

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

Cláudia Rodrigues Almeida

RA 00070075

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES
COMO GARANTIA DE IGUALDADE E DE SEGURANÇA JURÍDICA
NOS PROCESSOS JUDICIAIS**

São Paulo

2012

Cláudia Rodrigues Almeida

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES
COMO GARANTIA DE IGUALDADE E DE SEGURANÇA JURÍDICA
NOS PROCESSOS JUDICIAIS**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Fernando Sacco Neto

São Paulo

2012

Cláudia Rodrigues Almeida

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES
COMO GARANTIA DE IGUALDADE E DE SEGURANÇA JURÍDICA
NOS PROCESSOS JUDICIAIS**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Fernando Sacco Neto (Orientador) – PUC/SP

São Paulo, Março de 2012

RESUMO

As transformações pelas quais vem sendo submetida a sociedade, especialmente após o advento das Revoluções Burguesas, deram ensejo à valorização de institutos hodiernamente reconhecidos como direitos fundamentais a todos os indivíduos. O reconhecimento desses direitos exigiu profundas alterações nas diversas facetas da vida em sociedade, não deixando incólume a faceta destinada a estabelecer as normas que regem a conduta dos indivíduos em sociedade – aquilo que se entende por *Direito* - tampouco as ferramentas disponíveis para aplicar tais normas, conceitualmente gerais e abstratas, ao universo fenomênico. Na busca por instrumentos que permitissem maior eficácia quando da subsunção das normas aos fatos, agora sob a luz dos direitos fundamentais, mostra-se necessário recorrer a institutos dos quais já se serviam os sistemas jurídicos inspirados na *common law*. Expoentes da mais moderna doutrina processual civil brasileira atentam para a crescente aproximação entre as famílias de Direito de inspiração na *civil law* e na *common law*, seja em razão das transformações que se seguiram às Revoluções Burguesas, seja pela sublimação dos direitos fundamentais, dentre os quais se encontram o direito à igualdade material e o princípio da segurança jurídica.

Palavras-chave: Revoluções Burguesas. Direitos fundamentais. *Civil law*. *Common law*. Igualdade material. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The transformations which have been subjected the society, especially after the advent of Bourgeois Revolutions, gave rise to the valorization of institutes recognized as fundamental rights for all individuals. The recognition of these rights required profound changes in many facets of society's life, don't leaving untouched the facet intended to establish standards governing the conduct of individuals in society - what is meant by *law* - neither the tools available to implement such standards, conceptually general and abstract, in the phenomenal universe. In the search for tools that enable greater efficiency when the subsumption rules to the facts, now under the light of fundamental rights, it appears necessary to have recourse to the institutions which already served the legal systems inspired by the common law. Exponents of the most modern teaching Brazilian civil procedure call attention to a growing closeness between the families of law inspired on the *civil law* and *common law*, either because of the changes that followed the Bourgeois Revolutions, either because of the sublimation of fundamental rights, among which are the right to substantive equality and the principle of legal certainty.

Keywords: Bourgeois Revolutions. Fundamental rights. *Civil law*. *Common law*. Material equality. Legal certainty.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 BREVES NOÇÕES ACERCA DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO SISTEMA JURÍDICO <i>CIVIL LAW</i>.....	10
3 A RELEITURA DOS SISTEMAS JURÍDICOS À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO.....	23
4 REMINISCÊNCIAS HISTÓRICAS ACERCA DO DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....	27
5 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	33
6 LIGEIRAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO SISTEMA JURÍDICO DA <i>COMMON LAW</i>.....	39
7 O DIREITO À IGUALDADE.....	49
8 O RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO GARANTIA DA IGUALDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	55
9 CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

Um mesmo fato histórico – as Revoluções Burguesas – deu ensejo ao desenvolvimento de duas diferentes famílias de Direito: a *civil law* e a *common law*.

Ambas tiveram por escopo limitar o exercício do Poder e, assim, coibir abusos. Porém, cada qual se serviu de diferentes instrumentos, visando a este objetivo comum.

Os sistemas jurídicos inspirados na *civil law* instituíram a lei escrita como instrumento de garantia da igualdade e da segurança jurídica.

A lei escrita, afirmavam os idealizadores do sistema jurídico da família da *civil law*, garantiria que a vontade do povo, manifesta pelo Parlamento, seria respeitada.

E, na medida em que a lei escrita normatizasse *todas* as situações que pudessem se verificar no mundo dos fatos, seria desnecessária qualquer interpretação por parte do julgador. Ora, a mera possibilidade de interpretação da lei por um julgador era considerada arbítrio estatal.

Contudo, não se pode perder de vista que as relações sociais são dinâmicas e, sendo o Direito fruto da construção cultural, as normas de conduta deverão, necessariamente, se adaptar à constante mutação da sociedade, acompanhando a sua evolução.

Assim, a lei escrita, que se pretendia imutável, mostrou-se inábil face à plasticidade exigida pela dinâmica social.

Mediante tal constatação, o legislador viu-se compelido a empregar, na redação das leis, expressões genéricas e conceitos abstratos, os quais imprimiriam à norma escrita o dinamismo exigido pela mutabilidade contínua das relações sociais.

Ocorre que tais expressões genéricas e conceitos abstratos, para se subsumirem a um fato concreto, exigiriam interpretação por parte do julgador.

Desta forma, os sistemas jurídicos de inspiração na *civil law* passaram da total impossibilidade de interpretação da norma escrita à sua livre aplicação pelos magistrados.

Essa ampla liberdade culminou, na prática, em desigualdade e em insegurança jurídica.

Vale frisar, neste ponto, que o Direito tem o objetivo precípua de conferir segurança jurídica à sociedade, bem como de garantir a igualdade entre as pessoas.

Aliás, com o advento do constitucionalismo, evoluiu o próprio conceito de igualdade.

Não mais se admite o implemento da igualdade meramente formal. Mediante a percepção de que as pessoas ostentam peculiaridades, persegue-se agora a igualdade material, a qual, ao contrário daquela, acata a diversidade entre as pessoas.

Ante tais constatações, urgiu observar quais os institutos que abonavam a igualdade e a segurança jurídica nos sistemas jurídicos de inspiração na *common law*, no que se averiguou que o respeito aos precedentes judiciais permitia atingir tais objetivos.

Assim, pretendeu-se demonstrar a aproximação entre os sistemas jurídicos originariamente inspirados na *civil law* e na *common law* e, dada essa aproximação, a necessidade de respeito aos precedentes judiciais.

Sustenta-se, pois, o respeito aos precedentes judiciais nos sistemas jurídicos de inspiração na *civil law*, em especial no Brasil, como instrumento da necessária coesão do sistema, bem como de garantia da igualdade material e da segurança jurídica.

Ressalta-se ainda que a sociedade e, conseqüentemente, os sistemas jurídicos, tendem à objetivação, não sendo mais admissível que o Estado, através do Poder Judiciário, preste soluções isoladas e individualizadas, como se estas não repercutissem na sociedade tampouco lhe ditassem regras de conduta.

2 BREVES NOÇÕES ACERCA DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO SISTEMA JURÍDICO *CIVIL LAW*

Curioso como a evolução da sociedade frequentemente se dá tal qual o movimento de um pêndulo: este, impulsionado por uma força, manifesta uma reação, sendo então compelido ao lado oposto, sendo certo que, quanto maior a força empregada, maior será a reação e, por conseguinte, mais amplo o movimento.

Porém, cessando a força que motivara a reação, o pêndulo aos poucos perde seu impulso e tende ao centro, ao equilíbrio.

A evolução do Direito de inspiração Romano-Germânica, ou *civil law*, se deu tal qual o movimento do pêndulo: em reação ao período histórico antecedente.

A *civil law*, sobre o qual se inspirou originariamente o sistema jurídico brasileiro, teve sua origem nas Universidades Europeias, entre os séculos XII e XIII, impulsionado pelos ideários iluministas da Revolução Francesa, cuja bandeira ostentava os clamores da sociedade por “*liberdade, igualdade e fraternidade*”.

O período antecedente é denominado *Era das Trevas*, a Idade Média, período no qual vigorou o Absolutismo Monárquico: o Poder concentrado nas mãos de um Soberano, que se dizia divinamente inspirado e, portanto, intangível, ilimitado.

Tendo como fonte a vontade divina, o Direito, na Idade Média, carece de maiores digressões, já que as soluções jurídicas, na época, ficavam sujeitas à vontade pessoal do Soberano, que, dizia-se, refletia a vontade divina, ou sujeitavam-se à sorte, testada nos duelos.

A esse respeito, assim se manifesta René David:

Para que serve conhecer e precisar as regras do direito, quando o sucesso de uma das partes depende de meios tais como o juízo de Deus, o juramento das partes ou a prova dos ordálios? Para que serve obter um julgamento, se nenhuma autoridade, dispondo de força, está obrigada, ou preparada, para pôr esta força à disposição do vencedor? ¹

São, portanto, penosas as tentativas de estudar o Direito aplicado durante a Idade Média, porquanto, além de serem raros os registros das normas então vigentes, estas abrangiam apenas as regiões sujeitas ao respectivo Senhor Feudal.

Outrossim, face ao abuso do Poder pelo Soberano, o que minava todas as tentativas de evolução das classes não aristocráticas, iniciou-se uma verdadeira Revolução, promovida pela Burguesia, em luta por *liberdade*, por *igualdade* e pela *fraternidade*.

Considerando que, como bem observou Montesquieu, em sua obra “*Do Espírito das Leis*”, quem detém o Poder tende a dele abusar², é compreensível que aquela sociedade tenha manifestado tão intensa reação à incerteza, à injustiça e à desigualdade características da Idade Média, porquanto é natural que o homem busque para si valores que lhe são intrínsecos e não à toa hoje reconhecidos como seus direitos fundamentais.

¹ DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, tradução Hermínio A. Carvalho, 4ª edição, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2002, p. 38.

² “[...] a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites.” - MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *Do Espírito das leis*, Editora Martin Claret, 2003, p. 164.

Com as Revoluções Burguesas e a derrocada do Feudalismo, ressurgiu, na Europa Ocidental, o interesse pelo estudo do Direito, o que se fez mediante o resgate das compilações da época do Império Romano.

Evidente o espírito Revolucionário do movimento, não só por ter sido intitulado “*Revolução Burguesa*” – mesmo porque o nome, por si só, não tem o condão de alterar a natureza das coisas - mas porque pretendeu nitidamente romper com a ordem então vigente.

Às normas ditadas pelo Soberano despótico, legitimadas por sua pretensa inspiração divina, seguiram-se leis resgatadas da época do Império Romano, que vivera período áureo e próspero e às quais inclusive o Soberano deveria se submeter.

A submissão do poder e da atividade estatais aos ditames da Lei, ou seja, o estabelecimento de um Estado de Direito, foi o primeiro passo voltado à garantia da sociedade contra arbitrariedades daqueles que exerciam o Poder.

