

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Norberto Flach

**PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL E NA LOUISIANA:
DESAFIOS DE UM TRANSPLANTE JURÍDICO**

Porto Alegre

2021

Norberto Flach

**PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL E NA LOUISIANA:
DESAFIOS DE UM TRANSPLANTE JURÍDICO**

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a ser avaliada em defesa realizada perante banca examinadora, como requisito para a obtenção do grau de doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores.

Porto Alegre

2021

Norberto Flach

PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL E NA LOUISIANA:
DESAFIOS DE UM TRANSPLANTE JURÍDICO

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a ser avaliada em defesa realizada perante banca examinadora, como requisito para a obtenção do grau de doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores
(Orientador)

Profa. Dra. Maren Taborda

Profa. Dra. Viviana Kluger

Prof. Dr. Eduardo Scarparo

Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin

Porto Alegre, 02 de setembro de 2021

Esta tese vai dedicada à Lúcia e ao Matias, os meus precedentes,
sempre amorosamente persuasivos, nunca vinculantes.

RESUMO

O estudo realizado na presente tese versa sobre os problemas e as dificuldades da gradual implantação, no direito brasileiro, de um modelo de precedentes vinculantes. O tema geral é tratado, inicialmente, sob a noção dos transplantes jurídicos e da classificação das denominadas jurisdições mistas ou híbridas, enquanto um dos vários sistemas jurídicos ocidentais existentes. A seguir, o caso brasileiro é examinado a partir de um conjunto de regras constitucionais e legislativas de implantação mais ou menos recente, que estão relacionadas à possibilidade da incorporação, pelo meio jurídico brasileiro, da mentalidade da técnica do *stare decisis* e da doutrina do precedente vinculante. Visto sob o viés das resistências culturais e institucionais à tendência de interpenetração e hibridização entre as tradições romano-germânicas e de *Common Law*, o caso peculiar do direito da Louisiana é também analisado, comparativamente com o caso brasileiro, tendo em vista as resistências à crescente assimilação de suas tradições de *Civil Law* e de *jurisprudence constante* ao nacional e culturalmente dominante sistema norte-americano de *stare decisis* e vinculação ao precedente. Ao final, propõe-se a ideia de que a pretensão de adoção do modelo de precedentes vinculantes representa, na específica realidade jurídica brasileira, não apenas um esforço de incremento da previsibilidade e estabilidade do direito, enquanto realização da segurança jurídica, mas, também, um vetor filtragem recursal mais rigorosa em favor da desoneração dos tribunais superiores, além de verticalização e centralização interpretativa que podem redundar em simplificação e desoneração argumentativa das decisões judiciais.

Palavras-chave: precedentes vinculantes; transplantes jurídicos; jurisdições mistas; cultura jurídica; direito brasileiro; direito da Louisiana

ABSTRACT

This thesis studies the problems and difficulties of the recent institution, in Brazilian law, of a model of binding precedent. The general theme is proposed, initially, under the notion of the legal transplants and the taxonomy of mixed or hybrid jurisdictions as one of the various existing Western legal systems. It is also discussed the resistance that legal culture and legal institutions offer against the tendency of interpenetration and hybridization regarding Civil and Common Law. Then follows an analysis of the Brazilian constitutional and legal implementation of the doctrine of precedent and stare decisis rule as new mentalities and techniques of legal reasoning. The peculiar legal reality of Louisiana is also examined, comparatively to the Brazilian case, regarding the assimilation of its Civil Law and jurisprudence constante traditions to the nationally dominant system of adherence to precedent and stare decisis. The study ends by proposing the idea that the adoption of the model of binding precedent by Brazilian law represents more than one thing. It obviously means an effort towards calculability and stableness of the law. But it also means a movement aiming at a more vertical control over legal adjudication made by judges, simplifying the whole process of decision making, as well as establishing more rigorous limits to accessing the superior courts, in order to keep the demand in lower levels.

Keywords: binding precedents; legal transplants; mixed jurisdictions; legal culture; Brazilian law; Louisiana law

SUMÁRIO

Resumo	05
Abstract	06
Introdução	08
Primeira Parte: Algumas Condições e Circunstâncias da Complexa Construção de um Sistema Brasileiro de Precedentes Vinculantes	11
1.1 Transplantes jurídicos, globalização e tradições	12
1.2 Dificuldades taxonômicas, jurisdições mistas ou híbridas e a “terceira família jurídica”	32
1.3 Precedentes vinculantes e segurança jurídica: entre cultura, constituição, código e tribunais no transplante de uma dogmática dos precedentes	39
Segunda Parte: Resistências da Cultura, Atualidade da Noção de Fontes do Direito e Normatividade dos Precedentes: Aproximações entre o Brasil e a Louisiana	67
2.1 A cultura do <i>stare decisis</i> e do precedente vinculante diante do caráter antiprecedencial das súmulas de jurisprudência	68
2.2 Dificuldades da vinculação ao precedente nos países (e estados) de tradição romano-germânica: o caso peculiar da Louisiana	86
2.3 À guisa de conclusão: construção de um sistema de precedentes vinculantes no país das súmulas da jurisprudência e o desafio de se chegar ao <i>stare decisis</i> , sem que jamais se tenha se chegado à observância da <i>jurisprudence constante</i>	112
Referências Bibliográficas	131
Anexos	148

Introdução

Duas das grandes aspirações, no mundo jurídico, são aquelas em função das quais advogados, juízes e demais profissionais e instituições envolvidos são diariamente pressionados a entregar: unidade do direito e igualdade na sua aplicação.

Na tradição jurídica romano-germânica, a legislação tem sido considerada, já há muito tempo – e as constituições, há menos tempo –, o fator ao qual seria atribuída a maior potência na produção de unidade do direito e isonomia na sua aplicação. Ao juiz, fundamentalmente, exige-se obediência e vinculação à lei. No entanto, depois de todo o ímpeto codificatório e euforia constitucionalista dos últimos séculos, o prestígio do direito de fonte legislativa já não é o mesmo.

Olhando para a outra grande tradição jurídica forjada no mundo ocidental, a de *common law*, constata-se que a tarefa de dar unidade do direito e garantir a sua aplicação igualitária tem sido, também há muito tempo, outorgada à atividade dos tribunais, muito mais do que à lei. Mais especialmente, a unidade do direito e a isonomia são incumbidas àquela atividade jurisdicional por meio da qual os tribunais precipuamente se baseiam, em suas decisões, nos fundamentos jurídicos que foram adotados em decisões pretéritas. E o respeito a tais decisões pretéritas, como instrumentos de estabilidade e previsibilidade, tem sido traduzido em uma máxima: *stare decisis et non quieta movere*.

O encontro entre as tradições jurídicas, contudo, era inevitável, como são inevitáveis, geralmente, os encontros de todas as gerações. Assim, as tradições de *civil law* e de *common law* têm muitas vezes se influenciado, misturado e imbricado, reciprocamente, em algum grau de intensidade. E tal acontece, ao que se tem considerado, em mútuo benefício.

Muitas são as maneiras de se tentar compreender e analisar esse encontro de tradições jurídicas. Entre elas, aquelas desenvolvidas pela história do direito e pelo direito comparado. Nessa tarefa conjunta, uma das pedras de toque que têm sido utilizadas por esses dois campos do direito, especialmente nas últimas décadas, é a dos “transplantes jurídicos”.

Assim, um dos estudos que o presente trabalho busca realizar é, a partir do parâmetro teórico dos transplantes jurídicos, tratar do encontro das tradições de *civil law* e de *common law*. Não um estudo mais geral e abrangente, e sim aquele relacionado ao transplante para o *civil law*, desde a sua origem no *common law*, da prática de atribuir aos precedentes judiciais maior importância na tentativa de dar unidade ao direito e assegurar maior igualdade na sua aplicação.

Foi considerada, para a escolha de tal temática, a importância da crescente incorporação, pelo direito brasileiro, de elementos teóricos e dogmáticos da doutrina do *stare decisis* e do modelo de precedentes judiciais vinculantes. Pesou na eleição do tema, ainda, a complexidade dos desafios trazidos por aquela incorporação.

Ao mesmo tempo, viu-se como útil – e quiçá esclarecedora – a comparação da situação jurídica brasileira com aquela vivida, em experiência que já se desenvolve há mais de dois séculos, no estado norte-americano da Louisiana. Isso porque a Louisiana, como se verá, embora esteja circundada pelo sistema jurídico e judicial federal e pelos sistemas jurídicos e judiciais de outros 49 estados, todos de *common law*, até hoje preserva um direito privado fundado na lei.

E assumindo, os tribunais da Louisiana, práticas decisórias que já não são unicamente correspondentes à tradição mais clássica de *civil law*, tampouco se renderam inteiramente à regra dos *stare decisis*, constituindo-se em o que vem sendo chamado “jurisdição mista” ou “sistema jurídico híbrido”.

