

**(RE)DISCUTINDO A TEORIA DOS PRECEDENTES NA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL. MUDA-SE O TEXTO, MAS MANTÉM-SE O
CONTEXTO?**

**(RE) VISITING THE THEORY OF PRECEDENT IN
CONSTITUTIONAL JURISDICTION. CHANGE THE TEXT, BUT
REMAINS THE CONTEXT?**

Matheus Farinhas de Oliveira¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a discussão acerca do Novo Código de Processo Civil e sua relação com a teoria dos precedentes. Inicialmente será discutido a relação entre o *stare decisis* e o código, dentro de uma perspectiva histórica que visa corrigir uma disfunção teórica estrutural. Além disso, a reflexão que se propõe será realizada através de uma observação crítica da realidade institucional brasileira e do ambiente de produção da decisão jurídica, considerando-se o que pode ser verdadeiramente definido como precedente e o que está absolutamente excluído de uma teoria do precedente que se faça honesta, inserindo-se aqui uma análise crítica à reprodução automática de julgados como parâmetro de correção decisória através da ótica filosófica. Por derradeiro, será investigado o papel da Constituição como parâmetro normativo e, conseqüentemente, a fundamentação e a previsibilidade como núcleo estruturante da teoria do precedente.

Palavras-chave: Novo código de processo civil. Precedentes. *Stare decisis*. Súmulas.

ABSTRACT

This work have the intention to discuss about the new Civil Procedure Code and its relation to the theory of judicial precedent. Initially, the relationship between the code and *stare decisis* will be discussed in a historical perspective that seeks correct a structural theoretical dysfunction. Furthermore, the reflection is proposed will be conducted through a critical observation of the Brazilian institutional reality and the judicial decision environment, considering what can truly be defined as a precedent and what is absolutely excluded from a honestly theory of precedent, inserting here a critical review of automatic decision as operative correction parameter through the perspective of philosophy. For last, we will investigate the role of the Constitution

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela UFF. Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes. Advogado.

as a normative parameter and, in consequence, the reasoning and previsibility as a structural nucleus of judicial precedent.

Keywords: New code of civil procedure. Precedents. *Stare decisis*. *Summula*.

1 INTRODUÇÃO

A concepção atual de mundo é extremamente distinta da realidade na qual o nosso Código de Processo de 1973 foi criado. São mais de quarenta anos de abismo cultural e social que as diversas leis alteradoras tentaram aproximar, sem contudo lograrem êxito. Ao não vislumbrar as mudanças sociais hodiernas e as novas realidades tecnológicas (v.g. processo eletrônico) e constitucionais (promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 – CRFB/88 com seu viés democrático), o código velho foi incapaz de acompanhar os movimentos político-sociais, tornando-se, ao longo de tempo, incoerente com o cerne de um novo regime político democrático.

Após intenso movimento de discussão quanto à necessidade de alteração da lei processual, formou-se uma comissão de juristas para apreciar uma solução ao sistema processual defasado. O trabalho envolvia reorganizar a estrutura processual brasileira, através de uma concepção democrática do processo. Já de plano com um pressuposto diferente do código passado, buscou através da divergência a saída para um modelo heterogêneo de legislação, na qual a pacificação de conflitos e a preocupação com a correção das decisões – principalmente à partir de uma leitura constitucional - desponta como guia primeiro escolhido por seus executores.

Como é cediço, dentro de uma perspectiva democrática não é possível considerar como fundamentada decisão que se limite a invocar precedente ou enunciado de súmula sem identificar expressamente os fundamentos determinantes. Além disso, veda que o magistrado deixe de seguir súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar o *distinguish* ou o *overruling* – técnicas dinâmicas de decisão -.

Dentro das inúmeras inovações produzidas pelo projeto do Novo Código de Processo Civil, poder-se-ia considerar como institucionalmente profundas: a) a adoção do *stare decisis*; b) estruturação de bases mínimas para o processo eletrônico; c) a Constituição como guia para buscar a melhor decisão; d) ordem cronológica de decisão; e) um regramento mais sólido do *amicus curiae*; f) o incidente de resolução de demandas repetitivas; e g) a motivação

como *locus* do processo em um regime democrático.

Sem embargo das inovações, nem só de acertos é composto o projeto do Novo Código de Processo Civil. Na categoria dos possíveis equívocos, figura-se: o incentivo à criação de súmulas pelos tribunais e a escolha de um procedimento decisório polêmico, qual seja a ponderação de princípios - influenciada pela alta aceitação da teoria de Robert Alexy no Direito brasileiro -. Definir institutos ou verificar a correitude deste ou daquele procedimento deveria ser papel da doutrina e não do legislador. Talvez, tal opção traduza a crise doutrinária presente no solo brasileiro. Em um quadro pintado do avesso, em que a doutrina não doutrina e o Judiciário não lhe dá ouvidos (embora devesse)².

Incorporador do discurso de busca desenfreada pela celeridade, o novo Código tem como objetivo primeiro definir soluções contra a falta de eficiência da prestação jurisdicional. Tal escolha legislativa, contudo, incorpora institutos alienígenas ao Direito brasileiro e poderá trazer consequências sistêmicas indesejáveis se realizada acriticamente. Por um lado, a não consonância das súmulas com os julgados que lhe deram origem pode indicar uma inconsistência na utilização de técnicas pouco familiares aos juristas. Por outro lado, os números de demandas apresentados pelos tribunais – mormente os tribunais superiores - são de fato alarmantes e carecem de algum tipo de solução.

A tempestividade da tutela jurisdicional não é a única problemática envolvendo a atual prestação dos serviços judiciários. A necessidade de igualdade das decisões, a imprescindibilidade de mudança constante na jurisprudência para uma adequação às alterações sociais, a qualidade da jurisdição em contraponto ao elevado número de demandas do Judiciário; são temas que devem ser levados ao debate quando se busca um processo democrático em consonância com a Constituição. Fica claro que a simples incorporação de doutrinas estrangeiras como verdadeiros dogmas rumo à celeridade pode causar uma transfiguração destes institutos, quadro que resulta na inconsistência da teoria em relação a sua concepção original.

2 STARE DECISIS E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL. A CORREÇÃO DE UM DESVIO TEÓRICO ESTRUTURANTE?

² A situação faz lembrar o quadro “O Grito” de Edvard Munch. O transparecer de um momento interminável de profunda angústia, carecendo de um sopro de esperança. O Grito é uma série de quatro pinturas do norueguês Edvard Munch, a mais célebre das quais datada de 1893. A obra representa uma figura andrógina num momento de profunda angústia e desespero existencial. O plano de fundo é a doca de Oslofjord, em Oslo, ao pôr-do-sol.