Como bem ressaltou René David:

A criação da família de direito romano-germânica está ligada ao renascimento que se produz nos séculos XII e XIII no Ocidente europeu. Este renascimento manifesta-se em todos os planos; um dos seus aspectos importantes é o jurídico. A sociedade, com o renascer das cidades e do comércio, toma de novo consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso. ³ (negritei)

³ DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, tradução Hermínio A. Carvalho, 4ª edição, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2002, p. 39.

Na mesma linha, Alexandre de Moraes teceu as seguintes considerações:

A necessidade de racionalização e humanização faz com que os textos escritos exijam que todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas previsões legais, ou seja, a submissão de todos ao Estado de Direito. ⁴
(negritei)

O Estado de Direito constitui um dos elementos fundamentais do constitucionalismo moderno e se desenvolveu a partir da já mencionada indignação popular contra as arbitrariedades das Monarquias Absolutistas vigentes na Idade Média.

Evidente, pois, que os sistemas jurídicos de inspiração na *civil law* representam uma ruptura com a ordem jurídica anteriormente vigente: A *civil law* se desenvolve a partir do repúdio a tudo o que pudesse sugerir arbitrariedade, o que implicou em se afastar inclusive qualquer margem de interpretação da norma, que deveria ser pura e simplesmente aplicada pelo Poder Judiciário.

Acerca deste tema, Luiz Guilherme Marinoni⁵ presta contribuição ímpar, ao esclarecer que a Revolução Francesa significou tão violenta reação às injustiças e desigualdades perpetradas durante a Idade Média que Montesquieu, ao desenvolver a Teoria da Separação dos Poderes como instrumento de controle do Poder, dispôs que o Poder Judiciário se resumiria a aplicar, em seus exatos termos, as leis desenvolvidas pelo Poder Legislativo, este sim legítimo representante do povo.

⁴ MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 8ª Edição atualizada até a EC nº 67/10, São Paulo, Editora Atlas, 2011, p. 13.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*, RePro 172, ano 34, junho de 2009, Editora Revista dos Tribunais, p. 175-232.

Tal pensamento é compartilhado por Teresa Arruda Alvim Wambier, que assim leciona:

*Havia uma crença profunda no sentido de que a vontade do povo estava efetivamente refletida na lei e, conseqüentemente, entendia-se que esta deveria ser respeitada **literalmente**. Se as decisões judiciais fossem baseadas na lei, garantir-se-ia que a vontade do povo estava sendo cumprida.*⁶ (negritei)

Arruda Alvim também presta primorosa contribuição acerca deste tema, ao assim discorrer:

*Sublinha-se, nesse tempo, o papel inanimado do juiz, diante da desconfiança em relação ao papel dos juízes no Ancien Régime, de tal forma que haveria de prevalecer a letra da lei. Deve-se, ainda, ter presente que, paralelamente à evolução dessa fase, de forma congruente, pela posição da sociedade em relação ao juízes, admitia-se apenas a interpretação literal, com o que se objetivava **jugular os juízes à letra da lei**. Somente perto do fim do século veio a admitir-se a interpretação sociológica. Acentue-se a latere evidente que, dentro dessa visão dessa atividade jurisdicional, era inconcebível o reconhecimento ao juiz de um poder cautelar geral. Nessa fase liminar do século XX, deve ser lembrado pensamento de Chiovenda, que pretendia válido para a época, i.e., para o Código de Processo Civil italiano de 1865, extraindo das medidas cautelares tipificadas, à luz do denominador comum que nessas se continha, a existência de um poder cautelar geral. Conquanto vencida sua opinião, ela se projetou para o futuro.*⁷ (negritei)

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*, RePro 172, ano 34, junho de 2009, Editora Revista dos Tribunais, p. 126.

⁷ ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, 14ª Edição Revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 77-78.

Estabeleceu-se, pois, íntima correlação entre a lei escrita e a tão almejada *igualdade*, a qual constituiu um dos fundamentos da referida Revolução Burguesa.

Na busca pela igualdade, outrora prejudicada pelos privilégios concedidos com exclusividade à nobreza e ao clero, primou-se pela racionalidade e pelo império da lei.

Montesquieu, de fato, entendia que os julgamentos deveriam refletir fielmente “*um texto fixo da lei*”, sem qualquer margem de interpretação por parte do julgador, porquanto, “*se representassem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos que nela são assumidos.*”⁸

Resta claro, portanto, que a *civil law* se desenvolveu a partir da conjugação da teoria desenvolvida por Montesquieu, acerca da Separação de Poderes, bem como da teoria trabalhada por Rosseau, segundo o qual a lei escrita configuraria a verdadeira expressão da vontade do povo.

Foi sob a influência desses pensamentos que nasceram os primeiros Códigos modernos, dentre os quais o lendário Código de Napoleão, de 1804, que, de tão analítico (contava com dois mil duzentos e oitenta e um artigos!), se pretendia eterno, por supostamente encerrar toda e qualquer situação fática que pudesse resultar da dinâmica da sociedade.

Marinoni, ao ilustrar a tendência fortemente positivista dos sistemas jurídicos de inspiração na *civil law*, cita ainda o Código Prussiano, idealizado por Federico o Grande, Código este que, contendo mais de dezessete mil artigos, demonstrava inequivocamente a pretensão de exaurir em si toda e qualquer situação de fato.

⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *Do Espírito das leis*, Editora Martin Claret, 2003, p. 167-168.

Cita ainda que Federico, mesmo assim temeroso de que os juízes pudessem se esquivar da interpretação literal da lei, criou uma Comissão Legislativa, à qual os membros do Poder Judiciário deveriam recorrer e se sujeitar diante de qualquer dúvida na aplicação da norma positivada.

Tais Comissões também foram criadas na França, com esse mesmo objetivo e, embora inicialmente vinculadas ao Poder Legislativo, evoluíram, posteriormente, para as Cortes Jurisdicionais destinadas à uniformização da interpretação da Lei; função atualmente exercida, no Brasil, pelo Superior Tribunal de Justiça, acerca das Leis Federais, e pelo Supremo Tribunal Federal, no tocante às normas Constitucionais.

Importante frisar que, segundo bem leciona Marinoni⁹, o que caracteriza os sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica não é apenas a clara tendência às Codificações, mas a maneira que os magistrados estão autorizados a aplicar as normas positivadas.

Em decorrência da repulsa a tudo o que pudesse ser encarado como arbitrariedade, os sistemas jurídicos de raiz na *civil law* pretenderam esgotar nos Códigos todas as relações humanas que pudessem ensejar conflitos, o que, hoje sabemos, é impossível face à inesgotável criatividade humana e riqueza das relações interpessoais.

Nisto repousa a grande diferença entre os sistemas jurídicos de inspiração na *civil law* e os sistemas denominados de *common law*.

Nos sistemas de inspiração na *common law*, é importante frisar, não houve ruptura com a ordem vigente durante a Idade Média.

A Inglaterra, berço dos sistemas jurídicos de *common law*, para superar o despotismo monárquico, não recorreu às antigas compilações do Direito Romano, tampouco negou sua tradição jurídica secular.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*, RePro 172, ano 34, junho de 2009, Editora Revista dos Tribunais, p. 199.

Antes, alcançou tal desiderato se valendo das declarações de direitos fundamentais, através das quais sujeitou o Soberano, estabelecendo balizas para que este exercesse o Poder, que emanava do povo e que era por este cedido ao Governante, a título de representação.

Desta feita, no sistema jurídico da *common law*, não foi necessário retirar dos juízes o poder de interpretar o Direito, já que o instrumento utilizado para subjugar o Soberano consistiu nas declarações de direitos fundamentais, em especial pela *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra, em 1215, a *Petition of Right*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, a *Bill of Rights*, de 1689, o *Act of Settlement*, de 1701.

Fato é que, na *civil law*, desenvolvida, principalmente, a partir dos pensamentos externados por Montesquieu e Rosseau, estabeleceu-se o Império da Lei e a primazia do Poder Legislativo, enquanto órgão responsável pela representação da vontade popular, cabendo ao Poder Judiciário, no sistema de Separação de Poderes, a mera aplicação da lei ao caso concreto, sem qualquer interpretação.

Montesquieu assim idealizou o Poder Judiciário, ao desenvolver a Teoria da Separação dos Poderes, influenciado pelas relações espúrias outrora estabelecidas entre os magistrados e os governos despóticos:

Os juízes anteriores à Revolução Francesa eram tão comprometidos com o poder feudal que se recusavam a admitir qualquer inovação introduzida pelo legislador que pudesse prejudicar o regime. Os cargos de juízes não apenas eram hereditários, como também podiam ser comprados e vendidos, e daí a explicação natural para o vínculo dos tribunais judiciários com ideias conservadoras e próprias do poder instituído. E para a conseqüente repulsa devotada aos magistrados pelas classes populares. Montesquieu, ao afirmar a tese de que não poderia haver liberdade caso o “poder de julgar” não estivesse separado dos poderes legislativo e executivo, partia de sua própria experiência pessoal, pois conhecia muito bem os juízes da França de sua época. Montesquieu nasceu Charles-Louis de Secondat em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas

*o cargo de Président à mortier no Parlement de Bordeaux, bem como o nome de Montesquieu.*¹⁰

Entretanto, às Revoluções Burguesas seguiram-se intensas transformações na sociedade ocidental, que resultaram em maior mobilidade social e transformaram os valores sociais.

Vale frisar que as Revoluções Burguesas não só foram determinantes no desenvolvimento do sistema jurídico de *civil law*, como também deram impulso decisivo para o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais.

Essas transformações revelaram não só a riqueza e a complexidade das relações interpessoais, que poderiam ensejar um sem-número de litígios a serem submetidos à apreciação do Poder Judiciário, como introduziram conceitos supralegais, que deveriam ser preservados até mesmo em detrimento das leis.

A percepção quanto à existência de princípios absolutos, que se sobreporiam inclusive às leis, exige uma mudança na forma de atuação do Poder Judiciário, não se admitindo mais a mera aplicação da lei, sem qualquer interpretação, sob pena de se permitir a violação a esses princípios supralegais.

A esse respeito, Marinoni faz importantíssimas considerações:

No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de atuá-la na medida dos direitos positivados na Constituição. Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes. Note-se que o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria Geral do Processo*, 5ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

*do common law, pois, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes.*¹¹ (negritei)

A simples aplicação lógico-dedutiva do texto de lei se mostrou insuficiente para alcançar a tão prezada igualdade. Aliás, o próprio conceito de igualdade evoluiu.