É em tais direções que o presente estudo se desenvolve.

Em sua primeira parte, o trabalho se ocupa inicialmente das bases do debate teórico em torno dos transplantes jurídicos, assim como dos efeitos da globalização na

aceleração dos processos de transplante. Logo se passa a cuidar da análise das dificuldades taxonômicas que têm surgido, inclusive levando à redefinição dos parâmetros que vinham servindo para distinguir os vários sistemas, famílias e tradições jurídicas. Ainda nesta primeira parte, é examinada a relação que a incorporação dos precedentes vinculantes tem com a pretensão de produzir, entre nós, maior segurança jurídica.

Já em sua segunda parte, o estudo busca caracterizar alguns aspectos do direito brasileiro, em especial aqueles relacionados à existência das súmulas de jurisprudência, como talvez incompatíveis com uma cultura do *stare decisis* e do precedente vinculante. A seguir, o trabalho avança para a apresentação, em linhas históricas e teóricas mais gerais, da situação do direito da Louisiana, no que diz respeito à resistência da mentalidade de *civil law* e ao modo original com que tem lidado com os precedentes judiciais.

Finalmente, o estudo tenta levantar possíveis elementos de aproximação entre as experiências mais recentes do direito do Brasil e da Louisiana, com vistas a contribuir para a construção de um sistema de precedentes vinculantes que, idealmente, seja capaz de conduzir, efetivamente, à consecução de um maior grau de unidade do direito brasileiro. E, principalmente, que as pretensões de se assegurar maior celeridade e igualdade na aplicação do direito não se realizem às custas da justiça.

Primeira Parte

Algumas Condições e Circunstâncias da Complexa Construção de um Sistema Brasileiro de Precedentes Vinculantes

1.1 Transplantes jurídicos, globalização e tradições

“Eu gostaria de tentar uma analogia. Sou um produtor de tomates. Tenho bandejas de plástico, cada uma delas contendo 24 pequenos recipientes preenchidos com um substrato para plantas. Em cada recipiente eu coloco sementes de tomates, que passo a regar e fertilizar. Quando as plantas estão com cerca de seis centímetros, eu as vendo. Um comprador pega uma delas, retira do recipiente e planta no seu quintal. Logo a planta estende as suas raízes através desse novo solo que a envolve. O comprador a fertiliza com o seu próprio fertilizante, diferente do meu. O pé de tomate está em um ambiente muito diferente, do qual o seu futuro depende. Até o sol bate de outro jeito. O pé de tomate pode florescer ou mesmo murchar. Agora proponho uma questão não considerada pelo filósofos gregos. O pé de tomate é a mesma planta que esteve sob o meu cuidado? Se eu entendo Pierre Legrand corretamente, a sua resposta seria Não! Nenhum transplante ocorreu, porque transplantes são impossíveis.”¹

¹ “I would like to attempt an analogy. I am a tomato grower. I have plastic trays each with 24 small containers filled with a soil mix. Into each container I place a tomato seed, which I proceed to water and fertilize. When the plants are about six centimeters tall, I sell them. A buyer takes one, pinches it out of its container, and plants it in his yard. The plant soon stretches out its roots into the surrounding, very different soil. The purchaser fertilizes it with his own, different from mine, fertilizer. The tomato plant is in a very different ethos on which its future depends. Even the sun strikes it differently. The tomato plant may flourish or even wither. Now to put a question not considered by the Greek philosophers. Is the tomato plant the same plant as it was under my care? If I understand Pierre Legrand correctly his answer is No! There has been no transplant because transplants are impossible” (WATSON, Alan. Legal Transplants and European Private Law, em *ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW*, vol. 4.4 (December 2000), VII).

Não é novidade, nos campos do direito comparado e da história do direito, a utilização da expressão “transplantes jurídicos”². E ainda que Alan Watson não tenha sido o primeiro a utilizá-la, a expressão é associada à sua obra, aparecida a partir da década de 1970³.

As suas premissas são discutíveis e as consequências complexas. Em todo caso, a ideia original é bem simples: o principal modo de modificação do direito consistiria, afirma Watson, em tomar emprestada uma norma de um país e levá-la até outro país, ou de um povo para outro povo (WATSON, 1993, p. 21). A partir de tal constatação, ter-se-ia inclusive uma abordagem mais pragmática para lidar com os diferentes direitos no tempo e no espaço: os estudos de direito comparado assumiriam, até, uma certa precedência em relação à história e à sociologia do direito. Afinal, os transplantes seriam o grande móvel da transformação e da evolução do direito.

Se Alan Watson afirmou que os transplantes jurídicos têm sido desde há muito constantes, além de frequentemente exitosos, tal pressupôs a pretensão de relativizar a ideia – savignyana, por assim dizer – de identificação e interdependência entre sociedade e direito. Para Watson, como reitera em obra que examina e contesta algumas das principais críticas às suas ideias, “*o direito tem sido caracterizado tanto pela sua capacidade de resistir à passagem do tempo como pela adaptabilidade e facilidade de ser transplantado de um sistema jurídico para outro*” (WATSON, 1983, p. 1.125). Assim que, “*no Ocidente, a maioria do direito, da maioria das jurisdições, é o resultado de algo que foi tomado emprestado de algum outro lugar*” (WATSON, 1983, p. 1.146).

² Tal foi a expressão que se consagrou. Contudo, podem ser encontradas na literatura jurídica outros tantos termos e metáforas, mais ou menos equivalentes, tais como influência, circulação, empréstimo (Watson também fala em *legal borrowing*), transferência, exportação/importação etc.. Vem em socorro do romanista Watson, a propósito, que o termo “recepção”, aquele que é o mais difundido e historicamente consagrado para descrever a difusão tardo-medieval e moderna do direito romano, seja referência de um dos mais perfeitos e bem sucedidos transplantes jurídicos (ainda que para superar resistências a recepção/transplante tivesse sido defendida, à sua época, como uma herdada continuidade). No entanto, há talvez uma explicação para que o termo “recepção”, hoje, seja cada vez menos usado para designar as interações jurídicas contemporâneas: traria consigo a mácula de uma concepção histórica segundo à qual o transplante seria unilateral e unidirecional, dadas a – suposta – superioridade jurídico-cultural do cedente e, de outra parte, a subalternidade passiva do recipiente. Em tempos de “multinormatividade”, “transculturalidade”, “decolonialização” etc., a reconsideração histórica e filológica dos termos descritivos dos conceitos – mesmo os mais antigos – vem assumindo prioridade.

³ Alan Watson. *Legal Transplants: An Approach To Comparative Law* (1974). 2ª ed.. University of Georgia Press, 1993.

Isso, apesar das grandes diferenças entre as realidades dos países em questão: cultura, economia, história, nada disso seria absoluto impedimento para que normas fossem tomadas emprestadas de um lugar e levadas adiante – às vezes bem adiante –, até outro lugar.

Alicerçada em numerosos e variados exemplos históricos de transplantes, a sua convicção “antisavignyana” – e talvez antimarxista, no sentido materialista-histórico – é categórica: “*Normas jurídicas específicas e hábitos de pensamento não estão amarrados a um único e consonante ambiente social, econômico ou político*” (WATSON, 2001, p. 110). E diz mais: que não existiria, “*necessariamente, uma relação próxima, inerente, entre as normas jurídicas existentes e a sociedade na qual elas são aplicadas. O direito não é, em qualquer sentido místico, o ‘espírito do povo’*” (WATSON, 2001, p. 130). Em suma, assim como o direito pode existir e se manter inalterado independentemente do contexto histórico-social, também poderia ser modificado à revelia de tal contexto⁴.

