

# SÚMULAS E PRECEDENTES VINCULANTES. POSSIBILIDADE PARADOXAL DE EXCLUSÃO SOCIAL DECORRENTE DE SUA APLICAÇÃO SUPERFICIAL

Bruno Oliveira Pinheiro<sup>1</sup>

Claudio José Amaral Bahia<sup>2</sup>

Luiz Felipe Ferreira dos Santos<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objeto a análise do instituto da súmula e precedentes vinculantes e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, instituto que, para alguns, guardaria certa equivalência com a teoria dos precedentes do *common law*. Aborda-se os sistemas jurídicos ocidentais para após realizar-se uma abordagem da acerca da diferença entre os precedentes judiciais e súmulas vinculantes, reafirmando a assertiva do caráter de norma geral e abstrata desta, que se manifesta tão somente pelos seus enunciados genéricos, e não especificamente pelo conteúdo ou fundamentos que edificaram determinada decisão – *ratio decidendi*. Nessa perspectiva, exsurge a abordagem da súmula e precedente vinculantes como fatores de exclusão social

---

<sup>1</sup> Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru – ITE. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Especialista em Direito Empresarial pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - Gvlaw. Advogado.

<sup>2</sup> Doutor em Direito do Estado, sub-área Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Centro Universitário de Bauru e da Faculdade Itéana de Botucatu. Advogado

<sup>3</sup> Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru – ITE. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade Prof. Damásio de Jesus. Advogado.

no caso de aplicação incorreta ou incompleta. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo e de pesquisa bibliográfica, o artigo foi estruturado em três partes principais: a conceituação do *civil law* e *common law*, a aplicação das súmulas vinculantes e a factível exclusão social que sua aplicação incorreta ou incompleta podem ocasionar.

Palavras-Chave: Civil Law e common Law - Stare decisis - Súmula Vinculante - Precedente judicial. Exclusão social.

BINDING SUMMARY AND PRECEDENTS. THE PARADOXAL SOCIAL EXCLUSION ARISING FROM THE SUPERFICIAL APPLICATION.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the institute's summary and binding precedents and their effects on the Brazilian legal system, an institute that, for some, would retain a certain equivalence with the precedent theory of common law. Western legal systems are approached so that after taking an approach to the difference between the judicial precedents and binding precedents, reaffirming the assertion of the general and abstract character of this, which is manifested only by its generic statements, and not specifically for the content or fundamentals that built a given decision - ratio decidendi. In this perspective, the approach of the binding precedent and precedent as factors of social exclusion in the case of incorrect or incomplete application is exaggerated. Using the hypothetical-deductive method and bibliographic research, the article was structured in three main parts: the conceptualization of civil law and common law, the application of binding statements and the feasible social exclusion that its incorrect or incomplete application can cause.

Keywords: Civil Law and common Law - Stare decisis - Binding Summary - judicial precedent. Social exclusion.

Sumário: Introdução; 2. Sistemas jurídicos ocidentais: *common law* e *civil law*; 2.1. Apresentação. 2.2. Teoria do *stare decisis* e precedente judicial; 4. Precedentes vinculatórios e Súmulas vinculantes; 3. A aplicação superficial da súmula e jurisprudência vinculantes e a exclusão social decorrente da ofensa ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal; 4. Conclusões.

## 1 INTRODUÇÃO



A origem do Direito é comum à do próprio homem, em especial quando sobreposta sua característica de sociabilidade, destinando-se, grosso modo, a efetuar a organização das relações, proporcionando as condições necessárias para o equilíbrio da existência e da realização dos cidadãos e de sua dignidade.

O Direito, insista-se (na acepção de conjunto normativo que visa regular e harmonizar o comportamento humano), surge e se mostra necessário a partir do momento em que o homem vive em sociedade, ou seja, que se relaciona e interage com seus pares, situação que é bem nos ilustrada na fábula de há muito escrita por Daniel Dafoe, denominada “*As Aventuras de Robinson Crusó*”, que, enquanto isolado, não experimentou a necessidade de normas previamente fixadas. Ao dividir sua ilha, tudo mudou radicalmente.

Depreende-se que, embora os homens sejam iguais diante da dignidade de sua pertença, não o são quanto suas ideias, premissas e interesses: como indivíduo e ser autônomo, o homem procura realizar suas oportunidades conforme seus anseios próprios (e nem sempre o faz por meios honestos ou processos legais).

Se o Direito visa regular as relações entre seres humanos, inegável se apresenta que seu desiderato não pode ser cumprido de qualquer maneira, razão pela qual parte-se da premissa de que

sua atuação, dentre tantas outras vertentes estudadas e apontadas diante de seu caráter multifacetário, deve se aproximar o máximo possível dos ideais de justiça<sup>4</sup>. A reflexão sobre a justiça sempre ocupou lugar preponderante no pensamento humanístico, não sendo diferente na contemporaneidade, reoxigenando-se sua discussão em face aos direitos do homem, seja em sua face individual seja em sua face coletiva, não se deslembrando que a célebre frase cunhada por Del Vecchio, na obra *Introdução à Ciência do Direito*: “(...) a noção de justo é a pedra angular de todo o edifício jurídico”.

Poder-se-ia tratar muito sobre justiça, com conceitos mais verticalizados. Falar-se sobre a justiça nas diferentes concepções aristotélica, utilitarista, de Emmanuel Kant ou outros<sup>5</sup>. Contudo, em vista do corte epistemológico necessário, trata-se da justiça como conformidade com o direito posto e como igualdade e proporção.

A busca pelo ideal de justiça conduziu a doutrina a repensar também o direito processual, mais precisamente no que tange à sua efetividade, a fim de cumprir, satisfatoriamente o mister assumido em face do monopólio estatal na solução de conflitos, materializando a proteção dos direitos fundamentais dos jurisdicionados<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 71-72: “[...] A justiça se diz em dois sentidos: como conformidade ao direito (*jus*, em latim) e como igualdade e proporção. ‘Não é justo’, diz a criança que tem menos que as outras, ou menos do que julga lhe caber; e dirá a mesma coisa a seu amiguinho que trapaceia – nem que seja para restabelecer uma igualdade entre eles –, não respeitando as regras, escritas ou não-escritas, do jogo que os une e os opõe. Do mesmo modo, os adultos julgarão injustas tanto a diferença demasiado gritante das riquezas (é nesse sentido sobretudo que se fala de justiça social) quanto a transgressão da lei (que a justiça, isto é, no caso, a instituição judiciária, terá de conhecer e julgar). O justo, inversamente, será aquele que não viola a lei nem os interesses legítimos de outrem, nem o direito (em geral) nem os direitos (dos particulares), em suma, aquele que só fica com a sua parte dos bens, explica Aristóteles, e com toda a sua parte dos males [...]”.

<sup>5</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Marias e Maria Alice Máximo. 22ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

<sup>6</sup> ZOLLINGER, *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: Podivm,

Exemplo disso são as importantíssimas ondas capitaneadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na festejada obra ‘Acesso à justiça’<sup>7</sup>, grosso modo, assim divididas: (a) primeira onda, condizente com a necessidade de concessão de assistência judiciária aos vulneráveis econômicos, a fim de que a ausência de maiores riquezas materiais não se torne numa dupla punição, afastando-os da concretização do mínimo existencial constitucionalmente garantido; (b) segunda onda, atinente a tutela dos interesses difusos (crianças e adolescentes, consumidores, meio ambiente); e, (c) terceira onda, relacionada a necessidade de que sejam pensadas e instituídas técnicas processuais adequadas a materialização dos direitos, além de enfatizar a necessidade de melhor lapidar estudantes e aplicadores do direito, não se perdendo de vista, ainda, que Kim Economides defende uma quarta onda, destinada ao agir ético daqueles que militam na seara jurídica<sup>8</sup>.

---

2006, p. 37-42: “[...] A doutrina atualmente compartilha o entendimento de que os direitos fundamentais apresentam duas dimensões – subjetiva e objetiva – sendo esta última especificamente importante para o desenvolvimento da categoria ‘deveres de proteção’ a partir da qual intentar-se-á compreender a proteção preventiva de direitos fundamentais [...]. A teoria do dever de proteção, ensejada pela perspectiva objetiva, vem impor ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais contra agressões e ameaças providas de terceiros, ou seja, extrapola-se a concepção tradicional de abstenção do Estado para concebê-lo também como obrigado a proteger e a promover efetivamente e positivamente os direitos fundamentais [...]. Esse dever de proteção dirige-se às atividades legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado. O legislador deve editar normas, inclusive penais e processuais, que dispensem tutela especificamente preventiva aos direitos fundamentais. À administração, por sua vez, incumbe agir materialmente prevenindo e reparando lesões perpetradas por particulares contra os direitos fundamentais. Por fim, o Poder Judiciário tem o dever de, na prestação da tutela jurisdicional, adotar exegese normativa mais consentânea com a Constituição e que confira maior efetividade às disposições de direitos fundamentais, bem como exercer o dever de correção e aperfeiçoamento da legislação quando se trata de proteger os direitos fundamentais. Assim, o Estado deve assegurar em toda a sua atuação uma proteção ampla e efetiva aos direitos fundamentais [...]”.

<sup>7</sup> CAPPELETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 1998.

<sup>8</sup> ECONOMIDES, Kim. *Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia*. In: *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999

Realizando-se o necessário corte metodológico, tem-se que a discussão travada ao longo deste trabalho, sem excluir as demais, mostra-se mais consentânea em relação a nominada terceira onda, ou seja, está atrelada, com mais ênfase, a criação, utilização e eficácia de técnicas processuais adequadas à consecução dos direitos basilares dos cidadãos, aumentando-lhes a segurança quanto a solução dos impasses que a vida em sociedade apresenta.