Já não basta perseguir uma igualdade formal, que não atende às peculiaridades das pessoas, mas pretende-se, a partir de então, a igualdade material:

*A ideia de lei genérica e abstrata, fundada pelo Estado legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por “homens livres e iguais” e dotados das mesmas necessidades. É claro que essa pretensão foi rapidamente negada pela dimensão concreta da vida em sociedade, inexoravelmente formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações completamente distintas.*¹²

Outrossim, ante a constatação de que a sociedade não era formalmente igual, mas pluralista, alterou-se a própria perspectiva da lei, que, visando abranger todas as nuances da realidade social, passou a dispor de conceitos vagos, indeterminados ou abertos e cláusulas gerais, as quais exigem, quando de sua aplicação ao caso concreto, a interpretação por parte do magistrado.

A propósito, a própria noção acerca da existência de princípios supralegais exige, por parte do Poder Judiciário, o controle da

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*, RePro 172, ano 34, junho de 2009, Editora Revista dos Tribunais, p. 187-188.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria Geral do Processo*, 5ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 42.

constitucionalidade das leis, o que evidentemente se dá por intermédio da interpretação das normas à luz dos princípios constitucionais, sendo doravante inadmissível a pura e simples aplicação da lei sem qualquer interpretação:

Por isso não há mais qualquer legitimidade na velha ideia de jurisdição voltada à atuação da lei; não é possível esquecer que o judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais.¹³

Admitida a necessidade de interpretação da norma, quando de sua aplicação ao caso concreto, os sistemas jurídicos inspirados na *civil law*, dentre os quais o Direito Processual Civil Brasileiro, instituíram o princípio do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional.

Por esse princípio, os juízes estão autorizados a decidir os casos que lhes são apresentados de acordo com suas convicções pessoais, imprimindo o sentido que lhes parece mais adequado à lei aplicável à situação a ser dirimida.

Não obstante, considerando que as técnicas legislativas modernas recorrem a conceitos cada vez mais vagos, indeterminados e abertos, bem como a cláusulas gerais, o leque de interpretações possíveis sobre as normas é cada vez mais amplo.

Essa nova realidade na elaboração e aplicação das leis, nos sistemas de *civil law*, logo revelou as fragilidades do sistema, na medida em que, se cada juiz puder imprimir à lei a sua própria interpretação, é bem provável que duas pessoas, em situações jurídicas idênticas, recebam soluções diferentes pelo Poder Judiciário, porquanto diferentes as concepções de cada juiz acerca do sentido da norma aplicável.

Em grandes proporções, essa liberdade para a interpretação das normas conduz à total insegurança jurídica; afinal, ante a possibilidade de se dar à

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria Geral do Processo*, 5ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 46.

norma mais de uma interpretação, o jurisdicionado nunca saberá o que esperar ao final de seu processo judicial.

Ou seja, se uma mesma lei pode ser interpretada de diversas formas, tem-se que a lei escrita já não confere a almejada segurança jurídica; porquanto, em que pese escrita, incerta será a interpretação a ela dada pelo Estado, corporificado no magistrado, quando da subsunção da norma ao caso concreto.

Conduz, ainda, ao sentimento de injustiça, na medida em que não observa o princípio da igualdade material, que consiste em dar igual tratamento a situações iguais, e conferir tratamentos desiguais a situações desiguais, na medida em que se desigalam.

Cabe aqui ressaltar que a função precípua do Direito é trazer estabilidade e conferir previsibilidade à sociedade, além de que, como já explanado, o desenvolvimento do sistema jurídico de tradição na *civil law* foi motivado justamente pela busca por **igualdade**.

Contudo, em um sistema em que cada juiz pode imprimir à norma a sua própria interpretação, dentre as inúmeras possíveis, o que se verifica é a total instabilidade e imprevisibilidade, exatamente o oposto do que pretende o Direito.

Constata-se ainda que, a situações semelhantes, têm-se aplicado diferentes soluções, decorrentes de interpretações diversas sobre uma mesma norma jurídica, o que distancia a atuação do Poder Judiciário do princípio da igualdade, em sua concepção material.

Inegável que, na atual conjuntura, a lei escrita já não alcança sozinha os objetivos a ela impressos pela Revolução Francesa, que consistiam em trazer segurança jurídica, estabilidade, confiabilidade e, em especial, igualdade à sociedade.

A lei, hoje, não pretende exaurir toda e qualquer relação jurídica que possa surgir no mundo fenomênico, porquanto a pluralidade social revelou ser isto impossível.

Desta forma, urge instituir novos instrumentos, que possibilitem alcançar os fins almejados pelo Direito, quais sejam: a segurança, estabilidade, previsibilidade e igualdade:

Estas verdadeiras premências, motivadoras dessas transformações, não datam de hoje, senão que tiveram início perceptível principalmente ao depois da Segunda Guerra Mundial, e, entre nós, mais recentemente. Tanto na Europa, quanto nos Estados Unidos, como aqui, verificam-se pressões sociais pela “reivindicação” de “novos” direitos e, bem assim, detectou-se – talvez com perplexidade inicial, ao menos – a insuficiência dos instrumentos processuais existentes, de caráter estruturadamente individualista.¹⁴

3 A RELEITURA DOS SISTEMAS JURÍDICOS À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO

¹⁴ ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, 14ª Edição Revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 83.

Conforme mencionamos, as Revoluções Burguesas deflagraram processo de intensa modificação da sociedade, alterando substancialmente a percepção do que seria o indivíduo e de qual seria o lugar deste na sociedade.

Essas reflexões conduziram à evolução do conceito de direitos humanos fundamentais e da supremacia desses direitos sobre todo o ordenamento jurídico.

Insta ressaltar que as declarações de direitos humanos fundamentais tiveram por escopo definir os limites da atuação do Estado, protegendo a sociedade de abusos, omissivos ou comissivos:

*O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua **proteção contra o arbítrio do poder estatal** e o estabelecimento de **condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana**, pode ser definido como direitos humanos fundamentais.¹⁵ (negritei)*

Face à importância desses direitos, ditos *fundamentais*, convencionou-se que estes deveriam ser assegurados em um documento escrito e solene, que se sobreporia às demais leis. Esse documento foi denominado *Constituição*.

Alexandre de Moraes assim define *Constituição*:

Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.¹⁶

¹⁵ MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 8ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2011, p. 90.

¹⁶ MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 8ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2011, p. 14.

Constituição é, portanto, a Lei basilar de um Estado, à qual cabe dispor sobre a forma de Governo, a forma de Estado, a forma de aquisição e de exercício do Poder, a organização do Poder e, por fim, sobre as limitações ao Poder, o que compreende os direitos e garantias fundamentais bem como os instrumentos de controle de constitucionalidade das leis.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho dispõe que a Constituição

*se caracteriza por ser: 1) um corpo sistemático de normas; 2) que formam a cúpula da ordem estabelecida – lei suprema; 3) contido (preferencialmente) num documento escrito e solene, 4) versando sobre a organização política basilar de um Estado; 5) estabelecida pelo povo, por representantes extraordinários; 6) cuja finalidade é a limitação do Poder em vista da preservação dos direitos fundamentais do Homem.*¹⁷

O Constitucionalismo tem por marco inicial as Constituições formais e rígidas, dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791; ambas destinadas à organização do Estado e à limitação do poder estatal, por meio do reconhecimento de direitos e garantias fundamentais.

Enquanto lei suprema, a Constituição deve se sobrepôr a todo o sistema jurídico, sendo certo que todo o ordenamento jurídico estará sujeito ao crivo da Constituição, supremacia esta garantida por instrumentos de controle de constitucionalidade das leis.

A releitura do sistema jurídico sob a ótica dos preceitos constitucionais vem sendo intitulada, pela doutrina, de *constitucionalização* do Direito.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p. 23.

Acerca desse tema, Luis Roberto Barroso tece as seguintes considerações:

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais.¹⁸(negritei)

E prossegue:

*Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmoniosa – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que **toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados**. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a incursão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.¹⁹ (negritei)*

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2010, p. 355.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2010, pag. 364.

Nesse mesmo sentido, assim leciona José Arildo Valadão de Andrade:

*A constitucionalização, desse modo, tem por escopo render o direito positivo dos fundamentos de validade sorvidos constitucionalmente, espreado para o sistema jurídico os valores constitucionais.*²⁰

E, mais adiante, considera:

*Dessa forma, o Estado Constitucional irrompe a Constituição como documento jurídico normativo vetor de todo o ordenamento jurídico, subordinando à lei, à jurisdição, como qualquer particular. Vem daí a impressão de jurisdição constitucional, desenvolvida no seio da Constituição com o escopo de tutelar os direitos fundamentais e torná-los efetivos, aproximando a Constituição formal, no dizer de Lassale folha de papel, da Constituição real.*²¹ (negritei)

De fato, levando em consideração que o Código de Processo Civil até então vigente foi instituído no ano de 1973, ao passo que a Constituição Federal à qual ora nos referimos passou a vigorar 15 anos depois, ou seja, no ano de 1988, inegável a necessidade de se proceder à releitura dos dispositivos processuais civis, agora sob a ótica Constitucional, em especial dos direitos e garantias fundamentais nela prescritos.

4 REMINISCÊNCIAS HISTÓRICAS ACERCA DO DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

²⁰ ANDRADE, José Arildo Valadão de, *Objetivação do Recurso Extraordinário na perspectiva dos direitos fundamentais segundo os padrões de uma fundamentação substancialista de justiça constitucional*, RePro 198, ano 36, agosto de 2011, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 53.

²¹ ANDRADE, José Arildo Valadão de, *op. cit.*, p. 57.

Parte considerável dos doutrinadores entende que o embrião da noção de direitos fundamentais foi concebido ainda na Grécia Antiga, cujo pensamento reconhecia personalidade e capacidade jurídica a cada homem.

No período compreendido entre os séculos VIII e II a.C., desenvolveu-se, tanto na Ásia, quanto na Grécia, a racionalidade do pensamento filosófico, em detrimento da mitologia até então reinante.

O desenvolvimento da Democracia, em Atenas, por volta do século V a.C., mediante a noção de que o Poder emana do povo, exigiu reflexão acerca da condição inerente ao ser humano.

Além disso, a expansão das sociedades organizadas em Estados, cada qual com suas próprias culturas, exigiram a construção de conceitos que permitissem a mútua compreensão entre esses diversos povos, sob pena de se perpetrarem guerras sem fim.

Segundo leciona Fábio Konder Comparato, nesse período, denominado *axial* – por constituir um marco na evolução da humanidade, “*o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.*”²²

A Lei das XII Tábuas, promulgada no ano 450 a.C. e considerada a pedra fundamental dos sistemas jurídicos inspirados no Direito Romano, já consagrava os direitos à liberdade, à propriedade como direitos fundamentais do cidadão.

²² COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação História dos Direitos Humanos*, 7ª Edição revista e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2010, p. 23.

