

ano 17 - n. 69 | julho/setembro - 2017
Belo Horizonte | p. 1-270 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v17i69
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2017 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - - Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Constitucionalidade da vinculação dos julgadores a precedentes judiciais*

Constitutionality of binding judges to judicial precedents

Claudio Penedo Madureira**

Universidade Federal do Espírito Santo (Brasil)

madureira.fmr@gmail.com

Recebido/Received: 15.04.2017 / April 15th, 2017

Aprovado/Approved: 17.08.2017 / August 17th, 2017

Resumo: Este artigo tem por objetivo demonstrar a constitucionalidade da vinculação dos julgadores aos precedentes judiciais (CPC-2015, arts. 489, §1º, VI, 926 e 927), que, para além de não se contrapor à ideia de democracia e aos princípios da legalidade e da separação dos poderes, encontra fundamento de validade da própria Constituição, mais especificamente nos princípios da igualdade e da segurança jurídica.

Palavras-chave: Precedentes. Princípio da legalidade. Princípio da separação dos poderes. Princípio da igualdade. Princípio da segurança jurídica.

Abstract: This article aims to demonstrate the constitutionality of linking judges to judicial precedents (CPC-2015, arts. 489, §1, VI, 926 and 927), which, in addition to, do not oppose the idea of democracy and the principles of legality and the separation of powers as the basis of validity of the Constitution itself, more specifically the principles of equality and legal certainty.

Keywords: Precedents. Principle of legality. Separation of powers principle. Principle of equality. Principle of legal security.

Sumário: **1** Introdução – **2** Inexistência de contrariedade ao princípio democrático – **3** Inexistência de contrariedade aos princípios da legalidade e da separação de poderes – **4** Distinção substancial entre a eficácia das súmulas vinculantes editadas com fundamento na Constituição e a vinculatividade das súmulas não vinculantes que assumem a forma de precedentes – **5** Outras razões de ordem constitucional que justificam a vinculatividade dos precedentes – **6** Conclusões – Referências

Como citar este artigo/*How to cite this article:* MADUREIRA, Claudio Penedo. Constitucionalidade da vinculação dos julgadores a precedentes judiciais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 191-210, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.390.

* Este trabalho foi concebido no contexto de pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo – Fapes (Edital nº 06/2015 – Universal Individual), que estuda “A conciliação como meio alternativo para a resolução de controvérsias jurídicas envolvendo a Fazenda Pública”.

** Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (Vitória-ES, Brasil). Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito Processual pela UFES. Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado. *E-mail:* <madureira.fmr@gmail.com>.

1 Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 confere singular importância aos precedentes judiciais. Em seu art. 926 prescreve que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Na sequência, estabelece, em seu art. 927,¹ que os julgadores devem observar, quando exararem suas decisões/sentenças/acórdãos, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e as suas súmulas vinculantes, os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas/recursos repetitivos, as súmulas (“não vinculantes”) do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou órgão especial dos tribunais a que estiverem vinculados.

Esses dispositivos refletem, respectivamente, o que em doutrina se convencionou chamar *vinculação horizontal*² e *vinculação vertical*³ dos precedentes. Deles resulta

¹ CPC-2015: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

² A *vinculação horizontal* se relaciona à imposição normativa de que os tribunais uniformizem a sua jurisprudência e que a mantenham estável, expressada no do art. 926 do Código de 2015, que “significa dizer que os tribunais deverão aplicar seus próprios precedentes, tendo um ônus argumentativo agravado em caso de modificação” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 353-354). Esse dispositivo é uma resposta do legislador à circunstância, anotada por Luiz Guilherme Marinoni, de as decisões do Superior Tribunal de Justiça não serem acatadas “nem no âmbito interno da Corte”, contexto em que “as Turmas não guardam respeito pelas decisões das Seções e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual”; do que resulta, ainda, “o completo descaso dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais em relação às decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça”; o que “configura um atentado contra a essência do direito e contra a efetividade do sistema jurídico” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da segurança jurídica*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 216). Assim, “a vinculação horizontal atinge o próprio tribunal que estabeleceu o precedente” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 354).

³ A *vinculação vertical*, por sua vez, “atinge os tribunais e juízes hierarquicamente vinculados” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 354), e se encontra positivada no art. 927 do novo código. Comentando o dispositivo, Hermes Zaneti Júnior observa que o legislador processual estabeleceu “uma hierarquia entre as Cortes Supremas brasileiras”, conferindo vinculatividade plena às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e àquelas prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (assim como os demais tribunais de cúpula em suas respectivas áreas de atuação), que precisam ser respeitadas por todos os juízes e tribunais, e concebeu, ainda, uma vinculatividade mais restrita às decisões dos tribunais de segunda instância, esclarecendo, quanto ao particular, que os juízes e tribunais somente estarão obrigados a observar a orientação do plenário ou órgão especial a que estiverem vinculados (p. 354). Essa distinção entre os níveis de vinculatividade entre as decisões proferidas pelos tribunais de cúpula e pelas cortes de apelação também é depreendida no direito norte-americano; conforme expressa Zaneti nesta outra passagem doutrinária: “[...] É importante perceber que todas as decisões nos Estados Unidos da América do Norte formam precedentes vinculantes apenas para os tribunais e juízes vinculados hierarquicamente sob a mesma jurisdição, ou seja, juízes e tribunais da mesma estrutura judicial. Por exemplo, nos

a vinculação dos julgadores aos precedentes judiciais. Tamanha foi a importância conferida pelo legislador a esse dado do novo modelo de processo concebido pelo Código de 2015, que o inc. VI, do §1º, do seu art. 489, assenta que é desprovida de regular fundamentação a decisão/sentença/acórdão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Essa opção político-legislativa foi objetivo de crítica formulada no plano da ciência.⁴ Ao ensejo, Hermes Zaneti Júnior destaca veiculação de *questionamentos sobre a constitucionalidade do art. 927 do código de 2015*,⁵ em especial do disposto nos seus incs. III, IV e V,⁶ *fundados na suposição de que a vinculatividade dos precedentes precisaria ser determinada pela Constituição*,⁷ *sob pena e risco de que se configure ofensa à separação de poderes, ao princípio da legalidade e, enfim, à própria ideia de democracia*;⁸ reportando-se, nesse contexto, aos magistérios de José Rogério Cruz e Tucci⁹ e de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery.¹⁰

