

HERMES ZANETI JR.

Professor Adjunto da Graduação e Pos-Graduação (Mestrado) da UFES.

Pos-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino.

Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Università degli Studi di Roma Tre.

Doutor e Mestre em Direito Processual pela UFRGS.

Membro do International Association of Procedural Law (IAPL), do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo.

O VALOR VINCULANTE DOS PRECEDENTES

**O Modelo Garantista (MG) e a redução da
discricionariade judicial. Uma teoria dos
precedentes normativos formalmente vinculantes.**

2015



Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050

E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições *JusPODIVM*

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr, Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (www.buenojardim.com.br)

Diagramação: PVictor Editoração Eletrônica (pvictoredit@gmail.com)

Todos os direitos desta edição reservados à Edições *JusPODIVM*.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições *JusPODIVM*. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

Sumário

Agradecimentos	13
Abstract O valor vinculante dos precedentes.....	15
Abstract The Binding Value of Precedents.....	17
Abstract Il valore vincolante dei precedentii	19
INTRODUÇÃO.	
OS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO DO JUIZ SOMENTE À LEI E O MODELO DE PRECEDENTES ADEQUADO AO MODELO GARANTISTA (MG).....	21
CAP. 1	
BRASIL: UM PAÍS DE <i>COMMON LAW</i>? AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DE <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> E A EXPERIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA COMO CONSTITUCIONALISMO HÍBRIDO.....	29
1.1.1. A formação do ordenamento judicial brasileiro na perspectiva constitucional e a recepção do direito norte-americano	30
1.1.2. A recepção constitucional da <i>judicial review</i> (o controle de poder no modelo brasileiro de jurisdição constitucional)	31
1.1.3. O surgimento do controle do poder do estado: limites e vínculos aos poderes absolutos	33
1.1.4. Tradições jurídicas em confronto no “paradoxo metodológico” brasileiro: <i>common law</i> (processo constitucional) e <i>civil law</i> (processo infraconstitucional)	36
1.1.5. A teoria da recepção jurídica com particular atenção à recepção constitucional	42
1.2. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891 e as doutrinas nacionais do <i>judicial review</i> até o advento da Constituição Federal de 1988	49
1.2.1. A passagem do Brasil Império (poder moderador - Constituição Imperial de 1824) para o Brasil República (<i>judicial review</i> - Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891).....	49
1.2.2. O <i>judicial review</i> na Constituição de 1934: o advento do mandado de segurança, da ação popular, da ação interventiva e do <i>full bench</i>	57
1.2.3. O <i>judicial review</i> na Constituição de 1937 (Carta Outorgada).....	58

1.2.4. A Constituição de 1946 e a positivação do <i>judicial review</i> (“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”).....	60
1.2.5. O <i>judicial review</i> nas cartas constitucionais do golpe militar (1967 e 1969).....	63
1.2.6. A Constituição Federal de 1988 e o Estado Democrático de Constitucional: ampliação do <i>judicial review</i> (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).....	65

CAP. 2

A INTEGRAÇÃO DO TRABALHO ENTRE LEGISLADORES, JUÍZES E DOUTRINA JURÍDICA – A GRADATIVA MUDANÇA NA TEORIA DAS FONTES E DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO COMO NORMA RÍGIDA E SUPRAORDENADA E O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL (ENTRE NOMODINÂMICA E NOMOESTÁTICA)	73
---	-----------

2.1. A súmula vinculante brasileira na evolução das fontes do direito: do direito português das ordenações ao paradoxo metodológico da recepção do modelo norte-americano da constituição (<i>equal justice under the constitutional common law – Rule of Law</i>) e do modelo europeu dos códigos (princípio da legalidade).....	75
2.1.1. Paleojustoativismo e jusconstitucionalismo: o fetiche da lei e a desconfiança da magistratura v. a legalidade constitucional na integração <i>Rule of Law</i> e Estado Democrático Constitucional.....	76
2.1.1.1. Jusnaturalismo, juspositivismo e jusconstitucionalismo: filosofia da justiça, modelos de estado, racionalidade e regra de reconhecimento (validade) do direito	79
2.1.1.2. O modelo integrado de ciência jurídica: filosofia da justiça, teoria do direito, dogmática jurídica e sociologia do direito	80
2.1.1.3. Integração entre o paradigma do <i>Rule of Law</i> e o Estado Democrático Constitucional	84
2.1.2. Notas sobre a formação histórica das fontes do direito (em geral) e do direito brasileiro (em particular).....	84
2.1.3. Jurisdição, legislação e constituição como paradigmas do direito na construção da democracia: <i>autoritas non veritas facit legem e veritas non autoritas facit iudicium</i>	98

