

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA III**

ILTON GARCIA DA COSTA

LUCIANA COSTA POLI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Luciana Costa Poli – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-550-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos Sociais. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

Com imensa satisfação apresentamos o livro do grupo de trabalho denominado “Jurisdição e acesso à Justiça III” do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI São Luís/MA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal do Maranhão – UFMA, por meio do seu Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça com o tema “DIREITO, DEMOCRACIA E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA” realizado entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017 no campus da Universidade Ceuma em São Luís.

Trata-se de obra que reúne artigos de temas diversos atinentes ao tema “Processo, Jurisdição e Acesso à Justiça III” que foram apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do grupo de trabalho. Compõe-se o livro de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, reúne a obra artigos que apontam diversas e interessantes questões relativas ao processo civil, ações constitucionais, procedimento administrativo, serventias extrajudiciais, etc. O vigor dos pesquisadores processualistas brasileiros, se renova. O conjunto dos artigos aqui apresentados é prova da necessidade de difusão do engajamento da reflexão jurídico processual para que se possam remover injustiças concretas e diárias. Para que se chegue a um processo que contribua para a superação dos privilégios, da desigualdade, que se compreenda criticamente e se alimente, quase que de maneira obcecada, sua razão de ser: o acesso material, integralizado, maximizado à justiça.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos aliado a uma visão atual da jurisprudência. O livro apresentado ao público possibilita uma acurada reflexão sobre tópicos contemporâneos e desafiadores do direito contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do nosso sistema jurídico.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do direito visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta obra fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do direito compreendam as múltiplas dimensões que o direito contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra pelo comprometimento e seriedade demonstrado nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos que propiciaram a elaboração dessa obra coletiva de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos textos que compõem essa obra apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de um pensamento crítico, a possibilitar a construção de um direito voltado à concretização dos valores insculpidos pela Constituição da República.

São Luís, novembro de 2017.

Profa. Dra. Luciana Costa Poli - PUC Minas

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO SISTEMA JURÍDICO ROMANO-GERMÂNICO E A APROXIMAÇÃO DO SISTEMA DA COMMON LAW EM BUSCA DE SEGURANÇA JURÍDICA

THE CONSTITUTIONALISATION OF LAW IN THE CIVIL LAW SYSTEM AND AN APPROACH OF THE COMMON LAW SYSTEM IN SEARCH OF LEGAL CERTAINTY

Ana Patricia Vieira Chaves Melo ¹
Bricio Luis Da Anunciacao Melo ²

Resumo

A constitucionalização do direito promoveu uma aproximação dos sistemas romano-germânico e da common law, na medida em que conferiu papel primordial ao Poder Judiciário, ampliando-lhe o poder criativo, expandiu a jurisdição constitucional e desenvolveu uma nova dogmática de interpretação da Constituição, a cuja principiologia se reconheceu força normativa, notadamente na tutela dos direitos fundamentais. A crise de segurança jurídica decorrente do fortalecimento da Justiça Constitucional Substantiva levou o sistema romano-germânico a se valer da sistemática dos precedentes. Através do método hipotético dedutivo, com lastro em pesquisa bibliográfica sobre tais sistemas jurídicos, demonstrar-se-á esta aproximação e sua relação com o neoconstitucionalismo.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito, Sistema romano-germânico, Common law, Ativismo judicial, Segurança jurídica, Sistema de precedentes

Abstract/Resumen/Résumé

The constitutionalisation of the law fostered an approach of the civil law and common law systems, inasmuch as it conferred a foremost role to Judiciary, expanding its creative power, expanded constitutional jurisdiction and developed a new dogmatic interpretation of the Constitution, whose principiology recognized normative force, notably in the protection of fundamental rights. The crisis of legal security resulting from the strengthening of Substantive Constitutional Justice led the civil law system to use the stare decisis. Through the deductive hypothetical method, with a bibliographical research bearing on such legal systems, this approximation and its relationship with neo-constitutionalism will be demonstrated.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalisation of law, Civil law system, Common law, Judicial activism, Legal certainty, Stare decisis

¹ Mestranda em Constitucionalização de Direitos pela Universidade Federal de Sergipe. Promotora de Justiça.

² Mestrando em Constitucionalização de Direitos pela Universidade Federal de Sergipe.

1 Introdução

A constitucionalização do direito é fenômeno mundial que se opera, desde o pós-Segunda Guerra Mundial, nos ordenamentos jurídicos de diversos países, sejam eles do sistema jurídico romano-germânico, sejam do sistema jurídico da *common law*, como resposta aos abusos cometidos e à crise do modelo legalista.

Não obstante seja amplamente conhecida a divergência entre os dois grandes sistemas jurídicos contemporâneos no tocante à sua estrutura, em especial à regra do direito, às fontes, às grandes divisões do ordenamento e aos distintos conceitos e categorias, o presente artigo colima demonstrar que a constitucionalização do direito conduziu a uma aproximação dos sistemas romano-germânico e da *common law*.

Para o enfrentamento do tema, é necessário trazer à lume, primeiramente, os antecedentes históricos de cada um dos sistemas, a fim de compreender a aproximação destes sistemas promovida pelo neoconstitucionalismo¹. Posteriormente, tratar-se-á das divergências mais relevantes para o entendimento de como a judicialização da política e o ativismo judicial² aproximaram os sistemas.

Por fim, demonstrar-se-á que a constitucionalização do direito, na medida em que conferiu papel primordial ao Poder Judiciário, ampliando-lhe os poderes e papel criativo, conduziu a uma insegurança jurídica abissal no sistema romano-germânico, por ele historicamente rechaçada. Por conseguinte, verifica-se, no Brasil, tendência crescente de adoção do sistema de precedentes, oriundo da *common law*, de modo a aproximar os sistemas jurídicos contemporâneos, na busca por segurança jurídica.