Na sua análise comparativa do direito, tem-se que a ênfase não deveria recair sobre a diversidade das condições temporais e locais de interpretação e aplicação, mas sobre o estudo do “direito mesmo” (ou, em expressão consagrada, o direito positivo). Tome-se, como exemplo dessa concepção, o que Watson afirma acerca do exame da duradoura e difundida autoridade do *Corpus Iuris Civilis* justinianeu: “*Quando um trabalho escrito complexo e antigo é tratado como importante para o direito, a maneira óbvia de aprender sobre ele é pelos*

⁴ Assim, também, com as teorias do direito: “*é patente que as teorias do direito formadas nos lugares de produção são também o produto de circunstâncias políticas e sociais muito concretas. Contudo, sua transplantabilidade global e seu valor ‘geral’ e ‘objetivo’ dependem do fato crucial de obscurecer ou minimizar os contextos específicos em que tais teorias jurídicas se forjaram. Uma possível razão que justifica a minimização da contextualidade em que nascem as teorias jurídicas nos lugares de produção parece ser que tais localidades os leitores de teoria do direito leem ou decodificam os textos em ambientes hermenêuticos ricos: nesses ambientes, o leitor tem acesso a uma rica bagagem de informação extratextual e contextual que compartilha com o autor do argumento teórico-jurídico aparentemente abstrato. Esta informação, que completa a que os textos tão somente sugerem, compartilha-se entre autor e leitor a partir de uma experiência social e jurídica comum, expressa particularmente numa compreensão compartilhada da educação jurídica e das práticas, fontes, instituições, tradições, polêmicas, políticas e desafios do direito dentro de uma mesma experiência jurídica. Este conhecimento pressuposto entre autor e leitores nos lugares de produção permite um duplo processo: os argumentos teórico-jurídicos pressupõem um contexto – problemas ou preocupações sociais, doutrinários, econômicos específicos ao autor –, mas na medida em que esse contexto se supõe culturalmente alcançável pelo leitor no lugar de produção a partir de alguns poucos traços escriturais específicos, termina-se por supor que o leitor terminará fazendo uma leitura correta ou, pelo menos, normalizada da teoria do direito que se oferece*” (MEDINA, Diego E. López. POR QUE FALAR DE UMA “TEORIA IMPURA DO DIREITO” PARA A AMÉRICA LATINA?. Trad. Matheus Neres da Rocha (revisão da tradução de Alfredo de J. Flores). Em *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD/UFRGS*, Edição Digital, Porto Alegre, Vol. XI, Número 1, 2016, p. 24).

próprios livros, e não pela observação dos operadores trabalhando [com o direito]” (WATSON, 1983, p. 1.129).

Ademais, ainda que reconheça que *“todas as normas jurídicas sejam criadas por alguma causa; e tal causa comumente – mas não sempre – tenha raiz em fatores sociais, econômicos ou políticos importantes para a vida da sociedade ou de seus líderes”*, Watson é assertivo na observação de que a maior parte das causas (das normas) tem raiz em *“aspectos transnacionais da tradição jurídica, que têm pouco ou nada a ver com condições sociais, econômicas ou políticas”*. E retomando o termo *“divergence of law and society”*, acrescenta que, *“Uma vez criadas, as normas tendem a se manter”*, além do que *“frequentemente estão em óbvio conflito com os melhores interesses e desejos dos cidadãos comuns e da elite governante, ainda que, nada obstante, continuem existindo”* (WATSON, 1983, p. 1.135).

Talvez seja possível cogitar da afirmação de que os debates em torno da noção de transplantes jurídicos, nas definições adotadas por Alan Watson, já são antigos e podem até ser tidos como um tanto cansados. No entanto, o debate tem sido mantido vivo, especialmente no que diz respeito à crítica feita a partir do argumento de que, ainda que fosse viável o transplante de normas e institutos jurídicos, desde que dadas certas condições, não seria possível realizar o transplante de toda uma cultura jurídica. Cultura jurídica, essa, na qual o direito necessariamente se realizaria.

Isto é, haveria de se fazer a óbvia consideração de que, pelo menos no paradigma grafocêntrico que domina o direito moderno, a interpretação e a aplicação das normas não dependem apenas dos textos – a partir dos quais as normas são construídas –, mas de todo um ambiente hermenêutico. Portanto, o mero traslado de conjuntos de textos não garantiria o efetivo transplante jurídico, aquele que viria com a garantia de que o direito trasladado estivesse apto a funcionar, na ordem jurídica receptora, mais ou menos como entende que funcionaria na ordem jurídica de origem.

Tem sido afirmado, ainda, que embora Watson colacione numerosos e variados exemplos históricos de transplantes bem sucedidos, a despeito das disparidades entre os países e ordenamentos jurídicos envolvidos, a demonstração de suas teses centrais dependeria de exames muito mais aprofundados. Isso porque os exemplos que utiliza seriam escolhidos com pinça, além de serem citados superficial e acriticamente, sem maiores análises das condições e circunstâncias de cada caso, apenas para confirmar a hipótese sempre alvitada e afirmada: a autonomia do direito em relação ao contexto e a facilidade dos transplantes.

Como tem sido reiterado, as críticas à noção de transplantes jurídicos feitas por Pierre Legrand e outros tratam exatamente de desenvolver e aclarar uma ideia frontalmente oposta à de Watson: a de que o direito será sempre inseparável do seu contexto social e cultural.

Quanto a Legrand, a sua crítica às ideias de Watson resumidamente afirma que, se é fato que se pode distinguir normas e institutos jurídicos da cultura e das mentalidades jurídicas nacionais, também é fato que as normas e institutos só se realizam dentro de uma determinada comunidade interpretativa. E não se esquecendo, ademais, que tal comunidade interpretativa, por sua vez, será sempre histórica e culturalmente condicionada (NELKEN; FEEST, 2001, p. 3). Com as suas pré-compreensões, a comunidade interpretativa filtra ativamente toda e qualquer recepção, reconstruindo-a, e, dessa maneira, transformando-a em coisa diversa daquela que era na origem.

Enveredando pela questão do significado, Legrand anuncia a sua concepção através de uma autêntica *petitio principii* hermenêutica, vez que, aparentemente, a principal discordância com Watson diria com a própria definição do que seria o direito. Pedindo-se escusas pela longa transcrição, assim Legrand pretende esclarecer aquela que é, provavelmente, a mais importante premissa de sua crítica a Watson:

“Essa atribuição de significado está predisposta pela forma como o intérprete compreende o contexto em que a regra surge e pela maneira como este molda suas perguntas, esse processo sendo em grande parte determinado por quem o intérprete é e onde está e, portanto, em uma dimensão ao menos, pelo que ele, de antemão, quer e espera (sem intenção?) que as respostas sejam. O significado da regra é, portanto, uma função dos pressupostos epistemológicos do intérprete que estão, eles próprios, histórico e culturalmente condicionados.

*Essas pré-compreensões (eu uso o termo em seu sentido etimológico, não em seu sentido negativo ou adquirido) são ativamente forjadas, por exemplo, por meio do processo educacional em que os estudantes de Direito estão imersos e por meio dos quais eles aprendem os valores, crenças, disposições, justificativas e consciência prática que lhes permite consolidar um código cultural, para cristalizar suas identidades, e tornar-se profissionalmente socializados. Na verdade, mesmo antes que eles atinjam a faculdade de Direito, os alunos assimilaram um perfil cultural (digamos, a *Vorverständnis* gadameriana) – seja inglês, italiano ou alemão – que afetará de uma forma das mais relevantes a sua experiência de educação jurídica e sua internalização da narrativa e mitologia que compartilharão. Cada criança inglesa, por exemplo, é uma jurista-da-common-law-existente [common-law-lawyer-in-being] muito antes de ela*

sequer considerar ir para a faculdade de Direito. Inevitavelmente, portanto, uma parte significativa do estrito investimento emocional e intelectual que comanda a formulação do significado de uma regra se encontra abaixo da consciência porque o ato de interpretação está embutido, de uma maneira que o intérprete é muitas vezes incapaz de apreciar de forma empírica, em uma língua e em uma tradição, em suma, em um ambiente cultural inteiro.

Uma interpretação, portanto, é sempre um produto subjetivo e esse produto subjetivo é necessariamente, pelo menos em parte, um produto cultural: a interpretação é, em outras palavras, o resultado de uma compreensão particular da regra que é condicionada por uma série de fatores (muitos deles intangíveis) que seriam diferentes se a interpretação tivesse ocorrido em outro lugar ou em outra época (pois, então, os intérpretes estariam sujeitos a diferentes cargas culturais). Especificamente, uma interpretação é o resultado de uma distribuição desigual de poder social e cultural dentro da sociedade como um todo e dentro de uma comunidade interpretativa em particular (juízes vis-à-vis professores, e assim por diante) e opera, por meio de articulações repetidas, para eliminar ou marginalizar alternativas. Em última análise, qual interpretação vai prevalecer entre o leque de interpretações concorrentes – e qual interpretação vai dotar a regra com uma fixidez relativa de significado – é uma função de convenções epistêmicas produzidas como resultado de lutas por poder que são elas próprias não epistêmicas (o que significa que as outras interpretações em oferta também teriam promovido a compreensão da regra caso tivessem sido adotadas, embora não da mesma forma).” (LEGRAND, 2014, p. 5-6)

Referindo-se à crítica de Legrand, Watson não o poupa, já na partida afirmando que a sua visão seria antiquada: *“Ele parece acreditar que a filosofia jurídica é a chave para compreender o direito em sociedade”*. Segue dizendo que Legrand subestima a História do direito, incluindo uma história comparativa do direito. E, mais ainda, que deixa facilmente entrever a sua visão de que o direito seria – aquela expressão que é quase mágica entre os historiadores do direito – o “espírito do povo”, muito embora Legrand não chegue a utilizar ou fazer referência à expressão (WATSON, 2000, I).