Esta, nos dizeres de Alexandre de Moraes, “*pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.*”²³

Fabio Konder Comparato faz importantíssima nota ao dispor que

*“essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.”*²⁴ (negritei)

Este doutrinador ressaltou não só a importância da lei escrita para o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais, como ainda acrescentou que, já para os Atenienses, ou seja, muitos séculos antes da Revolução Burguesa, a lei escrita já era considerada o “*grande antídoto contra o arbítrio governamental.*”²⁵

Todavia, concomitantemente à lei escrita, utilizada na Antiga Grécia e, posteriormente, pela Revolução Burguesa como instrumento de proteção da sociedade contra o despotismo, a civilização Ateniense reconhecia também a existência de uma **lei não escrita** - as leis universais, ou **costumes juridicamente relevantes**, que, sendo normas muito gerais e absolutas, sobrepunham-se ao ordenamento positivado.

²³ MORAES, Alexandre de, *Direitos Humanos Fundamentais*, 9ª Edição, São Paulo. Editora Atlas, 2011, p. 6.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação História dos Direitos Humanos*, 7ª Edição revista e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2010, p. 23.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 25.

No decorrer da Idade Média, surgiram noções mais concretas sobre os direitos de personalidade, através da concepção dos Direitos Naturais, os quais eram tidos como inerentes ao homem e não criados pelo legislador.²⁶

Foram, no entanto, as filosofias Renascentista e Humanista que deram efetivo impulso ao reconhecimento de um Direito Geral de Personalidade. Nesse período, tornou-se urgente a necessidade de limitação dos Poderes do Estado, o que se daria através da consagração dos direitos individuais.

As filosofias Renascentista e Humanista se desenvolveram em reação ao Absolutismo do Estado Monárquico, o qual se justificava pelo Teocentrismo, segundo o qual o Monarca era a própria corporificação da vontade divina.

Mediante o reconhecimento de direitos individuais, o homem passou a assumir o controle da sociedade, posto anteriormente ocupado por *Deus*.

Com essa reversão, ficaram sem justificativa os governos despóticos, que acabaram sucumbindo à Revolução Burguesa.

Havia patente contradição entre um governo monárquico-despótico, caracterizado pela extrema rigidez, e o desenvolvimento das práticas comerciais.

Não era mais possível manter no poder um governo autoritário e que apenas privilegiava certas minorias, em detrimento de parcelas maiores da população, que ansiavam por crescimento.²⁷

A Revolução Francesa influenciou de tal forma no reconhecimento de direitos fundamentais que estes são, hoje, classificados em “dimensões”, segundo o lema “*liberdade, igualdade e fraternidade*”.

²⁶ PEÑA DE MORAES, Guilherme Braga, *Dos Direitos Fundamentais Contribuição para uma Teoria*, Editora LTR, 1997, p. 35.

²⁷ DA SILVA José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Editora Malheiros, 2001, p. 177.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, desenvolvidos entre o final do século XVIII e o século XIX, compreendiam direitos individuais, de natureza civil e política, e previam garantias contra a interferência do Estado.

Enaltecia-se, pois, nessa primeira dimensão, a *liberdade*.

Eram, portanto, comandos negativos à atuação Estatal, ou seja, reconheciam o direito de oposição do indivíduo face ao Estado.

Já os direitos fundamentais de segunda dimensão, cujo desenvolvimento se deu no início do século XX, previam prestações positivas do Estado em favor do indivíduo, visando à *igualdade* entre os indivíduos.

Nasceram da percepção de que as pessoas não são efetivamente iguais e de que é dever do Estado buscar a atenuação dessas desigualdades. Compreendiam, então, os direitos sociais, econômicos, culturais. Direitos Coletivos, enfim.

Finda a segunda grande Guerra Mundial, desenvolveu-se a noção de direitos difusos, ou de solidariedade, que enaltecem a *fraternidade* e, por isso, integram a terceira dimensão dos direitos fundamentais.

Referida geração de direitos fundamentais faz menção não mais ao indivíduo face ao Estado. O sujeito de tal geração de direitos, porquanto difusos, é indeterminado.

Assim, a terceira dimensão dos direitos fundamentais reconhece o direito à preservação do meio ambiente, do patrimônio cultural da humanidade, da paz.

Fala-se, atualmente, em uma quarta e até em uma quinta dimensão de direitos fundamentais, que compreenderiam, respectivamente, a “globalização política” e a biogenética.

Quanto à positivação dos direitos humanos fundamentais, é possível citar a *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra, em 1215, a *Petition of Right*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, a *Bill of Rights*, de 1689, o *Act of Settlement*, de 1701, todos da Inglaterra.

Fortemente impulsionada pelos ideais propagados pela Revolução Francesa, procedeu-se, na América, à Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, em 1776, seguida pela Declaração de Independência dos Estados Unidos, naquele mesmo ano, e pela Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, esta a primeira Constituição escrita da História.

A essas Declarações de Direitos se seguiram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na França e, mais tarde, com as Constituições Francesas, de 1791 e 1793, exemplos seguidos pela Constituição Espanhola, de 1812, pela Constituição Portuguesa, de 1822, e pela Constituição Belga, de 1831, aqui citadas a título meramente exemplificativo.

No tocante à Constituição Portuguesa, de 1822, esta é considerada como um grande marco da proclamação de direitos individuais, conforme bem salienta Alexandre de Moraes²⁸.

No âmbito internacional, a evolução da proteção dos direitos fundamentais é relativamente recente, sendo que uma das primeiras iniciativas nesse sentido foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

Houve, posteriormente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, de 1950, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969.

Esta última contou com a Ratificação do Brasil e ingressou no ordenamento jurídico pátrio por intermédio do Decreto nº 678 de 06 de Novembro de 1992.

²⁸ MORAES, Alexandre de, *Direitos Humanos Fundamentais*, 9ª Edição, São Paulo. Editora Atlas, 2011, p. 10.

No Brasil, desde a Constituição do Império, de 1824, já havia previsão de “*direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros*”²⁹, elencando um rol de direitos humanos fundamentais, tradição esta que foi mantida pelas demais Constituições Brasileiras.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 foi além do simples reconhecimento de direitos e garantias fundamentais.

²⁹ MORAES, Alexandre de, *Direitos Humanos Fundamentais*, 9ª Edição, São Paulo. Editora Atlas, 2011, p. 13.

5 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, foi elaborada de modo a atender aos reclamos da sociedade brasileira que, até então, se submetera a um Estado autoritário, arbitrário, comandado por ditaduras militares.

Essa reação da sociedade brasileira, que culminou com a promulgação da “Constituição Cidadã”, em 1988, acompanhou tendência no mundo ocidental ao institucionalizar os princípios democráticos e do Estado de Direito, o que compreende ainda a ampla proteção contra arbitrariedades estatais, proteção esta consistente no reconhecimento dos direitos fundamentais e respectivas garantias.

Já o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 revela o intuito de sua promulgação, quando se refere à instituição de “*um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça [...]*”.

O primeiro Artigo da Carta Magna de 1988 também reflete seu estreito compromisso com tais princípios, ao assim dispor:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifei)

Dispor que a República Federativa do Brasil consiste em um *Estado de Direito* significa dizer que toda a atividade estatal está sujeita ao império da lei.

Alexandre de Moraes elenca diversos princípios vinculados ao Estado de Direito:

*O Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) **primazia da lei**; (2) **sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica** e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e seu correspondente âmbito de validade; (3) **observância obrigatória da legalidade** pela administração pública; (4) **separação de poderes** como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) **reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos**; (6) **reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional**; (7) em alguns casos, a existência de **controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo**.³⁰ (negritei)*

Nesse sentido, segundo importante lição ministrada por Alexandre de Moraes, falar-se em Estado de Direito não implica somente no reconhecimento do Império das Leis e da Supremacia da Constituição, mas também pressupõe a existência de direitos e garantias fundamentais, que não só limitam as atividades estatais, protegendo a sociedade de abusos, como ainda norteiam todo o sistema jurídico submisso à Constituição.

³⁰ MORAES, Alexandre de, *Direitos Humanos Fundamentais*, 9ª Edição, São Paulo. Editora Atlas, 2011.

É de se notar que a Constituição Federal de 1988 deu tal destaque aos direitos e garantias fundamentais, que estes foram relacionados antes mesmo da disposição sobre a organização do Estado, invertendo a ordem até então comumente observada na elaboração das Constituições.

Como bem observou Luis Roberto Barroso:

*A organização do texto constitucional de 1988 traz os direitos fundamentais à frente da organização do Estado. Esse sistema é o contrário do tradicional. Foi uma escolha deliberada do legislador. Simbolicamente, ele diz que a Constituição elege uma prioridade: coloca a preocupação com o cidadão à frente do Estado.*³¹

Urge frisar que o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais pela Constituição está em consonância com a opção por um Estado de Direito, na medida em que tais direitos e garantias impõem diretrizes à atuação do Estado, devendo ser observadas em toda a atividade estatal e nortear todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

Como bem observa Alexandre de Moraes:

*O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.*³² (negritei)

³¹ LOYOLA, Leandro, *20 anos de cidadania no Brasil*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/1,,EMI12330-15273,00.html>>. Acesso em: 28/10/2011.

³² MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 8ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2011, p. 91.

Ora, se os direitos fundamentais constituem limitação ao Poder Estatal, é certo que referida limitação incidirá inclusive sobre a parcela de poder que cabe ao Poder Judiciário.

Consequentemente, todo o ordenamento jurídico, inclusive o voltado à regulamentação do Processo Civil, deverá observar as diretrizes traçadas pelos direitos fundamentais.

Em simples leitura dos diversos incisos do Artigo 5º da Constituição Federal, é possível identificar, dentre os direitos fundamentais, diversos princípios aplicáveis ao Direito Processual Civil, dentre os quais o princípio da **isonomia** (caput), da **legalidade** (inciso II), da **publicidade** (incisos XXXIII e LX), o **direito de petição** (inciso XXXIV, *a e b*), da **inafastabilidade da jurisdição** (inciso XXXV), da **autoridade da coisa julgada** (inciso XXXVI), do **juiz natural** (inciso XXXVII e LIII), do **devido processo legal** (inciso LIV), do **contraditório**, da **ampla defesa** e da **recorribilidade** (inciso LV), da **vedação à prova ilícita** (inciso LVI), da **razoável duração do processo** e da **celeridade processual** (inciso LXXVIII).

Ao fixar tais princípios, que a nada mais se valem do que a assegurar direitos, o legislador constitucional se refere ao objeto imediato de tutela³³, o que não exclui a tutela a outros direitos que não os ali elencados, *ex vi* do que preceitua o §2º do mesmo artigo, segundo o qual “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

Assim, é possível classificar os direitos individuais em dois grupos: os *expressos* e os *decorrentes do regime*.

³³ DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Editora Malheiros, 2000, São Paulo, p. 197.

Nos dizeres de José Afonso da Silva, é possível classificar os direitos individuais em três, e não apenas dois grupos de direitos: *os individuais expressos* (constam explicitamente dos enunciados dos incisos do artigo 5º), os *individuais implícitos* (estão subentendidos nas regras de garantias), e os *individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais* (não estão explicita nem implicitamente enumerados, mas advém do regime adotado)³⁴.