Para tanto, utilizar-se-á o método hipotético dedutivo, com lastro em pesquisa bibliográfica sobre os dois grandes sistemas jurídicos contemporâneos e sua relação

¹ O conceito de “neoconstitucionalismo” - formulado sobretudo na Espanha e na Itália - não é unívoco, nem tampouco corresponde a uma concepção teórica coesa (SARMENTO, 2009, p. 3). Por este motivo, Paolo Comanducci classifica, na linha utilizada por Bobbio em relação ao positivismo, em três diferentes formas de neoconstitucionalismo – teórico, ideológico e metodológico. Destaca que não se apresenta apenas como ideológica e correspondente metodologia, como também uma teoria concorrente com a positivista. (COMANDUCCI, 2002, 96-97). Adotam-se, neste artigo, os marcos propostos por Luís Roberto Barroso, quais sejam: a formação do Estado Constitucional de Direito como marco histórico; o marco filosófico do pós-positivismo e como marco teórico a força normativa da constituição, o desenvolvimento de um nova dogmática de interpretação constitucional e expansão da jurisdição constitucional (BARROSO, 2015, p. 519-521).

² Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos da América para designar uma atuação proativa da Suprema Corte, em especial uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais da Corte Warren, entre 1954 e 1969. No entanto, em sua origem era uma expressão conservadora e nela “[...] se encontrou apoio para a política da segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral [...]” (BARROSO, 2015, p. 49).

com a constitucionalização do direito, com o fito de construir um quadro de referência teórica como fundamento para o tema propugnado.

1 Das divergências históricas entre os sistemas romano-germânico e da *common law*

Segundo Ferreira de Almeida (2014, p. 11), o direito comparado deve ser pensado como estudo comparativo de direitos – direitos na acepção de sistemas jurídicos. É cediço que o direito comparado se distingue do simples estudo de direitos estrangeiros pela utilização do método comparativo e pela apresentação de uma síntese comparativa.

A existência de um ou mais sistemas jurídicos diferentes funciona como um dos polos indispensáveis ao Direito, conforme lição de Ivo Dantas (1997, p. 235). Nessa senda, é mister ressaltar que a noção de famílias ou sistemas de direito tem finalidade didática – valorizar as diferenças e semelhanças que existem entre os diferentes direitos – e, sem desconhecer a existência de diversas classificações que levam em consideração *discrimen* distintos³, adota-se, neste artigo, como sistemas jurídicos contemporâneos principais o romano-germânico e o sistema da *common law*, na linha perfilhada por René David, apartando-se da família dos direitos socialistas, haja vista a derrocada do regime socialista (PESSOA, p. 52).

A fim de prosseguir uma análise comparativa entre os referidos sistemas jurídicos, faz-se necessária utilizar “uma grelha comparativa” – terminologia utilizada por Ferreira de Almeida (2014, p. 11) para se referir a elementos comuns e dotados de representatividade através dos quais se procederá à comparação. Integrarão esta “grelha comparativa” a estrutura do direito, as fontes, as grandes divisões direitos e conceitos jurídicos. Ademais, faz-se necessário invocar a evolução histórica como elemento coadjuvante da comparação, com o escopo de facilitar o entendimento da convergências e divergências.

Prima facie, impende ressaltar que há dificuldades em se estabelecer uma comparação entre os sistemas, tais como a ausência de correspondência entre as noções e conceitos. Com efeito, não se pode inquirir a outro ordenamento jurídico se nele existem normas ou institutos equivalentes aos do nosso próprio sistema. Segundo Rui Pinto Duarte

³ “[...] não há concordância sobre o modo de efetuar esse agrupamento, e sobre quais famílias de direitos se deve reconhecer. Alguns baseiam as suas classificações na estrutura conceitual dos direitos ou na importância reconhecida às diferentes fontes do direito. Outros julgam que estas diferenças de ordem técnica têm caráter secundário, pondo em primeiro plano as considerações de conteúdo, o tipo de sociedade que se pretende estabelecer com a ajuda do direito, ou, ainda, o lugar que é reconhecido ao direito como fator de ordem social.” (DAVID, p. 17).

(2006, p. 780), deve-se interrogar como esse ordenamento soluciona o problema jurídico vertente. Isso porque os conceitos paradigmáticos conhecidos por um ordenamento jurídico podem ser completamente estranhos ao jurista de outro país, em especial se pertencerem a sistemas jurídicos distintos.

René David (2009, p. 291-293, 305-306) exemplifica como categorias e conceitos do direito inglês, completamente diversas das categorias e conceitos da ciência românica, os conceitos de *trust*, *bailment*, *estoppel*, *consideration* e *trespass*. Por outro lado, os conceitos de poder paternal, reconhecimento dos filhos naturais, usufruto, pessoa moral, dolo, força maior, contravenção e órgão público são desconhecidos pelo sistema a *common law*. Ademais, a *common law* conhece, como sanção de inexecução dos contratos, apenas as perdas e danos, porquanto a antiga ação de *assumpsit*⁴ apenas podia ter como resultado as perdas e danos. A noção inglesa de *contract*, por sua vez, compreende somente os contratos que até meados do século XIX foram sancionados pela ação de *assumpsit*, não englobando os contratos a título gratuito nem os que visam a restituição de coisa quando o demandante continua a ser proprietário.

Outrossim, deve-se ter cautela com as palavras cuja tradução evoca institutos cujo significado nada tem em comum. A *equity* do direito inglês em nada se assemelha à equidade do sistema romano-germânico. Aquela se refere ao conjunto de soluções que foram, principalmente, nos séculos XV e XVI, outorgadas pela jurisdição do Chanceler⁵, para completar e rever o sistema da *common law*, agindo com fundamento na lei moral. No continente europeu, essas intervenções operam-se no quadro próprio dos princípios do direito. Trata-se atualmente de um ramo do direito que engloba certas matérias às quais se aplica um processo escrito, tais como o direito da *real property*, sociedades comerciais e falências, opondo-se ao ramo da *common law*, o qual se caracteriza por um processo oral e contraditório, não obstante ambos sejam aplicados por todos os tribunais. Por essa razão, o direito inglês possui uma estrutura dualista.