2.1.4. Divisão de trabalho no constitucionalismo contemporâneo e a aproximação das tradições jurídicas: a quebra da moldura paradigmática <i>common law/civil law</i>	104
2.1.5. Fragilização virtuosa e não-virtuosa do princípio da legalidade (sistema codificado e arbítrio judicial). Especialmente o problema da legalidade penal e do sistema garantista (SG) como limites ao legislador e ao juiz no estado constitucional	109
2.1.6. Legalidade civil e legalidade penal.....	117
2.1.7. Controle do poder e concepções de direito e justiça: a relação entre direito e moral.....	128
2.1.8. Princípio da legalidade e validade constitucional da norma. Os dogmas <i>paleojuspositivistas</i> da obrigação do juiz de aplicar a lei e da <i>avalutatividade</i> da ciência jurídica.....	135
2.1.9. Quando o Juiz Pode deixar de Aplicar uma Lei no Brasil? Levando as Leis e Constituição à Sério	138
2.2. Legalidade e interpretação no pós-formalismo interpretativo: precedentes vinculantes no modelo positivo brasileiro atual e recepção mitigada do <i>stare decisis</i>	140
2.2.1. Legalidade e Interpretação. A Distinção entre Texto e Norma na Aplicação Judicial do Direito.	142
2.2.2. Nobre sonho, pesadelo ou vigília: o direito é seguro, podemos dormir? Ceticismo moderado e compromisso do interprete com a lei	145
2.2.3. Interpretação e Ponderação. Fechamento ao Decisionismo do Juiz.....	152
2.2.4. Justificação interna (controle lógico-formal) e justificação externa (controle argumentativo): a tese de Jerzy Wróblewski sobre a fundamentação das decisões judiciais	158
2.2.5. A interpretação operativa em Luigi Ferrajoli e Jerzy Wróblewski.....	159
2.2.6. Jurisdição e legislação: <i>remedies precede rights</i> e a (re) construção de posições jurídicas pela jurisdição no Estado Democrático Constitucional	165
2.2.7. Um novo meio de judicialização dos direitos: modelo combinado de remédios/ações (<i>remedies precede rights</i>) e direitos subjetivos (<i>rights precede remedies</i>).....	173
2.2.8. Legislador negativo e (re)construção da norma. A superação da postura “neutra” do juiz como intérprete do direito e o compartilhamento das funções entre juiz e legislador	181

2.2.9. A jurisprudência como fonte formal do direito (súmulas vinculantes, filtros recursais, decisões do Supremo Tribunal Federal com efeito vinculante e jurisprudência dominante dos tribunais): a recepção do <i>stare decisis</i> mitigado no direito brasileiro.....	188
2.2.10. A origem das súmulas: uma tradição europeia, portuguesa ou de <i>common law</i> ?.....	191
2.2.11. O Texto do Art. 103-A da Constituição Brasileira (EC 45/04): Apontamentos Críticos sobre sua Interpretação Adequada.....	195

CAP. 3

SEPARAÇÃO DOS PODERES E ESTADO DEMOCRÁTICO NA ADOÇÃO DO MODELO VINCULANTE DOS PRECEDENTES NORMATIVOS. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, LACUNAS LEGISLATIVAS E O MODELO COMBINADO DE PRINCÍPIOS E REGRAS.....203

3.1. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia e o controle jurisdicional de políticas públicas	204
3.1.1. Modelos de Estado, Constituição e Democracia.	206
3.1.1.1. Evolução histórica dos modelos ideais de Estado, Constituição e democracia.....	209
3.1.1.2. Modelo ativista e coordenado de implementação de políticas públicas: o Estado Democrático Constitucional garantidor de direitos fundamentais e o caso brasileiro.....	212
3.1.2. Limites formais e materiais - decorrentes da separação de poderes - para a sindicabilidade judicial das políticas públicas	217
3.1.2.1. Disfunção política: quando as funções de governo não atendem aos limites e aos vínculos dos direitos fundamentais	218
3.1.2.2. Da separação de poderes para a separação de funções: funções de governo e funções de garantia	220
3.1.3. Legitimidade democrática do Poder Judiciário como função de garantia secundária	226
3.1.4. Admissibilidade das ações para controle judicial de políticas públicas	227
3.1.4.1. Toda a política pública tem de ser olhada do ponto de vista global?.....	231