Quanto à sua aplicabilidade, preceitua o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988 que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Visando atender aos princípios impostos pela Constituição Federal de 1988, é de se observar que o Código de Processo Civil brasileiro foi submetido a diversas reformas, as quais prejudicaram de tal forma sua sistematização, que deram ensejo à elaboração de um novo Código de Processo Civil, cujo Projeto de Lei, de nº 8046/2010, atualmente tramita perante a Câmara dos Deputados.

Referido projeto enfatiza, desde o seu primeiro Artigo, os valores fundamentais contidos na Constituição, aliando-se à moderna concepção de que o ordenamento jurídico deve ser lido à luz da Constituição.

Além disso, a comissão de juristas encarregada da elaboração do projeto mostrou-se sensível à necessidade de prover a processualística civil brasileira de instrumentos que garantam a coesão do sistema, prestigiando, com tal desiderato, o precedente judicial:

As inovações propostas para os recursos, analogamente àquelas referentes ao processo em primeiro grau, orientam-se pela necessidade de racionalizar ao máximo o processamento e julgamento de recursos, bem como de uniformizar a aplicação do direito e estabilizar a jurisprudência, o que, respectivamente, valoriza a segurança jurídica e o próprio princípio da igualdade de

³⁴ DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Editora Malheiros, 2000, São Paulo, p. 197.

*todos perante a lei (e, também, em face das decisões judiciais).*³⁵
(negritei)

A crescente preocupação da Doutrina processualista brasileira com a força dos precedentes judiciais decorre da releitura dos sistemas processuais à luz da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais nela contidos, os quais estabelecem, como meta, a busca pela igualdade entre os indivíduos, bem como a segurança jurídica, que é pressuposto de estabilidade de um Estado Democrático de Direito.

Ora, o respeito aos precedentes judiciais, como instrumento de coesão do sistema jurídico, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, não é originalidade de nossa Doutrina; é, antes, instrumento comprovadamente eficaz, conforme se auffle a partir do estudo dos sistemas jurídicos de inspiração na *common law*.

³⁵ ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, 14ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 112.

6 LIGEIRAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO SISTEMA JURÍDICO DA *COMMON LAW*

O sistema jurídico da família da *common law* teve origem na Inglaterra, cujos primórdios remontam ao povo Celta, que pouco se utilizava da linguagem escrita.

Na civilização Celta, os litígios eram dirimidos por sacerdotes denominados *Druidas*, que, para tanto, recorriam aos costumes e ao juízo de equidade.

É bem verdade que as Ilhas Britânicas estiveram sob domínio do Império Romano, até o século V d.C.; porém, a dominação Romana não foi capaz de sobrepor seu sistema jurídico àquele até então vigente.

Posteriormente à retirada dos exércitos Romanos, as Ilhas Britânicas sofreram ocupação Normanda, quando o sistema tradicional de jurisdição, atribuído aos sacerdotes - os *Druidas*, passou a operar paralelamente a Cortes Reais, cuja competência era a de dirimir conflitos que envolvessem interesses da Coroa.

Essas Cortes Reais aplicavam decisões que valiam para todo o reino, sendo, por isso chamadas de *common law*, ou direito comum.

Nos dizeres de René David³⁶, o *common law* é “o direito comum a toda a Inglaterra”, aplicado pelos Tribunais Reais instituídos pelos Normandos, em sobreposição às regras e costumes locais, aplicados em cada um dos feudos.

³⁶ DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, tradução Hermínio A. Carvalho, 4ª Edição, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2002, p. 359.

Já Teresa Arruda Alvim Wambier³⁷ dispõe que “*o common law era composto de costumes ‘geralmente observados pelos ingleses’*”, sendo esta a origem do termo *common*, ou seja, se refere aos costumes comuns entre os ingleses.

Com a instituição dos Tribunais Reais, a sociedade inglesa foi, aos poucos, preterindo a jurisdição dos *Druidas* e submetendo as suas questões àquelas Cortes.

Referidas Cortes que, inicialmente se ocupavam apenas de questões que envolvessem interesses da Coroa (Direito Público), passaram também a responder questões entre particulares (Direito Privado).

Contudo, a tradição da oralidade, cujas origens remontam ao povo celta e à jurisdição dos *Druidas*, e até mesmo aos pretores romanos, permaneceu, de modo que o Direito era ditado pelas decisões precedentes, já que não havia, tradicionalmente, leis escritas.

Na formação do sistema jurídico da *common law*, prevaleceram os costumes, reconhecidos nos precedentes judiciais.

A força dos precedentes, no sistema jurídico *de common law*, é tão grande que, na Inglaterra, sequer existe uma Constituição escrita.

A Constituição Inglesa, na verdade, compreende o conjunto das decisões judiciais e leis esparsas, nas quais se reconheceram paulatinamente os direitos fundamentais dos cidadãos, que importam em limitação do Poder do Estado.

Considerando que, na *common law*, a fonte principal do Direito é a jurisprudência, exige-se, em benefício da segurança jurídica, que o precedente jurisprudencial tenha força coercitiva, de observância obrigatória.

³⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*, RePro 172, ano 34, junho de 2009, Editora Revista dos Tribunais, p. 124.

Afinal, submeter ao livre arbítrio dos juízes a solução de cada caso, sem qualquer vinculação às decisões anteriormente tomadas em casos idênticos, levaria à total insegurança, à completa imprevisibilidade, que são repudiadas pelo Direito.

Neste ponto, importante reproduzir preciosa lição ministrada por Tereza Arruda Alvim Wambier, segundo a qual:

*A função do direito é, em primeiro lugar, a de gerar **estabilidade**, proporcionando **tranquilidade** no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de **previsibilidade**.³⁸ (negritei)*

Segundo essa mesma doutrinadora:

O objetivo da previsibilidade é atingido no sistema de common law pela prática de se obedecerem precedentes. O comportamento dos cidadãos deve conformar-se aos termos das decisões judiciais. Isto diz respeito às partes e ao resto da sociedade, que observa as decisões judiciais e ajusta o seu comportamento ao que estas dizem³⁹.

Os precedentes judiciais, nos sistemas jurídicos de inspiração na *common law*, atuam em duas dimensões:

***resolvem conflitos**, e isto diz respeito ao **passado**; e têm o papel de **fazer direito**, criando regras para o **futuro**. A primeira função atinge uma audiência limitada: o réu e o autor. A segunda atinge uma*

³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*, RePro 172, ano 34, junho de 2009, Editora Revista dos Tribunais, p. 122.

³⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *op. cit.*, p. 129.

*audiência mais ampla, que inclui o público, os tribunais, a mídia, os acadêmicos e outros tribunais*⁴⁰.(negritei)

Assim, no sistema de *common law*, os precedentes criam regras de comportamento e fazem com que as decisões judiciais repercutam para fora do processo, surtindo efeitos além das partes envolvidas no litígio.

Enquanto instrumento de coesão do sistema jurídico de *common law*, os precedentes jurisprudenciais devem ser observados, a menos que haja alguma razão relevante para o seu afastamento.

Prevalece, pois, a busca pela igualdade em casos semelhantes, em detrimento do livre convencimento do magistrado.

Evidente que, assim como não se deseja um sistema jurídico instável e imprevisível, tampouco é desejável que o sistema jurídico seja imutável, porquanto a própria sociedade é marcada pela mutabilidade constante.

Desta forma, a estabilidade dos sistemas de *common law* é flexibilizada através do *overruling* – quando uma nova regra é criada para os casos seguintes, por se entender que, por qualquer razão, a norma anterior já não é mais adequada; ou pelo *distinguishing* – ocasião em que a regra do precedente persiste; porém, atentando à peculiaridade do caso, referida regra sofre adaptação.

Importante frisar, entretanto, que o sistema de *common law* prioriza a igualdade, ainda que em detrimento da liberdade de convicção do magistrado, ao instituir a observância obrigatória dos precedentes, os quais, como já demonstrado, consistem no instrumento de coesão daquele sistema jurídico.

⁴⁰ WAMBIER, Teresa Celina de Arruda Alvim, *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*, RePro 172, ano 34, junho de 2009, Editora Revista dos Tribunais, p. 130.

A prevalência da igualdade face à liberdade do magistrado se justifica porquanto esta última não configura uma garantia pessoal e individual do juiz, mas garantia de independência do Poder Judiciário.

Conforme bem observa Marinoni:

Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça e, mais do que isto, que este sistema não serve a ele, porém ao povo.⁴¹

Embora pertençam a sistemas jurídicos bastante distintos, os precedentes judiciais da *common law* e o positivismo estrito da *civil law*, tem um objetivo comum: a **segurança jurídica**.

Cada qual a seu modo, é verdade, mas ambos os sistemas jurídicos buscam a segurança, a previsibilidade, a estabilidade, objetivos comuns tanto ao sistema jurídico da *common law* quanto ao sistema de inspiração na *civil law*.

Da mesma forma, tanto a *civil law* quanto a *common law* buscam sua justificativa na **igualdade**.

O Sistema de inspiração na *civil law* confiou à lei escrita a importante tarefa de alcançar a tão almejada igualdade formal.

O sistema de precedente da *common law*, da mesma forma, busca a igualdade entre os jurisdicionados, na medida em que garante que, diante de semelhantes situações, seja dada a mesma solução jurídica.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*, RePro 172, ano 34, junho de 2009, Editora Revista dos Tribunais, p. 207.

Dada a confluência dos objetivos dos dois sistemas jurídicos, é natural, portanto, que haja recíproca influência entre eles.

Além disso, em razão do fenômeno da globalização, os sistemas jurídicos dos diversos países tendem a se aproximar, como, aliás, bem ressaltou Candido Rangel Dinamarco:

A necessidade de compatibilizar sistemas processuais é tanto maior quanto mais forte a integração dos países numa união com objetivos predeterminados, ainda que preponderantemente econômicos. A proliferação dos grandes e pequenos contratos internacionais e a incrementada transmigração de empresas e capitais de um país para outro geram a necessidade de intensificar a cooperação processual internacional.⁴²

A proposta de instituição, no Direito Processual Civil Brasileiro, da vinculação dos precedentes judiciais não é a primeira incursão de institutos típicos de sistemas jurídicos de *common law* em sistemas jurídicos inspirados na *civil law*.

O Direito Processual Civil pátrio há tempos admitiu os instrumentos de controle de constitucionalidade das leis, instituto oriundo do Direito Norte-Americano, tal qual as ações coletivas, inspiradas nas *class actions*, bem como os Juizados Especiais, espelhados nas *small claims*:

Quando o processo civil de origem romano-germânica começou a modernizar-se, duas das mais significativas linhas de sua modernização vieram por inspiração colhida na experiência norte-americana da common law. Uma delas foi o extremo inconformismo no trato das causas de pequeno valor econômico, que no Brasil conduziu à primeira lei sobre o processo das pequenas causas e seus Juizados (Lei n. 7.244 de 7.11.84); outra, o menor apego dos norte-americanos a regras individualistas de legitimidade ativa e limites

⁴² DINAMARCO, Candido Rangel, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, tomo I, 6ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2010, p. 132.