Ora, Watson certamente não desdenha do contexto – dos contextos – ou da constatação banal de que uma mesma regra jurídica, transplantada, poderia ser compreendida e operada de maneiras bem diferentes nos dois países envolvidos. Aliás, sobradas evidências históricas e sociológicas apontariam que, mesmo em um único país, tal regra jurídica poderia

ser vista e trabalhada de maneiras diferentes, por diversas razões. Lembrando que a diversidade tem os seus benefícios, Watson chega a ironizar o exemplo dado por Legrand (quando este comenta que *Brot*, em alemão, não quer dizer a mesma coisa que *pain*, em francês): “Fromage, em francês e na França, nem sempre é o mesmo que fromage em francês e na França. Graças a Deus!” (WATSON, 2000, VIII, nota 25).

Em todo caso, Watson afirma ser desnecessário destacar que a sua obra assevera que as normas – não apenas normas legais, mas também instituições, conceitos – é que são transplantadas, mas não o “espírito” de um sistema jurídico (WATSON, 2000, I). Haveria, entre os países envolvidos no transplante, o que ele aponta como “identidade de norma”, sempre primordial e mais relevante na determinação da maior semelhança entre direitos nacionais do que uma eventual “identidade de interpretação”.

No entanto, até mesmo diferenças de interpretação jurídica poderiam ser atenuadas, cogita, desde que as habilidades, o interesse e o esforço dos profissionais do direito sejam a tal desiderato direcionados. Mas não se trata, por evidente, de um domínio exclusivo dos juristas: mais importante, ainda, é um ambiente geral – político, especialmente – de convergência, propício à recepção do transplante. É o que teria ocorrido na Turquia, um dos exemplos extremos de transplantes trazidos por Watson, em que, em um par de anos da década de 20 do século passado, vários códigos, de vários países diferentes, foram importados⁵.

⁵ “Até recentemente, a Turquia era usualmente considerada como o mais extremo exemplo de transplante jurídico moderno. Deixarei que Esin Özücü, turco, e também professor de direito nas Universidades de Glasgow e Rotterdam, abra a cena:

‘What is regarded today as the theory of ‘competing legal systems’, albeit used mainly in the rhetoric of ‘law and economics’ analysis, was the basis of the reception of laws that formed the Turkish legal system in the years 1924 - 1930. The various Codes were chosen from what were seen to be ‘the best’ in their field for various reasons. No single legal system served as the model. The choice was driven in some cases by the perceived prestige of the model, in some by efficiency and in others by chance. Choosing a number of different models may have given the borrowings ‘cultural legitimacy’ as the desire to modernise and westernise was not beholden to any one dominant culture. It would have been possible to choose Switzerland or Germany and borrow solely from one of these jurisdictions. It was instead the civil law, the law of obligations and civil procedure from Switzerland, commercial law, maritime law and criminal procedure from Germany, criminal law from Italy and administrative law from France that were chosen, translated, adapted and adjusted to solve the social and legal problems of Turkey and to fit together. Choice means taking one option as opposed to another, and the existence of choice is what differentiates a reception from an imposition. Thus, the difference between reception and imposition is related to the existence or absence of choice. On this criterion alone, the Turkish experience is a substantial and thorough experience in ‘reception’.

Historically, Turkish academics had most of their training in universities in the countries from where the receptions came. The fitting of all models to the Turkish situation was indeed undertaken by academics so trained. Language training and translations were extensive. In the early years of the Republic, Swiss, Austrian

Segundo Watson, o fenômeno pode ser lido no sentido de que até mesmo o “espírito” de um sistema jurídico estaria apto a ser transplantado. Isto é, um transplante de normas jurídicas que deveria ser acompanhado de um verdadeiro processo de aculturação⁶, em que até mesmo as mais difíceis barreiras culturais, entre elas as linguísticas, poderiam vir a ser transpostas. Tudo porque se teria chegado a uma conclusão de que a busca, alhures, das normas que fazem falta em determinada ordem jurídica seria conveniente e oportuna. Isso porque,

“Se uma sociedade copia as normas, as instituições, os conceitos e as estruturas de outra, então será profundamente influenciada pelo direito daquela sociedade. Portanto será importante, para a compreensão da modificação jurídica e da relação do direito com a sociedade, saber quais normas etc., podem ser copiadas, e com que modificações, sejam em natureza, sejam em operacionalização.” (WATSON, 2000, VII)

A discussão permanece ainda hoje acalorada, tanto pelas réplicas de Watson e de seus apoiadores, como pelos refinamentos da crítica de Legrand. De qualquer modo, ainda que o debate acerca da noção de transplantes se mantenha aberto, já tarda a satisfação da

and German academics also contributed to the new legal system as a consequence of historical accident and thus greatly helped the imported system to take root. Professors such as Schwartz, König, Neumark and Hirsh were given sanctuary in Turkey before the Second World War and held posts in Turkish universities. Many of their Turkish assistant lecturer translators later became influential professors in their own right.’

O meu próprio interesse é o direito privado, e eu desejo apenas introduzir alguns detalhes de que já tratei anteriormente:

(1) O principal redator do código civil, Mahmut Esad Bozkurt, havia estudado direito na Suíça. Aquele era o direito que ele conhecia. A opinião geral dos estudiosos é a de que esse fato é a principal razão para a escolha do direito suíço como base para o código civil turco.

(2) Não foram apenas os códigos suíços que foram tomados emprestados, mas também as decisões dos seus tribunais e a doutrina de seus acadêmicos. O que pode ser tomado emprestado, e é, não são apenas as normas legislativas.

(3) Como Öricü indicou, existe um continuado relacionamento entre o direito turco e os códigos europeus: professores europeus foram indicados para ensinar direito turco (através de intérpretes); os futuros acadêmicos de direito turcos (e outros) estudaram direito na Europa continental.” [Legal Transplants and European Private Law, em *Electronic Journal of Comparative Law*, vol 4.4 (December 2000), III].

⁶ O termo “aculturação” é utilizado, aqui e em passagens seguintes, *cum grano salis*. Não se está acolhendo, que fique bem entendido, a concepção de que aculturação é o processo pelo qual uma cultura subordinada adota elementos e características da cultura dominante (como teria ocorrido com a “recepção”, mencionada em nota anterior). Aculturação está mais para a noção de “tradução cultural” (BURKE, Peter. *Hibridismo Cultural*. Trad. Leila Souza Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 56 e segs.). Aculturação pode também se aproximar, então, das ideias de incorporação, assimilação, apropriação etc., mas sempre desprovidas de qualquer elemento indicativo de hierarquia entre as culturas envolvidas. Aproximadas em seus significados, as expressões poderão inclusive aparecer justapostas ao longo do texto.

necessidade de se elaborar critérios servíveis à aferição do sucesso – ou fracasso – dos ditos transplantes⁷. Mas, como diz o próprio Watson, antes mesmo de se chegar a tal ponto, já se teria que realizar uma análise tão aprofundada que, por si só, já se apresentaria como um trabalho difícil:

“Eu insistiria, contrariamente à abordagem de Legrand em seu artigo, que não é uma filosofia jurídica abstrata sobre o ‘que deve ser’ que nos habilita a compreender a relação entre o direito e a sociedade, e sim o exame detalhado do direito e das transformações jurídicas (e da estabilidade jurídica) em um número de sistemas que tenham estado em contato. Mas esse exame detalhado é um trabalho difícil.” (WATSON, 2000, VI)

Há quem não se furte a intentar a reflexão, contudo. Até acrescentando à equação novos elementos, como os da supranacionalidade e da integração internacional, assim como as suas contrafaces, a do nacionalismo e dos ímpetos que favorecem a fragmentação. Como se retomará logo adiante, avulta importante a pretensão de obter alguma coerência e unidade – se não uniformidade, mesmo – no direito e na sua aplicação. O que não é aqui irrelevante, eis que estamos a tratar, no presente estudo, de precedentes vinculantes, que se prestariam, entre outras funções, a reforçar tal unidade (se não uniformidade).

De resto, não é só de ideias que se faz o trânsito internacional e transnacional de normas jurídicas. No traslado das ideias de *stare decisis* e de precedentes vinculantes, intervêm complexas questões estruturais e institucionais, que estão bem além do alcance de alterações legislativas pontuais. E como aponta Frederick Schauer, na determinação da decisão de enveredar pela opção dos transplantes jurídicos é sempre muito grande o peso de fatores políticos, culturais e sociais, que seriam extrínsecos aos fatores mais própria e especificamente jurídicos:

“por em destaque a especial situação política e social em que os sistemas jurídicos estão, enquanto símbolos que são – tanto quanto tudo mais –, é um bom prefácio para a ideia que pretendo desenvolver aqui. E essa ideia é a de que a difusão transnacional e além-fronteiras do direito e das ideias jurídicas não é, como poderia também ser com ideias científicas, técnicas e econômicas,

⁷ Ver KVIATEK, Beata. *Explaining Legal Transplants*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, University of Groningen/UMCG, 2015, p. 60 e segs..

preponderantemente uma questão do poder e do valor das próprias ideias, em si mesmas. Seria, ao contrário, substancialmente dependente dos fatores políticos e simbólicos – tanto do lado de quem fornece como do de quem demanda – que podem explicar como o direito migra, mais do que o valor intrínseco ou instrumental do próprio direito.” (SCHAUER, 2000, p. 2)

Não que o mérito, o conteúdo das ideias jurídicas, em si mesmas, seja de pouca importância na opção e no deslinde de um processo de transplante. Afinal, apesar de todas as implicações contextuais, culturais etc., o que mais importaria em um transplante jurídico é “o que” se pretende transplantar, no nível nominal de suas regras e princípios, mesmo. Normalmente, o que se pretende é que os desdobramentos locais, que se dão a partir disso, redundem em algum grau de identificação entre os dois polos.

