

Hermes Zaneti Jr.

O VALOR VINCULANTE DOS PRECEDENTES

**Teoria dos Precedentes Normativos
Formalmente Vinculantes**

CONFORME
NOVO
CPC

3.^a edição
Revista, ampliada
e atualizada

Prefácio de
Luigi Ferrajoli

2017



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: Ana Caquetti

Z28v Zaneti Jr., Hermes.
O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes / Hermes Zaneti Jr. – 3. ed. rev., amp. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.
480 p.

Bibliografia.
ISBN 978-85-442-1498-5.

1. Direito processual civil. I. Título.

CDD 341-4

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

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).....	29
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Capítulo 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.....	37
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

1.1. A formação do ordenamento judicial brasileiro na perspectiva constitucional e a recepção do direito norte-americano	37
1.1.1. A recepção constitucional da <i>judicial review</i> (o controle de poder no modelo brasileiro de jurisdição constitucional)	38
1.1.2. O surgimento do controle do poder do Estado: limites e vínculos aos poderes absolutos.....	40
1.1.3. Tradições jurídicas em confronto no “paradoxo metodológico” brasileiro: <i>common law</i> (processo constitucional) e <i>civil law</i> (processo infraconstitucional)	44
1.1.4. A teoria da recepção jurídica com particular atenção à recepção constitucional.....	49
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.....	56
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)	56
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>	64
1.2.3. O <i>judicial review</i> na Constituição de 1937 (carta outorgada).....	65

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”).....	67
1.2.5.	O <i>judicial review</i> nas cartas constitucionais do golpe militar (1967 e 1969).....	70
1.2.6.	A Constituição Federal de 1988 e o Estado Democrático Constitucional: ampliação do <i>judicial review</i> (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).....	72

Capítulo 2

	A INTEGRAÇÃO DO TRABALHO ENTRE LEGISLADORES, JUÍZES E DOCTRINA 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).....	79
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</i> – <i>Rule of Law</i>) e do modelo europeu dos códigos (princípio da legalidade)	79
2.1.1.	Paleojuspositivismo 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.....	80
2.1.1.1.	Jusnaturalismo, juspositivismo e jusconstitucionalismo: filosofia da justiça, modelos de Estado, racionalidade e regra de reconhecimento (validade) do direito	84
2.1.1.2.	O modelo integrado de ciência jurídica: filosofia da justiça, teoria do direito, dogmática jurídica e sociologia do direito...	85
2.1.1.3.	Integração entre o paradigma do <i>Rule of Law</i> e o Estado Democrático Constitucional.....	88
2.1.2.	Notas sobre a formação histórica das fontes do direito (em geral) e do direito brasileiro (em particular)	89
2.1.3.	Jurisdição, legislação e constituição como paradigmas do direito na construção da democracia: <i>autoritas non veritas facit legem</i> e <i>veritas non autoritas facit iudicium</i>	102
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>	108
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	113

2.1.6.	Legalidade civil e legalidade penal	120
2.1.7.	Controle do poder e concepções de direito e justiça: a relação entre direito e moral.....	130
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>avaloratividade</i> da ciência jurídica.	138
2.1.9.	Quando o juiz pode deixar de aplicar uma lei no Brasil? Levando as leis e a Constituição a sério	141
2.2.	Legalidade e interpretação no pós-formalismo interpretativo: interpretação realista, moderada e responsável	142
2.2.1.	Legalidade e interpretação. A distinção entre texto e norma na aplicação judicial do direito	145
2.2.2.	Nobre sonho, pesadelo ou vigília: o direito é seguro, podemos dormir? Ceticismo moderado e compromisso do intérprete com a lei	148
2.2.3.	Interpretação e ponderação. Fechamento ao decisionismo do juiz..	156
2.2.4.	Justificação interna (controle lógico-formal) e justificação externa (controle argumentativo): a tese de Jerzy Wróblewski sobre a fundamentação das decisões judiciais	162
2.2.5.	A interpretação operativa em Luigi Ferrajoli e Jerzy Wróblewski	164
2.2.6.	Jurisdição e legislação: <i>remedies precede rights</i> e a (re)construção de posições jurídicas pela jurisdição no Estado Democrático Constitucional.....	169
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>)	177
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	185
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 do CPC 1973 (reformado) e da Constituição Federal de 1988 (emendada).....	191
2.2.10.	A origem das súmulas: uma tradição europeia, portuguesa ou de <i>common law</i> ?.....	194
2.2.11.	O texto do art. 103-A da Constituição Brasileira (EC 45/04): apontamentos críticos sobre sua interpretação adequada.....	198