É preciso que as decisões judiciais sejam, dentro daquilo que é factível, estáveis<sup>9</sup>, coerentes e previsíveis, solucionando, similarmente, os conflitos de interesses similares (a redundância se faz necessária), na tentativa de afastar a ideia de ‘loteria’ que ainda permeia não apenas imaginário das pessoas, mas, infelizmente, seu dia a dia, tendo em vista a existência exponencial de soluções manifestamente díspares acopladas a casos que exigiram a mesma razão de decidir.

Nesse passo, e dentre as recorrentes e intensas reformas que ocorreram no ordenamento jurídico brasileiro no campo processual, percebe-se e comenta-se, de algum tempo, a tendência legislativa de renovação das anteriores diretrizes instrumentais<sup>10</sup>, mediante a incorporação de institutos jurídicos a princípio

---

<sup>9</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5.ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 283-284: “[...] Finalmente, o terceiro momento é a *estabilidade* do direito (permanência, durabilidade). O direito não deve poder ser alterado com ligeireza. Uma legislação de oportunidade não assegura uma aplicação uniforme e fiável. É evidente que a exigência de estabilidade do direito conduz a um conflito de fins no seio da ideia de direito. Do ponto de vista da justiça material, uma lei defeituosa deve ser, com a possível brevidade, substituída por outra melhor. Mas a justiça também não pode tolerar uma constante alteração da legislação, pois ela terá como efeito a falta de uniformidade na aplicação do direito e, com isso, a injustiça. A paz jurídica apenas pode existir quando o direito é, de forma ótima, previsível, calculável [...]”.

<sup>10</sup> JOBIM, Marco Félix. *Teoria, História e Processo* – com referências ao CPC/2015. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 112: “[...] O Código de Processo Civil, ou Código Buzaid, ou Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, com início de vigência em 1.º de janeiro de 1974, conforme artigo 1.220, foi sendo, num primeiro momento, a passos lentos, ultrapassado, até que, em razão da evolução social, política e jurídica, em especial conquistadas pela Constituição Federal de 1988, restou atropelado em

incomuns a tradição jurídica brasileira.

Esse dinamismo com que se tratam as leis processuais pode ser vislumbrado em face o anterior Código de Processo Civil de 1973 que, embora elogiado pela substancial melhora em relação ao seu antecessor de 1939, sofreu inúmeras alterações antes de sair de cena, inclusive para atender a nova ordem constitucional inaugurada em 1988.

Destacam-se, exemplificativamente, as mudanças havidas quanto ao agravo de instrumento, tutelas de urgência, monitória, execução e cumprimento de sentença, recursos repetitivos e seus respectivos mecanismos de repercussão geral e representativos da controvérsia, fungibilidade entre cautelar e antecipação da tutela, dentre inúmeros outros; todavia, foi com a edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004 que eclodiu verdadeiro rompimento paradigmático (ao menos teoricamente), em especial, pela criação da chamada Súmula Vinculante, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Essa aproximação acabou por evoluir a criação de mecanismos ou a releitura dos existentes, visando a concessão de maior prestígio as decisões colegiadas superiores, citando-se, *ad exemplum*, a releitura feita pelo Supremo Tribunal Federal do art. 52, X, da Constituição Federal, outorgando efeito vinculante as decisões proferidas em sede de controle difuso<sup>11</sup>.

Acompanhando a batida constitucional e mesmo apresentando questionável dificuldade em diferenciar súmulas, precedentes, posicionamentos e, orientações, o novel Código de Processo Civil albergou a necessidade de que as decisões proferidas pelos Sodalícios Superiores se mostrem de observação (e

---

termos de uma lei contemporânea, sendo que diversas reformas foram sendo implementadas ao longo das últimas décadas, lembrando José Carlos Teixeira Giorgis algumas daquelas ocorridas na década de 90 e foram cada vez mais modificando o texto processual, passando por diversas outras reformas já no início do novo milênio, até iniciarem as tratativas de repensar um novo e contemporâneo Direito Processual Civil, com a elaboração de um novo Código [...]”.

<sup>11</sup> STF, Reclamação n.º 4.335-5/AC, Relator, o Ministro Gilmar Mendes.

respeito) obrigatório pelas demais instâncias jurisdicionais (além das outras funções do Poder), no afã de outorgar (maior) coerência e integridade ao sistema jurídico vigente.

Não se olvida, é verdade, que o rompimento noticiado linhas atrás não representa, exatamente, uma novidade criada em terras brasileiras, pois existe, de forma globalizada, uma nítida aproximação dos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, devida as novas tendências da ciência jurídica a partir do século XX<sup>12</sup> e, também, incidência dos movimentos constitucionais ao longo do tempo, situação que levou a doutrina a reconhecer a existência de jurisdições mistas<sup>13</sup> (*mixed jurisdictions*) e sistemas jurídicos sincréticos<sup>14</sup> (*mixed legal systems*).

---

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2.<sup>a</sup> ed., rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 28: “[...] Convém ressaltar que não é correto apresentar o *common law* tão somente como um direito não codificado de base tipicamente jurisprudencial. Em verdade, boa parte das regras de direito que se aplicam todos os dias na Inglaterra e nos Estados Unidos são regras sancionadas pelo Legislativo ou pelo Executivo. Inclusive, nos Estados Unidos, chega-se a falar de um fenômeno designado pelo neologismo de *staturification* do direito, em alusão ao termo *statute*, que significa lei em sentido formal [...]”.

<sup>13</sup> HASELOF, Fabíola Utzig. *Jurisdições mistas: um novo conceito de jurisdição*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 61-62; 63-64: “[...] Jurisdição mista, como resultado da mistura de sistemas dando origem a um sistema novo, autêntico, foi um fenômeno identificado há mais de cem anos, no início do século XX, quando F. P. Walton definiu que jurisdições mistas são sistemas legais nos quais a tradição romano-germânica foi permeada em algum nível pelo direito anglo-americano. (...) Apesar de o termo *mixed jurisdiction* haver sido cunhado com referência a uma mistura específica do *civil law* com o *common law*, para ser mais preciso, do *civil law* sendo permeado e pressionado pelo *common law*, atualmente observamos que a mesclagem de sistemas legais ocorre em nível muito maior, pois assim como o *civil law* adota institutos da *common law*, a situação recíproca também ocorre, e existem países que também ocorre, e existem países que também adotam a lei costumeira e as leis religiosas. Todas essas interações e integrações vão dar origem ao que pode ser definido em sentido amplo como sistemas que se misturam, se transformam e se distanciam do que havia antes. Entretanto, para que uma jurisdição seja reconhecida como mista é necessário que ocorra uma modificação mais significativa no seu sistema de administração da justiça do que simplesmente incorporar algum instituto de outra tradição[...]”.

<sup>14</sup> HASELOF, Fabíola Utzig. *Jurisdições mistas: um novo conceito de jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 66: “[...] A expressão sistema legal misto possui sentido mais amplo, que também pode sugerir a abrangência da jurisdição de países



Por outro lado, passados quase quinze anos de sua implementação, não parece que as Súmulas Vinculantes tenham logrado atingir os louros pretendido, bastando, para tanto, analisar-se o conteúdo de recente pronunciamento ofertado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, no encerramento do Seminário de Verão na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra<sup>15</sup>.

A adoção das Súmulas Vinculantes, não raras vezes, acaba por materializar distorções e contradições no sistema jurídico, malferindo a separação dos poderes, o devido processo legal<sup>16</sup>, e conseqüentemente, restringindo o acesso à justiça<sup>17</sup>, vez que não entrega ao jurisdicionado a tutela constitucionalmente adequada que lhe era devida.

Mesmo quando o resultado da vinculação se mostra materialmente compatível com a Constituição vigente, tal qual se verifica na Súmula Vinculante n.º 11 (proibição de inserção de

---

que se integram em blocos, sendo a União Europeia o exemplo mais notável e bem-sucedido até o presente momento. No âmbito da União Europeia, que se caracteriza pela liberdade de fluxo de pessoas, produtos, serviços e capitais, oriundos dos países integrantes do bloco, surgem inúmeras questões que necessitam ser decididas à luz de uma jurisdição de caráter supranacional. Nem poderia ser diferente de um sistema misto, porque necessita contemplar a diversidade das regras, tradições, culturas e valores dos países que integram esta comunidade [...].”

<sup>15</sup> <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/marco-aurelio-diz-que-existem-3-supremos-e-que-divergencia-mina-credibilidade.shtml> Acesso em 06 de julho de 2018.

<sup>16</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial e efetividade do processo*, in, “*O Processo na Constituição*”. Ives Gandra da Silva Martins e Eduardo Jobim (coord.), Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 277: “[...] O direito é a disciplina da convivência. As decisões judiciais não podem fugir dessa diretiva. Ou seja: é preciso visualizar o processo (e isso vale para todo e qualquer processo, como método de solução de conflitos, inclusive o administrativo) a partir de seus resultados e como instrumento apto a proporcionar decisões justas, razoáveis e proporcionais com a realidade [...]”.

<sup>17</sup> CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 4.ª edição revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 415: “[...] O direito de acção ou direito de agir em juízo terá de efectivar-se através de um processo equitativo. O processo, para ser equitativo deve, desde logo, compreender todos os direitos – direito de acção, direito ao processo, direito à decisão, direito à execução da decisão jurisdicional [...]”.

algemas sem justo motivo), percebe-se que sua construção não obedeceu, efetivamente, a determinação de eclosão sob diversas e reiteradas decisões<sup>18</sup>, eis que, em verdade, percebem-se apenas duas a concretamente fundamentá-la<sup>19</sup>, margeando de perigosa subjetividade sua criação<sup>20</sup> e, conseqüentemente, sua manutenção, alteração e extinção.

Não se pode permitir, também, que, sob a pretensa necessidade de obediência aos precedentes emanados das Supremas Cortes, em especial do STF, se cristalice de vez o abominável fenômeno da jurisprudência defensiva, por meio da qual se força a aplicação de súmulas e enunciados a situações que, em verdade, não se amoldam a eles perfeitamente, fazendo-se tábula rasa quanto a constitucional e democrática obrigação de motivar-se e demonstrar-se donde reside a similitude na razão de decidir entre os paradigmas postos em comparação.