⁴ Originária da ação crime de *trespass on the case, writ* que tem por objeto sancionar um dano injustamente causado à pessoas, à terra ou aos bens do atingido, a ação de *assumpsit* destinava-se inicialmente a executar uma obrigação nos casos em que houvesse um compromisso expresso de executá-la. Apenas em 1602, com o *Slade's case*, os Tribunais Reais admitem descobrir em qualquer promessa o compromisso implícito de cumpri-la (DAVID, 1998, p. 292).

⁵ Desde o século XIV, era possível na Inglaterra o recurso ao rei, em casos excepcionais, para obter justiça, quando esta não fosse alcançada pelos Tribunais de Westminster dados os entraves processuais. Nesse caso, o recurso normalmente passava pelo Chanceler, que o transmitia ao rei, o qual decidia no seu Conselho. Com o advento da Guerra das Duas Rosas, o Chanceler, no século XV, tornou-se cada vez mais um juiz autônomo, atuando em nome do rei e do Conselho, de modo a desenvolver um conjunto de regras jurídicas que se opunham à *common law* (DAVID, 1998, p. 295-296).

Acrescente-se que as grandes divisões do direito não são correspondentes nos sistemas românico-germânico e *common law*. Enquanto neste os juristas dividem-se em *common lawyers* e *equity lawyers*, naquele tem-se os publicistas e privatistas. Na concepção anglo-saxônica, a divisão entre direito público e privado é inconcebível, pois equivaleria a admitir que Estado e Administração não estariam submetidos ao Direito. Destarte, a Administração é submetida, como os particulares, ao sistema do *common law*, sem dispor de privilégios exorbitantes.

Cabe destacar que se verifica historicamente um obstáculo no sistema da *common law* à recepção de categorias e conceitos do direito romano. Isso porque o direito inglês – base do sistema da *common law*, que sofreu diversas mudanças e adaptações em outros países por ocasião de sua expansão para as colônias – desenvolveu-se em quadros processuais rígidos, visto que à época da formação da *common law*, de 1066 a 1485, período da dinastia dos Tudors, o grande desafio do advogado era que seu *writ* fosse admitido pelos Tribunais de Westminster e, em sendo admitido, fazê-lo chegar ao fim. Enquanto na família romano-germânica a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano, cujo estudo nas universidades renasceu no século XIII, marco de seu surgimento científico, concebendo o direito como um modelo de organização social, o direito inglês desenvolveu-se como um direito de processualistas e de práticos. Por isso, não conheceu a renovação pelo direito romano, cujo conhecimento, em que pese estudado nas universidades, não permitiria ganhar o processo (DAVID, 2009, p. 294).

Tais diferenças são explicadas pela História. No direito inglês, não existia um corpo de direito sistematizado ao qual se recorrer a fim de buscar uma regra geral e abstrata, o que levou os juízes a construírem, empiricamente, a *common law*, direito eminentemente jurisprudencial, fundado sobre a razão, comum a todo reino, que veio substituir o direito costumeiro local, baseado nos costumes. Em que pese a *common law* tenha retirado algumas de suas regras dos costumes locais, foi elaborado exclusivamente pelos Tribunais Reais de Justiça – os Tribunais de Westminster, que exercem, a essa época, somente a “alta justiça”, examinando somente determinadas matérias. As demais jurisdições aplicam um direito local – regulamentos municipais ou direito internacional do comércio – e não fazem cumprir coercitivamente suas decisões. Somente no século XIX, os Tribunais Reais tornam-se jurisdições de direito comum. Assim, a *common law* “não se apresenta como um sistema que visa realizar justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios.” (DAVID, 2009, p. 291).

O sistema romano-germânico, por sua vez, tem o seu berço na Europa e formou-se graças aos esforços das universidades europeias que, com base em compilações de Justiniano, elaboraram uma ciência jurídica comum a todos – com o mesmo vocabulário, conceito, categorias, grandes divisões e regra de direito. Não se confunde, porém, com o direito romano em que se baseou. Enquanto no Direito Romano, os pretores eram investidos da *juris dictio*, capacidade de dizer o direito, além de elaboraram éditos, os quais foram codificados por ocasião do Principado, no II século D.C., o sistema romano-germânico é, em seus primórdios, eminentemente doutrinário. Coube às universidades o papel de buscar o sentido originário das leis romanas, com a escola dos glosadores, e sistematizar e modernizar os dados do direito de Justiniano, adaptando-as às necessidades da sociedade, sob a escola dos pós-glosadores. Somente com a escola jusnaturalista, fundada sobre a razão, adquiriu vocação para a universalidade, legando a este sistema a codificação e a construção do direito público, garantindo as liberdades da pessoa humana. Só então este sistema passou a ter a primazia da lei entre suas fontes do direito, o que se aprofundou com o positivismo jurídico, sob a circunstância histórica do nacionalismo exacerbado.

Por conseguinte, a regra do direito desenvolveu-se, neste sistema, como uma regra de conduta dotada de generalidade, evidenciada pela doutrina ou enunciada pelo legislador, apta a dirigir a conduta dos cidadãos. Na *common law*, por sua vez, a *legal rule* situa-se em um nível de generalidade menor, possui referência a determinados fatos e, por isso, somente se forma após reiteradas decisões normativas. Assim, a lei somente é considerada direito após sua interpretação e aplicação e na medida que interpretada e aplicada. Impende ressaltar que o sistema da *common law* conheceu desenvolvimento profícuo da legislação, especialmente com sob as necessidades do *Welfare State* em domínios novos do Direito, tais como a regulamentação da intervenção do Estado nos domínio econômico e social, o direito previdenciário e de assistência social, bem como às necessidades da globalização, do comércio internacional e, no caso da Inglaterra, a submissão, por ocasião de seu ingresso na União Europeia em 1973, ao direito comunitário europeu, cujas fontes originárias são os tratados e Constituição europeia (LOBO, 2009, p.153-155).