Escrevendo sobre uma diretiva da União Europeia acerca da boa-fé nas relações de consumo, que teria que ser aplicada ao direito contratual britânico (*pré-Brexit*, evidentemente), Gunther Teubner a caracterizou como um “irritante jurídico”, no sentido luhmanniano, ao invés de um “transplante”⁸. No caso analisado por ele, não se teria propriamente uma convergência, no contexto local, de interesses voltados à recepção de direito estrangeiro, mas sim o que já foi descrito como um interesse de compartilhar, isto é, uma distinta tendência de construir fundações, princípios e valores jurídicos em comum⁹. Como se verá, entretanto, mesmo ao tempo em que a Grã-Bretanha ainda estava interessada em ser “mais europeia”, já resultava um pouco diferente a ideia que Teubner fazia da integração e harmonização jurídica pretendida.

Na sua visão, desde a teoria dos sistemas, a metáfora do transplante seria equivocada, já que não se trata de simplesmente se transferir daqui para lá uma norma jurídica, como se uma peça ou parte mecânica fosse transferida de uma máquina para outra. Tampouco seria o caso de se ver a transferência como uma operação cirúrgica que fosse efetuada em um corpo orgânico, e que seria imediatamente seguida de uma integração saudável do novo órgão

⁸ TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences, em *The Modern Law Review*, Vol. 61, N. 1 (Jan., 1998), p. 11.

⁹ “*O pluralismo das ordens legais, tradições sistêmicas, soluções institucionais e conceitos de direito jurisprudencial na Europa não devem, como mais frequentemente se acredita, impor uma barreira intransponível à criação de uma esfera legal comum*” (SAFJAN, Marek. The Universalisation of Legal Interpretation, em JEMELNIAK, Joanna; MIKLASZEWICZ, Przemyslaw (Eds.). *Interpretation of Law in the Global World: From Particularism to a Universal Approach*. Berlim: Springer, 2010, p. 109).

com o corpo receptor, ou de uma rejeição do órgão, impulsionada pelo sistema imunológico. Trata-se de uma metáfora equivocada porque baseada em uma falsa dicotomia, ele diz (TEUBNER, 1998, p. 12).

Na verdade, prossegue, quando uma norma estrangeira é introduzida em uma cultura jurídica doméstica não há integração ou rejeição: o que ocorre é um processo de “irritação”¹⁰, mais ou menos traumático, uma vez que

“deflagra toda uma série de eventos novos e inesperados. Ela [a norma] certamente irrita as mentes e emoções dos advogados mais apegados à tradição; mas em um sentido mais profundo – e este é o cerne de minha tese – ela irrita as “articulações vinculantes” (binding arrangements) do direito. É um ruído que vem do exterior para criar selvagens perturbações na interação de discursos que ocorre no interior dessas articulações, forçando-as a reconstruir, internamente, não apenas as suas próprias normas, mas também reconstruir, a partir do esboço, o próprio elemento alienígena” (idem, p. 12).

Já em função da atualidade de algumas noções convergentes com a de transplante, como, por exemplo, as relacionadas à globalização e às comunidades econômicas e político-jurídicas multilaterais, o tema tem ganhado um colorido que avança sobre os domínios da economia e da ciência política. E que não se diga, desde logo, ser a questão dos precedentes obrigatórios estranha à temática da globalização, na medida em que esta é especialmente sensível à estabilidade do direito e à uniformidade da sua aplicação. Aliás, tomadas as três noções – de transplantes jurídicos, precedentes vinculantes e globalização – pela sua significação mais comum, o que se mostra com clareza é uma afinidade simbiótica, em que os simbiosomas se beneficiam e se reforçam mutuamente.

Além daquelas análises que se debruçam sobre o tema a partir da perspectiva da integração, há as vertentes de estudos que se ocupam dos processos de recepção, aculturação e assimilação cultural, assim como tantas outras noções, que não se esgotam em meras figuras de

¹⁰ O conceito é de Niklas Luhmann: nos sistemas autopoieticos como o sistema do direito, os ruídos produzidos externamente ao sistema, ainda que não sendo incorporados ao próprio sistema (que é cognitivamente aberto, mas normativamente fechado), “irritam” (perturbam) o sistema (que, sendo cognitivamente aberto, está atento às novas informações produzidas pelo ambiente) e tendem a dar origem a uma série de reações internas. Assim o ruído “irritante” é processado pelo sistema, que reelabora o seu sentido à luz de outros parâmetros, resultando em um sentido novo, diferente daquele que estava posto no contexto original (ambiente) de onde a irritação proveio. (LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade* (1993). Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016).

linguagem, metáforas conceituais (orgânicas ou não). Ademais, ninguém pode ainda levar a sério a ideia de que o direito, enquanto expressão política e cultural, poderia advir de revelação religiosa ou de alguma eventual descoberta arqueológica; e, muito menos, de uma percepção de subalternidade cultural e política tal que se justificaria a busca e apropriação de modelos jurídicos que pudessem ser tidos como “superiores”¹¹.

No primeiro caso, o da constituição e funcionamento de comunidades econômicas e político-jurídicas multilaterais, que é protagonizado pelo fenômeno da globalização, tem-se em relação ao direito e ao seu papel em todo o processo o que Thomas Duve denomina “*impacto da compressão do espaço-tempo*”. Segundo o autor, a globalização do direito redundaria na “*emergente reprodução do direito através do tempo e do espaço, estendendo-se por largas extensões de espaço e, assim, traspassando diferentes comunidades epistêmicas ou ‘culturas jurídicas’*” (DUVE, 2016, p. 5).

Para Duve, da perspectiva da “História Global do Direito” avultam algumas questões, como a da fartíssima oferta de “tradições jurídicas”. Isto é, de diferentes conjuntos normativos que se oferecem, competindo uns com os outros, às escolhas que, desde o século XIX, podem ser feitas por juristas de países diferentes, o que é a cada dia mais facilitado pelo acesso e comunicação digital. Afirmando que a existência de tantas ofertas e demandas acaba por envolver uma “*tradução cultural da normatividade*”, ele pergunta:

“*Como ordens normativas com reivindicações universais como ius commune foram traduzidas nas práticas regionais? Quais modificações em seu significado podem ser observadas? Por que e de que modo juristas chilenos ou japoneses dos séculos XIX e XX escolheram modelos específicos – franceses, alemães, ingleses – e não outros? Como foram afetadas práticas jurídicas, pensamento jurídico, ou a administração da justiça?*” (DUVE, 2016, p. 5)

Ademais, o rico quadro geral, resultante da existência concomitante dessas diferentes ordens normativas e, principalmente, as complexas dinâmicas ínsitas à coexistência e às interações que se estabelecem entre elas, afeta também a nossa obsessão taxonômica. Talvez vão e ainda bitolado em uma concepção estatalista e positivista do fenômeno jurídico –

¹¹ Em outro contexto, de crítica a uma visão eurocêntrica da cultura e da história, Edward Said escreveu que “*A história de todas as culturas é a história do empréstimo cultural*” (*Culture and Imperialism*. London: Chatto & Windus, 1993, p. 65).

de classificar o mundo do direito em círculos, famílias, sistemas, tradições, culturas etc. – é resistente o esforço de enquadrar, encaixotar, a despeito de todas as notórias dificuldades envolvidas. Nisso, a dinâmica acelerada da globalização dos tempos atuais sempre conspira contra o rigorismo taxonômico. A dita cultura pós-moderna, *idem*.

No mesmo sentido, remanesce alguma confusão quanto à relevância – ou não – de uma distinção que se poderia fazer entre dois processos de integração jurídica ditada pelas demandas da globalização: pela via da “unificação”, em tese de implantação mais simples, que ficaria a cargo dos transplantes, e pelo caminho da “harmonização” jurídica, que por ser tarefa das convenções (multilaterais), tende a oferecer aquelas complicações próprias às negociações que envolvem vários sujeitos e interlocutores. Certamente se teria, nas duas hipóteses, maneiras bem diferentes de lidar com a convergência de interesses entre duas ou mais ordens jurídicas nacionais (GAROUPA; OGUS, 2006, p. 359).