Além do mais, a maneira pela qual se editam as Súmulas Vinculantes (e os enunciados formulados pelo Tribunais Superiores de um modo geral) se traveste de todas as características de texto legislativo, situação que acaba, indevida e inconstitucionalmente, subtraindo do Poder Legislativo a necessária discussão acerca da temática, ferindo por consequência tanto a separação dos poderes quanto o vetor democrático: estar-se-ia mi-grando do combatido 'juiz boca de lei' para um não menos

---

<sup>18</sup> 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 (com destaques nossos).

<sup>19</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>  
Acesso em 09 de julho de 2018.

<sup>20</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 170: “[...] se os tribunais não devem ser fixos, devem-no os julgamentos. A tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei. Fossem eles a opinião particular dos Juizes, e viver-se-ia na sociedade sem se saber precisamente quais os compromissos assumidos [...]”.

problemático ‘juiz boca de súmula’?

É preciso se ter em mente que a mera e simples importação de institutos exitosos em outros países não significa, necessária e imediatamente, que obtenham o mesmo sucesso em terras brasileiras<sup>21</sup>, eis que longe de representar uma aplicação de fórmula matemática<sup>22</sup>, o Direito acaba se imiscuindo com inúmeras variantes sociais e, em especial, com seu precípuo objeto de proteção: o ser humano!

## 2 SISTEMAS JURÍDICOS OCIDENTAIS: *COMMON LAW E CIVIL LAW*

### 2.1. APRESENTAÇÃO

Para que se possa fazer adequado juízo sobre a Súmula Vinculante, inclusive se realmente se assemelha a tradição jurídica precedentalista alienígena, mister uma breve explanação

---

<sup>21</sup> PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *Os precedentes judiciais e a razoável duração do processo: uma análise a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, pp. 15-16: “[...] A importância dada a codificação foi tão grande, que até hoje a produção legislativa é tradicionalmente considerada o grande elemento diferenciador entre *civil law* e *common law*. De fato, a codificação exerce papel essencial nos países de tradição romano-germânica até os dias atuais, mas um dos fatores que diferencia o *civil law* do *common law* é a pretensão exercida pelos códigos. No *civil law*, ele objetiva a completude das situações jurídicas possíveis, enquanto que no *common law* não há essa pretensão. (...) Esta questão precisa ser levada em conta para os uso dos precedentes judiciais, em países que não desenvolveram esta técnica ao longo do tempo, não seja falho. Uma vez que a ideologia subjacente aos códigos é diferente, a lógica da aplicação precisa ser diferente. Um país de tradição romano-germânica não pode buscar nos precedentes judiciais uma fórmula de solucionar todas as questões jurídicas, da mesma forma que se buscou com a lei. O resultado seria igualmente falho [...]”.

<sup>22</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 67: “[...] Ora, na *civil law*, todos os precedentes têm força meramente persuasiva, pois a única ‘jurisprudência’ com vetor vinculante é a especialmente sumulada para esse fim. Assim se poder tomar em perspectiva a aberração que é, em um sistema de lei escrita como o brasileiro, confundir texto de julgado com texto de lei, e conferir a um precedente qualquer a qualidade de fundamentar isoladamente uma decisão judicial [...]”.

quanto aos respectivos sistemas jurídicos ocidentais em diálogos, quais sejam, o *common law*<sup>23</sup> e o *civil law*, sendo que, em relação ao primeiro, por uma questão metodológica, adotar-seão como indicadores, os modelos inglês e estadunidense, haja vista que em cada país onde é utilizado, verificam-se peculiaridades próprias, como, aliás, não poderia deixar de ser.

O *common law* caracteriza-se por privilegiar a força dos costumes e das decisões judiciais no que diz respeito a normatização da vida civil e a atividade de pacificação dos conflitos de interesses apresentados, deixando a lei como fonte de segundo plano<sup>24</sup>: nesse modelo, pode-se afirmar que o surgimento do Direito está necessariamente atrelado a apresentação de um conflito anterior para ser resolvido, não tendo por desígnio a prefixação de normas gerais e abstratas de condutas futuras que a ele seriam aplicadas<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 8.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 207: “[...] Dá-se o nome de *common law* ao sistema jurídico que foi elaborado na Inglaterra a partir do século XII pelas decisões das jurisdições reais. Manteve-se e desenvolveu-se até os nossos dias, e além disso impôs-se na maior parte dos países de língua inglesa, designadamente nos Estados Unidos, Canadá, Austrália, etc. [...]”.

<sup>24</sup> Streck e Abboud alertam que não é correto apresentar o *common law* tão somente como um direito não codificado de base tipicamente jurisprudencial. Em verdade, boa parte das regras de direito que se aplicam todos os dias na Inglaterra e nos Estados Unidos são regras sancionadas pelo Legislativo ou Executivo. Inclusive, nos Estados Unidos, chega-se a falar de um fenômeno designado pelo neologismo de *staturification* do direito, em alusão ao termo *statute*, que significa lei em sentido formal. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - Precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Lenio Luiz Streck. Georges Abboud. - 3ª rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015. p. 29

<sup>25</sup> BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: em estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25: “[...] Isto é: a técnica utilizada pelos juizes ingleses para chegar à solução final em um caso concreto, ao menos no período de consolidação do *common law*, não consistia em compreender o ‘espírito’ de atos legislativos de caráter geral e abstrato, mas em verificar a adequação do julgamento jurídico a um conjunto de requisitos de ordem formal – como a ampla defesa, a isenção do júri, a livre produção de provas. Tais requisitos, antes de tudo garantias, não deixavam de representar significativas restrições ao poder soberano, pois fixavam procedimentos a serem seguidos para obter um *fair trial* [...]”.

O sistema de *common law*, de origem inglesa<sup>26</sup>, surgiu como sobreposição do posicionamento jurídico das cortes reais, haja vista de tratar-se de regime monárquico, sobre os costumes vivenciados nas diversas localidades do reino, os quais, pelas discrepâncias que os constituíam, não tinham o condão de servir como “direito comum” a todos (situação que vigeu até a conquista normanda em 1066): em resumo, e num momento em que o feudalismo era marcante, o rei, como o senhor dos senhores, passa a se imiscuir nas contendas locais, por intermédio de juízes por ele designados<sup>27</sup>.

Durante o período de sua consolidação, evidenciou-se um crescente e preocupante poder adstrito as mãos do monarca, situação essa que eclodiu numa série de exigências levadas a efeito pela nobreza, visando justamente a contenção e/ou

---

<sup>26</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pp. 351; 353: “[...] Todo o 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. (...) Tecnicamente falando, o direito inglês está limitado, no seu domínio de aplicação, à Inglaterra e ao País de Gales. Não é nem o direito do Reino Unido, nem mesmo o da Grã-Bretanha, visto que a Irlanda do Norte, por um lado, a Escócia e as Ilhas do Canal da Mancha e a Ilha de Man, por outro, não estão submetidas ao direito ‘inglês’. Observar-se-á o contraste entre esta estrita concepção do direito inglês, considerado como um corpo de regras juridicamente obrigatórias, e a universalidade do mesmo direito, considerado como um modelo para uma grande parte da humanidade. Na verdade, o direito inglês ocupa um lugar proeminente na família da *common law*. Não foi somente na Inglaterra que historicamente se formou a *common law*; mas o direito inglês continua nos nossos dias, para numerosos países, a constituir um modelo, do qual podem se afastar em certos pontos e certos domínios, mas que continuam, de modo geral, a levar em consideração e a respeitar [...]”.

<sup>27</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 4.ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 65: “[...] A própria Magna Carta, de 1215, do reinado de João Sem Terra, filho de Henrique II, é uma reação dos barões à extensão de poderes das cortes régias. Com o tempo, a corte do rei inglês se especializa em seções: o *Saccarium* ou *Court of Exchequer* para questões de rendas e tributos, *Court of Common Pleas* para as questões comuns de terra, *King’s Bench* para os crimes contra a paz do Rei. Essa última seguia o rei nas suas peregrinações pela Ilha e só no século XVI fixa-se em Westminster. Os costumes subsistem como *Lex Mercatoria* (dos *ped powder*, os mercadores de pés empoeirados, pois viviam viajando) e como *borough customs* [...]”.

limitação da atuação régia, inicialmente materializada na tão conhecida e decantada *Magna Charta Libertatum* de 1215<sup>28</sup>, consolidando-se, ao depois, quando da Revolução Gloriosa de 1688, sendo que uma das imposições mais importantes nesse cotejo determinava que o rei se submetesse as leis, ao Parlamento e ao próprio sistema de *common law* e seus precedentes<sup>29</sup>.

Embora se levasse em consideração as condições vivenciadas nas respectivas localidades, a verdade é que a *common law* inglesa aplicava-se as Colônias (*Calvin's case*), incluindo-se dentre elas, as 13 (treze) que, declarando-se independentes, tornaram-se os Estados Unidos da América em 1776<sup>30</sup>.

Quadra aqui fazer-se uma digressão em face das

---

<sup>28</sup> Cf. *Magna Charta Libertatum*, outorgada no longínquo 15 de junho de 1215 por intermédio do conhecidíssimo João Sem-Terra, a qual se encontra em vigor até os dias atuais Item 12: A não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento de nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres. Item 20: A multa a ser paga por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcional à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcional ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator (*contenementum*); a mesma regra valerá para as multas a aplicar a um comerciante e a um vilão, ressaltando-se para aquele a sua mercadoria e para esse a sua lavoura; e, em todos os casos, as multas serão fixadas por um júri de vizinhos honestos.

<sup>29</sup> Estatuto de Westminster de 1285.