Estados Unidos, as decisões do *Fifth Circuit of Appeals* são válidas como precedentes apenas nos Estados dentro da jurisdição territorial da corte (Texas, Louisiana e Mississippi). Da mesma forma, as decisões da Corte Suprema da Flórida são precedentes apenas para os casos decididos pelas cortes da Flórida. Por outro lado, as decisões da Suprema Corte do Estados Unidos (*U.S. Supreme Court*) são precedentes para todas as cortes americanas” (p. 314). Portanto, nos precisos termos da lei processual brasileira, (i) vinculam todos os juízes e tribunais (i.1) “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” (art. 927, I), (i.2) “os enunciados de súmula vinculantes” (art. 927, II), (i.3) “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” (art. 927, III), (i.4) “os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional” (art. 927, IV) e (i.5) às demais decisões proferidas pelo plenário ou órgão especial desses tribunais de cúpula (art. 927, V), às quais todos os integrantes do Poder Judiciário se encontram hierarquicamente subordinados (refiro-me, no ponto, a uma subordinação decisória, e não administrativa; o que com isso quero dizer é que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quando interpreta a Constituição e aquelas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no contexto da uniformização da aplicação do direito nacional orientam a atuação de todos os magistrados); enquanto que (ii) “a orientação do plenário ou do órgão especial” dos tribunais de segunda instância apenas pode ser opostas aos magistrados (juízes e desembargadores) que a eles “estiverem vinculados” (art. 927, V).

⁴ Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017 (no prelo). Tópico 3.2.2 do Capítulo 3.

⁵ CPC-2015. “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

⁶ Que vinculam os juízes e tribunais aos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência e na sistemática de julgamento de demandas/recursos repetitivos, às súmulas não vinculantes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e aos precedentes firmados pelos demais Tribunais.

⁷ Os incs. I e II não tiveram a sua constitucionalidade impugnada porque tratam das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional em controle concentrado e das suas súmulas vinculantes, cuja vinculatividade foi afirmada pelo texto constitucional.

⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 367.

⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Coords.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

Cruz e Tucci observa, ao ensejo, que o dispositivo consigna lamentável equívoco quando “impõe aos magistrados, de forma cogente – ‘os tribunais observarão’ –, os mencionados precedentes, como se todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante vertical”.¹¹ E considera que esse desacerto também consubstancia uma inconstitucionalidade, “visto que a Constituição Federal [...] reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade”.¹²

Em mesma direção é o posicionamento Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, quando assentam que “no direito brasileiro somente a súmula vinculante, emitida pelo STF nos casos e na forma da CF 103-A, tem natureza de texto normativo geral e abstrato”, alçando, assim, aplicação geral equivalente à da lei; para concluírem, na sequência que “a vinculação do juiz nas hipóteses previstas no CPC 927 III, IV e V é inconstitucional, pois não existe autorização expressa na CF, como seria de rigor, para que haja essa vinculação”.¹³ Disso resulta a sua afirmação quanto a ser “exigível emenda constitucional para autorizar o Poder Judiciário a legislar”, visto que “a jurisprudência não tem, *de lege lata*, força normativa maior do que a CF ou da lei”, pelo que “somente nas hipóteses previstas no CPC 927, I e II a vinculação é possível, pois para isso há expressa autorização constitucional (art. 102 §2º e 103-A *caput*)”.¹⁴

Essas observações críticas parecem se fundar na suposição de que os juízes se convertem, nesse contexto, em *legisladores*, há muito refutada por Mauro Cappelletti¹⁵ e Ronald Dworkin¹⁶ em trabalhos que analisam o direito norte-americano, que, como cediço, emprega precedentes para a resolução de casos concretos. Essa constatação teórica sugere que a vinculatividade dos juízes brasileiros aos precedentes judiciais talvez não se contraponha à ideia de democracia, muito cara ao regime jurídico norte-americano, e, por conseguinte, aos princípios da legalidade e da separação dos poderes. Sua constitucionalidade parece resultar, ainda, da incidência de outros princípios constitucionais, notadamente a igualdade e a segurança jurídica. Meu objetivo, neste artigo, é procurar demonstrar essas hipóteses, com o propósito de conferir subsídios para que se preserve a aplicabilidade dos dispositivos do Código de 2015 (arts. 489, §1º, VI, 926 e 927) que vinculam os julgadores aos precedentes judiciais.

¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Coords.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 454.

¹² TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Coords.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 454.

¹³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 1.156.

¹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 1.156.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

2 Inexistência de contrariedade ao princípio democrático

Desde logo devo registrar que é inadequado procurar atribuir caráter legislativo à atividade cognitiva desenvolvida pelos tribunais no contexto da formação dos precedentes.¹⁷ Com efeito, a atividade cognitiva desenvolvida pelos julgadores no processo judicial é resultado do esforço de reconstrução normativa empreendido pelos intérpretes com o propósito de compreender e aplicar os enunciados que compõem o direito positivo. Trata-se, sob certa ótica, de atividade normativa. Porém, não se pode atribuir a ela a conotação de atividade legislativa, a suscitar ofensa ao princípio democrático.