O *Civil Law* e o *Common Law* são comumente confrontados pela teoria jurídica, tendo em vista seus processos históricos distintos. Contudo, é possível perceber uma convergência interessante entre as duas famílias, o que tem influenciado diretamente diversos sistemas jurídicos. Nesse quadro está o Brasil, que após uma inserção de diversos institutos considerados de outra família jurídica, caminha hoje para um sistema híbrido em que a lei é a principal fonte do direito, mas sem prescindir da teoria do precedente com o fim de trazer organização e coerência ao Direito Processual.

Na base de sua formação, o *Civil Law* (com influência direta do Direito romano) foi formado sob o primado da lei dentro de uma perspectiva liberal burguesa. A escola de direito natural deu origem ao positivismo jurídico. Nascia a “era das codificações”, representando uma experiência jurídica surgida na segunda metade do século XVIII, embora não tenha sido um movimento uniforme em toda a Europa (BOBBIO, 1995). No Código Civil (v.g. alemão e francês) buscou-se a aplicação do direito em normas gerais, abstratas e coercitivas, sempre refletoras da expressão ideológica do poder predominante da época, considerando-o como uma constituição das relações privadas.

O Positivismo jurídico se baseia na distinção entre direito natural e direito positivo. O primeiro seria imutável, universal, originado através da razão e tinha seus comportamentos regulados definidos como bons ou maus *per se*. O direito positivo, ao revés, valeria apenas em alguns lugares, mutável, originado pelo poder do Estado, bem como os comportamentos são considerados corretos se ordenados e incorretos se vetados. (BOBBIO, 1995).

Na concepção positivista observada após a Revolução Francesa (1789), é fácil perceber que o *Civil Law* carrega um descrédito os magistrados desfrutavam à época³, tolhidos de sua função de exegeta da lei por suas antigas aproximações políticas com a nobreza, reprováveis em relação aos interesses da burguesia. Manifestou-se, assim, a ideia de criação de códigos que albergassem todos os resultados dos estudos da época, visando pôr fim à fragmentação do direito (DAVID, 1986). Não obstante as tentativas iniciadas a partir da revolução, apenas com Napoleão, eliminando todos os membros do conselho que lhe eram

³Montesquieu, em 1748, publicou o célebre livro “De l’ esprit des lois” (Do espírito das leis). O autor propunha a separação irrestrita dos poderes e a previsão de um sistema de autocontenção, chamado de sistema de freios e contrapesos. Além disso, segundo ele, o magistrado deveria ser a mera boca que pronuncia a lei. Sem embargo, deve-se situar essa teoria no momento histórico e social vivido na França. Montesquieu conhecia muito bem a corrupção e a falta de imparcialidade dos juízes da época, nascido de uma família de magistrados, lutou contra todas as relações espúrias dos juízes com o poder (MARINONI, 2010). A obra em epígrafe viria a influenciar o direito americano e a própria França.

contrários, foi aprovado o chamado Código de Napoleão (OLIVEIRA, 2002).

A escola da exegese - ou positivismo exegetico -, dentro do contexto burguês pós-revolução, surge a partir de uma controvérsia inaugurada no bojo do Código Civil Napoleônico, mais especificamente o artigo 4º, que dispunha sobre a inafastabilidade do Judiciário (*non liquet*). Tal escola, adotando um posicionamento fetichista da lei, considerava o código como disciplinador de todas as situações jurídicas possíveis, pretendendo fundar a resolução de qualquer controvérsia à luz da intenção do legislador. A vontade do legislador (aquele que dita a norma) deveria ser obedecida – pressuposto da onipotência do legislador -, acarretando o denominado culto ao texto disposto no código⁴, através de uma interpretação (sic) meramente silogística (BOBBIO, 1995). As vitórias de Napoleão impuseram o referido código às nações conquistadas, colaborando para sua grande influência (e do positivismo exegetico) aos códigos de diversos países no mundo, mormente o código português de 1867 e espanhol de 1889 (TETLEY, 2000).

No que tange ao Brasil, associado à família do *Civil Law*, existem alguns marcos históricos interessantes que definem os precedentes, quais sejam: aplicação de precedentes do Direito português, mormente pelos assentos da Casa de Suplicação⁵; proclamação da república, no qual inseriu-se o controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro; a inserção da fiscalização abstrata de controle constitucional; fechando o ciclo com o desenvolvimento do (neo)constitucionalismo⁶ e a mudança da forma de visualizar o intérprete.

Já o *Common Law* possui trajetória diametralmente diversa. Após intenso desenvolvimento como uma família de primazia da resposta judicial ao caso concreto, foi no período moderno (a partir de 1832) que passou a conviver com uma intensa atividade legislativa (DAVID, 1986). Ademais, realizou-se uma mudança na organização judiciária com o *judicature acts* (1873 e 1875), que obistou a dicotomia entre as jurisdições do *equity* e do *Common Law*,

⁴ Um motivo de ordem política serve para compreensão da influência da escola da exegese na França, qual seja a pressão exercida pelo regime napoleônico (de essência autoritária) para que as universidades deixassem de lado as teorias gerais do direito e se debruçassem sobre o texto do código (BOBBIO, 1995).

⁵ As ordenações Manuelinas de 1512, no Livro V, Título 58, §1º, dispunha que no caso de dúvida a questão seria submetida ao Rei que determinava a interpretação escoreita e, *a posteriori*, o decidido valia como sentença. Após a submissão, o que o Rei decidisse deveria ser inscrito no “livrinho”, chamados de assentos, guardados na Casa de Suplicação. A normatividade desses assentos foi ratificada na Lei da Boa Razão, em 18 de agosto de 1769, art.4º, definindo eficácia *ad futurum* para as interpretações estabelecidas pelo Rei nas dúvidas submetidas à ele para dirimi-las (TARANTO, 2010).

⁶ Vale ressaltar a existência de doutrinas que afastam o neoconstitucionalismo, mormente no que tange à utilização da ponderação como método para definição do princípio a ser acolhido no caso concreto. Nesse sentido está Lênio Streck (STRECK, 2014).

unificando e universalizando sua aplicação (DAVID, 1986)⁷.