Se a unificação pela via do transplante pode ser mais fácil na iniciativa e implantação, eventualmente pode resultar mais “trabalhosa”, a longo prazo, na sua operacionalização institucional. Por outro lado, não enfrenta a potencial complicação de uma futura divergência entre as ordens jurídicas envolvidas. Já a harmonização jurídica, pela via da convenção multilateral, em caso de sucesso das negociações pode ser mais “suavemente” implantada (considerando os prazos concedidos etc.). Mas corre o risco de enfrentar, no futuro, os impasses e desacertos entre os Estados-parte.

Em um ou outro caso, sempre haverá delicadas questões políticas a superar, além do problema do sopesamento dos “custos” de toda ordem envolvidos no processo¹²: se há interesses econômicos subjacentes à pressão pela convergência, também haverá interesses negativamente afetados pelos ajustes jurídicos necessários.

Mas nem tudo poderia ser tabulado em termos de custos envolvidos no processo. Veja-se, por exemplo, a questão dos direitos fundamentais e de outras garantias. Consagrá-los

¹² No mundo globalizado, de livre movimento de capital e de *commodities*, as empresas e os sujeitos econômicos de maior poder têm, inclusive, utilizado a possibilidade da migração para um regime jurídico mais favorável como um permanente instrumento de pressão sobre os governos, atuando como móveis de muitas das modificações jurídicas de caráter liberalizante e “facilitador” da atividade empresarial (GAROUPA, Nuno; OGUS, Anthony. A Strategic Interpretation of Legal Transplants, em 35 *J. Legal Stud.* 339 (2006), p. 340). No caso brasileiro, dado o seu desenho federativo, são notórios os movimentos empresariais migratórios internos, em que empresas se transferem a outras cidades ou estados em busca de regimes jurídicos administrativos e tributários mais favoráveis.

juridicamente, em alguma medida, passou a ser *conditio sine qua non* para a viabilidade de um país no contexto geral da economia globalizada.

Como experiências mais ou menos recentes apontam, não garantir tais direitos e garantias pode levar ao embargo, às sanções econômicas, ao isolamento, em suma. Ao mesmo tempo, países como a China, a Rússia e a Arábia Saudita, de perfil garantista mais do que duvidoso, podem “comprar” o seu ingresso e permanência nos camarotes mais bem localizados e atendidos do clube globalizado. Do mesmo modo, o grande capital pode “comprar” um salvo-conduto jurídico em regiões ou países que estão interessados no negócios e benefícios econômicos relacionados à sua presença local, ainda que não estejam interessados em democratizar, estender a todos, os direitos concedidos ao grande capital.

O problema, portanto, é que embora uma *lex mercatoria* globalizada tenha as suas muitas vantagens, também tem os seus limites: não está apta a dar conta de todas as relações jurídicas. E se a normatividade não pode ser medida apenas pela régua das conveniências econômicas, tampouco os direitos podem ser reduzidos ao papel de mercadorias, ou à atribuição de um “valor de face”, que os tornasse aptos a assumir a função de moeda em alguma barganha:

“A desigualdade substancial tende a enfraquecer as proteções jurídicas e garantias relacionadas aos direitos humanos e sociais, e em última análise enfraquece as instituições democráticas identificadas com o rule of law. Em outras palavras, o direito e os direitos perdem o seu significado normativo, pois acabam submetidos a um cálculo de custo-benefício, como é sugerido, por exemplo, na análise econômica do direito e pelo entusiasmo geral com o ‘economic common law’. Dessa perspectiva, normas jurídicas são comercializadas como incentivos e propagandeadas como mercadorias em transações econômicas, ao invés de serem tratadas como normas jurídicas públicas e princípios normativos independentes do imperativo da redução de custos.” (HEYDEBRAND, 2001, p. 131)

Por isso, também não pode ser desdenhada a oportuna advertência de Teubner, antes mencionada: ainda que haja uma expectativa de convergência jurídica (com vistas a facilitar, especialmente, a convergência econômica), a realidade é que a globalização estaria longe de ser uma facilitadora de tais convergências – ou de todas as convergências –, podendo produzir, ao contrário, ainda mais fragmentação e desigualdade (TEUBNER, 1998, p. 13). E

justamente por conta de tal fragmentação e desigualdade, o consenso liderado e dominado pelo dito “campo hegemônico” enfrenta permanentes resistências contra-hegemônicas, que, por sua vez, inclusive em matéria jurídica, elevam as bandeiras do particularismo, da valorização da identidade – e diversidade – local, dos valores comunitários etc..

Não são negados, por evidente, os incontornáveis efeitos econômicos da globalização, inclusive no dramático aprofundamento das desigualdades sociais¹³. Mas é de ser ver com algum ceticismo a insinuação de que a grande variedade de processos relacionados com a globalização econômica, por si só, seja capaz de impor um padrão de cultura jurídica, tendendo a suprimir particularismos e idiosincrasias culturais locais.

Como expressa enfaticamente Taruffo, o “*poderoso fenômeno da globalização, que foi a colonização de alguns continentes do mundo, foi feito, também, pela imposição forçada de modelos jurídicos pelos colonizadores sobre os colonizados, obviamente a favor daqueles, com o objetivo de subordinar os últimos*” (2017, p. 15). Da mesma forma, “*parece claro que a globalização jurídica atual não é um meio ‘neutro’ ou ‘igualitário’, orientado a alcançar um maior nível de justiça para todos*” (idem, ibidem). Se tais observações são bem conhecidas, nem por isso são mesmo relevantes.

Até porque, muitas vezes, os transplantes assumem caráter mais limitado, técnico e utilitário. Manifestando-se por “pacotes” legislativos restritos – geralmente aprovados a partir de projetos elaborados pelo Executivo – e destinados a interferir em problemas mais ou menos pontuais, nem de longe esses transplantes significariam, sempre e em todos os casos, um fator importante – e para melhor – de modificação da ordem ou da cultura jurídica local¹⁴.

Só que algumas das consequências jurídicas da globalização parecem dar um pouco de razão à afirmação de Alan Watson acerca da sempiterna tendência de transnacionalidade do direito escrito. Ainda que possam envolver matérias das mais diversas,

¹³ “*as condições que cercam os transplantes jurídicos modernos estão inseridas no contexto da globalização e, como apreciado na introdução, infelizmente o fenômeno se tornou – ele próprio – um discurso ideológico que, em linguagem neoliberal, é ‘politicamente motivado e contribui para a construção de significados particulares de globalização que preservam e estabilizam relações de poder assimétricas*” (REYES GAITÁN, María Paula. The challenges of legal transplants in a globalized context: A case study on ‘working’ examples. University of Warwick, 2014, (<https://ssrn.com/abstract=2530811>, consultado em 25/03/2020), p. 25).

¹⁴ Sendo relevante, ainda, atentar à ressalva feita por Peter Burke: “*não tenho a menor intenção de apresentar a troca cultural como um simples enriquecimento, esquecendo que às vezes ela ocorre em detrimento de alguém*” (Hibridismo Cultural. Trad. Leila Souza Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 17-18).

como direitos humanos, processo penal e relações comerciais, por exemplo, e possam envolver as mais diferentes culturas e tradições, colocando em evidência enormes dificuldades de realização, os transplantes perseveram, aparentemente inabaláveis. Senão, como explicar que países tão díspares como a já mencionada Turquia, além da China, da Etiópia ou do Japão, tenham livre e deliberadamente (excetuado o Japão, quanto às transformações do pós-guerra) incorporado, em época mais ou menos recente, códigos e legislações europeias inteiras?

Vale ressaltar, a esta altura, que, além de distribuir desigualmente os seus dividendos, a globalização promete muito mais do que cumpre. Assim, também, o horizonte pleno de expectativas dos transplantes jurídicos, que pode ser mais uma das promessas de progresso da modernidade globalizada, não garantirá, por si só, incondicional e inerentemente, tempos melhores do que os do “passado ultrapassado” que se pretenderia superar e deixar para trás. Tem-se eloquente testemunho disso, para ficar em um dos casos mais estudados, na apreciação que tem sido feita do estado atual dos formidáveis “monumentos” que resultaram do constitucionalismo e dos movimentos pela codificação.

É bem verdade que, pelas próprias características inerentes ao fenômeno da globalização, alguns princípios políticos fundadores do direito moderno têm experimentado grande instabilidade – se não corrosão, mesmo. Entre eles, o conceito/princípio da soberania. De pilar central de qualquer ordem jurídica nacional, a soberania passou a ser frequentemente associada a uma visão provinciana e paroquial do direito, ademais de empecilho ao desenvolvimento econômico globalizado. Mas tanto à direita como à esquerda, em tempos recentes há quem venha obtendo algum êxito, inclusive com representatividade junto a agentes políticos (tanto no Brasil como em outras paragens), manifestando-se contra o que denominam “ideologia do globalismo” (segundo aqueles que se situam “à direita”) ou “Consenso de Washington” (segundo os que estariam ubicados mais “à esquerda”).