E tal se dá porque, como leciona José Joaquim Gomes Canotilho, a circunstância de a democracia ter como suporte ineliminável o princípio majoritário, não significa que o princípio democrático admita o absolutismo (ou o domínio) da maioria.¹⁸ Daí que, como adverte o professor português, “a maioria não pode dispor de toda <<legalidade>>, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível”, o que implica reconhecer que o direito da maioria sempre estará em concorrência com o direito das minorias, notadamente no que se refere aos direitos, liberdades e garantias e, em geral, a toda a disciplina constitucionalmente fixada, contexto em que “o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio majoritário”.¹⁹

Exatamente por esse motivo é que não se pode ter por absoluta a separação entre os poderes, contexto em que o Parlamento assume o papel do Legislativo, mas com limitações,²⁰ o que torna relativo o racionalismo situado na base da ideia do balanceamento (próprio da teoria republicana) e diferencia esse regime daquele racionalismo absoluto do iluminismo (próprio da teoria liberal).²¹ Dentro dessa ótica

¹⁷ Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017 (no prelo). Tópico 3.2.2.1 do Capítulo 3 e MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 214-233, *passim*.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 329.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 329.

²⁰ A propósito, confira-se, também, essa outra passagem da obra de Canotilho: “Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 559).

²¹ Canotilho pontua a distinção entre essas duas abordagens teóricas na seguinte passagem de sua obra: “A teoria liberal assenta nos seguintes postulados: (1) a política é um meio para a prossecução de fins, estando estes fins radicados numa esfera de liberdade social preexistente à própria política; (2) o processo democrático serve para colocar o estado ao serviço da sociedade, reduzindo-se este estado a um aparelho administrativo e estruturando-se a sociedade como um sistema econômico baseado no comércio entre pessoas privadas; (3) a política deve orientar-se no sentido de prosseguir estes interesses privados perante um aparelho administrativo que se transformou em poder especializado de prossecução de fins colectivos. [...]

republicana, que é característica do regime jurídico brasileiro, a separação entre os poderes torna-se essencial para a busca da justiça, que vai aqui entendida como um ideal objetivo, desvinculado do sentimento popular, pois “supõe-se que as Cortes fazem o que é certo, e não o que é popular”,²² como disse Owen Fiss.²³ Essa forma de independência, argumenta o professor norte-americano, “também permite que o Judiciário, ao se manter em consonância com a doutrina de separação de poderes, aja como uma força em contrapeso no Estado, verificando a ocorrência de abusos de poder por parte do Legislativo e Executivo”.²⁴ Essa é, pois, a conformação e a missão do *regime de freios e contrapesos* que, nas palavras de Paulo Bonavides, “constitui a primeira correção essencial que se impôs” ao princípio democrático, “como decorrência, até certo ponto empírica, da prática constitucional”.²⁵

O que se dá é que os problemas característicos da era contemporânea agregaram maior complexidade ao campo da aplicação do direito. A substancial alteração do modo com que vinham sendo construídos os textos jurídicos, pela via do emprego de normas de tessitura aberta, assim como a positivação de princípios jurídicos nas cartas constitucionais vão de encontro à lógica liberal que procurava restringir a atividade jurisdicional a uma aplicação mecânica do direito positivo, pautada única e exclusivamente na subsunção da lei aos fatos. Nessa conjuntura, a própria circunstância de o legislador haver abandonado o paradigma normativo-liberal burguês impõe aos intérpretes um esforço de concretização das proposições normativas abstratas que redundam na reconstrução casuística do direito positivo, algo que, se for empreendido dentro de um processo dialético, em que sejam consideradas as opiniões de todos aqueles interessados na prolação do juízo, longe de opor-se ao princípio de democrático, revigora-o, no contexto de uma acepção renovada de democracia.²⁶

Segundo a teoria republicana a política é uma dimensão constitutiva da formação da vontade democrática e por isso: (1) assume a forma de um compromisso ético-político referente a uma identidade colectiva no seio da comunidade; (2) não existe espaço social fora do espaço político traduzindo-se a política numa forma de reflexão do bem comum; (3) a democracia é, desta forma, a auto-organização política da comunidade no seu conjunto” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.414-1.415).

²² FISS, Owen. O correto grau de independência. In: FISS, Owen; SALLES, Carlos Alberto de (Orgs.). *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 155.

²³ Até porque, conforme leciona Raffaele De Giorgi, “a ideia de representação parlamentar exprime publicamente os temas da política, organizando as decisões de modo a produzir consenso, não obstante o dissenso sobre os princípios” (DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 41).

²⁴ FISS, Owen. O correto grau de independência. In: FISS, Owen; SALLES, Carlos Alberto de (Orgs.). *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 155.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 74.

²⁶ Daí a absoluta pertinência da observação de Raffaele De Giorgi quando disse que “a democracia é a manutenção da complexidade”, ou a “estrutura seletiva que reproduz complexidade baseada na permanente ativação de operações de tomada de decisões”, designando-se, também, como a oportunidade que tem a “comunidade de intérpretes” “de reproduzir sempre novos horizontes de decisão sob as condições de autocontrole fixadas no sistema da política” (DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 57).

Canotilho alude, em sua obra, às diversas dimensões do princípio democrático, dispondo, adiante, que somente a partir delas é que “se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em *ratio e ethos* da democracia”.²⁷ Nessa conjuntura, o constitucionalista refere à *democracia representativa* (que se qualifica, entre outros fatores, pela existência de órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes) e à *democracia participativa* (que coliga à “estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões”).²⁸ Noutra passagem, após discorrer sobre as particularidades da aplicação do direito de nosso tempo, Canotilho refere-se à *democracia deliberativa*, cujos contornos principais seriam a existência de uma política deliberativa assente na ideia de virtude cívica, assim como a possibilidade de que se promova a igualdade entre os participantes no processo político, o consentimento universal nas disputas normativas através da razão prática e os direitos de participação dos cidadãos na vida pública, pela via do controle dos seus representantes.²⁹ E também à *democracia discursiva*, cuja concepção Canotilho atribui a Jürgen Habermas, e que, em sua opinião, distingue-se do republicanismo liberal norte-americano por não se assentar “em direitos universais do homem (ou direitos preexistentes na perspectiva liberal), nem na moral social de uma comunidade determinada (como sustenta a visão republicana)”, fundando-se, para o constitucionalista, “em regras de discussão, formas de argumentar, institucionalização de processos [...], cujo fim é proporcionar uma solução nacional e universal a questões problemáticas, morais e éticas da sociedade”.^{30 31}

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 288.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 288.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.416.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.416-1.417.