Um caminho distinto do Direito inglês (berço do *Common Law*) seguiu o direito americano, hoje uma das principais fontes do direito comparado no Brasil. Embora tenha nascido sob a influência direta daquele, distanciou-se por questões históricas e sociais. O modo de vida dos colonizados era diametralmente oposto e o Direito inglês não agradava aos colonos, tendo em vista que muitos tinham saído da Inglaterra para se distanciar de perseguições políticas e religiosas, nutrindo pouca afeição por algo que adviesse da metrópole. A independência americana vem a consolidar esse quadro, tendo em vista que o ideal republicano e a forma federalista separaram ainda mais o Direito americano do Direito inglês (DAVID, 1986). Além disso, nos Estados Unidos da América, o *Common Law* adotou um modelo de Constituição escrita com supremacia em relação aos outros atos normativos, o que deu um caráter ainda mais aproximado ao *Civil Law* (MELLO, 2008).

Sem embargo da diferença entre os diversos países que seguem o *Common Law*⁸, poder-se-ia sustentar como características nucleares, em síntese: um direito jurisprudencial, causídico, com precedentes – em regra verticalmente vinculantes-, não possuindo a lei como principal fonte do direito.

Hodiernamente, contudo, visualiza-se um movimento de aproximação entre ambas as famílias jurídicas. Isso ocorre principalmente pela desnaturação das teorias clássicas e a diminuição das distâncias, influência muito presente no Direito Internacional e as recentes discussões sobre soberania. O *Common Law* de outrora, rígido, formal e solene - surgido no seio do Direito inglês e que influenciou inúmeros países, mormente os colonizados-, não está nem perto do *Common Law* que é aplicado hoje. Com o prestígio da lei e a imperiosa

⁷ Na era Tudor, em meados do século XVI, com a extensão das prerrogativas reais, o Chanceler ganha maiores poderes para exercer a *equity* em detrimento do *Common Law*, sendo aquele considerado um direito mais moderno, porquanto permitia mudanças de forma menos dificultosa (DAVID, 1986). Embora houvesse de fato o crescente prestígio da jurisdição complementar, a substituição do *Common Law* nunca chegou a ocorrer. Ao revés, deflagrou-se um movimento de interpenetração. O parlamento, aliado com os juízes, insurgiram-se contra o absolutismo e obstaram o crescimento do *equity*. Assim, realizou-se um acordo no qual foi permitido a existência da jurisdição complementar, desde que respeitassem os precedentes do *Common Law* (DAVID, 1986). Vale ressaltar, de outro lado, que a força vinculante dos precedentes já vinha sendo delineada ao longo da evolução do *Common Law*. Contudo, a teorização do *stare decisis* só ocorreu recentemente (vide o *leading cases*, julgado em 1861, no caso *Beamish v. Beramisch* pela House of Lords) (CRUZ E TUCCI, 2004).

⁸ Na experiência escocesa, por exemplo, não basta um único julgado isolado para que haja força vinculante, ao revés do que ocorre no direito inglês. Outro país a adotar o *Common Law*, mas a se distanciar do Direito inglês foi o Canadá. Neste, a influência mista, tanto do *Common Law* quanto do *Civil Law*, atribuiu-lhe peculiaridades interessantes (v.g. em alguns casos a eficácia é meramente persuasiva, em outros, mormente quando a análise do caso é realizada pela Suprema Corte, há um precedente vertical com eficácia obrigatória). Para maiores considerações sobre as diferenças no âmbito do *Common Law*, vide a obra de René David intitulada “Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo” (DAVID, 1986).

necessidade de adequação ao mundo moderno, este perdeu seu caráter solene de voltar-se unicamente para as normas processuais, construindo uma maior flexibilidade nas normas procedimentais.

Aliás, é crescente o entendimento de que em determinados sistemas jurídicos, a interpenetração se deu de tal modo que já existiriam os chamados sistemas legais mistos (*mixed legal systems*) que albergariam características das duas famílias jurídicas (TETLEY, 2000). Para outros, contudo, não é possível sustentar que haja desaparecido toda e qualquer diferença entre os sistemas processuais de *Common Law* e do *Civil Law*. De qualquer forma, já não são aceitáveis os termos tradicionais de distinção entre os dois sistemas (TARUFFO, 2003).

Tal aproximação em *terra brasilis* pode ter um efeito particularmente interessante de correção teórica, problemática ocorrida quando da inserção do controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, muito pela influência norte-americana no caso *Marbury vs. Madison*⁹, e a disfunção estrutural teórica daí advinda. Explica-se. Apesar do reconhecimento de que qualquer juiz poderia declarar a inconstitucionalidade de um ato infraconstitucional em desacordo com a Constituição, o modelo do *stare decisis* não era adotado no nosso sistema jurídico. Ou seja, no sistema norte-americano, dentro de uma constatação óbvia de que leis inconstitucionais não devem ser aplicadas, bastava uma decisão de uma corte hierarquicamente superior para que a decisão fosse respeitada pelas cortes *a quo*. Ora, embora a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso não tivesse efeito *erga omnes* e caráter vinculante, é cediço que as decisões seriam transformadas em precedentes e teriam efeito vinculante para outra corte. Observe-se que não é a decisão em si que possui efeito vinculante, mas o precedente estratificado daquela decisão.

Em um primeiro momento, com o intuito de corrigir tal disfunção teórica, o poder constituinte inseriu a remessa ao Senado Federal para que este suspendesse a eficácia da lei (atualmente, dispositivo análogo está previsto no artigo 52, inciso X da CRFB/88). O problema poderia ser dado como resolvido, mas a inércia do Senado em suspender a eficácia de algumas leis, deu azo às infundáveis polêmicas em relação ao dispositivo e uma possível mutação constitucional¹⁰. Com o novo Código de Processo Civil, as decisões em sede de controle difuso

⁹ O caso *Marbury vs. Madison* é celebre por reconhecer a possibilidade do poder judiciário exercer o controle difuso. Não obstante a ausência de pioneirismo, tendo em vista que no plano teórico, Alexander Hamilton, no *Federalista* nº78, já tinha exposto analiticamente a tese; foi com essa decisão que a teoria ganhou corpo e influenciou inúmeros ordenamentos jurídicos estrangeiros (BARROSO, 2012).

¹⁰ Recentemente, sem embargo do plenário, por maioria, ter julgado procedente pedido formulado nos autos da Reclamação 4335, o STF rechaçou a tese aventada pelos ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau, entendendo, em síntese, que o processo de mutação constitucional encontraria limite no texto da Constituição.

de constitucionalidade serão obrigatoriamente seguidas, sem conflitar com a permanência do art. 52, inciso X da CRFB/88.