<sup>30</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito nos EUA*. 1.<sup>a</sup> edição. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 59: “[...] No que concerne, ainda, às ligações da Inglaterra com os EUA, importa observar que a adaptação e a recepção da *Common Law* inglesa nos EUA não se fizeram de maneira automática. As realidades de um país do Novo Mundo, com as extensões continentais dos EUA, não poderiam permitir a recepção de institutos concebidos para uma sociedade cercada de água por todos os lados e profundamente enraizados numa divisão feudal, como é o caso do direito agrário (*land law*); por tais razões, os institutos como a primogenitura, que é a base do sistema hereditário na Inglaterra, nunca tiveram qualquer aceitação nos EUA. Outra diferença notável é o fato de os EUA terem sido formados sob a égide da liberdade de culto religioso, numa fase histórica em que a *equity* já estava laicizada nos tribunais que a aplicavam; isso posto, a influência do direito declarado pelos tribunais quase-eclésiásticos do Chanceler do Rei, a *equity* (antes ou após a Reforma anglicana), teve uma influência relativa sobre o direito norte-americano como um todo [...]”.

particularidades que norteiam o sistema estadunidense<sup>31</sup>, haja vista a necessidade de preservação do federalismo<sup>32</sup>, da existência de um controle de constitucionalidade dos atos praticados pelas funções do poder<sup>33</sup>, bem como a inserção do sistemas de freios e contrapesos<sup>34</sup>, buscando que tais, embora independentes, apresentem a necessária harmonia à devida condução estatal<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. “[...] Nos Estados Unidos, o Common Law é utilizado, salvo no Estado da Louisiana, em toda a sua extensão territorial, sendo que, inclusive, a tradição se mostra transfronteiriça, pois também pode ser encontrado em ordenamentos jurídicos como o da Índia, do País de Gales e da Irlanda [...]”.

<sup>32</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª. edição. São Paulo: Editora Saraiva, p. 246: “[...] quando se criou a primeira Federação conhecida, a americana, o que se tratou de resolver na época era o problema resultante da convivência entre si das 13 colônias inglesas tornadas Estados independentes e desejosas de adotarem uma forma de poder político unificado. De outra parte, não queriam perder a independência, a individualidade, a liberdade e a soberania que tinham acabado de conquistar [...]”.

<sup>33</sup> NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: analisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 25: “[...] Decir que una norma es válida, en este sentido, quiere decir que la norma debe ser aplicada y observada, que tiene fuerza obligatoria, que sirve de razón para justificar una acción o decisión. Veamos, entonces, hasta qué punto la Constitución concebida como práctica social de reconocimiento es relevante para fundamentar la validez de las demás normas del sistema jurídico. Este punto es sumamente importante porque encierra la respuesta más generalizada entre juristas, jueces y filósofos acerca de la relevancia de la Constitución para el razonamiento práctico. Por ejemplo, el juez Marshall en el famoso caso norteamericano ‘Marbury v. Madison’, que estableció el control judicial de constitucionalidad, sostenía que la Constitución no es sólo la ley suprema sino que sirve también para establecer cuáles otras leyes son obligatorias para los jueces [...]”.

<sup>34</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes*, p. 13: “[...] O estabelecimento de freios e contrapesos serve ao fim inspirador do princípio – limitação do poder – constituindo, portanto, antes instrumento jurídico-institucional que visa a impedir que um poder se sobreponha ao outro, do que a propiciar a interferência, sobretudo política, de um poder sobre o outro [...]”.

<sup>35</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 77: “[...] Nesse contexto, a jurisdição é exercida por juizes e tribunais federais e estaduais, cujas decisões, porém, se submetem ao crivo da constitucionalidade e, portanto, a um processo de uniformização de princípios e regras gerais, constituindo atividade essencialmente política, na medida que diz com a emanção da vontade do Estado

O contraponto básico, assim, ao sistema inglês foi a promulgação da Constituição de 1787, tornando-se referido documento fonte primaz do direito; entretantes, a utilização dos precedentes judiciais é algo inerente ao sistema jurídico norte-americano, tendo, em sua Suprema Corte Federal<sup>36</sup>, o ponto sede de tais importantíssimos posicionamentos.

Toni M. Fine, pró-reitora na *Fordham Law School*, da cidade de Nova York, pondera que: “[...] os sistemas de *common law*, como no caso dos Estados Unidos, são diferentes dos sistemas de *civil law*, como é o caso da Europa Ocidental, uma vez que no primeiro decisões judiciais constituem importante fonte de direito, sendo utilizadas como precedentes que normalmente possuem efeito vinculante na decisão de casos futuros. O *common law* pode ser entendido como o direito desenvolvido pelos juízes, em vez de corporificado em um corpo de normas codificadas, como ocorre nos sistemas de *civil law* [...]”<sup>37</sup>.

Apresentada, ainda que sumariamente, a compostura do *common law*, passa-se a análise do seu contraponto, qual seja, o denominado sistema *civil law* ou romano-germânico<sup>38</sup>, em face da inequívoca influência que o direito desenvolvido na Roma antiga teve para sua criação, sendo o embrião da ideia de que ao juiz somente se poderia atribuir função de aplicar da lei, jamais

---

relativamente à condução da sociedade como um todo e, o que é peculiar nesse sistema, insuscetível de sofrer restrição ou alteração pelos outros poderes, já que ao Supremo Tribunal Federal é que compete o exame da adequação de todos os atos do poder público ao comando constitucional [...]”.

<sup>36</sup> FREIRE, Alonso. *Suprema Corte dos Estados Unidos*. In: BRANDÃO, Rodrigo (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Editora JusPodium, 2017, p. 307: “[...] Atualmente, a Suprema Corte dos Estados Unidos é considerada uma das mais influentes do mundo, ao lado do Tribunal Constitucional Federal alemão. Nos dias atuais, não há dúvidas de que uma decisão da Suprema Corte americana tem importância para o mundo. Ela cria um precedente persuasivo, seja ele positivo ou negativo. Suas decisões reconhecendo direito de minorias são muitas vezes mais festejadas que as já tomadas por Cortes Nacionais [...]”.

<sup>37</sup> FINE, Toni. F. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 67.

<sup>38</sup> STRAZ, Murilo. *Aportes à desmistificação do art. 927 do Código de Processo Civil*. Revista de Processo. vol. 269. ano 42. São Paulo. Ed. RT. julho 2017. p. 445



criá-la.

Nos primórdios de sua existência<sup>39</sup>, mais precisamente no período Monárquico, Roma se vale dos costumes e da religião como ordem jurídica; as primeiras leis escritas, destacando-se a conhecida Lei das XII Tábuas<sup>40</sup>, aparecem na chamada República, realizando-se a codificação das normas consuetudinárias.

Por fim, durante o Império, assenta-se aquele que por muitos é considerado o maior legado romano, qual seja, o denominado de *Corpus Juris Civilis*, por obra do Imperador Justiniano<sup>41</sup>, sendo que tal corpo não representa exatamente o que hoje se entende por codificação legislativa, tratando-se mais de uma compilação, materializada na reunião de diversos textos existentes num único tomo.

Entretanto, apresentando característica que até hoje é ínsita a *civil law*, a compilação justiniana tinha a pretensão de

---

<sup>39</sup> ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPPEL, Vitor Frederico. *História da Cultura Jurídica: o Direito em Roma*. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 21: “[...] a construção do Direito romano se insere em um longo processo histórico, cujas raízes se encontram no período da realeza ou Monarquia (753-509 a.C), passam pela República (509-31 a.C.) e se concretizam no Império (31 a.C.-476 d.C.). Nesse longo período, o Direito romano, inicialmente fundado nas práticas costumeiras e religiosas, com o aumento sucessivo da complexidade social, passa por processos de transformação até ser fixado no *Corpus Juris Civilis*, uma coletânea de textos jurídicos organizada em 533 d.C. por ordem do Imperador Justiniano [...]”.

<sup>40</sup> ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPPEL, Vitor Frederico. *História da Cultura Jurídica: o Direito em Roma*. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 25: “[...] A redação da Lei das XII Tábuas representa uma conquista dos plebeus, especialmente porque divulga para todos as regras e os mandamentos, que antes eram conhecidos apenas pelos patrícios e pontífices. Além disso, a redução do Direito consuetudinário no Direito escrito possibilita que a tradição (os costumes favoráveis aos patrícios) seja flexibilizada, por intermédio de decisões e regras de interpretação favoráveis à plebe [...]”.

<sup>41</sup> ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. 3.<sup>a</sup> edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 99-100: “[...] Em 528 d. C. Justiniano formou uma comissão de dez juristas com a finalidade de, numa primeira etapa, elaborar uma compilação de todas as leis (*leges*) ou direito novo (*jus novus*), leis e costumes imperiais mais importantes, e, ao depois, apresentar uma codificação conjunta de todo o Direito Romano, contendo tanto as *leges* com os *jura* (direito velho), ou seja, os ensinamentos, doutrinas e jurisprudência até então existentes e espalhados pelos quatro cantos do Império [...]”.

solucionar todos os futuros conflitos de interesses, dispensando a realização de comentários e interpretações acerca de suas disposições, de modo que ao juiz somente cabia a aplicação da lei e nada mais; a expansão do direito romano se deu também com o desenvolvimento das universidades, em especial a partir do final século XI, destacando-se a de Bolonha, na Itália, de onde partiram vários juristas que disseminaram o aludido sistema jurídico em seus países de origem, aumentando sua incidência e aplicação.

Avançando-se no tempo, não se pode deixar de mencionar o fato de que a Revolução Francesa<sup>42</sup>, encampando e adequando as premissas romanistas, teve papel fundamental na consolidação da *civil law*, tendo em vista a hipertrofia por ela concedida ao Parlamento<sup>43</sup>, em combate a monarquia absolutista vigente, resultando daí uma prevalência pela edição de leis e códigos<sup>44</sup>, prevalência essa que acabou chegando até o Brasil, por

---

<sup>42</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 52: “[...] Em el espíritu de la Revolución francesa, la proclamación de los derechos servía para fundamentar una nueva concepción del poder estatal, determinando sus condiciones de legitimidade sobre la base de una orientación liberal. La *Declaración* no era propriamente derecho positivo, sino um “reconocimiento” de las “verdades” de una filosofía política, presentada como el espíritu común de toda una época, que pedía ser llevada del campo de la teoría al de la práctica. El objetivo que se perseguía era la demolición de las estructuras del *Ancien Régime* y la instauración del reino de la libertad y la igualdad jurídica em una sociedade que aún no conocía ni la uma ni la outra y que sólo habría podido conocerlas a través de uma profunda reforma de la legislación civil, penal y administrativa [...]”.