³¹ Também Luiz Guilherme Marinoni refere-se à democracia deliberativa. Ao ensejo, esse professor paranaense observa que a “percepção do inevitável envelhecimento e esgotamento das disposições legislativas” pôs em evidência “a necessidade de a lei conter espaços capazes de dar ao juiz o poder de adaptação da norma às novas realidades e valores”; contexto em que surgiram as cláusulas gerais, que reproduzem uma “profunda modificação na maneira de o legislativo produzir direito”, na medida em que conferem ao juiz a possibilidade de “considerar circunstâncias não normatizadas para dar solução adequada aos casos concretos” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 235-236). Essa flexibilidade cognitiva é ampliada, entre nós, pela admissibilidade do controle difuso de constitucionalidade, que “coloca o juiz na posição de agente capaz de negar o produto elaborado pelos representantes da maioria” (p. 244). No entanto, “embora o controle da constitucionalidade possa ser visto como força contra-majoritária, a sua legitimidade advém da circunstância” de os direitos fundamentais estarem “excluídos da disposição do Legislativo, tendo o Judiciário o dever de protegê-los, concretizá-los e afirmá-los para a própria constitucionalização do ordenamento jurídico” (p. 244-245). Conforme Marinoni, “não se trata simplesmente de opor o direito fundamental à lei, mas sim de demonstrar, mediante adequada argumentação, que a lei se choca com o direito fundamental” (p. 245). Disso resulta que “a

Pessoalmente, compreendo a *democracia deliberativa* e a *democracia discursiva* referidas por Canotilho como uma mesma acepção de democracia, que designo simplesmente como *democracia deliberativa*.³² Justifico essa minha opção teórica na constatação de que Habermas, em seus escritos, refere-se reiteradamente a uma “política deliberativa”, por ele qualificada como o âmago do processo democrático, e que ele procura distinguir da concepção do Estado tido como protetor de uma sociedade econômica e do conceito republicano de uma comunidade ética institucionalizada na forma de Estado.³³ Também Alexy, celebrizado pelo desenvolvimento da teoria do discurso, designa essa dimensão do princípio democrático como *democracia deliberativa*, dispondo taxativamente que “o princípio do discurso exige a democracia deliberativa”.^{34 35}

Acerca dessa acepção de democracia, André Ramos Tavares acentua que “uma das obras contemporâneas que mais influenciou o debate sobre o assunto, considerada como referencial obrigatório, é a de Amy Gutmann e Dennis Thompson”,³⁶ para quem “a democracia deliberativa afirma a necessidade de justificar decisões tomadas por cidadãos e seus representantes”, num contexto em que se espera “que ambos justifiquem as leis que eles imporiam um ao outro”.^{37 38} De seu turno, Claudio

democracia não se resume apenas a um processo de decisão marcado pela existência de eleições periódicas e pela regra da maioria”, abarcando, em rigor, “não somente decisão, mas também discussão”, cuja inclusão no “conceito de democracia torna a democracia deliberativa” (p. 246).

³² Cf. MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 214-233. Nesse mesmo sentido se posiciona André Ramos Tavares, que, mesmo ressaltando que Canotilho distingue a democracia participativa discursiva da deliberativa, admite que dessas opções terminológicas possam “ocasionar confusões conceituais de correntes de armadilhas da linguagem” (TAVARES, André Ramos. *Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. p. 79, nota de rodapé) e a elas refere como sendo uma só categoria, quando, adiante, observa que a “democracia deliberativa é também conhecida como dialógica, consensual, inclusiva ou discursiva” (p. 79).

³³ É o que depreende da seguinte passagem da obra do professor alemão: “De acordo com o resultado de nossas considerações sobre a teoria do direito, o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático. E esse modo de interpretar a democracia tem consequências para o conceito de uma sociedade centrada no Estado, do qual procedem os modelos de democracia tradicionais. No entanto, há diferenças, não somente em relação à concepção do Estado tido como protetor de uma sociedade econômica, como também em relação ao conceito republicano de uma comunidade ética institucionalizada na forma de Estado” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 18. v. II).

³⁴ ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35.

³⁵ Para Alexy, “a democracia deliberativa é mais do que um procedimento para a produção de uma compensação de interesses ótima abaixo do limite de ditadura ou guerra civil”, pois, “nela, o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano dos argumentos, no qual todos os participantes lutam por uma solução política correta” (ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35).

³⁶ TAVARES, André Ramos. *Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. p. 81.

³⁷ GUTMAN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. p. 19.

³⁸ Esse texto, publicado no primeiro número da *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, editado sob a coordenação de André Ramos Tavares e Pedro Buck, compõe o primeiro capítulo da obra *Why deliberative democracy?* (GUTMAN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004).

Pereira de Souza Neto leciona, reportando-se à teoria deliberativa,³⁹ que “a democracia deliberativa surge, nas duas últimas décadas do século XX, como alternativa às teorias da democracia então predominantes, as quais a reduzem a um processo de agregação de interesses particulares, cujo objetivo seria a escolha de elites governantes”.^{40 41} Conforme Souza Neto, a democracia deliberativa contrapõe-se a essas teorias agregativas, e assume como premissa a compreensão de que o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes (já que a experiência histórica demonstra que democracia assim concebida, pode ser amesquinhada e manipulada), devendo, portanto, “envolver, além da escolha de representantes, também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas”.⁴²

Nessa perspectiva, os juízes, quanto procedem à reconstrução do direito positivo, não contrariam (ou ofendem) o princípio democrático, mas o confirmam.⁴³ Até porque, como expressa Souza Neto, “não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais”.^{44 45}

³⁹ A propósito, cf.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar: 2006; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. p. 104-143; TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. p. 79-103; GUTMAN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004; GUTMAN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. p. 17-78; e BOBBIO, Luigi. As arenas deliberativas. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. p. 144-170.