Malgrado a lei tenha sido alçada, na *common law*, a um nível de importância equiparável ao do sistema romano-germânico, a forma de pensá-la e aplicá-la do sistema da *common law* é completamente diversa do romano-germânico. Enquanto este se concebia, sob os auspícios do positivismo, como sistema fechado, em que todos os casos fáticos poderiam se subsumir às regras existentes, pela técnica da interpretação, negando-se

poder criativo ao magistrado, que seria a “boca que pronuncia as palavras da lei”⁶, na expressão utilizada por Montesquieu (2010, p. 175), o direito inglês se concebe como um sistema aberto, de modo que, caso não haja uma *legal rule* que se aplique à determinada referência fática, permite criar uma nova *legal rule*, imbuída de conceitos fáticos, através da técnica da *distinction*, apta a dar uma solução imediata ao caso vertente, de modo a substituir as disposições legais. Se, para os juristas do sistema romano-germânico, a submissão do juiz à lei promove segurança jurídica, para o jurista da *common law*, a generalidade das regras e princípios deste sistema, torna insegura a técnica da subsunção, submetida a interpretações distintas por diferentes de julgadores e à instabilidade de jurisprudência. Nesta perspectiva, no referido sistema jurídico, as normas seriam equiparáveis a molduras a serem preenchidas conforme as circunstâncias.

Entretanto, constata-se que, com a constitucionalização do direito, o sistema romano-germânico tem se aproximado do sistema da *common Law*, situação que marca, pois, verdadeira mudança de paradigma.

2 Da constitucionalização do direito e do ativismo judicial

A constitucionalização do direito – entendida como irradiação dos efeitos das normas ou valores constitucionais a outros ramos do direito, consoante definido por Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 18), para quem o seu principal aspecto é a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, exsurtiu no Estado Constitucional de Direito, sob o influxo do pós-positivismo, caracterizado pela reaproximação entre ética e direito e pela centralidade dos direitos fundamentais. Conforme lições do constitucionalista Luís Roberto Barroso (2015, p. 296-301), sob os auspícios do neoconstitucionalismo, reconheceu-se força normativa à Constituição, desenvolveu-se nova dogmática de interpretação constitucional e expandiu-se a jurisdição constitucional – seja pela aplicação direta da Constituição, seja no controle de constitucionalidade dos atos normativos e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Humberto Ávila, em crítica ao ativismo judicial, propõe o seguinte encadeamento lógico do neoconstitucionalismo, a fim de combatê-lo:

⁶ “Consoante anota F. Callejón: A imposição da lei, é, assim, tão brutal que não deixa lugar algum para a construção teórica no primeiro positivismo, e menos ainda para a interpretação e criação do Direito fora dos limites da aplicação mecânica da lei.” (TAVARES, 2014, p. 46-47).

[...] as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação. (ÁVILA, 2009, p. 2).

No contexto do pós-positivismo, os princípios passaram a ter total hegemonia e preeminência. Paulo Bonavides assevera que, com o advento das Constituições da última década do século XX, os princípios converteram-se em pedestal normativo sob o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. Aponta o doutrinador que “Essa posição de supremacia se concretizou com a jurisprudência dos princípios”, especialmente no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Como salienta André Ramos Tavares (2012, p.40), as constituições principiológicas exigem atuação mais intensa da Justiça Constitucional substantiva⁷ – o controle jurisdicional da constitucionalidade.

Outrossim, o fenômeno mundial da expansão da jurisdição constitucional conferiu maior relevância ao Poder Judiciário, infirmo sua concepção como legislador negativo, de modo a tornar inequívoco seu papel criativo do direito. Haja vista a submissão da lei à Constituição, no aspecto formal e substancial, inclusive no que tange aos direitos e garantias fundamentais, o magistrado passou a exercer a função de criador de normas, ou como aponta Marinoni (2009a, p. 21), criador de efetiva tutela de direitos, ainda que isso requeira o desconsiderar e/ou considerar parcial da lei. Nesse contexto, afirma Barroso que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Este Poder tomou para si as atribuições da interpretação normativa, com o escopo de resguardar os direitos fundamentais, passando a tomar decisões de conteúdo político e moral. Judicializou-se a política, tornando tênue a separação de poderes. No Brasil, a judicialização da política acentuou-se diante da desilusão com a política majoritária, em razão dos escândalos de corrupção e consequente crise de representatividade. Ademais, como assevera Luís Roberto Barroso (2015, p. 439), os atores políticos preferem

⁷ “A jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas idéias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (i.e., poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria).” (BARROSO, 2015, p. 50).

que o Judiciário decida questões polêmicas, tais como uniões homoafetivas, aborto de feto anencéfalo e demarcação de terras indígenas.

Sobre os efeitos da constitucionalização do direito no sistema romano-germânico, traz-se à lume excerto esclarecedor do mencionado constitucionalista:

Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitucional constitui uma mudança drástica no modo de pensar e de se praticar o Direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do Direito. (BARROSO, 2015, p. 437, grifou-se).

A judicialização da política, segundo o ministro Luís Roberto Barroso (2014, p. 442-443), é um fato inelutável, decorrente do modelo de constitucionalização analítico e abrangente e do sistema de controle de constitucionalidade adotado, que combina a matriz americana – controle difuso – e europeia – concentrado, maximizada pela variedade de ações diretas e amplo direito de propositura. Por outro lado, a forma como o Judiciário exercerá essa competência indicará a existência e o grau de ativismo judicial – associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A ideia de ativismo judicial é proporcional ao grau de discricionariedade que se confere à atividade jurisdicional. No sistema romano-germânico, por vezes, camufla-se esse poder criativo de normas como interpretação.