*subjetivos da coisa julgada, que propiciou a primeira lei brasileira disciplinadora da tutela coletiva (Lei da Ação Civil Pública – lei n. 7.347, de 24.7.85).*⁴³

Inegável o sucesso desses institutos, aqui citados apenas para desmistificar o argumento de que o emprego de instrumentos advindos de sistemas jurídicos inspirados na *common law* não teria cabimento em um sistema jurídico de inspiração na *civil law*, porquanto incompatíveis.

Estatísticas publicadas pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁴ revelam que, desde o ano de 1988, foram-lhe distribuídas 4.665 Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Destas, 766 (16,4%) foram julgadas integralmente procedentes e 209 (4,5%) receberam julgamento de parcial procedência.

Ou seja, o instituto do controle de constitucionalidade, importado dos Estados Unidos da América – cujo sistema jurídico é inspirado na *common law*, permitiu-nos expurgar de nosso sistema jurídico uma grande quantidade de leis ou atos normativos inaceitáveis ante nossa Constituição Federal, algo inegavelmente útil à estabilidade do ordenamento.

Dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça, relativos ao ano de 2010⁴⁵, revelam terem sido ajuizadas, nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais (outro instituto inspirado no ordenamento jurídico norte-americano) 2.491.743 ações de conhecimento.

Esses números demonstram que os Juizados Especiais, em especial os Cíveis, abriram as portas do Poder Judiciário a uma imensa quantidade de

⁴³ DINAMARCO, Candido Rangel, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, tomo I, 6ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2010, p. 128.

⁴⁴ ESTATÍSTICAS DO STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em 19/03/2012.

⁴⁵ JUSTIÇA EM NÚMEROS, RELATÓRIOS. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em 19/03/2012

cidadãos brasileiros, já que a Justiça Comum, infelizmente, ainda é extremamente cara, morosa e, face ao descrédito para com os precedentes jurisprudenciais, constitui, por vezes, verdadeira loteria.

As estatísticas aqui citadas não deixam dúvidas quanto ao sucesso, entre nós, desses institutos que, como já dito, provieram de sistema jurídico inspirado na *common law*.

Outrossim, não procedem os argumentos contrários à adoção da força vinculante dos precedentes judiciais, como instrumento de coesão de nosso sistema jurídico, ainda que este tenha se inspirado, originariamente, em sistema jurídico de família distinta daquela da qual provém aquele instituto.

E isso porque experiências anteriores nos demonstram que tal aproximação entre os sistemas jurídicos é plenamente possível e hábil a surtir excelentes efeitos.

A confluência entre institutos de sistemas jurídicos de diferentes famílias é, aliás, consequência lógica da globalização, que não atenua apenas as fronteiras comerciais ou econômicas, mas também as culturais; não se olvidando que, por definição clássica, o Direito nada mais é do que construção cultural.

Mas a confluência entre sistemas jurídicos de diferentes inspirações não decorre apenas da globalização; é também consequência da crescente importância dos direitos fundamentais, que refletem inclusive sobre as normas processuais, no fenômeno denominado *constitucionalização* do Direito:

*São notáveis as influências acarretadas ao ordenamento jurídico brasileiro, em especial ao direito processual civil, de clara inspiração romana, pela crescente repercussão de novos institutos jurídico-processuais destinados a buscar a maior e melhor efetividade do processo.*⁴⁶

⁴⁶ FRANCO, José Alexandre, *Sistemas de Direito Contemporâneo*. Disponível em: http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10012.pdf. Acesso em 20/03/2012.

Como já mencionado, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil reconhece e declara extenso rol de direitos fundamentais a serem perseguidos pelo Estado, inclusive em sua feição judiciária.

Se o sistema jurídico inspirado originariamente na *civil law* já não se mostra hábil a alcançar a plenitude dos referidos direitos, é lícito que se parta em busca de instrumentos que tragam efetividade, celeridade, maior igualdade entre os litigantes em processos judiciais, ainda que esses instrumentos sejam típicos de sistemas jurídicos provenientes de outras famílias, como a *common law*.

É indiscutível que a livre convicção dos magistrados, sem qualquer vinculação aos precedentes judiciais, afronta gravemente o princípio da igualdade.

A prática nos concede inúmeros exemplos de decisões absolutamente díspares, em casos semelhantes, situação que torna o processo mais próximo das provas dos ordálios do que de um sistema voltado à segurança jurídica.

Aliás, o desrespeito aos precedentes não é mal do qual padecem apenas as instâncias inferiores; os próprios órgãos recursais, cuja função primordial seria a de pacificar a jurisprudência, peca por sua instabilidade.

Teresa Arruda Alvim Wambier⁴⁷ cita como exemplos as súmulas 263 e 293 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁸, o qual, em espaço de apenas dois anos, guinou para posição jurídica diametralmente oposta.

⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*, RePro 172, ano 34, junho de 2009, Ed. RT, p. 149, nota 74.

⁴⁸ Súmula 263 do STJ, enunciada em 08.05.2002: “A cobrança antecipada do valor residual (VRG) **descaracteriza** o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda à prestação”. (negritei)

Súmula 293 do STJ, enunciada em 05.05.2004: “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) **não descaracteriza** o contrato de arrendamento mercantil”. (negritei)

Ora, no exemplo citado, pessoas em situações jurídicas idênticas, que discutiam a mesma questão de direito, relativa à cobrança antecipada do valor residual em contrato de arrendamento mercantil, receberam enquadramento jurídico diametralmente oposto, e justamente pelo órgão destinado a unificar o entendimento sobre a legislação federal.

Evidente a afronta ao princípio da igualdade, que constituiu um dos objetivos da lei escrita, no sistema jurídico da *civil law* e que, nos sistemas jurídicos da *common law*, é alcançada por intermédio do respeito aos precedentes judiciais.

7 O DIREITO À IGUALDADE

José Afonso da Silva⁴⁹ dispõe que a doutrina e a jurisprudência pátrias firmaram a convicção de que a igualdade prevista no *caput* do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁵⁰, muito embora se utilize do termo *perante*⁵¹ a lei, se refere, na verdade, à igualdade *na lei*, a simbolizar que, ao legislar ou ao aplicar a norma ao caso concreto, deve-se dar **a mesma solução a situações idênticas**, distinguindo-se as situações díspares, na medida de suas disparidades.

A lei é, por natureza, discriminatória; porém, as diferenciações contidas na lei somente se justificam acaso tenham finalidade juridicamente desejável.

Segundo Alexandre de Moraes:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminados não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fabio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação sociais.⁵²(negritei)

⁴⁹ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34ª Edição revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 67 de 22.12.2010, São Paulo, Editora Malheiros, 2011, p. 215.

⁵⁰ “**Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.” (destaquei)

⁵¹ O termo *perante*, na doutrina estrangeira, caracterizaria a isonomia puramente formal, que é a obrigação de se aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ainda que referida incidência da norma hipotética resulte, na prática, em injustiça ou discriminação.

⁵² MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 27ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2011, p. 40.

Referido doutrinador reconhece, ainda, que o princípio da igualdade não se dirige apenas ao legislador, a fim de impedi-lo de editar leis discriminatórias, mas também se volta aos juristas:

*O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como **interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei**; (2) como **interdição ao legislador de editar leis que possibilitem o tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.**⁵³ (negritei)*

E, tal qual José Afonso da Silva, Alexandre de Moraes assim dispõe:

*o princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possa criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, **na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão do sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.**⁵⁴*

E, mais adiante, sustenta:

O intérprete / autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar

⁵³ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34ª Edição revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 67 de 22.12.2010, São Paulo, Editora Malheiros, 2011, p. 218

⁵⁴ MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 40.

desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. Nesse sentido a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (uniformização na interpretação da Constituição Federal) e o recurso especial ao Superior tribunal de Justiça (uniformização na interpretação da legislação federal). Além disso, sempre em respeito ao princípio da igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os tribunais.⁵⁵ (negritei)

Ainda no tocante ao princípio da isonomia, consubstanciado na segurança jurídica, assim dispõe Candido Rangel Dinamarco:

Toda ordem jurídica tem a missão e responsabilidade de definir situações e gerar clima de confiança e tranquilidade nas pessoas e grupos quanto a seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para poderem prever consequências do descumprimento próprio ou alheio. Tal é o valor da segurança jurídica, indispensável ao convívio social harmonioso e civilizado. Ora, a divergência de julgados é elemento extremamente comprometedor dessa segurança e desagregador da harmonia social. A servidão do juiz à lei, a exaltação do caráter impessoal do exercício da jurisdição e a limitação do poder de interpretação judiciária são expressões da necessidade de oferecer segurança. Somos, no entanto, obrigados a conviver com triste realidade de julgados em sentidos contraditórios e às vezes rigorosamente opostos, o que clama por medidas capazes de homogeneizar os pronunciamentos dos tribunais – até mesmo, ou talvez principalmente, em nome do sagrado valor da isonomia.⁵⁶ (negritei)

⁵⁵ MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 27ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2011, p. 41.

⁵⁶ DINAMARCO, Candido Rangel, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, tomo I, 6ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2010, p. 237.

Feitas essas anotações, é forçoso concluir que a igualdade material, na seara dos processos judiciais, exige que situações idênticas recebam idêntico tratamento jurídico.

Entretanto, não haverá idêntico tratamento caso a interpretação da norma aplicável a cada situação jurídica fique ao livre arbítrio do magistrado, sem qualquer vinculação deste aos precedentes judiciais.

Isso porque, como já demonstrado, ante a percepção de que a norma escrita não é revestida da necessária plasticidade para abarcar todas as nuances do mundo fenomênico, o legislador se vê compelido a servir-se de conceitos gerais e comandos abstratos, cabendo ao julgador a tarefa de especificar os conceitos e dar concretude aos comandos.

Todavia, não se pode olvidar que a subsunção de normas calcadas em conceitos genéricos e abstratos, se deixada ao livre arbítrio de cada julgador, resultará, em cada caso, em soluções díspares, ainda que as situações examinadas por cada um desses julgadores sejam idênticas.

E isso se deve ao fato de que o juiz, ao julgar, não se vale apenas dos elementos trazidos aos autos ou dos comandos normativos aplicáveis às hipóteses, mas, como ser humano que é, leva em conta também suas próprias experiências, sua visão do mundo, seus sentimentos pessoais.

O próprio vocábulo *sentença* nos conduz a tal conclusão. Ora, a palavra *sentença* provém do termo latino *sentire*⁵⁷. Assim, a *sentença* traduz o que *sente* o magistrado diante da demanda que lhe é proposta.

⁵⁷ HORTA, Denise Alves, *Obra de arte e sentença: a expressão do sentire do artista e do juiz*. Disponível em : http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_75/Denise_Horta.pdf. Acesso em 20/03/2012.