O novo Código de Processo Civil marca uma nova fase na jurisdição constitucional, em que se incorpora a teoria dos precedentes e o *stare decisis* (corrigindo as disfunções teóricas apontadas). Anteriormente, parecia existir no ordenamento jurídico pátrio um sistema híbrido, no qual em determinados casos a jurisprudência teria eficácia vinculante (v.g. súmula vinculante), sendo erigida como fonte formal do direito; e em outros ela teria apenas eficácia persuasiva. Essa perspectiva é completamente alterada pela adoção da teoria do *stare decisis*, na qual as cortes hierarquicamente inferiores estarão submetidas às decisões dos tribunais superiores.

Dentro dessa ótica, as decisões deverão ser seguidas por órgãos hierarquicamente inferiores, dando caráter vinculante às decisões dos tribunais (eficácia vinculante horizontal, dentro do mesmo tribunal, e vertical, para tribunais hierarquicamente em grau mais baixo). Adota-se, assim, *ex lege* o sistema do *stare decisis*¹¹. Além disso, o código exige fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas. É previsto, portanto, o direito da parte de obter fundamentação coerente quando houver *overruling* (art. 11 do projeto do Novo Código de Processo Civil - CPC), incentivando que a revisão da jurisprudência seja realizada em procedimento permeado por audiências públicas e terceiros que contribuam de alguma forma para enriquecer o debate (art. 138 do projeto do novo CPC), bem como permite a tutela antecipada sem urgência quando as alegações puderem ser comprovadas documentalmente e já houver tese jurídica firmada pelos tribunais superiores (art. 294, projeto do novo CPC).

O problema, contudo, não é resolvido com a mera introdução de uma doutrina processual mais sofisticada. A falta de celeridade e qualidade das decisões não é apenas responsabilidade do Código de Processo Civil antigo, mas principalmente do contexto jurídico em que o processo se desenvolve. Ou melhor, se mudar o texto, mas não houver alteração no contexto em que ocorre o procedimento de aplicação\interpretação de nada adiantará uma sistematização processual mais eficiente.

Nesse sentido, a suposta mutação do art. 52, X, da CF não poderia prescindir de uma mudança formal na Constituição.

¹¹O sistema do *stare decisis* e o *Common Law* não se confundem. O *stare decisis* é um sistema em que os precedentes criados pelos magistrados possuem eficácia vinculante para as cortes hierarquicamente inferiores. Difere também da súmula vinculante. Isso porque a atribuição de efeitos vinculantes às decisões por meio de legislação é típica de sistemas com controle abstrato, mormente o alemão (STRECK, 2014).

3 OS PRECEDENTES E A REALIDADE INSTITUCIONAL BRASILEIRA. A MERA REPRODUÇÃO AUTOMÁTICA DE JULGADOS NÃO É *STARE DECISIS!*

Diferentemente do *Civil Law*, no *Common Law* a fundamentação não tem relação com a coisa julgada material ou com a possibilidade de estendê-la aos fundamentos. A *holding* possui um efeito pamprocessual, atingindo aos juízes em geral – que irão aplicar o precedente no futuro- e aos jurisdicionados – como conduta a ser seguida -, sendo imprescindível a parte do fundamento para que seja possível a extração do precedente e sua correta definição (PERRONE, 2008).

Primeiramente, o juiz do *Common Law* deve buscar a *ratio decidendi* ou *holding* (CRUZ E TUCCI, 2004). Para definir tal conteúdo, a doutrina costuma apresentar alguns métodos, dentre os quais dois se destacam: o método de Wambaugh e o método de Goodhart (MARINONI, 2010).

O método de Wambaugh consiste no seguinte procedimento: a) formulação da proposição (x), b) inversão *a posteriori* do significado de tal proposição (-x), e c) verificação de alteração ou não da decisão. No caso de não alteração do resultado do julgamento, ter-se-ia um mero *obiter dictum* e não a *holding*. Por exemplo, se o tribunal julgasse que um animal não pode adentrar um estabelecimento comercial do barbeiro, formular-se-ia a proposição “o animal não pode adentrar um estabelecimento comercial”, inverter-se-ia o significado “o animal pode adentrar estabelecimento comercial”, e, haveria em consequência uma alteração da decisão, daí ficando claro que essa proposição seria a *holding* para o precedente em epígrafe. A crítica a esse método aparece no caso em que existem mais de uma proposição aplicável. Assim, ao se considerar duas proposição (x e y) e inverter o sinal de uma delas (-x), a outra acabaria por prevalecer e não haveria alteração da decisão (-x e y, a decisão permaneceria a mesma e se sustentaria por y), acabando que nos precedentes com mais de uma proposição sempre definiríamos a proposição como uma *obiter dictum* (MARINONI, 2010).

O método de Goodhart é bem distinto. Neste, propõe-se a delimitação da *holding* pelas questões analisadas como fundamentais, passo obrigatório para que se possa chegar na decisão final. A *contrario sensu*, a decisão que não for considerada como passo fundamental será considerada mera *obiter dictum*, e, portanto, sem efeito vinculante (*binding effective*). O problema dessa teoria é que muitas vezes o próprio juiz não diz o que considerou fundamental

ou não, restando implícito o argumento. Considera-se, assim, que os fatos ignorados pelo juiz são presumidamente *obiter dictum*, pois negligenciados com a intenção de afastá-lo do efeito vinculante (MARINONI, 2010). Ademais, os fatos hipotéticos nunca são considerados *holding*, mas mero *obiter dictum*, porquanto permitir que o magistrado possa, no bojo do precedente, inserir hipóteses em abstrato, seria legislar, ou seja, criar-se-ia normas em tese para situações que não se verificaram no caso em análise (PERRONE, 2008). Após a definição da *holding*, o que restar será considerado *obiter dictum*¹².

O *Common Law* de uma forma geral foi criado para atuação no caso concreto. Não foi fruto de teorizações abstratas, mas da necessidade de tutelar as lides levadas ao conhecimento do Estado-juiz. Assim, nasceu dinâmico em sua essência, havendo inúmeras técnicas de decisão desenvolvidas ao longo de seu percurso histórico no que se refere à revogação ou adaptação do precedente.