São inúmeros os precedentes de postura ativista do Supremo Tribunal Federal, quer em relação a situações não expressamente contempladas, tais como a imposição de fidelidade partidária⁸ e da vedação ao nepotismo⁹; liberdade de expressão e discurso do ódio¹⁰, bem como imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, em caso de inércia (greve no serviço público¹¹ e criação de municípios¹²) ou de políticas públicas insuficientes (direito à saúde¹³). O ativismo judicial se justifica especialmente na seara da tutela dos direitos fundamentais e a fim de resguardar a democracia.

⁸ ADI 5081 (STF, 2015)

⁹ ADC 12/DF (STF, 2008) e Súmula vinculante nº 13 (STF, 2008).

¹⁰ HC 82.424/RS - caso Ellwanger (STF, 2004).

¹¹ MI 670/ES (STF, 2007).

¹² ADI 2.240 (STF, 2007).

¹³ RE 271286 AgR/RS (STF, 2000).

Haja vista a participação ativa do Poder Judiciário, em especial da Corte Constitucional, no processo político, subjacente ao neoconstitucionalismo, a doutrina tece críticas à possibilidade de o magistrado moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito, apontando a existência de uma espécie de poder constituinte permanente (SARMENTO, 2009, p. 12). Aponta-se, assim, um excesso de discricionariedade judicial e questiona-se a legitimidade de certas intervenções da Justiça Constitucional, especialmente diante de decisões que geram insatisfação na mídia, no Governo e no âmbito político-partidário.

A suposta usurpação pelo Judiciário de um espaço que não lhe foi atribuído pela Constituição remonta o *case Paramount Law*, em 1803, quando o juiz Marshall da Corte Suprema dos Estados Unidos avocou para esta Corte a responsabilidade pela supremacia da Constituição (TAVARES, 2014, p. 34). Essa oposição ao ativismo judicial se verificou nos países da América que adotaram o modelo difuso-concreto de controle de constitucionalidade das leis, bem como estabeleceram uma Corte Suprema, inclusive o Brasil. A relevância da discussão em torno do ativismo judicial remonta ao equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário, conforme leciona Barroso (2015, p. 52).

Por outro lado, o constitucionalista André Ramos Tavares assevera ser inadmissível a deslegitimação da atuação do juiz constitucional em diversas áreas em que sua atuação é decisiva e legítima, precipuamente no âmbito dos direitos fundamentais. Destarte, apresenta uma visão minimalista da autocontenção do juiz constitucional, restrita a determinadas áreas em que sua intervenção seja tecnicamente indesejável ou relacionadas a opções da própria Constituição. Porém, sustenta não ser possível excluir uma atuação do juiz constitucional ou ativismo, como implementador da Constituição e concretizador de direitos fundamentais. Em que pese não seja exclusiva sua função na implementação destes direitos, a sua competência para tanto decorre da opção do texto constituinte, que se depreende de “institutos como o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, além das cláusulas tradicionais que concedem ao STF e seus magistrados a guarda (final) da Constituição e o alocam como implementador da Constituição.” (TAVARES, 2012, p. 37).

Frise-se que, historicamente, o sistema romano-germânico, em sua pretensão de completude do ordenamento jurídico, notadamente com o advento do positivismo jurídico, objetiva a segurança jurídica, valorizando-a. A codificação promovida pelo referido sistema imbuíu de precisão e certeza o direito ou, ao menos, pretendeu imbuir o

jurista desta ideia. Pretendia-se que, com uma legislação clara e completa, o juiz procedesse tão somente a subsunção do fato à norma. Ocorre que a aplicação destas normas codificadas sob a técnica da interpretação revela a amplitude de soluções a que se pode chegar através da subsunção de uma mesma norma, notadamente diante da generalidade das normas deste sistema – que pretendem criar pautas de conduta, da profusão de conceitos jurídicos indeterminados e do papel hodiernamente reconhecido aos princípios. Some-se a isso o caráter principiológico das modernas Constituições, inclusive a Constituição Federal de 1988, o que demanda a aplicação da ponderação ao invés da subsunção, exigindo uma análise mais individual e concreta (ÁVILA, 2009, p. 2) e a aplicação de teorias da argumentação jurídica, que se socorrem de considerações de natureza moral e filosófica, com o escopo de fundamentar a legitimidade das decisões judiciais (SARMENTO, 2017, p. 3).

Com efeito, a crise na segurança jurídica que se operou no sistema jurídico romano-germânico com a constitucionalização do direito e o ativismo judicial propiciou a aplicação da sistemática dos precedentes, próprio do sistema da *common law*.

3 Da adoção da sistemática de precedentes em busca de segurança jurídica

É cediço que a *common law* – criada pelos Tribunais de Westminster – tem por fonte de direito primordial a jurisprudência, cujo papel foi destacar as *legal rules*. Neste particular, impende ressaltar que é a *ratio decidendi*¹⁴ e não o dispositivo da decisão que constitui o precedente, devendo ser observada como vinculante para as decisões posteriores. O precedente estabelece, pois, as diretrizes para os demais casos a serem julgados. Dele se extrai, através do método indutivo, a norma e os princípios jurídicos paradigmas para as decisões futuras (TAVARES, 2009, p. 23).

A técnica da *distinction*, por sua vez, permite estabelecer regras novas cada vez mais precisas. Ao distinguir o caso concreto dos precedentes no que se refere aos fatos e às questões de direito, partindo das *legal rules* já estabelecidas, permite descobrir aquela que deverá ser aplicada em espécie. A *legal rule*, imbuída de conceitos fáticos, não se confunde com a letra da lei e somente se forma a partir de reiteradas decisões normativas em relação a determinada referência fática. No sistema inglês, as aplicações jurisprudenciais substituem as disposições legais. Leciona René David (1998, p. 346) que as disposições legais somente são

¹⁴ Constitui o suporte necessário das decisões dada pelos juízes em suas *reasons* – normal jurídica geral do caso concreto. Opõe-se ao *obiter dictum*, o que se diz de passagem na sentença, que não constitui o objeto principal da fundamentação. Somente a *ratio decidendi* possui força vinculante.

incorporadas ao ordenamento inglês na medida em que interpretadas e aplicadas e nos limites desta interpretação.