Capítulo 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.....	207
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	208
3.1.1. Modelos de Estado, Constituição e Democracia.	209
3.1.1.1. Evolução histórica dos modelos ideais de Estado, Constituição e democracia.....	212
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.....	215
3.1.2. Limites formais e materiais - decorrentes da separação de poderes - para a sindicabilidade judicial das políticas públicas	220
3.1.2.1. Disfunção política: quando as funções de governo não atendem aos limites e aos vínculos dos direitos fundamentais..	221
3.1.2.2. Da separação de poderes para a separação de funções: funções de governo e funções de garantia.....	223
3.1.3. Legitimidade democrática do Poder Judiciário como função de garantia secundária	228
3.1.4. Admissibilidade das ações para controle judicial de políticas públicas....	230
3.1.4.1. Toda a política pública tem de ser olhada do ponto de vista global?	234
3.1.4.2. Políticas públicas já existentes impedem a sindicabilidade judicial?	235
3.1.4.3. Qual o âmbito de discricionariedade administrativa e discricionariedade legislativa em um Estado Democrático Constitucional?	237
3.1.5. A natureza das normas de direitos fundamentais no ordenamento brasileiro	240
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.....	244
3.2.1. O modelo garantista (MG) adaptado ao <i>judicial review</i> brasileiro: legalidade, completude deôntica, papel da jurisdição e amplitude da acionabilidade	245
3.2.2. O mandado de injunção como instrumento de solução das lacunas <i>fracas/fortes</i> no direito brasileiro.....	262

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), resolutividade (possibilidade de regulamentação do caso concreto no mandado de injunção pelos recursos interpretativos à analogia e à unidade da Constituição)	267
3.2.2.2. Três teses sobre a natureza do mandado de injunção e a opção mista do Supremo Tribunal Federal e da Lei 13.300/2016 (LMI): 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) resolutividade (regulamentação in concreto para permitir a viabilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes)	268
3.2.2.3. Pressupostos do cabimento do mandado de injunção: a) dever de legislar; b) mora do legislador; c) insuficiência ou omissão parcial da norma	271
3.2.2.4. Tutelas declaratória, constitutiva e mandamental: eficácias das decisões nos mandados de injunção	274
3.2.2.5. Regulamentação e aplicação: mandado de injunção coletivo, disciplina legal conforme a eficácia atribuída à decisão (liminares, legitimação e coisa julgada), aplicação supletiva da lei do mandado de segurança e do CPC	277
3.2.2.6. Provisoriamente e procedência parcial do mandado de injunção nos casos de lacunas estruturais: justificação da aplicação do garantismo constitucional	289
3.2.2.7. Eficácia do mandado de injunção julgado pelo Supremo Tribunal Federal perante a teoria dos precedentes	294
3.3. A teoria dos princípios como uma teoria argumentativa vinculada à dogmática jurídica	297
3.3.1. Definição de normas-princípio e normas-regra	297
3.3.2. Princípios como razões para regras: razões definitivas (regras) e razões <i>prima facie</i> (princípios)	301
3.3.3. Caráter <i>prima facie</i> das regras: princípios formais (devido processo legislativo, decorrente do princípio democrático)	303
3.3.4. Modelo combinado de regras e princípios: direitos fundamentais como princípios e regras	306
3.3.5. A dissociação heurística no modelo regras, princípios e procedimentos....	307
3.3.6. A diferença entre princípios e valores: caráter deontológico dos princípios como normas jurídicas.....	309