Ao mesmo tempo em que no *Common Law* é intuitivo a ideia *like cases should be treated alike*¹³, também lhe é inerente que casos diferentes devem ser tratados de forma diferente. Surge, nesse sentido, a técnica do *distinguish* que visa distinguir a incidência do precedente do caso concreto em análise. A doutrina comumente ressalta que pode realizar o *distinguish* tanto a Corte vinculada pelo precedente, como a Corte que emitiu o precedente vinculante, ao revés do que ocorre no *overruling* (PERRONE, 2008). Isso ocorre porque não há superação do precedente no *distinguish*, mas mera adaptação deste ou afastamento para o caso específico em análise.

Tal síntese da teoria geral do precedente demonstra, a não mais poder, a complexidade da teoria utilizada no *Common Law*, o que *per se* não significa a incompatibilidade com o Direito brasileiro, mas exige um cuidado especial em sua aplicabilidade em nosso sistema jurídico. Interessante notar, de outro lado, que pode haver certa desconfiança do jurista do *Civil Law* com a técnica do *distinguish*. Isso porque, em uma análise apressada, tal técnica possuiria uma carga subjetiva muito grande. Como saber se há de fato uma circunstância que dê azo para sua utilização? Não obstante isso, no *Common Law*, não há que se falar em decisionismo. Quando um juiz aplica o *distinguish* de forma equivocada ou de

¹²Para definir ainda o que é ou não questão essencial, a teoria dos precedentes possui uma distinção entre questões independentes e questões dependentes. Independente é a questão que, na existência simultânea de duas questões, ao se acolher apenas uma delas a parte já sairá vencedora e, além disso, a segunda questão, para ser avaliada, não precisa ser apreciada após a primeira. No segundo caso, a segunda questão somente pode ser analisado se acolhida a primeira (mesma ideia de uma prejudicial do mérito) (CROSS *apud* MARINONI, 2010).

¹³ Tradução livre: casos semelhantes devem ser tratados da mesma forma.

forma “desonesta”, facilmente tal desiderato é percebido pela comunidade jurídica e, conseqüentemente, sua decisão será controlada e sua reputação desgastada (MARINONI, 2010).

4 A SÚMULA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. O PROBLEMA DA “AUTOMATIZAÇÃO DA DECISÃO” ATRAVÉS DA ÓTICA FILOSÓFICA.

As súmulas não se confundem com os precedentes. As primeiras são enunciados abstratos e genéricos supostamente retirados da jurisprudência dominante do tribunal. Os precedentes, ao revés, são decisões pretéritas submetidas ao cotejo com *cases* posteriores, para assegurar sua escoreta aplicação e definição. Além disso, a técnica do precedente possibilita que os envolvidos no processo utilizem o *distinguish* ou o *overruling* para demonstrar que o precedente em comento não deveria ser aplicado à situação em concreto ou que já resta ultrapassado. O precedente é, portanto, dinâmico em sua essência.

Desta diferença já se estratifica a primeira crítica à súmula. Tal instrumento jurídico dificulta a comparação dos casos confrontados no momento da invocação e acaba acarretando a completa independência do texto sumular em relação ao julgado que lhe deu origem. Sua “eficácia normativa”, portanto, não mais emana da lei, mas da própria súmula *per se*, como se fonte autônoma fosse, atribuindo normatividade a uma decisão administrativa.

De forma absolutamente distinta, encontra-se o precedente, porquanto através da estratificação da *holding* e da *obiter dictum* e seu caráter dinâmico (v.g. medidas para afastar ou superar o precedente), evita-se um enrijecimento jurisprudencial. Tal situação, contudo, não ocorre com as primeiras que tendem a se protrair no tempo indefinitivamente, levando-se em conta a atitude passiva do intérprete em não cotejá-la com o caso concreto.

Além disso, outro problema ocorre quando da utilização das súmulas como baluarte para alcançar a celeridade. Algumas súmulas não possuem qualquer relação entre sua redação e os precedentes citados como origem. Muitas trazem julgados absolutamente ultrapassados, inclusive sob a égide de outra lei ou Constituição. Assim, em artigo especializado sobre o tema, Leonardo Greco cita como exemplo duas súmulas em especial: a súmula 622¹⁴ e a súmula 625¹⁵,

¹⁴A súmula nº 622 dispõe que não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança.

¹⁵A súmula nº 625 dispõe que controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.

ambas do STF.

No que toca ao agravo regimental da decisão do relator que, em mandado de segurança de competência originária dos tribunais, concede ou indefere a liminar, havia divergência quanto a sua admissão, porquanto a antiga lei do mandado de segurança (Lei nº 1.533\51) não previa tal hipótese. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, contudo, vinha admitindo¹⁶, com base no art. 522 do Código de Processo Civil de 1973 – CPC/73. Aliás, o próprio art. 317 do Regimento Interno do STF prevê agravo regimental contra qualquer decisão unipessoal de um dos seus membros que cause prejuízo ao direito da parte. A mesma regra consta do artigo 39 da Lei 8.038/90. Assim, embora a questão esteja pacificada com a nova lei do mandado de segurança (art. 16, parágrafo único da Lei nº 12.016\2009), havendo perda do objeto desta súmula, o Supremo ainda não se manifestou formalmente acerca de sua retirada do mundo jurídico, o que pode causar certa insegurança jurídica. Não há, portanto, uma atualização sistemática do ementário de súmulas no âmbito da mais alta Corte. A crítica quanto à súmula 622 do STF pode também ser realizada no que tange sua competência. Isso porque, em matéria de interpretação da lei federal, o tribunal superior competente para uniformizar a jurisprudência não é o Supremo Tribunal Federal, mas o Superior Tribunal de Justiça. Após a mudança da competência da Corte, seria razoável que o Supremo cancelasse a súmula em comento, o que, contudo, não ocorreu até hoje¹⁷.

A Súmula 625 do STF também representa alguns equívocos. Embora a doutrina não costume criticá-la quanto ao conteúdo, três julgados apontados pela súmula foram proferidos há mais de 15 anos. No menos antigo (RE 195186), o ponto que é objeto da súmula não foi apreciado. No terceiro acórdão (RE 11793621), a doutrina adotada não é a *ratio decidendi*, mas um simples *obiter dictum*. Vale ressaltar, que nenhum dos acórdãos se referem à “matéria de direito”. Na conclusão do ilustre autor, “a súmula diz mais do que deveria dizer, mas nada do que tenha dito qualquer dos acórdãos referidos” (GRECO, 2003).