Somente na segunda metade do século XIX, estabeleceu-se, no direito inglês, o *stare decisis*, vinculando as Cortes aos precedentes estabelecidos pelos julgamentos proferidos pelas Cortes Superiores. Impende destacar que o jurista brasileiro, desde o Brasil-Colônia, sempre teve uma predileção por opiniões e argumentos de autoridade e pela jurisprudência sumulada ou pacificada, como forma de suprir as lacunas ou diante da assistemática legislação (BRITO; OLIVEIRA, 2008, p. 6-8). Disso decorre a voluntária submissão aos Assentos¹⁵ da Casa de Suplicação¹⁶ à época em que o Brasil era Reino Unido à Portugal, e às sumulas diante da criação, em 1828, do Supremo Tribunal de Justiça, que se transformou, em 1890, no Supremo Tribunal Federal. Em que pese se a jurisprudência fosse dotada de certa autoridade, não se reconhecia ainda o seu papel criativo de regras de direito.

Com a constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro promovida pela Constituição Federal de 1988, a criação de um amplo controle de constitucionalidade dos atos normativos promoveu, em diversos aspectos, a adoção da sistemática dos precedentes. É o que se verifica em relação ao efeito vinculante das decisões da Suprema Corte no âmbito das ações destinadas ao controle de constitucionalidade, ao efeito vinculante das decisões plenárias do Supremo Tribunal Federal, à sistemática dos recursos repetitivos, e, por fim, à súmula vinculante. Marinoni (2007, p. 2) correlaciona o *stare decisis* em sentido horizontal¹⁷ à coisa julgada *erga omnes* em matéria constitucional, a qual impede a rediscussão da matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Já o *stare decisis* em sentido vertical – *binding effect*¹⁸ – equivale, segundo o doutrinador, ao efeito vinculante das decisões plenárias do STF em matéria constitucional.

¹⁵ Instituto português que correspondia às interpretações fixadas pelas Relações – os Tribunais – e pela Casa de Suplicação das Ordenações Filipinas, que julgava o recurso contra as decisões das Relações (BRITO; OLIVEIRA, 2008, p. 4-6). Assemelha-se ao instituto brasileiro da súmula vinculante pela “origem judicialiforme da decisão e pelos seus efeitos amplos.” (TAVARES, 2009, p. 24). Ambas apresentam, no entanto, maior divergência que convergência. Enquanto os assentos “resultam de recursos interpostos pelas partes interessadas, no curso de determinado processo, a súmula pode ser editada de ofício ou por provocação de autoridades e entidades que receberam a legitimação para as ações diretas do processo objetivo [...] Os assentos dependiam de decisões prévia *divergentes*, duas, no mínimo, e as súmulas dependem de decisões prévias convergentes, em número superior a dois [...] Ademais, os assentos eram proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, não pelo seu Tribunal Constitucional [...] Por fim, no caso das súmulas, o efeito vinculante vai além do mero efeito *erga omnes*, ou “força de lei”, que era normalmente reconhecido aos assentos da doutrina portuguesa”. (Ibid., 2009, p. 25-26).

¹⁶ A Relação do Rio de Janeiro somente recebeu o *status* de Casa da Suplicação para o Brasil em 10 de maio de 1808, ano em que o Brasil tornou-se Reino Unido à Portugal (BRITO; OLIVEIRA, 2008, p. 6).

¹⁷ Ideia de que os Tribunais devem respeitar internamente seus precedentes (MARINONI, 2007, p. 2).

¹⁸ Efeito vinculante reconhecido em 1958 no caso *Cooper vs. Aaron* (Ibid., p. 2). O precedente só tem força vinculante se houver identidade com base nos fatos ou nas questões de direito suscitadas (*binding and leading precedentes*). (PESSOA, 2009, p. 87).

Diversamente do sistema da *common law*, no sistema romano-germânico o precedente não é fruto de uma longa tradição, mas de normas constitucionais e legais expressas que o criam, intrinsicamente ligado ao grau de desenvolvimento Justiça Constitucional e de seu papel político no Estado Democrático de Direito, consoante doutrina de André Ramos Tavares (2012, p. 48). Verifica-se, pois, a busca da implantação de um sistema vinculativo de jurisprudência no Brasil como contraponto ao poder criativo conferido ao juiz em decorrência da constitucionalização do direito.

Como pondera André Ramos Tavares (2012, p. 51-52), é inerente ao modelo de Tribunal Constitucional a ideia central subjacente ao modelo dos precedentes – a vinculatividade da primeira decisão sobre o tema. Com efeito, aponta o autor que o modelo de precedentes tem grande proximidade com os países romano-germânico que seguem a tradição norte-americana de Justiça constitucional concreta com uma Corte Suprema e atribuem efeito vinculante às decisões tomadas nesse âmbito concreto, como é o caso do Brasil.

Neste diapasão, Luiz Guilherme Marinoni (2009a, p. 29) ressalta que, sob o neoconstitucionalismo, o juiz da “*civil law*”¹⁹ passou a exercer papel tão criativo quanto o juiz da *common law*, papel outrora considerado inconcebível por esse sistema. Sua função não se restringe a interpretar as leis e aplicá-las mediante o uso da técnica da subsunção. Ao contrário, o magistrado cria a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção do princípio da proporcionalidade na efetivação dos direitos fundamentais no caso concreto.

Por ter recrudescido o poder criativo do magistrado no sistema romano-germânico, sob influxo do neoconstitucionalismo, socorreu-se do sistema de precedentes com o escopo de diminuir a discricionariedade judicial e racionalizar o sistema processual. Sob este aspecto, o mencionado processualista leciona que “É exatamente a cegueira para a aproximação destes juízes que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*.” (MARINONI, 2009a, p.3).