3.1.4.2. Políticas públicas já existentes impedem a sindicabilidade judicial?	233
3.1.4.3. Qual o âmbito de discricionariedade administrativa e discricionariedade legislativa em um Estado Democrático Constitucional?	235
3.1.5. A natureza das normas de direitos fundamentais no ordenamento brasileiro.....	238
3.2. O Modelo Garantista (MG) e sua Compatibilidade Crítica com a Teoria dos Princípios como Teoria do Discurso de Interpretação/Aplicação. Da Possibilidade à Necessidade do Constitucionalismo Garantista no Direito Brasileiro.....	242
3.2.1. O modelo garantista (MG) adaptado ao <i>judicial review</i> brasileiro: legalidade, completude deôntica, papel da jurisdição e amplitude da acionabilidade.....	244
3.2.2. O mandado de injunção como instrumento de solução das lacunas <i>fracas/fortes</i> no direito brasileiro	260
3.2.2.1. Três indagações sobre o <i>writ</i> e sua utilidade: lacunas estruturais (impossibilidade do mandado de injunção com eficácia constitutiva ou mandamental), eficácia imediata e autoaplicabilidade da norma (desnecessidade do mandado de injunção e inexistência de interesse de agir), resolatividade (possibilidade de regulamentação do caso concreto no mandado de injunção pelos recursos interpretativos à analogia e unidade da constituição)	265
3.2.2.2. Três teses sobre a natureza do mandado de injunção e a opção mista do Supremo Tribunal Federal: a) subsidiariedade (mera declaração de mora legislativa fundada na legalidade e separação de poderes), b) independência judicial (regulamentação <i>ultra partes</i> , genérica e abstrata, com substituição do legislador omissor), c) resolatividade (regulamentação <i>in concreto</i> para permitir a viabilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes).....	266
3.2.2.3. Pressupostos do cabimento do mandado de injunção: a) <i>dever de legislar</i> ; b) <i>mora do legislador</i> ; c) <i>insuficiência ou omissão parcial da norma</i>	269

3.2.2.4. Tutelas declaratória, constitutiva e mandamental: eficácias das decisões nos mandados de injunção	271
3.2.2.5. Regulamentação e aplicação: legislação do mandado de segurança, mandado de injunção coletivo, disciplina legal conforme a eficácia atribuída à decisão (liminares, legitimação e coisa julgada)	274
3.2.2.6. Provisoriedade e procedência parcial do mandado de injunção nos casos de lacunas <i>estruturais</i> : justificação da aplicação do garantismo constitucional.....	285
3.2.2.7. Eficácia do mandado de injunção julgado pelo Supremo Tribunal Federal perante a teoria dos precedentes.....	290
3.2.3. A teoria dos princípios como uma teoria argumentativa vinculada à dogmática jurídica	293
3.2.3.1. Definição de normas-princípio e normas-regra	293
3.2.3.2. Princípios como razões para regras: razões definitivas (regras) e razões <i>prima facie</i> (princípios)	298
3.2.3.3. Caráter <i>prima facie</i> das regras: princípios formais (devido processo legislativo, decorrente do princípio democrático)	299
3.2.3.4. Modelo combinado de regras e princípios: direitos fundamentais como princípios e regras	303
3.2.3.6. A diferença entre princípios e valores: caráter deontológico dos princípios como normas jurídicas..	306

CAP. 4

O MODELO NORMATIVO DOS PRECEDENTES E A VINCULAÇÃO FORMAL AOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA DOGMÁTICA ATUAL E NA DOGMÁTICA PROJETADA NO DIREITO BRASILEIRO. TRÊS GRAUS DE VINCULAÇÃO: PRECEDENTES NORMATIVOS, PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES, PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES FORTES.....	309
---	------------

4.1. O precedente do <i>common law</i> para o <i>civil law</i> e o papel das Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente, do costume à racionalidade, da persuasão à vinculação.....	311
4.1.1. Precedentes, jurisprudência, decisão e <i>ratio decidendi</i>	324

4.1.2. <i>Stare decisis</i> e precedente: vinculação horizontal e vertical, distinção (<i>distinguishing</i>) e superação (<i>overruling</i>)	330
4.1.3. A classificação dos precedentes judiciais segundo o grau de vinculação na doutrina	337
4.1.3.1. Proposta de classificação: precedentes normativos vinculantes, precedentes normativos formalmente vinculantes e precedentes normativos formalmente vinculantes fortes. A negação do caráter de precedente à “jurisprudência persuasiva”	341
4.2. Negação da tese da autonomia metodológica <i>civil law/common law</i> : interpretação/aplicação de precedentes e interpretação/aplicação de leis	346
4.3. “Nomofilaquia mediante o precedente” e as razões para a adoção de um sistema normativo de precedentes formalmente vinculantes: racionalidade, igualdade, previsibilidade (confiança legítima e segurança jurídica) e efetividade (duração razoável dos processos).....	352
4.4. O estatuto normativo dos precedentes no projeto do Código de Processo Civil Brasileiro: a vinculação normativa formal horizontal e vertical, a <i>ratio decidendi</i> e o <i>obiter dictum</i> na unidade fático-normativa dos precedentes, as técnicas de distinção e superação dos casos-precedentes e os filtros recursais	359
4.5. <i>Excursus</i> : a dupla função dos precedentes no direito penal e no processo penal.....	374
CONCLUSÕES	
O VALOR VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL.....	381
Referências bibliográficas	393