Dentro desta perspectiva crítica das súmulas, a própria análise da consciência julgadora não prescinde de uma cautelosa investigação das condicionantes invisíveis que estão presentes, mesmo sem menção direta. Qualquer texto, seja de súmula ou de um dispositivo

¹⁶Nesse sentido o Acórdão da 1ª Turma no RESP 139276, relator o Ministro Milton Luiz Pereira, proferido em 5/4/2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199700470431&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

¹⁷No exato sentido do texto, mas sem proceder a atualização quanto a nova lei está o trabalho de Leonardo Greco (GRECO, 2003).

legal, não é composto de termos unívocos que garantam a inexistência de dúvidas em sua aplicação. Nesta lógica, o adágio “tão claro que dispensa interpretações” está absolutamente incorreto (e em dissonância com a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88).

Embora ainda preso ao binômio sujeito-objeto, VYGOTSKY¹⁸ com sua teorização da formação social da mente busca definir uma nova compreensão dessa ligação entre sujeito-objeto, estabelecendo um elo de ligação através do grupo social. Fica claro em suas obras uma busca pela análise histórico-cultural no âmbito da psicologia, ou seja, o entendimento da história social e sua influência nas atividades cognitivas básicas do indivíduo. Assim, afasta a ideia de que as habilidades cognitivas e os padrões de estruturação do pensamento seriam determinados exclusivamente por fatores congênitos, tendo em vista serem resultado das atividades praticadas em consonância com os hábitos sociais da cultura em que o indivíduo se desenvolve. Dentro desta perspectiva, seria verdadeiro afirmar que tanto a história pessoal como a história social são condicionantes do pensamento (VYGOTSKY, 1989).

Outra interessante inovação do pensamento em epígrafe é a relação entre o intelecto e o sentimento. Dentro dessa concepção, a separação destes é uma das causas do que chama de debilidade da psicologia tradicional, porquanto esse tema é comumente apresentado como desassociado da plenitude da vida, das inclinações e dos impulsos pessoais do indivíduo (VYGOTSKY, 1989). A ideia tradicional excluiria, portanto, a possibilidade fecunda de desenvolver a questão da causa de nossos pensamentos, impedindo o desenvolvimento no que se refere à influência da vontade sobre o pensamento (VYGOTSKY, 1989).

Somente com a virada linguística e o giro ontológico-hermenêutico há a compreensão de superação definitiva do esquema sujeito-objeto. Em HEIDEGGER e GADAMER, através de uma crítica à tradição metafísico-epistemológica, há o desenvolvimento da teoria sobre o ser-aí (*Dasein*), desenvolvendo a hermenêutica ontológica fulcrada no ser e na pré-compreensão. A linguagem, dentro desta perspectiva, permanece sempre aquém do que comunica. Além disso, o sentido só é preenchido quando é determinado pelo contexto, o sujeito não se relaciona com o objeto como se fossem realidades distintas, e a interpretação se dá por meio de uma pré-compreensão originária (SALGADO, 2005).

¹⁸VYGOTSKY trabalhou no conceito de que o desenvolvimento intelectual ocorre em função das interações sociais e condições de vida a partir das proposições teóricas do materialismo histórico, propondo a reorganização da Psicologia, o que denominou de psicologia cultural-histórica. Denominava os signos de instrumentos simbólicos e seu estudo tinha como principal objeto a linguagem, que para ele configurava-se como um sistema simbólico fundamental em todos os grupos humanos e elaborado no curso da evolução da espécie e história social.

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em basear nisso em que está no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente do intérprete. Em todo princípio de interpretação ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já põe, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia (HEIDEGGER, 1997, p.207).

A interpretação não se trata de inserir no texto nossas vontades. Ao revés, deve-se partir da observação pertinente de que o intérprete já leva uma pré-compreensão do que interpreta, sendo necessário deixar que o texto diga algo *per se*. A partir da constatação de pré-compreensões condicionando a interpretação, o intérprete comprometido com a correitude constitucional deve acreditar na alteridade do texto, ou seja, deve deixar que o próprio texto lhe diga algo por si, sem impor suas pré-compreensões voluntariamente (GADAMER, 1999).

Dentro desta perspectiva linguística, outra observação se faz necessária. Não apenas a súmula não traz a norma com ela, como ela passará a ser interpretada e dar origem a novas normas, pois o texto nada é sem o sentido¹⁹. O problema da súmula é que ela passa a ser aplicada de forma automática, através de subsunção, afastando o Poder Judiciário da análise do caso concreto, porquanto já que se tem o texto pronto ele dispensaria a interpretação (sic). A súmula, portanto, foi criada para resolver todos os casos futuros, como “supernorma” que possa prever todas as hipóteses, o que jamais ocorrerá se levarmos em conta a complexidade do direito (STRECK e OLIVEIRA *et al.*, 2007).

O interessante é que resgatou-se uma atitude análoga ao positivismo exegético, só que agora em relação às súmulas. Após a (tentativa de) superação dessa concepção jusfilosófica, há um retorno ao paradigma ultrapassado de aplicação silogística de um texto, desconsiderando as contribuições da virada linguística.

Assim considerado, tal instituto afasta a particularidade do caso concreto, o que é pernicioso para o Estado Democrático de Direito. Considerar a súmula como algo pronto e acabado é absolutamente inconstitucional. Deverá existir sempre, para a escorreita utilização do instrumento sumular, o cotejo com o caso concreto. Assim, melhor anda a teoria dos precedentes (se aplicada corretamente) dentro de uma perspectiva dinâmica de relação dialética do precedente com os outros casos em que será aplicado.

¹⁹A doutrina constitucional costuma sustentar uma distinção entre o enunciado - relato abstrato contido no dispositivo - e norma - produto da exegese do enunciado - (BARROSO, 2012).

Tais concepções demonstram que o julgador no momento da aplicação²⁰, já parte de algum lugar, uma pré-compreensão. Portanto, tem seu pensamento condicionado tanto pela história pessoal como pela história social. Deve-se, portanto, afastar a falsa ideia de que as habilidades cognitivas e os padrões de estruturação do pensamento, que dão azo à decisão jurídica, seriam exclusivamente compostas por fatores advindos do texto ou de valores exógenos.

Toda decisão que saia do resultado em busca dos meios para “escolher” a decisão mais correta, buscando “valores” (v.g. jurisprudência dos valores) ou deixando ao magistrado a decisão do que é o mais correto (v.g. decisionismo), sem que haja uma fundamentação séria compreendida dentro de uma perspectiva hermenêutica (v.g. positivismo normativista de Kelsen), é, evidentemente, parcial. Assim, quando o magistrado trabalha a interpretação de forma a extrair o resultado mais justo (desconsiderando a discussão altamente volátil de justiça na filosofia), tal sentença será necessariamente parcial e, portanto, inconstitucional, pois violadora de uma miríade de dispositivos constitucionais.