Nessa senda, a Emenda Constitucional nº 45/2004 instituiu a súmula vinculante, cuja aplicação segue a mesma estrutura de aplicação da *common law* para definição da *legal rule*, de modo a aproximar os dois grandes sistemas jurídicos contemporâneos. Em palestra proferida no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o professor norte-americano Charles Cole da Stamford University fez um paralelo entre o

¹⁹ Adota-se neste artigo a denominação sistema romano-germânico a fim de destacar os esforços comuns das universidades dos países latinos e dos países germânicos que, com base nas compilações de Justiniano, desenvolveram, a partir do século XII, uma ciência jurídica comum a todos (DAVID, 1998, p. 18). Ademais, evita-se confusão entre *civil law* e *droit civil*.

precedente vinculante nos EUA e as súmulas vinculantes brasileiras (GONZALEZ, 2009, p. 76). Segundo o professor, ambos são criados após reiteradas decisões sobre a mesma matéria, apenas pelas Cortes e revisado pelos próprios tribunais criadores. Por outro lado, ao passo que nos Estados Unidos a criação dos precedentes é automática e exige quórum de maioria simples, a súmula vinculante exige aprovação expressa e facultativa por quórum qualificado de dois terços e somente em relação à matéria constitucional. É certo que ambos os institutos cuidam em extrair, dos casos concretos, uma diretriz para os casos futuros.

Gize-se que a súmula vinculante estabelece, consoante leciona André Ramos Tavares (2009, p. 15-16), uma ponte entre o controle difuso-concreto e o controle abstrato-concentrado na medida em que, após reiteradas decisões concretas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, estabelece uma normativa geral, vinculante e de aplicação futura. Com efeito, constitui “uma espécie de ponte de ligação entre decisões (especialmente do controle de constitucionalidade ou interpretativas) proferidas numa dimensão concreta e uma decisão (sumulada) proferida com caráter geral (abstrato)” (TAVARES, 2009, p. 15-16). Isso não significa, porém, que o instituto não se aplica ao controle abstrato-concentrado, como inclusive verificou-se quanto às súmulas vinculante nº 2 e nº 13, com o mesmo objetivo de promover segurança jurídica e racionalizar o sistema jurídico.

Nesse aspecto, contrapõe-se a ideia adotada pelo constitucionalista André Ramos Tavares de que as decisões adotadas pela Justiça Constitucional de matriz kelseniana divergem do conceito de precedentes na medida em que estes se ligam fortemente à discussão de casos concretos, enquanto aquelas tem caráter abstrato, vinculante para o futuro, para todos, dado que o processo não apresenta partes no sentido processual tradicional. Como bem destacado em seu raciocínio jurídico desenvolvido na obra *Paradigmas do Judicialismo Constitucional* (2012, p. 84), o processo constitucional objetivo não desconhece elementos concretos. Em que pese não se julgue um caso em concreto, as circunstâncias fáticas concretas são consideradas hipoteticamente e os institutos do *amicus curiae* e da audiência pública demonstram a abertura do processo objetivo ao concreto.

Segundo Marinoni (2009b, p. 1-3), o sistema de precedentes é essencial no sistema jurídico contemporâneo, no qual o juiz não é mero aplicador da lei e trabalha com conceitos jurídicos indeterminados e regras abertas, para outorgar segurança à parte e previsibilidade das decisões. Não se desconhece as críticas à adoção da sistemática dos precedentes, seja a fossilização da jurisprudência, o cerceamento do livre convencimento do juiz, impedindo-lhe a livre interpretação da norma no caso concreto, ou ainda a atuação do

Poder Judiciário como legislador positivo. Frise-se que desborda dos objetivos deste artigo a análise das vantagens e desvantagens do *stare decisis*. Por outro lado, impende ressaltar que a sua adoção pelo sistema romano-germânico deu-se sob o influxo do neoconstitucionalismo, de modo a se adequar às suas imposições.

A adoção da sistemática dos precedentes também se verifica no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito da legislação infraconstitucional. O artigo 861 do Código de Processo Civil de 1973 já trazia disposição expressa de que o Tribunal poderia promover o pronunciamento prévio sobre a interpretação de qualquer norma jurídica. Com o mesmo escopo, os artigos 543-B, 543-C e 544 do CPC/73 – correspondentes aos artigos 1.036 e 1.039 do novel CPC – implantaram a sistemática dos recursos repetitivos. O inciso V do §1º do artigo 489 do vigente diploma processual civil, por sua vez, preconiza que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial caso se limite a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Destarte, torna evidente a necessidade de pertinência do precedente à hipótese fático-jurídica do caso concreto, de modo a demonstrar a identidade da *ratio decidendi* com os fatos ou questões de direito suscitadas.

Já o inciso VI do §1º do artigo 489 do CPC/2015 estabelece, como essencial à fundamentação das decisões, a aplicação do *distinguishing* e do *overruling*, técnicas oriundas do sistema da *common law*. O novel Código de Processo Civil instituiu, ainda, o incidente de resolução de demandas repetitivas²⁰ e o incidente de assunção de competência²¹. Sem pretender perscrutar cada um destes institutos jurídicos, evidencia-se a intenção do legislador de adotar o *stare decisis*, na busca pela uniformização e estabilização da jurisprudência, de modo a promover uma aproximação do sistema da *common law*.

Malgrado os esforços legislativos, é ainda incipiente em nosso país a efetiva aplicação do *stare decisis*. É corrente a aparente aplicação de precedentes, os quais são apenas citados, sem empreender a conexão fático-jurídica. Nesse sentido, pertinente é a crítica do processualista Marinoni:

²⁰ Instituto previsto no artigo 976 a 987 do CPC/2015 com o objetivo de evitar que demandas repetitivas gerem risco à isonomia e segurança jurídica, nos casos em que haja efetiva multiplicação de demandas com a discussão única e exclusiva da mesma questão de direito e não esteja pendente de análise recurso repetitivo já afetado por Tribunal Superior (MARINONI, 2016, p. 1035-1036).