<sup>43</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5.<sup>a</sup> edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 46-47: “[...] Assim, conferiu-se o poder de criar o direito apenas ao Legislativo. A prestação judicial deveria se restringir à mera declaração da lei, deixando-se ao executivo a tarefa de executar as decisões judiciais. Para que se pudesse limitar o poder do juiz à declaração da lei, a legislação deveria ser clara e capaz de dar regulação a todas as situações conflitivas. Os Códigos deveriam ser claros, coerentes e completos. O medo do arbítrio judicial, derivado da experiência do *Ancien Régime*, não apenas exigia a separação entre o poder de criar o direito e poder de julgar, como também orientava a arquitetura legislativa. Além disso, o racionalismo exacerbado, típico da época, fazia acreditar que a tarefa judicial poderia ser a de apenas identificar a norma aplicável para a solução do litígio [...]”.

<sup>44</sup> GILISSEN, Jhon. *Introdução Histórica do Direito*. 3.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Fundação

intermédio das legislações portuguesas.

Enquanto na Inglaterra os juízes não foram considerados *persona non grata*, a verdade é que durante o *Ancient Regime*, os magistrados, galgados ao cargo por aquisição ou herança, se tornaram instrumentos de manutenção do estado de coisas que se visava combater, daí porque lhes foi terminantemente proibida qualquer espécie de atividade interpretativa, ainda que de pouca intensidade, limitando-se a repetir a dicção normativa estabelecida na codificação; na dúvida, deviam consultar o Legislativo, detentor da primazia e da autenticidade hermenêutica.

Nessa vertente, tem-se a adoção, como principal fonte do direito<sup>45</sup>, da lei, porquanto o aludido sistema foi (e continua sendo) baseado em preceitos previamente expressos, dotados de generalidade e abstração<sup>46</sup>, tendo por escopo resolver o maior número possível de conflitos futuros, resultando daí prévio catálogo de direitos e deveres, não havendo outro instrumento com amplos poderes para inovar a ordem jurídica.

Todavia, e em especial no caso brasileiro, tem-se que tal afirmação não se apresenta mais como absoluta, tendo em vista que, além das paulatinas alterações legislativas experimentadas nas últimas duas décadas, denotam-se intensos movimentos

---

Calouste Gulbenkian, p. 413: A Revolução Francesa deu origem a um direito muito individualista: o indivíduo goza do máximo de liberdade, tanto no domínio do direito privado como no domínio do direito público. Os grandes códigos da época Napoleônica cristalizavam o sistema individualista durante anos.”

<sup>45</sup> ADRAGÃO, Paulo Pulido. *Lições de História do Direito Romano, Peninsular e Português*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 65: “[...] A expressão ‘fontes do Direito’ é uma metáfora clássica, provavelmente introduzida na linguagem jurídica por Cícero e por Tito Lívio, e que acabou por nela se impor, apesar das críticas que lhe foram feitas, devido à sua plasticidade, e das tentativas da sua substituição por outras equivalentes, como ‘factos normativos’ ou ‘factos de produção normativa’. A ‘fonte’ e o local de onde a água (o ‘Direito’ e/ou os ‘direitos’) mana e se recolhe com facilidade [...]”.

<sup>46</sup> VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 219: “[...] No sistema legal da *Civil Law*, a lei é a única fonte primária do direito, isto é, é a autoridade máxima para expressá-lo. Isso significa que, na busca do direito, a lei deve ser a primeira fonte a ser pesquisada [...]”.

jurisprudenciais levados a efeito pelo STF nesse sentido, podendo-se destacar, ainda que rapidamente, as decisões que acabaram por permitir o cumprimento “definitivo” da pena, em sede criminal, antes do trânsito em julgado da aludida condenação, bem como acerca da definição mais elástica do momento e das hipóteses em que a interrupção da gravidez possa caracterizar conduta *criminis* de aborto.

De todo modo, a tradicional distinção entre os sistemas de *civil law* e *common law* se fulcra no fato de que naquele existe uma primazia da lei escrita, ao passo que, neste último, a proeminência recai sobre os precedentes judiciais, mais especificamente na sua *ratio decidendi* (princípio de direito inserido na decisão paradigma), não obstante, como já apontado, é assente a aproximação entre os mesmos a partir do século XX, como reflexo das novas tendências do direito contemporâneo.

## 2.2. PRECEDENTES JUDICIAIS E A TEORIA DO *STARE DECISIS*

Embora o sistema de *common law* não tenha nascido já sob o signo da teoria do *stare decisis*<sup>47</sup>, tem-se que sua moderna compreensão perpassa, sem sombra de dúvidas, por sua análise, restando mais nítido, a partir de tal momento, as razões da dificuldade de importação e adequação de modelo jurídico diverso do tradicionalmente adotado no Brasil.

Insista-se que a importação aqui discutida, na maioria das vezes entendida de forma completamente equivocada, não se consegue levar a efeito por simples mudança legislativa, como se de fato fosse possível, por incursão gramatical;

---

<sup>47</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. Cit.*, p. 39: “[...]A referida doutrina dos precedentes não pode ser confundida com a estrita doutrina do *stare decisis*, que surgiu no século XIX, quando a apreciação de um determinado caso passou a ser tratada como obrigatória em um tribunal no julgamento de um caso semelhante mais tarde. A doutrina do *stare decisis* origina-se da doutrina dos precedentes, contudo, ela almejava fazer com maior clareza a distinção entre a *holding* e a *dictum* [...]”.

desprezar-se, por completo, as questões históricas e culturais anteriormente traçadas, e, principalmente, pela forma e finalidade com que elaborados os precedentes na *common law*.

A impressão que se tem, quando da discussão acerca da adoção do sistema precedentalista pela legislação brasileira, é que a maioria dos debatedores não têm muito claras as diferenças abissais existentes entre os sistemas mencionados, criando uma falsa aproximação que, a rigor, nem de longe existe.

Insista-se que, na *common law*, os pronunciamentos não são elaborados visando a resolução de casos futuros, não tendo qualquer pretensão de criar, reforce-se uma vez mais, regras gerais e abstratas solucionadoras de todos os problemas que possam surgir a partir do seu nascimento.

Essa teoria foi estabelecida com o propósito de racionalizar o uso dos precedentes e, como consequência, conferir certeza ao sistema jurídico, pois não se trata da simples aplicação da analogia para casos iguais; não se versa de expediente de mera repetição acrítica de julgados anteriores<sup>48</sup>, pois deve ser efetivada análise cuidadosa, visando determinar similaridades de fato e direito ao caso paradigma, como, infelizmente, sói acontecer por aqui.

Quando se fala em precedente, em verdade, está se buscando sua *ratio decidendi*, ou seja, qual princípio de direito foi ali desenvolvido para solucionar o caso apresentado ao Judiciário, a fim de que, incidentalmente, possa ele ser utilizado para resolver nova controvérsia no futuro.

A eclosão de um precedente não se mostra de caráter

---

<sup>48</sup>LADEIRA. Aline Hadad. BAHIA. Alexandre Melo Franco. *O precedente judicial em paralelo a Súmula Vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico*. Revista de Processo. vol. 234. ano 39. São Paulo. Ed. RT. agosto 2014. p. 282/283: O caso *London Tramways v. London Country* (1898) foi central para o estabelecimento da doutrina. Naquela ocasião, a Câmara dos Lordes decidiu que não poderia contrariar uma decisão anterior proferida por ela mesma quando se tratar de casos idênticos (eficácia horizontal, de natureza interna), salvo situações que necessitem a superação do quanto decidido, além de determinar que os Sodalícios e instâncias inferiores estejam vinculadas ao precedente (eficácia vertical, de natureza externa).

pretensiosamente universal, permitindo-se, então, que as particularidades e singularidades dos vindouros casos seja efetivamente apreciada e distinguida, situação que pode ser verificada, às escâncaras, em face dos inúmeros julgamentos levados a efeito na Suprema Corte Americana, depois das diretrizes fixadas no conhecido julgamento *Roe v. Wade*<sup>49</sup>.

Partindo-se de um caso concreto surgido no Estado do Texas, declarou-se a inconstitucionalidade das leis estaduais (e eventualmente federais) que proibissem, sem qualquer tipo de exceção, a prática do aborto, pois referida vedação contrariava, frontalmente, as disposições basilares contidas, em especial, na Nona<sup>50</sup> e na Décima Quarta Emendas<sup>51</sup>.

Importante lembrar que a Constituição americana é bem mais sintética e menos detalhista que a brasileira, situação essa que exige e, também, permite uma maior atividade interpretativa por parte dos julgadores; noutra giro verbal, e levando-se em consideração a redação das emendas tida por violadas no caso paradigma, percebe-se, a todas as luzes, que o conteúdo ali

---

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 141: “[...] O caso *Roe contra Wade* é, sem dúvida, o mais famoso de todos os que já foram decididos pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos: é mais conhecido pelos norte-americanos – e, na verdade, no mundo inteiro – do que *Marbury contra Madison*, o caso de 1803 em que o tribunal decidiu, pela primeira vez, que tinha o poder de declarar as leis do Congresso inconstitucionais, ou do que *Dred Scott contra Sandford*, o caso de 1857 em que o tribunal ajudou a deflagrar a guerra civil ao decidir que os escravos eram apenas um propriedade que deveria ser devolvida ao seu ‘dono’, ou mesmo do que *Brown contra Board of Education*, de 1954, em que o tribunal declarou a segregação racial nas escolas inconstitucional e ajudou a dar início ao movimento pelos direitos civis que transformou o país. A sentença *Roe contra Wade* é mais famosa do que qualquer uma dessas e tem sido ferozmente criticada há duas décadas [...]”.