Apesar de belíssima essa definição, ela, na prática, conduz ao retumbante sentimento de injustiça dos jurisdicionados que, embora ostentem situações jurídicas idênticas, não raro recebem tratamentos díspares, senão totalmente inversos, quando essas situações são julgadas por diferentes juízes, os quais, ao recorrerem a seus sentimentos pessoais para proferirem suas sentenças, deixam de tratar igualmente situações jurídicas iguais.

Forçoso é ter em mente, primeiramente, que as pessoas apresentam suas demandas ao Poder Judiciário não porque assim escolheram, mas porque o Estado reservou para si, com exclusividade, a incumbência de dirimir os conflitos e a possibilidade de se valer da força para coibir ao cumprimento de suas decisões.

Em segundo lugar, se faz mister rememorar que o Estado, a o reservar-se o monopólio da jurisdição (relembrando este vocábulo advém de *juris dictio*, que significa *dizer o direito*), não o delega a juízes, enquanto pessoas individualmente consideradas, mas a juízes enquanto membros de uma das parcelas do Poder do Estado, qual seja: o Poder Judiciário.

Ora, o princípio da impessoalidade, que rege a Administração Pública, também se aplica a esta seara, importando em que as decisões proferidas pelos juízes não sejam consideradas como provenientes de um indivíduo, mas correspondam às decisões proferidas pelo Estado, em sua parcela de Poder outorgada ao Judiciário.

E não poderia o Estado, como que permanentemente indeciso, dar um parecer diante de uma situação e, ante outra situação, idêntica à primeira, dar parecer totalmente diferente.

É imperativo que os magistrados, enquanto membros de um dos Poderes do Estado, profiram decisões uniformes em casos idênticos, o que se alcança mediante a observância aos precedentes judiciais.

8 O RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO GARANTIA DA IGUALDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA

A doutrina mais moderna atenta para a necessidade de instituir, no Brasil, a observância obrigatória dos precedentes judiciais, como forma de atribuir maior estabilidade ao sistema.

A própria instituição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça revela a preocupação crescente com a uniformização da jurisprudência.

Ciente dessa necessidade, o legislador vem imprimindo reformas ao processo civil brasileiro, conforme se verifica da inserção dos artigos 285-A, 518 §1º, 543-B e 543-C, 544 §§3 e 4º e 557, todos no Código de Processo Civil, bem como a introdução dos institutos da repercussão geral no Recurso Extraordinário, da súmula vinculante e, mais recentemente, a inequívoca objetivação do Recurso Extraordinário em controle difuso de constitucionalidade.

Essas reformas, bem como o mais recente comportamento do Supremo Tribunal Federal em relação aos Recursos que tenham por objeto o controle difuso de constitucionalidade, revelam a crescente preocupação com a coesão do sistema e com a harmonização dos pronunciamentos judiciais.

Tais providências não devem ser encaradas unicamente como tentativas de acelerar o andamento dos processos judiciais, sendo esta uma das suas bem-vindas consequências – e não a causa – das reformas.

Afinal, de nada adiantará reduzir o número de recursos ou abreviar ao máximo o curso de um processo – muitas vezes ao arrepio do imprescindível contraditório - se, mesmo diante de um pronunciamento judicial, o jurisdicionado não tiver a certeza de ser aquela a melhor solução para o seu caso, porquanto, em outros juízos, decidiu-se de forma diversa e, por vezes, diametralmente oposta.

Além disto, com a crescente publicidade que os pronunciamentos judiciais vêm assumindo, bem como face à crescente acessibilidade do Poder Judiciário, não se pode mais dizer que uma sentença surta efeitos somente entre as partes.

A decisão judicial não deve solucionar apenas *uma* lide individualmente considerada, mas deve também imprimir uma regra geral de conduta, ao definir

qual é a interpretação do Estado sobre determinada norma e sua aplicação a determinada situação fática.

Um sistema judicial coerente e uníssono desestimula novas ações judiciais, porquanto, de antemão, o jurisdicionado já teria condições de prever qual seria o posicionamento do Estado, através do Poder Judiciário, na celeuma a este submetida.

Desestimula ainda a impetração de recursos e mais recursos, conquanto não haverá interesse recursal se não houver a chance de melhora no julgamento.

No entanto, lamentavelmente, o sistema judicial brasileiro ainda privilegia a liberdade de convencimento do juiz, em detrimento de todo o sistema.

Basta reler os comentários feitos à época da promulgação da Emenda Constitucional de nº 45, a qual introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a súmula vinculante.

O instituto da súmula vinculante foi alvo de diversas acusações, dentre as quais:

- 1) que os juízes seriam tolhidos de sua liberdade de convicção, se tornariam previsíveis e impedidos de inovar ou de atribuir a cada caso a melhor solução, segundo suas próprias convicções;
- 2) que seria inconstitucional, porquanto, ao editar súmula vinculante, o Poder Judiciário estaria legislando, o que é atividade típica do Poder Legislativo;
- 3) que tornaria inócuo o contraditório;
- 4) que, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América, não solucionaria o acúmulo de processos judiciais;

5) que caracterizaria medida contrária ao Estado Democrático de Direito, por ser medida típica de Estados autoritários e de sociedades hierarquizadas e militarizadas.

Em suma: os críticos da súmula vinculante pretendiam resguardar a mais ampla *criatividade* jurisprudencial, por entender que essa liberdade permitiria alcançar a justiça em cada caso individualmente considerado, ainda que fosse possível – e, diga-se, bastante provável - que, em casos idênticos, se aplicassem soluções jurídicas antagônicas, porquanto díspares os pontos de vista de cada magistrado ao analisar a situação a ele posta.

Evaristo Aragão Santos faz as seguintes observações sobre o assunto:

Hoje faz parte do nosso cenário convivermos com decisões antagônicas sobre um mesmo tema. É claro que me refiro aqui a decisões envolvendo a interpretação e a aplicação da lei sobre uma mesma hipótese fática. É comum e aceito pela comunidade jurídica essa disparidade. Com apoio no princípio de que se deve preservar ao ultimo grau a liberdade de convencimento e decisão do juiz, as divergências são vistas e aceitas no máximo como um efeito colateral da dinâmica do nosso sistema jurídico. Algo, aliás, aparentemente típico daqueles sistemas integrantes da tradição do civil law. Isto é, do império das regras fixadas pelo Legislativo.⁵⁸

No entanto, soa utópico afirmar que a atividade do juiz é de tal forma individualista, como individual é cada lide, que a solução ali proposta não repercutiria de forma alguma entre outras pessoas que enfrentam a mesma situação.

A plena vigência de um Estado Democrático exige ampla publicidade das atividades estatais; porém, ao que parece, considera-se que a crescente

⁵⁸ SANTOS, Evaristo Aragão, *Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial*, RePro 181, ano 35, março de 2010, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 40.

repercussão dos julgamentos judiciais não deveria de forma alguma estabelecer regras de conduta para a sociedade, porquanto os juízes não parecem minimamente comprometidos com a pacificação social, mas apenas com a solução individualista do caso concreto.

Insta frisar que o Direito tem por objetivo principal a estabilidade e a segurança da sociedade, objetivos que devem ser perseguidos tanto pela atividade legislativa quanto por ocasião da aplicação da lei ao caso concreto, o que cabe à atividade judiciária:

Por esse aspecto, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social. Mesmo quem postule a distinção funcional muito nítida e marcada entre os dois planos do ordenamento jurídico (teoria dualista) há de aceitar que direito e processo compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos. É uma questão de perspectiva: enquanto a visão jurídica de um e outro em suas relações revela que o processo serve para a atuação do direito, sem inovações ou criação, o enfoque social de ambos os mostra assim solidariamente voltados à mesma ordem de benefícios a serem prestados à sociedade.⁵⁹

A postura individualista dos magistrados, ao não observarem os precedentes judiciais, implica em grave prejuízo, em desperdício, como bem ressalta Evaristo Aragão Santos:

Reverter esse desperdício parece exigir uma mudança essencial no nosso foco de percepção: os efeitos das manifestações do Judiciário transcendem as partes e os interesses diretos dos envolvidos no processo. Nossa tradição é a da res iudicata (dos efeitos da decisão limitados formalmente às partes atingidas pelo processo) e não da

⁵⁹ DINAMARCO, Candido Rangel, *A instrumentalidade do Processo*, 14ª Edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2009, p. 188.

stare decisis (dos reflexos sistemáticos que as decisões também têm, exigindo que casos idênticos e já apreciados pelo sistema jurídico, tenham também desfechos idênticos). [...] Talvez, o que até hoje tenha faltado à maioria de nós, tenha sido, justamente, a percepção de que qualquer pronunciamento judicial, mais do que algo destinado a render efeitos (apenas) entre as partes envolvidas no processo, representa, também, a vocalização do sistema jurídico a respeito daquele determinado tema que lhe foi submetido a apreciação.⁶⁰ (negritei)

O processo civil tende claramente à *objetivação*. Toda a sociedade, a propósito, desde a Revolução Industrial, caminha neste sentido, em patente declínio do individualismo.

Essa tendência à objetivação do processo civil também pode ser conferida no sistema jurídico brasileiro como bem ilustrado por Eduardo de Albuquerque Parente:

(a) não são mais apenas Tício e Caio que sofrem os efeitos da decisão (.v.g., demandas coletivas); (b) o recurso de Caio não será julgado se em confronto com o que se chama de jurisprudência dominante; (c) a controvérsia particular gerada entre ambos pode contribuir em dúvida interpretativa constitucional e, com isso, gerar processo objetivo com decisão vinculativa a eles todos (v.g., controle concentrado de constitucionalidade); e, finalmente, com a recente alteração no sistema constitucional, o direito de Tício não poderá ser interpretado de outra forma senão a descrita em súmula de entendimento.⁶¹

⁶⁰ SANTOS, Evaristo Aragão, *Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial*, RePro 181, ano 35, março de 2010, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 49-50.

⁶¹ PARENTE, Eduardo de Albuquerque, *Jurisprudência: da Divergência à Uniformização*, São Paulo, Editora Atlas, 2006, p. 19.

Não é admissível, pois, que persista a postura individualista no âmbito do processo civil, na medida em que esse individualismo sacrificar a busca pela igualdade, que é um direito fundamental do homem:

Por ser agente estatal no desempenho de função pública, os objetivos do juiz no processo devem ser bem mais amplos do que a satisfação das partes. O Estado tem tanto interesse em harmonizar conflitos coercitivamente quanto em proporcionar segurança jurídica, em uma leitura da visão publicista do processo. Para isso, necessariamente exercitará poder, impondo o direito.⁶²

É evidente que, ao proferir uma sentença, o Estado, através do Poder Judiciário, dita regra de conduta, não somente às partes diretamente envolvidas no litígio, mas a toda a sociedade, que se mostra cada vez mais consciente da importância desse Poder outrora tão distante de sua realidade.