Como se vê, então, a compreensão de que a ideia de soberania está em crise, compartilhada pela maioria dos juristas¹⁵, não corresponde ao sentimento de muitas das

¹⁵ “Com a transcendência das fronteiras nacionais, a ideia da autonomia do estado e da soberania nacional se torna uma abstração, se não tiver se tornado mesmo sem sentido” (HEYDEBRAND, WOLF. From Globalisation of Law to Law under Globalisation, em NELKEN, David; FEEST (Eds.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford-Portland: Hart, 2001, p. 117). No entanto, ao relacionar a noção de soberania à de Estado de direito, o mesmo autor chama a atenção para “o paulatino enfraquecimento da soberania no Estado-Nação, que na tradição do civil law é, ao fim, o clássico pano de fundo de uma cultura jurídica que é forte na garantia da proteção dos direitos e da efetividade das normas jurídicas, incluídas as normas de direito internacional” (p. 132). Poderíamos acrescentar, no mesmo sentido: as razões que vêm produzindo o justo entusiasmo em relação à arbitragem e a outras formas

sociedades ao redor do mundo, especialmente aquelas que estariam mais resabiadas pelos séculos de colonialismo e imperialismo. Neste último caso, o apreço às ideias de autonomia, nacionalidade e soberania viria junto com o apreço ao desenvolvimento de modelos jurídicos próprios. Apesar de serem em alguma medida influenciados por direito alheio, tais modelos teriam a pretensão – talvez irrealizável – de serem mais ou menos autênticos, se não autóctones, nunca significando uma capitulação cultural, nem parecendo mero plágio ou pastiche.

Por outro lado, parecem não ter sentido, contemporaneamente, aquelas resistências mais veementes, apoiadas na ideia de que a mudança – qualquer mudança – na ideia do que deve ser o Estado-Nação, ou do que deve ser o ordenamento jurídico nacional, enquanto parte inseparável da ideia de Estado-Nação¹⁶, poderia quebrar o delicado cristal da “tradição”¹⁷.

Contudo, mesmo em nosso tempo remanesce um certo patriotismo que evoca o nacionalismo mítico, aquele que, muitas vezes, é fundado nas “tradições inventadas” de que falava Hobsbawm¹⁸. E que às vezes se traduz, ainda mais perigosamente, em xenofobia e outras

de composição extrajudicial seriam suficientes para que se arriscasse cogitar, em algum momento, que a garantia do *judicial review* já não seria mais imprescindível?

¹⁶ A concepção watsoniana dos transplantes jurídicos enfatiza a sua dimensão espacial, até territorial, por conta mesmo do protagonismo e da centralidade do Estado na sua promoção. No entanto, não deve ser descurada a sua dimensão temporal. Os transplantes não são apenas abastecidos pela valorização das experiências e pela projeção das expectativas, mas sim orientados a construir uma ponte entre elas: “*Não podemos simplesmente ignorar a importância do espaço e do número de entidades organizadas de acordo com a ideia de que divisões espaciais produzem consequências sociais. Em acréscimo, entretanto, existe uma outra dimensão, aparentemente negligenciada por muitos comparatistas, que afeta fortemente o modo como os transplantes jurídicos (ou qualquer outro conceito baseado na ideia de movimento) operam: o tempo. A tentativa de transplantar uma norma ou argumento de um sistema jurídico para outro envolve uma expectativa que alguém há de querer ver satisfeita no futuro. Para empregar dois termos difundidos por Reinhart Koselleck, um transplante jurídico pode ser visto como uma coleção de experiências que se deram em um sistema jurídico e em relação às quais se tem a expectativa de que venham a se realizar no futuro, em um sistema jurídico diferente. Portanto, os transplantes jurídicos não são despidos de um sentido de futuro; enquanto expectativas, eles tentam antecipar o futuro e, conseqüentemente, mudá-lo*” (GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Legal Transplants between Time and Space, em DUVE, Thomas (Ed.). *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*. Frankfurt: Max Planck Institute for European Legal History, 2014, p. 132-133).

¹⁷ Uma noção mais lata de “tradição” poderia se prestar a identificar “*um conjunto de atitudes fundamentais, profundamente arraigadas, historicamente condicionadas, sobre a natureza do direito, sobre o seu papel na sociedade e no corpo político, sobre as operações adequadas de um sistema legal, sobre a forma que se faz ou deveria fazer, aplicar, estudar, realizar e ensinar o direito*” (ZANETI JR., 2016, p. 31).

¹⁸ “*Por ‘tradição inventada’ entende-se um conjunto de práticas, normalmente reguladas por regras tácita ou abertamente aceitas; tais práticas, de natureza ritual ou simbólica, visam inculcar certos valores e normas de comportamento através da repetição, o que implica, automaticamente: uma continuidade em relação ao passado.*”

formas de discriminação e intolerância. São manifestações “fundamentalistas”, tipicamente reativas, muito mais produto de fragilidades e insegurança, tanto econômica quanto social, do que de convicções autênticas e virtuosas.

Já no segundo caso de estudo, o que leva aos debates sobre a aculturação, assimilação ou apropriação, estão em destaque os domínios da história, filosofia, sociologia e antropologia jurídica. Estão os estudiosos atuantes em tais domínios aplicados em debater, por exemplo, a interação entre o funcionamento das instituições jurídicas e políticas formais e as diferentes mentalidades e interesses das categorias profissionais envolvidas com o direito. Em evidência, a disputa entre parlamentos e tribunais pela hegemonia do “dizer o direito”, assim como os debates sobre a complexidade hierárquica e altamente especializada dos processos de tomada de decisão e a falta de efetividade da democracia representativa.

É verdade que no mundo do direito a preferência histórica mais consolidada é por buscar soluções na autoridade da “tradição”, qualquer uma delas, não necessariamente na autoridade da jurisprudência ou do precedente. De todo modo, a ideia de que haveria uma preferência pela “tradição” na determinação do direito vem em desprestígio dos parlamentos e de seus poderes legiferantes, fenômeno que não tem – ou teve – mais do que três séculos de prestígio. Mas isso também pode ser explicado pelo caráter autorreferencial e autorrecursivo do discurso jurídico (TEUBNER, 1998, p. 16), explícito no meio especializado e técnico – cada vez mais – dos profissionais do direito¹⁹.

Aliás, sempre que possível, tenta-se estabelecer continuidade com um passado histórico apropriado (...) na medida em que há referência a um passado histórico, as tradições ‘inventadas’ caracterizam-se por estabelecer com ele uma continuidade bastante artificial. Em poucas palavras, elas são reações a situações novas” (HOBSBAWM, Eric. A Invenção das Tradições, em HOBSBAWM, Eric; RANGER, Terence (Orgs.). *A Invenção das Tradições*. Trad. Celina Cardim Cavalcanti. São Paulo: Paz & Terra, 2008, p. 9). Para a crítica dos vários conceitos de “tradição jurídica”, ver DUVE, Tomas. Legal Traditions: A dialogue between comparative law and comparative legal history, em *Comparative Legal History*, Vol. 6, no. 1, 2018, p. 15-33.

¹⁹ Paradoxalmente, tal especialização e autorreferência discursiva tem aberto espaço para as investigações que as ciências cognitivas e da linguagem fazem das questões relacionadas à problemática da própria tradução linguística do direito transplantado (e demais interações relacionadas): “Elas [as ciências] estão preocupadas com a análise da transferibilidade intersubjetiva dos signos e sistemas de significação e na natureza do impacto dos processos de transferência linguística ou mesmo não-linguística, por meio de suas implicações cognitivas e linguísticas” (DUVE, Thomas. Global Legal History: A Methodological Approach, em *Max Planck Institute for European Legal History, Research Paper Series*, No. 2016-04, p. 17). Quando lembramos, de igual modo, que o tradutor é, antes, um intérprete do texto a traduzir, e que “interpretar” e “traduzir” necessariamente incluem no processo o “compreender”, a problemática se densifica ainda mais, trazendo a hermenêutica para o primeiro plano do direito comparado: “não se pode desconsiderar que o sentido de uma expressão tipicamente jurídica está comumente embebido em um conjunto de tradições e instituições que se torna um limite para a comparabilidade imediata

E com mais razão, ainda, quando as pressões pela mudança do direito, com vistas a acomodar novas e diferentes demandas, não têm a prerrogativa do consenso, sendo na maioria das vezes identificadas com parcelas minoritárias da sociedade, cuja legitimidade e representatividade política está ainda longe ser bem assentada²⁰. Dessa perspectiva, a busca de alternativas jurídicas em ordenamentos estrangeiros pareceria, então, mais acessível e menos exposta à controvérsia; além de, em princípio, possuir a potencialidade de se dar de forma mais rápida.