No mesmo sentido anda a discussão com as súmulas vinculantes que terão como objeto o entendimento pacífico do STF sobre temas constitucionais que forem submetidos à Corte, não se limitando a conferir eficácia vinculante a decisões produzidas em sede de controle incidental de constitucionalidade.

A súmula vinculante enuncia uma determinada tese jurídica que deve corresponder fielmente à decisão ou às razões de decidir (*holding*) dos julgados em que se originou a súmula, e não de eventuais argumentos laterais (*obiter dictum*) ou do entendimento completamente dissonante de alguns ministros. A degeneração do instituto se dará, contudo, se sua aplicação for automática, sem considerar as inúmeras variáveis presentes no caso concreto.

Seja ou não uma súmula vinculante, não se pode imaginar que a mera existência de verbete sumular possa afastar a necessidade de interpretação. A súmula não deixa de ser um texto e como tal, não prescinde da atuação do intérprete, que cotejará o texto com o caso concreto, buscando a norma aplicável. Inexiste atividade jurídica que independa de interpretação (OLIVEIRA e STRECK *et al.*, 2007).

Assim é que: do texto o Supremo Tribunal Federal estratificará uma norma (produto da atividade interpretativa) que, *a posteriori*, será votada e transformada em um enunciado

²⁰ Considerando-se aqui interpretação e aplicação de forma incindível, ao revés das concepções procedimentalistas (STRECK, 2009).

sumular abstrato para aplicação com efeitos vinculantes *ad futuram* (outro texto). A partir daí, o intérprete que julgará o caso concreto terá que realizar o mesmo processo hermenêutico realizado outrora para conjugar o verbete sumular com o caso concreto.

A hermenêutica (filosófica) já permitiu que ficasse esclarecido que a norma não se confunde com o texto legal (enunciado), dado que a norma surge somente diante da problematização do caso concreto, seja real ou fictício, e consiste em equívoco do positivismo legalista entender que a norma já está acabada e presente no texto da lei ou em um enunciado da súmula vinculante. A lei e a súmula vinculante são *ante casum* com o objetivo de solucionar casos *pro futuro*. A norma não, porque precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica. Não há textos sem normas; não há normas sem texto (*Kein text ohne Norm; Kein Norm ohne Text*) (OLIVEIRA e STRECK et al., 2007).

A crítica é pertinente e o quadro é preocupante. Demonstra que os intérpretes ainda possuem problemas em aplicar institutos alienígenas ao nosso sistema. Há um déficit qualitativo sistêmico e uma ausência de correspondência entre as súmulas e os julgados que lhe dão azo. A teoria das súmulas carece de uma aplicação dinâmica, garantindo-se às partes a possibilidade de demonstrar a aplicabilidade ou não dos julgados anteriores.

5 A CONSTITUIÇÃO COMO PARÂMETRO NORMATIVO PARA A ANÁLISE DA DECISÃO JUDICIAL. A FUNDAMENTAÇÃO E A PREVISIBILIDADE COMO NÚCLEO ESTRUTURANTE DA TEORIA DO PRECEDENTE.

O modelo predominante até o século XIX²¹, caracterizava a Constituição como um documento sem caráter jurídico. Atribuía-se ao legislador ou ao administrador a função precípua de efetivar suas propostas, relegando ao Judiciário um papel secundário. Após a Segunda Guerra Mundial, contudo, essa lógica foi revista. A obra de Konrad Hesse intitulada “A força normativa da Constituição” foi fundamental para traçar as bases de superação desta concepção arcaica.

Para o autor alemão, a Constituição possui pretensão de eficácia e procura imprimir uma conformação com a realidade, sendo mais que o mero reflexo das forças de poder. Ambas as concepções (Constituição real e Constituição jurídica) estão em relação de coordenação e, portanto, coexistem na realidade constitucional. Seria simplesmente estéril desconsiderar a realidade das forças atuantes na sociedade, contudo, não se pode prescindir da força

²¹Antes da Segunda Guerra Mundial, era predominante na Europa um modelo de supremacia do Parlamento - na linha da doutrina inglesa e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral- (BARROSO, 2013).

constitucional para influir na realidade (HESSE, 1991).

A *ratio* é que, mesmo no caso de conflito entre as forças reais de poder e a Constituição, não se pode considerar esta última como a parte mais fraca. A vontade da Constituição é um pressuposto que deve prevalecer neste embate, porquanto esta possui força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. Todos os intérpretes devem compartilhar da vontade da Constituição. Tal respeito, sobretudo nos momentos em que sua observância se mostra incômoda, é fundamental para sua força normativa. A Constituição, portanto, logra conferir forma e modificação à realidade, convertendo-se em força ativa que influi na realidade política e social, sendo possível que ela proteja a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio (HESSE, 1991).

Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa e do caráter vinculativo de suas disposições (imperatividade). A mudança de paradigma trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo inspirado na supremacia da Constituição (BARROSO, 2013).

O reconhecimento dessa força normativa viabilizou a posição de destaque do Poder Judiciário no âmbito dos desenhos institucionais, tendo em vista que é de sua competência garantir que não ocorram constantes rupturas sistemáticas no contexto de aplicação do direito, preservando-se a robustez da CRFB/88, o que de *per se* não significa a adoção de uma perspectiva ativista.

O processo como instrumento para efetivação do Direito material deve zelar pela normatividade constitucional como fim primeiro. O projeto do novo Código de Processo Civil, como prometia nos debates em torno de sua produção, parece concretizar a força normativa da constituição, incorporando a teoria do *stare decisis* através de um núcleo duro de matriz constitucional. Dentro desta perspectiva, a necessária fundamentação das decisões prevista no artigo 11 do projeto do Novo Código de Processo Civil e artigo 5º, inciso IX da CRFB/88 - tentativa de superação da clássica “desnecessidade de enfrentamento de todos os argumentos pelas partes”, tese que sempre foi inconstitucional – e a previsibilidade argumentativa imposta aos juízes, visa a interrupção da loteria de julgados, o que não significa petrificação do direito, tendo em vista as inúmeras soluções apresentadas pela teoria geral do precedente para lhe conferir dinamicidade.