⁴⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. p. 104.

⁴¹ Bem retrata a concretização de semelhante expediente entre nós as seguintes advertências apresentadas pelo historiador Sérgio Buarque de Holanda: “[...] a democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e nos discursos” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 146).

⁴² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. p. 104.

⁴³ Souza Neto observa, ao ensejo, que as cortes constitucionais, quando garantem a fruição de direitos fundamentais contra a vontade da maioria ou diante da sua inércia, “não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para sua plena realização” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. p. 105).

⁴⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. p. 105.

⁴⁵ Confira-se, a propósito, a seguinte passagem da obra de Alexy: “Tudo isso explica porque em todos os estados, dotados com catálogo de direitos fundamentais e jurisdição constitucional, sobre a interpretação dos direitos fundamentais, não só é refletido com calma, mas também litigado na arena política. Pode falar-se de uma luta pela interpretação dos direitos fundamentais. Juiz arbitral nessa luta, porém, não é o povo, mas o tribunal constitucional respectivo. Isso é compatível com o princípio democrático, cujo núcleo, no artigo 1º, parágrafo único, da constituição brasileira, assim como no artigo 20 alínea 2, proposição 1, da lei fundamental, é

Mas, para tanto, devem ser observados os postulados da teoria deliberativa, quando menos para que todos aqueles interessados na formação do juízo sejam ouvidos no processo decisório, cuja solução, exatamente pela potencialidade de encartar a inaplicabilidade (ou a reestruturação) de proposições normativas dimanadas pelo Parlamento, deverá, sempre, ter em consideração as razões apresentadas pelos contendores. E tal se dá, porque, como disse Tavares nesta síntese de como se processa a teoria deliberativa:

[...] a abertura de um espaço deliberativo na formação das leis ou decisões que vincularão os participantes já oferece uma (convincente) razão para que estes sujeitos se sintam obrigados a seguir essas leis (BOHMAN, 1996, p. 4; nesse mesmo sentido, tratando das políticas públicas, parece posicionar-se BOBBIO, 2004, p. 26).

Uma das vantagens apontadas pelos teóricos da democracia deliberativa estaria numa espécie de *capacidade pacificadora* deste modelo, na medida em que as escolhas mais difíceis seriam mais aceitáveis por todos se as afirmações e as reivindicações de cada um tivessem sido avaliadas adequadamente para se chegar àquela solução (cf. GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 10).

A democracia deliberativa exige, essencialmente, que os participantes dialoguem entre si e estejam abertos aos argumentos contrários aos seus pontos de vista, recebendo-os para aceitá-los ou refutá-los de maneira racional e convincente. Isso exige que se levem a sério os argumentos dos adversários (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 11) e que haja um certo “policiamento” quanto aos argumentos próprios que serão apresentados. “A democracia deliberativa representa, desse modo, uma aplicação da ética do discurso no campo da política” (SOUZA NETO, 2006, p. 145).

Os modelos dialógicos comunicativos concebidos teoricamente (e praticados em alguns setores públicos e sociais) insistem na necessidade de que os diversos atores envolvidos cheguem a um ponto comum, a uma posição aceita por todos, por meio do convencimento racional, ainda que isso não signifique um consenso. Esse modelo, portanto, trabalha com o pressuposto de que, numa discussão adequada, o diálogo poderá ser capaz de transformar posições inicialmente adotadas pelos participantes desse processo, ampliando o conhecimento daqueles que deliberam, por meio do que se poderia chamar *diálogo responsável*.⁴⁶

expressado com a formulação clássica: ‘Todo poder estatal provém do povo’? Os direitos do homem parecem converter-se em um problema para a democracia quando eles são levados a sério e de um mero ideal transformados, por institucionalização, em algo real. É exata essa impressão? É o ideal, do qual se trata no preâmbulo da declaração dos direitos do homem universal, uma quimera que leva ao arrebatamento uma contradição entre direitos fundamentais e democracia?” (ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 51-52).

⁴⁶ TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. p. 82-83.

Observados esses cuidados, que decorrem, no que interessa ao objetivo deste trabalho, da própria estruturação do novo processo civil brasileiro,⁴⁷ a atividade re-constitutiva desenvolvida pelos intérpretes não será antidemocrática, mas absolutamente democrática.

Essa atividade cognitiva também é compatível com o princípio democrático porque não corporifica invasão ao feixe de competências conferido pela Constituição ao Parlamento. Essa circunstância é sublinhada por Cappelletti na seguinte passagem de sua obra:

Devemos inquirir se a criatividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador; se, em outras palavras, assumindo os juízes (ou alguns deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juízes (ou aqueles outros juízes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo.

Na sua “Holdsworth Lecture” de 1965, Lord Diplock disse que “em razão de sua própria função, os tribunais estão constrangidos a agir como legisladores”. Desde logo, não estou absolutamente de acordo com essa assertiva: os argumentos desenvolvidos nos parágrafos precedentes e os resultados aí obtidos evidenciam que os juízes estão constrangidos a ser *criadores do direito*, “*law-makers*”. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Existe realmente [...] essencial diferença entre os processos legislativo e jurisdicional.⁴⁸

A propósito dessa distinção entre os processos legislativo e jurisdicional, Cappelletti acentua, adiante:

que o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional.⁴⁹

Essas *virtudes passivas*, que se apresentam, em rigor, como *limites processuais*, “diferenciam o processo jurisdicional dos de natureza ‘política’”.⁵⁰

⁴⁷ Ao ensejo, reporto-me às minhas considerações na obra *Fundamentos do novo processo civil brasileiro* (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017 (no prelo)).