<sup>50</sup> A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo.

<sup>51</sup> Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

presente é extremamente genérico, principiológico.

A *ratio decidendi* abarcou a questão do direito à privacidade, entendendo-se que neste inclui-se a possibilidade de autodeterminação da mulher diante do processo de procriação, situação essa que já havia sido discutida em precedente anterior (reafirmado em 1973), quando do julgamento *Griswold v. Connecticut* (1965), onde se declarou a constitucionalidade da permissão da venda de anticoncepcionais para casais (e ao depois, solteiros), não se descurando do livre planejamento familiar, bem como que o feto não poderia ser considerado como pessoa para fins de proteção constitucional.

A Suprema Corte, por intermédio do voto da maioria redigido pelo *Justice Blackmun*<sup>52</sup>, decidiu que até o terceiro mês de gravidez, o direito é absoluto e não pode ser atingido por intervenções estatais de qualquer natureza; entre o terceiro e o sexto mês, a autodeterminação da mulher sobre a procriação subsiste, mas com a diferença que nesse período já se mostra possível a ingerência estatal, desde que com o fito de tutelar a saúde materna.

Do sexto mês em diante, momento em que se presume o que se chamou de viabilidade fetal (aptidão para nascer), permite-se que o Estado proíba a realização do aborto, ressalvadas algumas hipóteses, em especial, se a gravidez colocar em risco a vida da mulher<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> No voto construído pelo *Justice Blackmun*, no caso *Roe v. Wade*, restou expressamente reconhecido a autodeterminação reprodutiva da mulher como direito fundamental, decorrente da proteção da privacidade: “The right of privacy ...is broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy. The detriment that the State would impose upon pregnant woman by denying this choice altogether is apparent” (“Este direito de privacidade ... é amplo o bastante para incluir a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez. Os prejuízos que o Estado imporia sobre as mulheres grávidas ao negar a elas esta escolha é manifesto”).

<sup>53</sup> O acórdão em questão está reproduzido, nos seus trechos mais importantes, em MURPHY, Walther F., Fleming, James E. e BARBER, Sotirios. *American Constitutional Interpretation*. Westbury: The Foundation Press, 1995, p. 1257-1266. Para uma profunda discussão sobre o aborto no direito constitucional norte-americano, veja-se

O precedente em comento demonstra, claramente, a diferença em sua condução nos sistemas de *common law* e *civil law*; neste último, quando se extrai a dicção sumular, objetiva-se imediatamente transformá-lo em algo similar ao conteúdo de uma lei, isto é, em enunciado geral e abstrato aplicável a solução de casos futuros.

Na *common law*, como já salientado anteriormente, o precedente é elaborado a partir do e para resolver aquele caso concreto, de modo que sua aplicação a casos futuros é incidental, não havendo qualquer pretensão de esgotar ou de fechar todos os espaços possíveis em relação a novos conflitos que envolvam a temática original.

Tanto isso é verdade que depois do julgamento e da premissa estabelecida no caso *Roe v. Wade*, a Suprema Corte americana enfrentou temas correlatos em inúmeras outras situações, a fim de solucionar as mais diversas decorrências que foram surgindo do quanto estabelecido em 1973<sup>54</sup> (*Doe v. Bolton* – 1973; *Bigelow v. Virginia* – 1975; *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* – 1976; *Beal v. Doe* – 1977; *Maher v. Roe* – 1977; *Poelker v. Doe* – 1977; *Harris v. McRae* – 1980; *Akron v. Akron Center for Reproductive Health Inc.* – 1983; *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists* – 1986; *Webster v. Reproductive Health Services* – 1989;

---

DWORKIN, Ronald. *O Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p 1-249.

<sup>54</sup> RE, Edward D. *Stare Decisis*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 327, 1990, p. 38: “[...] É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um ponto de partida. Diz-se que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é na verdade um *principium*, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra. Um princípio é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o juiz no sistema do *common law* afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto que tem diante de si. O processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do direito [...]”.



*Hodgson v. Minnesota* – 1990; *Rust v. Sullivan* – 1991; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* – 1992; *Gonzalez v. Carhart* – 2007).

Em terras brasileiras, editado o conteúdo de determinado verbete sumular, sendo ele vinculante ou não, o se tem a partir de tal momento, insista-se, é a tentativa de aplicá-lo, sem qualquer análise distintiva, a todos os casos que tenham qualquer característica com ela semelhante, eis que o objetivo das Cortes Superiores é, antes de tudo, fomentar jurisprudência defensiva<sup>55</sup>, a fim de afastar do seu âmbito de incidência os milhares de conflitos que lhes chega todos os dias.

É preciso que se diga, também, que embora existam críticas quanto as dificuldades de arejamento dos precedentes estabelecidos, existem tanto técnicas de não aplicação quanto de superação, que acabou por resultar num sistema muito bem constituído e dinâmico.

Utilizando-se a questão racial como exemplo, percebe-se que, além da necessidade de oxigenação dos precedentes, aproximando-os cada vez mais da dignidade humana e dos direitos fundamentais desta decorrentes, as decisões da Suprema Corte nem sempre se mostraram acertadas, como demonstra o (triste) célebre caso *Dred Scott v. Sandford*, de 1857, oportunidade em que foi referendada a nefasta ideia de que as pessoas negras não ostentavam a condição de cidadãos (!), resultando daí que não detinham legitimidade para demandar em Juízo.

---

<sup>55</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza – eficácia – operacionalidade*. 2.<sup>a</sup> edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 268: “[...] Nossa experiência judiciária contemporânea registra uma paradoxal situação: o direito pretoriano, cuja gênese, por definição, se dá ao interno dos Tribunais, e cuja utilização *fisiológica* se preordena a compactar ritos, agilizar julgamentos e lhes imprimir isonomia, passou, com o tempo, a consentir um manejo *patológico*, ou ao menos desvirtuado, qual seja o emprego da jurisprudência dominante ou sumulada para fim de obstaculizar o acesso aos Tribunais, assim criando situação de verdadeiro ilogismo: o sistema, *com uma mão*, oferta meios impugnativos diversos, e, *com outra*, busca impedir ou dificultar seu curso por meio de expedientes diversos, desorientando os advogados e desanpontando os virtuais recorrentes [...]”.

Em 1896, em *Plessy v. Ferguson*, foi decidido pela Suprema Corte que a doutrina dos “separados, mas iguais” era compatível com a Constituição estadunidense; tal doutrina (falsamente) preconizava que não haveria problema quanto a segregação desde que o tratamento ofertado para “brancos” e “negros” fosse o mesmo, o que na prática, por motivos que nos parecem óbvios, nunca ocorreu.

Adentrando-se ao ano de 1954, tem-se o caso *Brown v. Board of Education*<sup>1</sup>, verificando-se, finalmente, uma guinada em relação aos nefastos precedentes anteriores, conclamando-se a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas e, conseqüentemente, sepultando, do ponto de vista jurídico, odioso capítulo de injustificado preconceito.

Nessa perspectiva é que se verifica a cautela para evitar a utilização do sistema de precedentes de forma irregular no sistema jurídico brasileiro, sem a devida correlação entre a situação em concreto e os fatos que compõem a *ratio decidendi*.

O *distinguishing* consiste no afastamento do precedente num determinado caso, em razão de circunstâncias fundamentais que daquele o diferencia: não há o abandono do precedente, sendo ele mantido; apenas não será aplicado ao caso em tela, daí porque pode (em verdade, deve), o Supremo Tribunal Federal deixar de aplicar uma Súmula, mesmo que vinculante.

Para a não aplicação (ou superação) do precedente deve o julgador indicar, em sua decisão, as razões que evidenciam a diferença dos casos ou a necessidade de sua superação. Os autores citados acima criticam a aplicação dos institutos com relação à súmula vinculante especialmente em razão de sua abstração, que a torna muito mais próxima de uma lei do que de um precedente.

Há, ainda, situações que autorizam o julgador a superar o precedente, porquanto exista correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele que lhe deu origem, verificam-se idôneos (e não casuais) motivos que recomendam seu

*overruling*, não se olvidando do dever de justificar tal ato.

### 3 A APLICAÇÃO SUPERFICIAL DA SÚMULA E JURISPRUDÊNCIA VINCULANTES E A EXCLUSÃO SOCIAL DECORRENTE DA OFENSA AO ART. 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A súmula vinculante foi instituída em nosso ordenamento jurídico com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 (art. 103-A), discutindo-se, deste então, a influência e inserção do sistema de precedentes obrigatórios característicos do sistema *common law*<sup>56</sup>.

O texto constitucional é claro em estabelecer que o Supremo Tribunal Federal poderá aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta.

Percebe-se, então, que o enunciado sumular proferido pela Corte Excelsa é de observância obrigatória e seu descumprimento enseja reclamação<sup>57</sup> (art. 103-A, §3º, da Constituição

---

<sup>56</sup> Com efeito, na experiência do *common law*, a legislação vai ocupando espaço cada vez mais amplo, ao passo que, dentre nós, sobretudo de três décadas até esta parte, o precedente judiciário se faz cada vez mais operante, tendência que culminou com a positivação da Súmula Vinculante do STF, advinda com a EC 45/2004. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade*. - 2.ed. ver. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 611

<sup>57</sup> SAPKO, Vera. *Breves reflexões sobre a reclamação no novo Código de Processo Civil*. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria. *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 402: “[...] A reclamação contemplada no novo Código de Processo Civil não mais se destina, apenas, a preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a assegurar a correta aplicação de súmula vinculante da Corte Suprema Federal, tornando-se instrumento hábil a preservar a competência e a garantir a autoridade das decisões de todos os Tribunais do país, garantir a observância das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e de enunciado de súmula vinculante ou de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou de incidente de assunção de competência, com isso respondendo ao anseio da sociedade por maior segurança jurídica, isonomia na apreciação de casos análogos e celeridade nas decisões.