6 CONCLUSÃO

As pertinentes considerações de mudança do mundo, mormente pelo atual modelo de enxurrada das informações em uma velocidade díspar, tem íntima influência no ordenamento jurídico, seja com a superação de velhas dicotomias rígidas, seja pela necessária reestruturação das respostas do Poder Judiciário à sociedade – o que passa por uma alteração sistêmica no instrumento de concretização do direito material -.

Não obstante toda a diferenciação quanto ao nascimento, visualiza-se nos dias atuais um movimento de constante aproximação. Isso ocorre principalmente pela desnaturação de ambas as famílias, que outrora possuíam uma estrutura pouco flexível. Dentro desta perspectiva, os precedentes judiciais no Brasil têm sido cada vez mais valorizados, dentro de um guia hermenêutico que ressalta a fundamentação e a previsibilidade das decisões (o que não significa imutabilidade).

A uniformidade e a estabilidade como característica primeira do *stare decisis* não o torna incompatível com a possibilidade de superação de precedentes anteriores, desde que haja motivo plausível e justificado para isso. Impedir o *overruling* ou o *distinguish* seria impedir a própria evolução natural do direito. Tal consideração afasta completamente a argumentação de suposto engessamento causado pela teoria dos precedentes, tornando-a apta a efetivar a Constituição.

A força normativa da CRFB/88 tem uma ligação íntima com os precedentes. A posição de destaque do Poder Judiciário na modernidade deve-se a sua função de garantidor contra rupturas do sistema constitucional, preservando-se a sua congruência e normatividade. Tal função é incompatível com a possibilidade de entendimentos absolutamente distintos em temas constitucionais por um mesmo tribunal em um curto espaço de tempo. Considerar a inexistência de respostas corretas pelo julgador, seria cair em um realismo passivo, que desconsidera a Constituição como força que altera e que faz alterar. Força que muda, mas que também é caracterizada pela realidade política e social.

Nesse viés, ao considerarmos o comando constitucional de respeito ao contraditório nos processos judiciais e administrativos, previsto no art.5º inciso LV da CRFB/88, e a natureza dialética do desenvolvimento dos procedimentos processuais, pode-se perceber que o precedente é altamente positivo para a preservação desta garantia, tendo em vista que sua essência exige que casos iguais sejam tratados da mesma forma (*treat like cases alike*), proporcionando uma previsibilidade acerca da tese adotada pelo poder judiciário. Dentro desta

percepção, se a parte considerar ser um caso de *overruling* ou *distinguish*, voltará sua tese para a desconstrução da argumentação jurídica comumente adotada pelas cortes, realizando a natural (e necessária) evolução do Direito. Nesse sentido, a própria relação entre o advogado e cliente será qualitativamente incrementada, uma vez que o profissional poderá orientar com mais segurança, contribuindo para uma maior pacificação dos conflitos sociais e uma possível diminuição de litígios.

Ademais, a previsibilidade atribuída ao sistema pelos precedentes poderá contribuir para uma possibilidade de definição das partes sobre as provas que estas devem produzir. A tentativa do projeto do Novo Código de Processo Civil é tornar o processo mais democrático e aberto ao debate.

O problema, contudo, é que o ambiente decisório hoje pode dificultar o emprego destas técnicas de superação de precedentes, reduzir o diálogo e dificultar o caminhar à concretização da modernidade. É imprescindível, portanto, que ao incorporar esta técnica alienígena, olhemos para o nosso ordenamento e visualizemos quais os “vícios” de fundamentação que estão em manifesto conflito com a lógica dos precedentes e até mesmo com a CRFB/88.

Assim, considerando-se que o problema é estrutural e não recente (embora tenha sido agravado pelo aumento exponencial de demandas), é necessário promover-se uma reforma em todo o sistema judiciário brasileiro (a começar por uma maior quantidade de servidores públicos e magistrados). É imperioso dar ao Poder Judiciário meios efetivos para prestar a tutela jurisdicional de forma qualitativa.

À guisa de conclusão, percebe-se que tanto o *Common Law*, quanto o *Civil Law* tem convergido para um ponto comum. Assim, valorizar os precedentes parece ser uma das interessantes alternativas à crise do Poder Judiciário (além de uma tendência inevitável), mas seria ilusão achar que esta medida por si só resolverá os problemas estruturais. Não é apenas o processo que precisa mudar, o Poder Judiciário também precisa.

Para além disso, o fato do Estado brasileiro ainda não ter resolvido seus problemas políticos e sociais demonstra que não se deve prescindir de um constitucionalismo voltado à força normativa da constituição. Os mecanismos dispostos no texto constitucional devem servir de barreira normativa contra os decisionismos, impedindo a descaracterização da Constituição como guia transformador. O mero traslado de teorias alienígenas sem o cuidado necessário, faz incorrer em equívoco corrente na história brasileira. Tais considerações demonstram que o

intérprete jamais deve interpretar o texto constitucional à luz de regras infraconstitucionais (v.g. como é corrente no processo penal).

Dessa forma, o novo CPC deixa sonhar com um processo mais democrático e fundamentado, obedecendo as matrizes fundamentais da Constituição. Para tal desiderato, é necessário que a doutrina crítica saia das sombras em que jaz adormecida, que os magistrados passem a incorporar verdadeiramente a Constituição como epicentro de suas decisões e não apenas façam uso de seus dispositivos de forma casuística e pouco compromissada com um discurso constitucional sério; que os precedentes não sejam aplicados de qualquer forma; e que as sentenças não mais sejam sentenças *prêt-à-porter*, mas respostas que atendam as perspectivas de qualidade do jurisdicionado. Existe forte esperança de que o novo CPC traga as inovações democráticas pretendidas, mas não depende só dele mudar a realidade jurídica do país.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico** - lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de F. P. Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

- GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e o tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo. Vol.1. 4.ed. São Paulo: RT, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- OLIVEIRA, Adriane Stoll de. **A codificação do Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3549>>. Acesso em: 18 mar. 2014.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Método, 2013.
- SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz, ABOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lênio. **Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”**. Revista Consultor Jurídico, 13 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 8 de abril de 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed., 2004.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de *et al.* **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro – Eficácia, Poder e função**. Rio Grande do Sul : Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedentes Judicial – Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. **Observações sobre os modelos processuais de *Civil Law* e de *Common Law***. Revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/junho, 2003.

TETLEY, William. **Mixed Jurisdictions: *Common Law* v. *Civil Law* (Codified and Uncodified)**. Rev. 2000. Disponível em:<<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol60/iss3/2>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

VYGOTSKY, L.S. **Pensamento e Linguagem**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.