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 73-74.

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 75.

⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 75-76.

Reforça essa conclusão de Cappelletti quanto a serem as decisões judiciais atos normativos mas não legislativos o magistério de Ronald Dworkin. Esse professor norte-americano observa que o ideal seria se os juízes pudessem “aplicar o direito criado por outras instituições” em vez de “criar um novo direito”.⁵¹ Mas reconhece que isso “não pode ser plenamente concretizado na prática”, já que alguns casos “colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes”.⁵²

De todo modo, como Cappelletti, Dworkin rejeita a tese segundo a qual os juízes atuam como legisladores complementares, distinguindo o papel de legisladores e juízes com base na distinção entre *argumentos de princípio* e *argumentos de política*. Dworkin os diferencia pela circunstância de os primeiros (*argumentos de política*) justificarem uma decisão mostrando que ela “fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo” (como se verifica, a título de exemplo, na opção por tributar pesadamente o comércio de bebidas alcoólicas e cigarros), ao passo que os outros (*argumentos de princípio*) justificam-na “mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (como ocorre, no mesmo exemplo, da decisão hipotética que considere abusiva a tributação cogitada, por identificar nela, por exemplo, efeito de confisco, ou ofensa à liberdade do cidadão em persistir consumindo tais produtos independentemente de serem prejudiciais à sua saúde).⁵³ E, assim, observa que se não foge “à competência do Poder Legislativo aderir a argumentos de política e adotar programas gerados por tais argumentos”, na fase oposta “as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas por argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política”.⁵⁴ Por isso Dworkin defende “que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis [...], são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas”;⁵⁵ estabelecendo, assim, a par da afirmação de Cappelletti no sentido de que distinguem a atividade normativa dos julgadores e a atividade legislativa as *virtudes passivas* (ou *limites processuais*) cogentes ao processo judicial,⁵⁶ que os juízes não são legisladores também porque, embora estejam autorizados a construir,

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 128.

⁵² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 128.

⁵³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 129.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 130-131.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 132.

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 75-76.

em reconstrução ao direito positivo (composto por normas abstratas), as normas concretas que resolverão os litígios, quando o fazem, recorrem a *argumentos de princípios*, e não aos *argumentos de política* que designam e qualificam o exercício político-parlamentar como atividade legislativa.

Está claro, então, que a atividade interpretativa subjacente à formação dos precedentes não converte os juízes em legisladores; não ensejando, assim, ofensa ao princípio democrático.

3 Inexistência de contrariedade aos princípios da legalidade e da separação de poderes

Também não se cogita de contrariedade aos princípios da legalidade e da separação dos poderes.⁵⁷ Com efeito, os “precedentes são normas gerais e concretas”, enquanto que as “leis são normas gerais e abstratas”.⁵⁸

O caráter geral dos precedentes judiciais decorre da possibilidade de universalização da decisão proferida no caso precedente “para todos os casos análogos a partir das mesmas razões de decidir”.⁵⁹ Mas eles ostentam, por outro lado, a conotação de normas concretas. Afinal, como adverte Zaneti, “os precedentes no direito brasileiro exigem, a partir do Código de 2015, a consideração do caso concreto”, dada a imposição jurídico-normativa de que os juízes expliquem na motivação de decisão fundada em precedentes “a relação da causa ou questão decidida com os *fundamentos determinantes* do caso-precedente”.⁶⁰

Apenas a admissão de que os julgadores poderiam estabelecer normas gerais e abstratas feriria esses princípios constitucionais.⁶¹ Disso resulta a conclusão de Zaneti no sentido de que “uma teoria de precedentes não afeta, pelo menos tendencialmente e se utilizada de forma correta, os postulados da legalidade ou da completeza deontica do ordenamento jurídico”.⁶²

⁵⁷ Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017 (no prelo). Tópico 3.2.2.2 do Capítulo 3.

⁵⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 368.

⁵⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 291.

⁶⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 347.

⁶¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 368.

⁶² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 291.

4 Distinção substancial entre a eficácia das súmulas vinculantes editadas com fundamento na Constituição e a vinculatidade das súmulas não vinculantes que assumem a forma de precedentes

Outra objeção que a doutrina jurídica opõe à validade constitucional das disposições normativas colhidas do art. 927 do Código de 2015 (mais especificamente de seu inc. IV)⁶³ diz respeito à ilação de que o legislador teria convertido as súmulas não vinculantes em súmulas vinculantes.⁶⁴ Quanto a isso, Zaneti informa que “alega a doutrina que não podendo uma súmula ser mais relevante que a outra o CPC teria igualado sua força vinculante, ao alvedrio da diferenciação constitucionalmente estabelecida, criando por norma infraconstitucional uma nova súmula vinculante”.⁶⁵

A afirmação, todavia, não conduz à inconstitucionalidade do dispositivo. É que, como todos sabem, a súmula vinculante também obriga a Administração Pública, de modo que “sua vinculatidade é maior do que a prevista no CPC, que se refere apenas aos juízes e tribunais”, característica que “é comum também às ações de controle de constitucionalidade concentrado”.⁶⁶

Destarte, se “as súmulas vinculantes vinculam a Administração Pública, diferentemente das demais súmulas, que apenas teriam força persuasiva para a Administração”, configura-se, em razão disso, “uma hierarquia nesta vinculatidade, pois sendo o enunciado da súmula vinculante constituído por quórum qualificado esta não poderá ser afastada por súmula do STF formulada por quórum simples”, o que denota que “há uma razão para existir a menção às duas espécies de súmulas no art. 927, incs. II e IV”.⁶⁷ Está claro, então, que o legislador, quando concebeu o texto do art. 927 do Código de 2015, para além de não haver abdicado da sua prerrogativa de construir normas gerais e abstratas (porque apenas conferiu aos julgadores a concepção, sob a forma de precedentes, de normas abstratas de conteúdo concreto), também não criou uma nova súmula vinculante, e por isso não modificou o regramento constitucional relativo à matéria.

