:** o sistema de precedente vinculante do common law. Trad. Maria Cristina Zucchi, Revista dos Tribunais, v. 752.

COSTA, Judith Martins. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos.** Revista CEJ, Brasília, nº. 27, p. 110-120, out-dez. 2004.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes. In: PAULSEN, Leandro (Org.). **Repercussão geral no recurso extraordinário.** Estudos em homenagem a Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo:** direito comparado. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEL CLARO, Roberto. Coisa julgada e efeito vinculante na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes:** Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPodivm, 2010.

DELGADO, José Augusto. **O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional.** Disponível em:

<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/448/O_Princ%C3%ADpio_da_Seguran%C3%A7a_Jur%C3%ADdica.pdf> Acesso em: 20/10/2017.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2007.

DWORKIN, Ronaldo. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. Tradução de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi (Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

GONDINHO, André Osório. **Codificação e cláusulas gerais**. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: nº. 2, abr.-jun. 2000.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Segurança jurídica e normas gerais tributárias**. *Revista de Direito Tributário*, ano V, n. 17-18, jul.-dez, 1981.

FINE, Toni M. **O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 782, 1989.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petropolis: Vozes, 2008.

GLENN, Patrick H. **Legal traditions of the world**. New York: Oxford University Press, 2011.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GROTE, Rainer. **Rule of Law, Rechtsstaat y État de Droit**. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3277/3118>>. Acesso em: 15/09/2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sete-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HERNANDO, Francisco José. **Jurisprudencia vinculante**: una necesidad del estado de derecho. Revista de Economía y Derecho, vol. 3, nº. 10, 2006.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boitex, 2005.

HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund, 1985.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991.

MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1999.

MARINONI, Luis Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: FCE, 1972.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações. **Texto para discussão**. Rio de Janeiro, nº. 1125, out. 2005. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2700>>. Acesso em: 20/11/2017.

PIOVESAN, Flávia Cristina; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**: Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPodivm, 2010.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito**

Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PUGLIESE, William Soares. **A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade.** Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, p. 310. 2016.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.**

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. *In*: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional*, v. 57.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano.** Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes - A força dos precedentes**: Estudos dos

cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPodivm, 2010.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRIA, Javier Aranguren. **Fundamentos de antropologia**: um ideal de excelência humana. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas do direito brasileiro. Eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TARELLO, Giovanni. **Storia dela cultura giuridica moderna**: assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 4. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20/11/2017.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. In.: **Limites do controle de constitucionalidade**. Coleção ANPR de direito e democracia. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981.

AUTORIZO o depósito do presente exemplar, como versão definitiva da Dissertação de Mestrado.

Curitiba, aos ____ de _____ de 2018.

Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
(Orientadora)

DE ACORDO.

Curitiba, aos ____ de _____ de 2018.

Prof. Dr. Daniel Ferreira
Coordenador do PPGD