²¹ Incidente disciplinado no artigo 947 do CPC/2015 que tem por escopo prevenir ou dirimir controvérsia a respeito da matéria e orientar os membros do tribunal e os juízes a ele submetidos mediante a formação de precedente ou de jurisprudência vinculante, nos casos que envolvem relevante questão de direito, com grande repercussão social e sem múltipla repetição (MARINONI, 2016, p. 1007).

[...] trabalhar com precedentes significa individualizar razões e conectá-las às hipóteses fático-jurídicas que nela recaem [...]. Não se considera fundamentada a decisão, portanto, que apenas finge aplicar precedentes, mas que na verdade não patrocina efetivo processo de identificação de razões e de demonstração da pertinência da com o caso concreto. Como refere o art. 489, §1º, V, CPC, é preciso identificar as razões determinantes das decisões e a efetiva ligação com o caso concreto, demonstrando-se que se ajusta àqueles fundamentos. (MARINONI, 2016, p. 578).

Nesse contexto de expansão da jurisdição constitucional e hermenêutica constitucional, afasta-se qualquer aplicação autômata dos precedentes, dado o norte principal ser resguardar e efetivar os direitos e garantias fundamentais. Ademais, perfilhando a tese de André Ramos Tavares (2012, p. 36), a atuação do magistrado, para além de um mero legislador negativo, está intrinsecamente ligada à abertura semântica das constituições e à principiologia do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição e pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados, excluindo do espaço político certas opções. Com efeito, a sistemática dos precedentes, desenvolvida pelo sistema da *common law*, mas que com ele não se confunde, vem ao encontro da necessidade de conferir segurança e previsibilidade às relações jurídicas no panorama da Justiça Constitucional sob influxo do neoconstitucionalismo.

4 Da Conclusão

Com a constitucionalização do direito – a centralidade da Constituição no ordenamento, sua força invasora nos diversos ramos do direito, força normativa dos princípios e papel criativo da jurisprudência – ressaiu a impossibilidade de promover a segurança jurídica que se busca em um Estado Democrático de Direito pela simples submissão do juiz à lei.

Esta aproximação dos sistemas somente foi possível dado o fenômeno do neoconstitucionalismo, notadamente a expansão da jurisdição constitucional – seja através do controle de constitucionalidade, seja mediante sua aplicação direta, precipuamente na seara dos direitos fundamentais, suprimindo omissões e insuficiências – legislativas ou administrativas.

Ampliado o poder criativo concedido ao magistrado, a regra de direito, concebida no sistema romano-germânica como apta a dirigir a conduta numa generalidade de casos, enunciada pelo legislador, passou a ter por parâmetro os precedentes, delineando a criação da norma jurídica geral do caso concreto. É o que se verifica, no Brasil, com as

emendas constitucionais que criaram a súmula vinculante e a sistemática da repercussão geral, bem como os mencionados instrumentos processuais introduzidos pela legislação processual civil.

Destarte, o sistema romano-germânico aproximou-se do da *common law*, eminentemente jurisprudencial e pautado na *ratio decidendi* do *stare decisis*, ao socorrer-se da sistemática dos precedentes em busca de segurança jurídica como decorrência direta da ampliação e fortalecimento da Justiça Constitucional substantiva, na tutela dos direitos fundamentais e da supremacia da Constituição.

Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira; MORAIS, Carvalho Jorge. **Introdução ao direito comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 12/DF. Relator: Ministro Carlo Britto, Brasília, 18 de dezembro de 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC%24%2ESCLA%2E+E+12%2ENUME%2E%29+OU+%28ADC%2EACMS%2E+ADJ2+12%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/atyqf9h>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2240/BA. Relator: Ministro Eros Grau, Brasília, 03 de agosto de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2240%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cr3a4a9>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5081/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso, Brasília, 18 de agosto de 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5081%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+5081%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/po5jmun>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Brasília, 19 de março de 2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/az3e35m>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670/ES. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+670%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+670%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cswygf3>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 271286 AgR/RS. Ministro Celso de Mello, Brasília, 24 de novembro de 2000. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+271286%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ah6x5gl>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 13. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRITO, Jaime Domingues; OLIVEIRA, Flávio Luiz de. A convergência do sistema da civil law ao da common law e a concretização dos direitos. **Intertemas**, v. 13, p. 67-92, nov. 2008. Disponível em: < <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2616/2405>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, Cidade do México, n. 16, abr. 2005. Disponível em: < <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc44605> >. Acesso em: 10 abr. 2017.

DANTAS, IVO. Direito comparado como ciência. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 134, abr./jun. 1997. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/241/r134-20.PDF?sequence=4>>.
Acesso em: 30 mar. 2017.

DAVID, René. **Os grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DUARTE, Rui Pinto. Uma introdução ao direito comparado. **Revista o direito IV**, Lisboa, n. 138, 2006. Disponível em: <http://rpdadvogados.pt/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/30_DIREITOCOMPARADO2006.PDF>. Acesso em: 05 abr. 2017.

GONZALEZ, Douglas Camarinha. Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da common law e do sistema romanístico. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIII, n. 46, p. 71-77, jul./set. 2009.

LOBO, MARIA TERESA DE CÁRCOMO. **Manual de direito comunitário: 50 anos de integração**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá: 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 7, n. 680, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/71-artigos-nov-2007/6093-acoes-repetitivas-e-julgamento-liminar>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições da civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 49, dez. 2009. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

_____. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. **Cadernos Jurídicos da OAB-PR**, Curitiba, v. 03, p. 1-3, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2016.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Trad.: Cristina Murachco. Martins Fontes, 2000.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Manual de metodologia do trabalho científico: como fazer uma pesquisa de direito comparado**. Aracaju: Evocati, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Nova lei da súmula vinculante**: estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006. 3 ed. São Paulo: Método, 2009.