Federal).

No mesmo passo, o Código de Processo Civil estabeleceu pronunciamentos vinculantes, impondo que determinadas decisões, acórdãos, enunciados sumulares e orientações sejam necessariamente seguidas por juízes e tribunais, destacando-se as prescrições contidas em seus arts. 926<sup>58</sup> e 927<sup>59</sup>.

Como observam Lenio Streck e Georges Abboud<sup>60</sup>, o Código de Processo Civil não disciplina precedentes, senão traz provimentos vinculantes por disposição legal, como por exemplo, súmula vinculante e acórdãos paradigmáticos, cuja função é a de reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva.

Em nosso sistema, a aplicação dos enunciados sumulares

---

Essa ampliação do objeto da reclamação, assim, decorre, por um lado, da preocupação do legislador federal em manter a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, o que se revela, claramente, pelo teor dos artigos 926 e 927 do novel Código de Processo Civil [...]

<sup>58</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Art. 926. In: \_\_\_\_\_; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.187: “[...] Uma melhor leitura do art. 926 indica que o julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu, a não ser é claro, que reconheça que os argumentos que construíram suas decisões anteriores estavam errados – ou simplesmente que, hoje, não fazem mais sentido. Não há – e não pode haver – compromisso com o erro. Arrependimentos institucionais fazem parte do jogo. Um exemplo parafraseado de Dworkin, de seu *Império do Direito*: por algum tempo o judiciário vinha declarando que médicos, engenheiros etc. eram responsáveis por danos causados por negligência, mas que os advogados eram imunes. Chega ao judiciário uma nova causa envolvendo, agora, a responsabilidade civil dos causídicos. Por coerência, os advogados deveriam ficar imunes naquela causa. Afinal, é assim que as cortes vinham decidindo, inclusive a Corte Suprema. Só que, em face da *integridade do direito*, a tal imunidade feria a *igualdade*. Logo, a coerência deve ser quebrada pela *integridade*, passando também os advogados a responderem civilmente. Quer dizer: coerência e integridade são padrões que se combinam. Não há relação de oposição ou conflito, mas de complementaridade [...]

<sup>59</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da; MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.319: “[...] Esse dispositivo reforça a necessidade de respeito à jurisprudência de órgãos superiores, em determinadas condições, e, aqui, se pode afirmar que a obrigatoriedade se dá num grau mais intenso [...]

<sup>60</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. Cit.* p. 05

tem se dado de forma desconexa com os fundamentos e fatos relacionados aos julgados que precederam sua criação, sobrepondo-se o enunciado da súmula aos precedentes que lhe deram origem.

Destaca-se a ampla diferença entre o precedente do *common law* e a súmula vinculante, qual seja o modo de sua aplicação. O precedente constitui um critério jurídico que sirva de problematização e fundamentação para casos análogos a partir de uma "ponderação material de referência concreta ou casuística", cuja solução não está logicamente predeterminada, mas vai ser constituindo por meio daquela ponderação.

Em caminho oposto, as Súmulas Vinculantes tem sido aplicadas de modo a abstrair de um caso todas as 'particularidades' que não se encaixam, ou de outro modo, como bem aduzem Aline Ladeira e Alexandre Bahia<sup>61</sup>, enxergando o caso apenas como um tema que se extrai daquele, deixando de lado tudo que não se encaixe.

Deve se levar em conta que a aplicação da Súmula Vinculante, geralmente, tem se dado de forma descompromissada com os fatos, debates, questões e teses que lhe deram origem, de modo que sua invocação pelo Poder Judiciário se efetiva de forma desconexa com a questão subjacente.

Ocorre que, na forma em que o sistema dos "precedentes vinculatórios" está sendo aplicados há manifesta ofensa ao disposto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Na forma em que o Poder Judiciário, em geral, trata o sistema, há manifesta ofensa ao acesso dos jurisdicionados à justiça. Explicaremos.

A aplicação dos "precedentes vinculatórios" tem feito que os operadores do direito, especialmente os julgadores, fiquem relapsos. Não se analisa o contexto. Não se buscam o precedente e a *ratio decidendi* dos precedentes e julgamentos que

---

<sup>61</sup> LADEIRA. Aline Hadad. BAHIA. Alexandre Melo Franco. *Op. Cit.* p. 282/283

deram origem às súmulas e às “teses” jurídicas fixadas nos recursos extraordinários com repercussão geral ou especiais representativos de controvérsia.

Mais uma vez exemplifica-se.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário de n. 632.853/CE, com repercussão geral, fixou a seguinte tese: “Não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade.”<sup>62</sup>.

Extrai-se do enunciado que o Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora dos concursos públicos para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, exceto no caso de ilegalidade e inconstitucionalidade. Ao ler desatentamente o enunciado poder-se-ia pensar e imaginar que o Poder Judiciário estaria fechando as portas analisar questões de provas de concursos públicos<sup>63</sup>.

A interpretação primeira do Poder Judiciário foi no sentido de realmente se fechar as portas<sup>64 65 66</sup>. Cumpre advertir que

---

<sup>62</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Portal. Online*. RE 632853, Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 23.04.2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioTese.asp?tipo=TRG&tese=3448&termo=485>. Acesso em 27 ago 17.

<sup>63</sup> SANTOS, Luiz Felipe Ferreira. *Poder Judiciário e anulação de questões de concurso público. Portas fechadas? Onde está o Estado Democrático de Direito?* Governet – Boletim de Recursos Humanos. Ano 12, n. 135, julho 2016. Curitiba: Governet, 2016.

<sup>64</sup> Brasil, Tribunal de Justiça de São Paulo. *Portal. Online*. TJSP; Apelação 0004069-08.2013.8.26.0168; Relator (a): Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Dracena - 1ª Vara; Data do Julgamento: 20/10/2015; Data de Registro: 29/10/2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/resultadoCompleta.do;jsessionid=B495E69F48AF7ACE716F1189E98CBB8F.cjsjg3>. Acesso em 27 ago 17.

<sup>65</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Portal. Online*. TJSC, Agravo Regimental n. 0028917-10.2006.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 20-01-2016. Disponível em [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora). Acesso em 27 ago 17.

<sup>66</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça da Bahia. *Portal. Online*. Mandado de Segurança, Número do Processo: 0014405-41.2014.8.05.0000, Relator(a): Heloisa Pinto de Freitas

até o Superior Tribunal de Justiça entendeu nesse sentido<sup>67</sup>.

Estaríamos saindo do famigerado juiz boca da lei para o juiz boca da súmula ou da tese fixada em recursos com repercussão geral ou representativo de controvérsia? Voltamos para um Juízo acrítico?

Incontestavelmente é mais fácil aplicar uma súmula ou uma tese sem a realização de um juízo crítico do que o fazendo; buscar os precedentes e julgamentos que deram origem à súmula ou tese demanda um esforço intelectual considerável. Isso exige tempo. Temos esse tempo?

Fato é que a realidade evidenciada acima escarna a exclusão social realizada pelo Poder Judiciário. Ao deixar de analisar crítica e seriamente o caso que lhe é posto, aplicando súmulas e teses sem “separar o joio do trigo”, o Poder Judiciário ofende o direito fundamental de acesso à justiça, preceituado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Nega o Estado Democrático de Direito.

Imprescindível é buscar a *ratio decidendi* das súmulas e das teses. Como sustenta Lenio e Georges, "o precedente" não cabe na súmula<sup>68</sup>.

A súmula vinculante impera e se encerra no seu texto normativo, abstraindo-se da fundamentação e da concretude dos casos que lhe deram origem, de modo que sua aplicação é incerta e duvidosa. Importante é a afirmação de Gustavo Terra Elias<sup>69</sup>:

---

Vieira Graddi, Tribunal Pleno, Publicado em: 02/12/2015. Disponível em <https://www2.tjba.jus.br/erp-portal/publico/jurisprudencia/consultaJurisprudencia.xhtml?jsessionid=6-ISQm+40mVk+rZxk1mnmOH>. Acesso em 27 ago 17.

<sup>67</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Portal. Online*. AgRg no RMS 47.741/MS, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 02/12/2015 e AgRg no RMS 47.607/TO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 16/09/2015. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=47741&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 27 ago 17.

<sup>68</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. Cit.* p. 87

<sup>69</sup> ELIAS, Gustavo Terra. *Súmula vinculante n. 3 do STF: um estudo do conflito entre as mutações do direito e a busca da segurança jurídica no controle dos atos de aposentadoria pelos Tribunais de Contas*. Revista Interesse Público n. 73, mai/jun. 2012

(...) a mera subsunção automática de casos concretos ao conteúdo prescrito no enunciado da súmula não é operação certa e garantida. O próprio enquadramento de casos concretos às súmulas vinculantes já é uma interpretação, que, especialmente, em situações próprias das bordas que retratam os fatos acontecidos, constituem em zonas cinzentas, que reconduzem a indefinições e incertezas ao correto enquadramento na moldura da súmula.

O Poder Judiciário não pode se esconder atrás de súmulas e teses e deixar de analisar crítica e seriamente as demandas ajuizadas. Não se pode ter nas súmulas e teses um salvo conduto do judiciário para deixar de valorar as pretensões postas pelos cidadãos.

Segurança jurídica<sup>70</sup>, estabilidade, integridade e coerência são bens essenciais em um Estado Democrático de Direito e as súmulas e teses vinculantes são meios de instrumentalizá-los. Todavia, não é salvo conduto para juízos não valorativos e específicos. Deve o aplicador do direito verdadeiramente “separar o joio do trigo”.

Buscar a essência e a razão da decisão. No caso do recurso extraordinário posto como exemplo tem-se que a *ratio decidendi* foi no sentido de que a intervenção do Poder Judiciário, em relação a provas de concursos públicos, deve ser minimalista, isto é, ater-se a ilegalidade e inconstitucionalidades flagrantes. Não pode, nem poderiam ser fechadas as portas.