⁶³ CPC-2015: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”.

⁶⁴ Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017 (no prelo). Tópico 3.2.2.3 do Capítulo 3.

⁶⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 369.

⁶⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 369.

⁶⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 369.

5 Outras razões de ordem constitucional que justificam a vinculatividade dos precedentes

Disso resulta a conclusão de Hermes Zaneti Júnior quanto a constituir-se “a vinculação dos incisos III, IV e V do art. 927 do CPC [...] um desdobramento da progressiva recepção do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro, iniciada ainda com as reformas do CPC de 1973 e com a EC 45/04”, que não configura inconstitucionalidade por ofensa aos princípios da separação de poderes e da legalidade, quer porque “a vinculação se dá apenas aos órgãos do Poder Judiciário”, quer “por se tratar de vinculação formalmente estabelecida por lei”.⁶⁸ A adoção de precedentes como parâmetros para a aplicação do direito traduz, em verdade, uma integração entre as funções exercidas pelo Poder Legislativo (“criar direito como legislador na moldura da Constituição”) e pelo Poder Judiciário (“reconstruir direito como juiz dentro do processo de interpretação”), num contexto em “que a vinculatividade formal dos precedentes reduz o espaço de discricionariedade dos juízes e ao mesmo tempo garante mais racionalidade, previsibilidade e igualdade no direito”.⁶⁹

Esse ponto é absolutamente relevante à definição da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da vinculação dos juízes aos precedentes firmados pelos tribunais brasileiros. É que, dado o caráter problemático da aplicação do direito de nosso tempo,⁷⁰ a necessidade de contenção da discricionariedade dos juízes faz com que a utilização de precedentes, nos moldes cogitados pelo Código de 2015, apresente-se, num plano mais geral, como exigência do princípio constitucional da isonomia e, sobretudo, do princípio da segurança jurídica.⁷¹

5.1 Os precedentes na dimensão da igualdade

Luiz Guilherme Marinoni, quando analisa os precedentes na dimensão da igualdade, denuncia que os juízes do *civil law* não se submetem a esse princípio “no momento de decidir, vale dizer, no instante de cumprir o seu dever, prestando a tutela jurisdicional”, e adverte que eventual raciocínio tendente a “desculpar o Judiciário” por atuar desse modo “apenas seria admitido como válido caso lhe coubesse decidir de forma desigual casos iguais”.⁷² No ponto, Flávio Cheim Jorge

⁶⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 369-370.

⁶⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 370.

⁷⁰ A propósito, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 3000-3006, *passim*.

⁷¹ Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017 (no prelo). Tópico 3.2.2.4 do Capítulo 3.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 227.

recobra que é bastante comum no ambiente jurídico a formação de interpretações diferentes sobre um mesmo enunciado prescritivo, aludindo, a propósito, a ações que encartam litígios mantidos por servidores públicos com vistas à percepção de diferenças salariais que alegadamente deveriam ter sido incorporadas às suas remunerações.⁷³ Em hipótese como tais, complementa o processualista, “é comum juízes concederem a incorporação dos benefícios e tantos outros não concederem, para servidores detentores da mesma realidade fático-jurídica”, impondo a eles a situação inusitada de “uns recebem determinado salário para desempenhar uma função e outros outro salário, apesar de encontrarem-se disciplinados e regidos pela mesma legislação”.⁷⁴

Essa prática encerra, conforme Marinoni, uma grave lacuna.⁷⁵ Com efeito, “vendo-se a decisão como fruto do sistema judicial e não como mera prestação atribuída a um juiz singularmente considerado, torna-se inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que proferiu”.⁷⁶

Marinoni reconhece que “o problema da aplicação da lei não está propriamente no poder conferido ao juiz, mas na própria dicção da norma legal”, dada a constatação de que “a compreensão da lei, e, portanto, o subjetivismo, varia na medida em que a letra da norma abre maior ou menor espaço para o magistrado atuar na definição do significado normativo”.⁷⁷ Disso resulta, para esse professor paranaense, a necessidade de se conferir às decisões proferidas pelos tribunais alcance geral obrigatório.⁷⁸

Essa necessidade é inquestionável nos regimes que admitem o controle difuso da constitucionalidade, como no Brasil; contexto em que “não há como admitir que um juiz de primeiro grau de jurisdição, ou mesmo qualquer tribunal, possa decidir mediante uma concepção de direito fundamental destoante da que lhe tenha sido atribuída pelo Supremo Tribunal Federal”.⁷⁹ Não se trata, aqui, de decisões que fazem

⁷³ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 12.

⁷⁴ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 12.

⁷⁵ Em suas próprias palavras: “Em que local está a igualdade diante das decisões judiciais? Ora, o acesso à justiça e a participação adequada no processo só tem sentido quando correlacionados com a decisão. Afinal, esta é o objetivo daquele que busca o Poder Judiciário e, apenas por isso, tem necessidade de participar do processo. Em outros termos, a igualdade de acesso, a igualdade à técnica processual e a igualdade de tratamento no processo são valores imprescindíveis para a obtenção de uma decisão racional e justa” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 230).

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 230.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 234.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 246.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 246.