A atividade judicial é complementar à legislativa, na tarefa de definir os rumos da sociedade:

Mas eis que o Estado positiva também o seu poder ao definir situações concretas, decidindo e realizando praticamente os resultados que entende devidos em cada caso. Legislação e jurisdição englobam-se, assim, em uma unidade teleológica – ambas engajadas em uma tarefa só, de cunho social, que estaria a meio caminho se fosse confiada só à legislação e não teria significado algum se se cogitasse da jurisdição sem existirem normas de direito substancial.⁶³

O Projeto do Código de Processo Civil se revela atento à necessidade premente de uniformização da jurisprudência, como garantia da segurança

⁶² PARENTE, Eduardo de Albuquerque, *Jurisprudência: da Divergência à Uniformização*, São Paulo, Editora Atlas, 2006, p. 20

⁶³ DINAMARCO, Candido Rangel, *A instrumentalidade do Processo*, 14ª Edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2009, p. 188.

jurídica, reservando espaço expressivo a esse respeito na Exposição de seus Motivos⁶⁴.

Nesse trecho que, embora extenso, se pede vênia para colacionar abaixo, a Comissão designada para a elaboração do projeto destinado ao novo Código de Processo Civil ilustra a relevância e a atualidade do tema concernente à necessidade de vinculação aos precedentes judiciais:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranqüilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. [...] Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez

⁶⁴ Disponível em: < <http://professormedina.com/2010/06/09/exposicao-de-motivos-do-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em 21/03/2012.

pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável. De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isto porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos ex tunc. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso. [...] Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência. O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranqüilidade social e descrédito do Poder Judiciário. Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, ipso facto, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma.

É certo que tais instrumentos somente trarão ao sistema jurídico maior coesão caso os operadores do Direito se apercebam da necessidade de o Poder Judiciário atuar sistemática e objetivamente na pacificação social.

Assim, todos os membros do Poder Judiciário, em especial os órgãos destinados à uniformização da jurisprudência, devem se conscientizar da

relevância de seu papel no sistema jurídico e de se observarem os precedentes judiciais, no intuito de preservar a segurança jurídica e a igualdade.

Honrar os precedentes judiciais é medida que se impõe, em prestígio aos relevantíssimos princípios da segurança jurídica, da igualdade e do próprio Estado Democrático de Direito.

9 CONCLUSÃO

Os sistemas jurídicos, seja os inspirados na *civil law*, seja aqueles estribados na *common law*, surgiram de idêntica proposição: conferir a segurança jurídica essencial a qualquer sociedade.

Não obstante, como restou demonstrado, os instrumentos implementados pela *civil law*, no afã de garantir a pretendida segurança jurídica, mostraram-se, com a evolução da sociedade, inócuos.

A ideia inicial, de que a lei escrita seria suficiente para garantir a igualdade e a segurança jurídica, mostrou-se falaciosa ante a imperiosa necessidade de interpretação da lei.

O advento do constitucionalismo, bem como o emprego de conceitos abertos e cláusulas gerais como ferramentas de adaptabilidade da lei escrita, exigiram o surgimento de um juiz criativo, diverso do mero implementador da norma idealizado quando do surgimento da *civil law* e da teoria da tripartição dos Poderes.

A interpretação da lei - inafastável em razão dos conceitos genéricos e abstratos com que a norma é redigida - sem o acatamento aos precedentes judiciais, afasta os sistemas jurídicos inspirados *na civil law* da pretendida estabilidade jurídica, na medida em que a livre interpretação da lei possibilita que situações idênticas recebam enquadramentos jurídicos díspares.

Em busca de ferramentas que viabilizassem a tão almejada segurança jurídica, observou-se que os sistemas jurídicos inspirados na *common law* dispõem de um eficaz instrumento de coesão – a força vinculante dos precedentes judiciais, instrumento este que garante a certeza no âmbito jurídico.

Ora, a desconexão entre soluções jurídicas empregadas em casos idênticos afasta o Poder Judiciário de sua incumbência primeira, que é a pacificação social.

A evolução histórica dos sistemas jurídicos fulcrados na *civil law*, cujo impulso inicial se deu com a ruptura para com o período antecedente, ainda ressoa, no desprezo ao passado e no desrespeito aos precedentes.

Contudo, tal qual o pêndulo que, ante a ausência de força motriz, tende ao centro, ao equilíbrio, se faz mister repensar os sistemas jurídicos inspirados na *civil law*, de modo que a segurança jurídica por eles pretendida seja

alcançada, o que se daria, como ora proposto, pela força vinculante dos precedentes judiciais.

Porquanto, decisões díspares concomitantemente, ou diametrais mudanças de posicionamento dos tribunais consiste em negação do Estado de Direito, visto que os pronunciamentos judiciais (já não pode negar) também declaram ou criam regras de conduta.

Insta frisar à exaustão que os julgadores não gozam de garantias para seu deleite individual; gozam dessas garantias na condição de integrantes de um dos Poderes do Estado e, como membros de um Sistema, devem agir no interesse desse Sistema, e não como indivíduos em busca de sua própria autoafirmação.

O juiz afirma o Direito e, não raro, cria regras de conduta.

Nessa importante missão, deve atuar como membro do próprio Estado, que não pode, como louco, apontar em uma direção em um dado momento e, no momento seguinte e analisando situação idêntica à primeira, apontar em direção diversa.

Não se nega que a jurisprudência deva evoluir, acompanhando o progresso das relações sociais.

Porém, em respeito à segurança jurídica, essa evolução deve de fato acompanhar a evolução da sociedade, não turbando-a com incerteza ou imprecisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª Edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Introdução ao Direito Comparado*, 2ª edição, Editora Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

ANDRADE, José Arildo Valadão de, *Objetivação do Recurso Extraordinário na perspectiva dos direitos fundamentais segundo os padrões de uma fundamentação substancialista de justiça constitucional*, RePro 198, ano 36, agosto de 2011, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, pag. 51 a 93.

ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, 14ª Edição Revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ARRUDA ALVIM, *Notas sobre o projeto de novo Código de Processo Civil*, RePro 191, ano 36, janeiro de 2011, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, pag. 299 a 318.

BARROSO, Luis Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2004.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da; GOUVÊA, José Roberto; NEGRÃO, Teotônio; *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 43ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini, *Teria Geral do Processo*, 27ª Edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2011.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado, *O Anteprojeto de Código de Processo civil: a busca por celeridade e segurança*, RePro 185, ano 35, julho de 2010, Editora Revista dos Tribunais.

COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação História dos Direitos Humanos*, 7ª Edição revista e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão, *A “objetivação” no processo civil – as características do processo objetivo no procedimento recursal*, RePro 178, ano 34, dezembro de 2009, Editora Revista dos Tribunais.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão, *Reclamação – A ampliação do cabimento no contexto da “objetivação” do processo nos Tribunais Superiores*, RePro 197, ano 36, julho de 2011, Editora Revista dos Tribunais.

COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; DINAMARCO, Pedro da Silva; RIBEIRO, José Horácio Halfed Rezende; *Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*, São Paulo, Editora Atlas, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do código de processo civil*, RePro 192, ano 36, fevereiro de 2011, Editora Revista dos Tribunais.

CUNHA, Sérgio Sérulo da, *O efeito vinculante e os poderes do juiz*, São Paulo, Editora Saraiva, 1999.

DAVID, René; tradução Hermínio A. Carvalho, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 4ª Edição, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Candido Rangel, *A instrumentalidade do Processo*, 14ª Edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, tomo I, 6ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2010.

ESTATÍSTICAS DO STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em 19/03/2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*, São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Princípios Fundamentais do direito constitucional*, São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

FRANCO, José Alexandre, *Sistemas de Direito Contemporâneo*. Disponível em:

<http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10012.pdf> Acesso em: 20.03.2012.

GOMES, Ana Zélia Jansen Saraiva, *O processo de objetivação do recurso extraordinário*.

Disponível em:

http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080208141335917&mode=print.

Acesso em 20/03/2012.

HORTA, Denise Alves, *Obra de arte e sentença: a expressão do sentire do artista e do juiz*.

Disponível em : http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_75/Denise_Horta.pdf.

Acesso em 20/03/2012.

JUSTIÇA EM NÚMEROS, RELATÓRIOS. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em 19/03/2012.

LOPES, João Batista, *Novo Código de Processo Civil e efetividade da jurisdição*, RePro 188, ano 35, outubro de 2010, Editora Revista dos Tribunais.

LOYOLA, Leandro, *20 anos de cidadania no Brasil*. Disponível em:

<<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/1,,EMI12330-15273,00.html>>. Acesso em: 28/10/2011.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*, RePro 172, ano 34, junho de 2009, Editora Revista dos Tribunais.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes*, RePro 184, ano 35, junho de 2010, Editora Revista dos Tribunais.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria Geral do Processo*, 5ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª Edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2011.

MIRANDA, Pontes de, *Democracia, liberdade e igualdade*, 1ª edição, Campinas Editora Bookseller, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *Do Espírito das Leis*, São Paulo, Editora Martin Claret, 2003.

MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 8ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 27ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de, *Direitos Humanos Fundamentais*, 9ª Edição, São Paulo. Editora Atlas, 2011.

MUSCARI, Marco Antônio Botto, *Súmula Vinculante*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson ; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque, *Jurisprudência: da Divergência à Uniformização*, São Paulo, Editora Atlas, 2006.

PARENTONI, Leonardo Netto, *Brevíssimos pensamentos sobre as linhas mestras do novo Código de Processo Civil*, RePro 193, ano 36, março de 2011, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

PEÑA DE MORAES, Guilherme Braga, *Dos Direitos Fundamentais Contribuição para uma Teoria*, Editora LTR, 1997.

PINTO, Luis Felipe Marques Porto Sá, *Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios – tendências de coletivização da tutela processual civil*, RePro 185, ano 35, julho de 2010, Editora Revista dos Tribunais.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-reitora de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos*. 9ª Edição, Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 21/03/2012

PROBST, Paulo Vitor da Silva, *A objetivação do Recurso Extraordinário*, RePro 197, ano 36, julho de 2011, Editora Revista dos Tribunais.

SANTOS, Evaristo Aragão, *Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial*, RePro 181, ano 35, março de 2010, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à Constituição*, 7ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34ª Edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2011.

SOUZA, Eduardo Francisco de, *A abstração do controle difuso de constitucionalidade*, Revista CEJ, Ano XII, n. 41, Brasília, abr./jun. 2008.

TARUFFO, Michelle, *Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e Microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*, RePro 181, ano 35, março de 2010, Editora Revista dos Tribunais.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes, *Uniformização de Jurisprudência: segurança jurídica e dever e uniformizar*, São Paulo, Editora Atlas, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, volume 1, 11ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*, RePro 172, ano 34, junho de 2009, Editora Revista dos Tribunais.