Ocorre que para extrair a razão da decisão deve-se analisar contextualmente o julgamento, inclusive as discussões realizadas em plenário. A comunidade jurídica brasileira está pronta para isso?

Deveria estar, pois a súmula vinculante e o sistema de

---

in MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade*. - 2.ed. ver. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 35

<sup>70</sup> Aqui, o ponto fulcral para a compreensão do aludido princípio, é a destinação de maior “confiança legal” às regras de convívio entre os indivíduos que efetivamente encontrem-se estatuídas no seio da sociedade.



“precedentes vinculatórios” é uma realidade. Enquanto a comunidade jurídica não adquirir a maturidade necessária para atuar com o ordenamento jurídico que lhe é franqueado aos cidadãos restará a negativa de acesso à justiça.

#### 4 CONCLUSÕES

O presente estudo abordou a necessidade de regulação da sociedade, notadamente em decorrência da complexidade do homem moderno, da sociedade globalizada extremamente distante do mundo de Robinson Crusóé. Inseto nessa realidade, o direito, como instrumento de regulação e pacificação social, tornou-se mais dinâmico, extenso e complexo. A equação da situação retratada trouxe efeitos colaterais e, para efeitos do presente estudo, foca-se a insegurança jurídica causada em especial pela existência de decisões judiciais antagônicas.

As cortes extremas, isto é, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sempre tiveram como papel fundamental a harmonização na aplicação do direito, sendo a primeira no que se refere ao preceituado na Constituição Federal e a segunda no direito infraconstitucional. Contudo, em vista de diversos motivos, dentre eles do chamado livre convencimento do julgador, os entendimentos dessas cortes de cúpula não eram obedecidos.

Modificações legislativas e constitucionais foram imperiosas e buscou-se, precipuamente, fornecer efetividade às decisões das cortes extremas, responsável por gerar os precedentes e unificar a interpretação e aplicação do Direito.

A questão central deste estudo é verificar se um precedente pode ser externado por uma súmula ou por uma ementa de um acórdão representativo de controvérsia ou com aplicação da repercussão geral; se há, e qual as consequências, da aplicação acrítica dessas súmulas e ementas; se é desejável um sistema estático, seja em nome da segurança jurídica, igualdade ou outro

fundamento e; se os operadores do Direito estão aptos a lidar com o novo sistema implantado no Brasil.

As dicotomias paradoxais entre direito e justiça, bem como do direito e da moral, permeiam as sociedades há tempos e, repita-se, com o aumento da complexidade nas relações sociais, permanecem em alta pressão. Conforme explorado no estudo, a dualidade *common law* e *civil law* passa por novos contornos e pode-se defender a aplicação de um sistema híbrido. A dissociação do direito e da justiça não pode ser total. De igual forma, da moral e da segurança jurídica. Deve-se ter critérios, nortes, balizas.

Os critérios, nortes e balizas, nas terras brasileiras, são de incumbência das Cortes Extremas, isto é, Supremo Tribunal Federal em termos de Constituição Federal e Superior Tribunal de Justiça, no que tange ao ordenamento infraconstitucional. O ponto central é confiar nos balizadores da aplicação do direito e da moral. Os extremos devem ser evitados. A responsabilidade dos operadores do direito nunca foi tão grande.

Mas a responsabilidade não se exaure nos norteadores. Aos juízes de tribunais, que devem obedecer às súmulas e precedentes vinculantes, cabe a incumbência de valorar, criticamente, essas súmulas e precedentes, posto que a aplicação acrítica leva a extremo que, como dito acima, é assaz indesejado. Mais que isso, a referida aplicação ocasiona manifesta exclusão social e ofensa ao direito fundamental do acesso efetivo à justiça.

Tempos difíceis. Tempos estranhos. Hoje vivemos uma Suprema Corte extremamente dividida, em especial em algumas matérias específicas, como no campo penal. Maiorias apertadas são comuns no Supremo Tribunal Federal. Os norteadores não se entendem, quicá os que devem interpretá-los. Retirar a *ratio decidendi* dos julgamentos é tarefa hercúlea, o que não faz do direito positivado algo ruim.

Fato é que a aplicação das súmulas e precedentes não podem ser automáticas e acríticas. Não se pode deixar de lado a

cautela a fim de evitar a utilização do sistema de precedentes de forma irregular, sem a devida correlação entre a situação em concreto e os fatos que compõem a *ratio decidendi*, ou seja, é dever do julgador buscar a essência e a razão da decisão, sob pena de ofensa o direito fundamental de acesso à justiça<sup>71</sup> e Estado Democrático de Direito.

É imprescindível a reflexão a respeito da súmula e precedentes vinculantes, a fim de evitar que tais instrumentos sejam aplicados como mecanismos de standardização do direito e de bloqueio ao acesso à justiça. As súmulas vinculantes e os precedentes vinculatórios devem ser pontos de partida, não de chegada.

Os julgadores devem, necessariamente, ter as súmulas vinculantes e os precedentes obrigatórios como premissas básicas, maiores, que conjugadas com as premissas menores (retratadas pelos fatos postos a julgamento), devem retratar, nesse momento, a decisão judicial sobre o caso concreto. Aplicar os precedentes vinculantes e as súmulas de modo automático, inegavelmente afeta o direito à justiça, causando nefasta exclusão social.

Ao deparar-se com súmulas e precedentes vinculantes não se pode fechar os olhos. Ao revés, esses devem estar mais abertos, críticos e criteriosos.



## 7 REFERÊNCIAS

---

<sup>71</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, 2.<sup>a</sup> edição revista e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 442: “[...] O processo, nessa dimensão, assume a condição de via ou conduto de participação, e não apenas de tutela jurisdicional. Além de instrumento da jurisdição para a tutela dos direitos na perspectiva dos direitos fundamentais, o processo passa a ser instrumento para que o cidadão possa participar em busca da realização e da proteção dos seus direitos fundamentais e do patrimônio público [...]”.

- ADRAGÃO, Paulo Pulido. *Lições de História do Direito Romano, Peninsular e Português*. Coimbra: Almedina, 2016.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *O acúmulo de poder do Supremo Tribunal Federal e o controle concentrado de constitucionalidade*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. *História da Cultura Jurídica: o Direito em Roma*. São Paulo: Editora Método, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 14<sup>a</sup> edição. São Paulo: Editora Saraiva.
- BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: em estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses. 2012.
- CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 4.<sup>a</sup> edição revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CAPPELETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio fabris editor, 1998.
- COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 2010
- ECONOMIDES, Kim. *Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia*. In: *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- Edward D. *Stare Decisis*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 327, 1990.
- ELIAS. Gustavo Terra. *Súmula vinculante n. 3 do STF: um estudo do conflito entre as mutações do direito e a busca da segurança jurídica no controle dos atos de aposentadoria pelos Tribunais de Contas*. Revista Interesse Público n. 73, mai/jun. 2012 in MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade*. - 2.ed. ver. atual. e amp. São Pulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- FINE, Toni. F. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- FREIRE, Alonso. *Suprema Corte dos Estados Unidos*. In: BRANDÃO, Rodrigo (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Editora JusPodium, 2017.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 8.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.
- HASELOF, Fabíola Utzig. *Jurisdições mistas: um novo conceito de jurisdição*, Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- JOBIM, Marco Félix. *Teoria, História e Processo – com referências ao CPC/2015*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional; aplicar a ratio decidendi sem rediscuti-la*. Revista de Processo. vol. 258. ano 41. p

- .341-356. São Paulo: Editora RT, ago. 2016.
- LADEIRA. Aline Hadad. BAHIA. Alexandre Melo Franco. *O precedente judicial em paralelo a Súmula Vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico*. Revista de Processo. vol. 234. ano 39. São Paulo. Ed. RT. agosto 2014.
- LOPES. José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 4.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial e efetividade do processo*, in, “O Processo na Constituição”, Ives Gandra da Silva Martins e Eduardo Jobim (coord.), Quartier Latin, São Paulo, 2008.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. Ed. São Paulo. Editora RT. 2010.
- MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade*. - 2.ed. ver. atual. e amp. São Pulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.
- MARINONI. Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes superiores: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5.<sup>a</sup> edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, 2.<sup>a</sup> edição revista e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, 14<sup>a</sup> Edição.
- MITIDIERO. Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*.

- 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: analisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2000.
- PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. *As súmulas no direito processual civil brasileiro: passado, presente e futuro*. In: SILVA, João Calvão da; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAPELO, Maria José; THOMAZ, Osvir Guimarães (orgs.). *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017.
- PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *Os precedentes judiciais e a razoável duração do processo: uma análise a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. 3.ª edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- SANTOS, Luiz Felipe Ferreira. *Poder Judiciário e anulação de questões de concurso público. Portas fechadas? Onde está o Estado Democrático de Direito?* Governet – Boletim de Recursos Humanos. Ano 12, n. 135, julho 2016. Curitiba: Governet, 2016.
- SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Marias e Maria Alice Máximo. 22ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- SAPKO, Vera. *Breves reflexões sobre a reclamação no novo Código de Processo Civil*. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria. *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do

- Advogado, 2016.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito nos EUA*. 1.<sup>a</sup> edição. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula Vinculante: um estudo à luz da Emenda Constitucional n° 45 de 08.12.2004*. 2 ed. rev. Curitiba: Juruá, 2008..
- SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- STRAZ, Murilo. *Aportes à desmistificação do art. 927 do Código de Processo Civil*. Revista de Processo. vol. 269. ano 42. São Paulo. Ed. RT. julho 2017.
- STRECK. Lenio Luiz. *O que é isto - Precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Lenio Luiz Streck. Georges Abboud. - 3<sup>a</sup> rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2015.
- STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. Art. 926. In: \_\_\_\_\_; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvin [et. al.]. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madri: Editorial Trotta, 2011.
- ZOLLINGER, *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: Podivm, 2006.