Capítulo 4

O MODELO NORMATIVO DOS PRECEDENTES E A VINCULAÇÃO FORMAL E MATERIAL AOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA DOGMÁTICA BRASILEIRA. TRÊS GRAUS DE VINCULAÇÃO: PRECEDENTES NORMATIVOS, PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES, PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES FORTES.....	313
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	314
4.1.1. Precedentes, jurisprudência, decisão e <i>ratio decidendi</i>	328
4.1.2. <i>Stare decisis</i> e precedente: vinculação horizontal e vertical, distinção (<i>distinguishing</i>) e superação (<i>overruling</i>)	335
4.1.3. A classificação dos precedentes judiciais segundo o grau de vinculação na doutrina	344
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”.....	348
4.2. Negação da tese da autonomia metodológica <i>civil law/common law</i> : interpretação/aplicação de precedentes e interpretação/aplicação de leis	352
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).....	358
4.4. O estatuto normativo dos precedentes no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015: 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	365
4.4.1. A Lei 13.256/2016 e os Precedentes	382
4.4.1.1. Maiores impactos da Lei 13.256: duração razoável do processo; ação rescisória; reclamação; admissibilidade dos recursos especial ou extraordinário de revisão dos recursos repetitivos ou repercussão geral (recurso especial ou extraordinário de revisão)	383
4.4.1.2. Breves Anotações Conclusivas sobre o Impacto da Lei 13.256/2016.....	388
4.4.2. Ideologia dos juízes e da doutrina em um modelo de precedentes (<i>precedents in action</i>): revelar as ideologias para corrigir as distorções do modelo	389
4.4.3. Estabilidade, coerência e integridade como deveres: consistência/coerência em sentido estrito e integridade/coerência em sentido amplo ...	395

4.4.4.	Refutação de três teses doutrinárias sobre a (não) vinculatividade do art. 927, <i>caput</i> e incisos: a) inconstitucionalidade dos incisos III (IAC, IRDR e REER), IV (enunciados da súmula do STF, em matéria constitucional, e do STJ, em matéria infraconstitucional) e V (orientações do plenário ou órgão especial do tribunal); b) não obrigatoriedade dos incisos IV e V; c) somente as Cortes Supremas formam precedentes obrigatórios.....	399
4.4.4.1.	a) tese da inconstitucionalidade.....	399
4.4.4.2.	b) não obrigatoriedade dos incisos IV (enunciados da súmula do STF, em matéria constitucional, e os enunciados da súmula do STJ, em matéria infraconstitucional) e V (orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados).....	404
4.4.4.3.	c) somente as Cortes Supremas formam precedentes obrigatórios.	406
4.5	<i>Excursus</i> : a dupla função dos precedentes no direito penal e no processo penal.....	407
4.5.1.	As peculiaridades do direito penal e do direito processual penal: sistema garantista e vedação ao juízo por analogia.....	408
4.5.2.	Precedentes não servem para completar o trabalho do legislador em matéria penal e processual penal: princípio da reserva de código....	412
4.5.3.	O CPC como lei processual geral e núcleo do sistema processual brasileiro: aplicação transetorial.....	414
4.5.4.	Aplicação subsidiária, supletiva e residual do CPC.....	415
4.5.5.	Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função: <i>pro futuro in malam partem</i> (matéria penal) e <i>tempus regit actum</i> (matéria processual penal)	416
4.5.6.	Modulação dos efeitos da decisão	418

Conclusões

O VALOR VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL.....	421
Capítulo 1	421
Capítulo 2.....	422
Capítulo 3.....	425
Capítulo 4.....	427
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	433