“coisa julgada *erga omnes*, própria às ações em que o controle de constitucionalidade é concentrado, ou em súmula vinculante”, mas da vinculatividade das decisões tomadas pelo Excelso Pretório em controle difuso, pois o “Judiciário não pode legitimamente conviver com concepções diversas e antagônicas acerca de um direito fundamental, máxime quando o seu significado já foi definido pelo Supremo”.⁸⁰

O mesmo raciocínio pode ser aplicado às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça⁸¹ no contexto da uniformização da jurisprudência quanto à aplicação do direito nacional. No particular, Marinoni observa que não há racionalidade “na decisão ordinária que atribui à lei federal interpretação distinta da que lhe foi dada pelo órgão jurisdicional incumbido pela Constituição Federal de uniformizar tal interpretação, zelando pela unidade do direito federal”, sendo que “a irracionalidade é ainda mais indisfarçável na decisão que se distancia de decisão anterior, proferida pelo mesmo órgão jurisdicional em caso similar” ou “em caso que exigiu a apreciação de questão jurídica que o órgão prolator da decisão já definira”.⁸²

Nesse sentido, a atribuição de eficácia vinculante aos precedentes firmados pelo Poder Judiciário no campo da aplicação do direito, para além de não traduzir ofensa ao princípio democrático, à legalidade e à separação dos poderes, também tem a funcionalidade de prevenir a proliferação de decisões distintas para casos iguais; suprimindo, com isso, a lacuna destacada por Marinoni quando se reportou à fórmula de decisão tradicionalmente empregada nos regimes jurídicos do *civil law*, e com isso realizando o princípio da isonomia de forma mais adequada do que esse princípio seria realizado se pudesse prevalecer, mesmo em vista do caráter problemático da aplicação do direito de nosso tempo, concepção teórica segundo a qual os juízes poderiam resolver as contentas sob a ótica introspectiva do seu livre convencimento pessoal.

5.2 Os precedentes da dimensão da segurança jurídica

Para além de possibilitar uma melhor efetivação da igualdade entre os jurisdicionados, a vinculatividade dos precedentes também lhes confere maior segurança jurídica. Ao ensejo, Marinoni recobra que a tradição do *civil law* trabalha com a supremacia do Poder Legislativo, que traz na base a suposição de que “a lei e os códigos

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 246-247. A isso Marinoni acrescenta que “imaginar que as decisões tomadas por este tribunal, apenas por serem produzidas em controle difuso, não obrigam os demais juízes, é desconsiderar a fragilidade do coeficiente de legitimidade democrática do Judiciário e esquecer-se da importância do discurso – visto como elemento componente da democracia – como via de legitimação do controle de constitucionalidade” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 247).

⁸¹ Assim como pelos demais tribunais de cúpula em suas respectivas áreas de atuação.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 230.

deveriam ser tão claros e completos que não poderiam suscitar quaisquer dúvidas ao juiz”; mas adverte “que a codificação foi incapaz de dar conta ao que se propôs”, dado o surgimento de “uma hiperinflação de leis especiais e de regras processuais de conteúdo aberto, destinadas a dar aos juízes oportunidade de considerar situações imprevisíveis ao legislador”, o que tornou sem sentido “a ideia de que os juízes deveriam somente aplicar as leis”.⁸³ Assim, a constatação dessas particularidades da aplicação do direito de nosso tempo, que indicam que “a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial”, induz, ainda, à conclusão de que também “a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato”.⁸⁴ Até porque, se “há alguma preocupação, na ordem jurídica brasileira, com a previsibilidade”, expressada nas “normas constitucionais que preveem as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, de uniformizar a interpretação da lei federal e de ‘afirmar’ o sentido das normas constitucionais”,⁸⁵ e se é verdade que “a segurança jurídica é direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito,” essas decisões uniformizadoras proferidas por imposição constitucional não podem ser ignoradas no campo da aplicação do direito.⁸⁶

Disso não decorre, como se demonstrou, violação à ideia de democracia, e tampouco aos princípios da legalidade e da separação dos poderes. Afinal, “o que importa, no presente contexto, é demonstrar que a estabilidade não se traduz apenas na continuidade do direito legislado, exigindo, também a continuidade e o respeito às decisões judiciais, isto é, aos precedentes”.⁸⁷ Sendo assim, para além de não se contrapor à ideia de democracia e aos princípios da legalidade e da separação dos poderes, e de ser operativa na realização do princípio da isonomia, a ideia subjacente à atribuição de vinculatividade aos precedentes judiciais, tal como assimilada pelo ordenamento jurídico brasileiro, é também uma exigência do princípio da segurança jurídica.

6 Conclusões

Essas considerações induzem à compreensão de que a vinculação dos juízes a precedentes, nos moldes previstos pelo Código de 2015 (arts. 489, §1º, VI, 926 e

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 213-214.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 214.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 216.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 216.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 218.

927), longe de se demonstrar incompatível com o texto constitucional (a circunstância de os juízes e tribunais, quando aplicam o direito, não se converterem em *legisladores*, há muito denunciada por Cappelletti e Dworkin, afasta a alegada ofensa à ideia de democracia e aos princípios da legalidade e da separação dos poderes), confere maior aplicabilidade aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Disso resulta a constitucionalidade dessa opção político-legislativa.

Refiro-me, todavia, à sua constitucionalidade no plano abstrato. E, ao ensejo, recobro a *advertência de Hermes Zaneti Júnior*, quando expôs que *uma teoria de precedentes vai ao encontro ao regime constitucional quando utilizada de forma correta*.⁸⁸ O que com isso quero dizer é que podem se verificar, nos casos concretos, impropriedades na utilização dos precedentes por juízes (e também pelas partes processuais), com potencial ofensa ao texto constitucional. Em rigor, somente os intérpretes podem impedir que essas impropriedades se verifiquem no campo da aplicação do direito, pela via de uma adequada utilização da teoria dos precedentes. Mas, para tanto, precisam conhecer, em suas especificidades, o modelo de precedentes adotado pelo direito brasileiro.

Referências

ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Luigi. As arenas deliberativas. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Coords.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FISS, Owen. O correto grau de independência. In: FISS, Owen; SALLES, Carlos Alberto de (Orgs.). *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁸⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 291.

- FISS, Owen; SALLES, Carlos Alberto de (Orgs.). *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GUTMAN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007.
- GUTMAN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: JusPodivm, 2014.
- MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017 (no prelo).
- MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar: 2006.
- TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MADUREIRA, Claudio Penedo. Constitucionalidade da vinculação dos julgadores a precedentes judiciais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 191-210, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.390.