No entanto, mesmo quando pareça conveniente e oportuna a alternativa do transplante, e ainda que a transferência seja situada em um nível mais

“técnico, isolado de seu contexto social, a transferência jurídica não é simples e suave, eis que deve ser assimilada à profunda estrutura do novo direito, às construções do mundo social que são únicas à diferente cultura jurídica. Aqui, na diferença das ‘épistêmes’ jurídicas, nos diferentes estilos de pensamento jurídico, modos de interpretar, visões do mundo social, as ideias culturalistas de Legrand encontram o seu legítimo campo de aplicação, particularmente nas condições contemporâneas.” (TEUBNER, 1998, p. 19)

A preocupação de Teubner assume especial relevância para o presente estudo, uma vez que em seu texto está tratando, como acima mencionado, da introdução, no ambiente jurídico britânico, de um princípio (cláusula geral) mais aberto, abstrato, típico do direito europeu-continental. Dando uma dimensão do invulgar desafio de todo o labor envolvido, o abismo que separa as duas culturas jurídicas. Por isso mesmo, pergunta o autor:

entre a expressão-fonte e o conjunto de alternativas que compõem o texto-alvo. Traduzir no direito, portanto, é, em grande medida, tanto uma atividade de interpretação como um exercício de direito comparado” (LEAL, Fernando; JORDÃO, Eduardo. Quando A Tradução Também Importa: Problemas Linguísticos do Direito Comparado, em *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 8, nº 29, out./dez. 2014, p. 101).

²⁰ *“hoje o direito vai ao encontro de sua sociedade como uma multiplicidade fragmentada de discursos. O discurso jurídico contemporâneo não é mais uma expressão da sociedade e da cultura tout court; ele se vincula mais intensamente apenas em algumas de suas áreas, em ocasiões específicas e somente a diferentes fragmentos da sociedade. A sociedade de hoje não se apresenta mais ao direito como a unidade mística da nação, linguagem, cultura e sociedade, como Volksgeist no sentido de Savigny e Herder, e sim como uma multidão fragmentada de sistemas sociais, que apenas permite algumas tênues ligações som esses fragmentos”* (TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences, em *The Modern Law Review*, Vol. 61, N. 1 (Jan., 1998), p. 22).

“A inclusão de um princípio tão aberto na legislação britânica também implicará que os advogados britânicos devam ‘concretizar’ esta cláusula geral ao modo continental? Os juízes britânicos irão ‘derivar’ as suas decisões desse princípio abstrato e vago, movendo-se do abstrato para o concreto pela via de etapas de concretização diferentes e cuidadosamente destacadas? Irão eles reconstruir a boa-fé em uma série de bem-definidas construções doutrinárias abstratas, traduzi-las em um sistema de programas condicionais, a elas aplicar as obscuridades do pensamento teleológico, e consentir na interpretação pseudo-histórica dos motivos pelos quais a boa-fé foi incorporada a Euro-Diretiva?” (TEUBNER, 1998, 19)

O justificado palpite, que está baseado na impressão do direito contratual britânico que Teubner diz ter, é que não: os juízes britânicos não iriam concretizar a cláusula geral ao modo continental. Isso porque a boa-fé acabaria por “irritar” a cultura jurídica britânica, que passaria por modificações, desenvolvendo uma nova ordem de interpretações legais, mais orientada para os princípios, ainda que bem diferente daquela que se realiza no continente. *“Da harmonização, novas dissonâncias!”*, o autor exclama, antes de concluir que a boa-fé iria produzir nas ordens jurídicas, paradoxalmente, diferenças ainda maiores do que as existentes nas culturas jurídicas envolvidas. E tal ocorreria, exatamente, porque se tinha a pretensão de que pudesse trazer maior uniformidade aos ordenamentos jurídicos (TEUBNER, 1998, p. 20 e 24)²¹.

É assim que, mais adiante, o presente estudo pretenderá sugerir algumas das “dissonâncias” que advêm da tentativa de harmonizar a sistemática dos precedentes vinculantes com o nosso direito, a nossa cultura jurídica, a estrutura dos tribunais e das demais instituições, os interesses corporativos e profissionais diretamente afetados etc..

²¹ Com uma visão bem diversa: *“Assim, a variedade de técnicas de aplicação do direito, as hierarquias de fontes do direito e os conceitos de case law não podem justificar a renúncia na busca de um senso comum das instituições e a essência do significado de noções jurídicas particulares. As técnicas podem ser diferentes, mas os resultados (e.g. um nível idêntico de garantias para os direitos fundamentais ou hierarquia dos valores no seio do sistema) devem ser os mesmos. Nesse sentido, a universalização do standard consiste em almejar resultados de interpretação jurídica convergentes, a despeito da existência de construções normativas não idênticas em cada sistema”* (SAFJAN, Marek. The Universalisation of Legal Interpretation, em JEMELNIAK, Joanna; MIKLASZEWICZ, Przemyslaw (Eds.). *Interpretation of Law in the Global World: From Particularism to a Universal Approach*. Berlim: Springer, 2010, p. 109). Pelo menos no caso da relação da Grã-Bretanha com a União Europeia, a “busca de um senso comum das instituições” deu no que deu...

1.2 Dificuldades taxonômicas, jurisdições mistas ou híbridas e a “terceira família jurídica”

“Vivendo quatrocentos anos no litoral vastíssimo, em que pelemos reflexos da vida civilizada, tivemos de improviso, como herança inesperada, a República. Ascendemos, de chofre, arrebatados na caudal dos ideais modernos, deixando na penumbra secular em que jazem, no âmago do país, um terço de nossa gente. Iludidos por uma civilização de empréstimo; respingando, em faina cega de copistas, tudo o que de melhor existe nos códigos orgânicos de outras nações, tornamos, revolucionariamente, fugindo ao transigir mais ligeiro com as exigências da nossa própria nacionalidade, mais fundo o contraste entre o nosso modo de viver e o daqueles rudes patricios mais estrangeiros nesta terra do que os imigrantes da Europa. Porque não no-los separa um mar, separam-no-los três séculos”²²

²² CUNHA, Euclides da. *Os Sertões* (1902). São Paulo: Três, 1984, p. 119. As expressões “civilização de empréstimo” e “cultura de empréstimo” aparecem algumas outras vezes na mesma obra.

Ressalve-se, desde logo, que não foi *de chofre* que teríamos ascendido à pretensão de empreender, *arreatados na caudal dos ideais modernos*, a incorporação de um modelo de precedentes judiciais vinculantes. Nem que tenhamos nos rendido, *em faina cega de copistas e iludidos por uma civilização de empréstimo*, a respingar tudo o que de melhor existe nos *códigos orgânicos de outras nações*.

De todo modo, não haveria como se analisar os impactos normativos do traslado de um sistema de precedentes obrigatórios para o nosso país – a perspectiva nacional – sem abordar, em alguma medida, de que modo tal esfera jurídica local e a esfera jurídica global se relacionam e interagem interculturalmente, em constante – embora dinâmica – tensão.

Assim, tem-se “*Esta necessidade de priorizar as condições locais da produção cultural e combiná-la com as dimensões globais tem sido às vezes chamada ‘glocalização’*” (DUVE, 2016, p. 11). Caso adotada no presente estudo, a perspectiva “glocalista” serviria, então, para que se pudesse desenvolver uma compreensão mais aprofundada do direito brasileiro, precipuamente, no que diz respeito aos precedentes vinculantes.

Não como se o direito brasileiro fosse um organismo objetivamente definido, autônomo e isolado em seu funcionamento e desenvolvimento, que simples e repentinamente tivesse incorporado, por “fagocitose”, um conjunto de regras e princípios jurídicos estrangeiros aptos a reorganizar o funcionamento de toda a célula. Ou como se se cuidasse, a ordem jurídica pátria, de uma árvore plantada em vaso, agora já bem crescida, frondosa mesmo, diferentemente do pequeno e frágil pé de tomate de Watson. E ainda que de uma árvore frondosa se tratasse, e que o seu grosso caule pudesse sofrer um enxerto, não se concebe uma repercussão botânica tal que a árvore repentinamente passasse a produzir folhas e frutos de outra forma e cor, diversas daquelas que eram antes produzidos. Na biologia já não sei. Mas no caso do direito, tal é impossível, e talvez não se justifique a opção pela metáfora do transplante, nem pela do enxerto, e muito menos pela da fagocitose.

Como já se viu antes, se alguma impossibilidade pudesse existir em relação aos transplantes jurídicos, seria a de que eles não ocorressem: é longa a história dos transplantes, que são e sempre foram “*acontecimentos regulares no desenvolvimento do direito*”²³. E se “*a maioria do direito, da maioria das jurisdições, é o resultado de algo que foi tomado emprestado*

²³ GRAZIADEI, Michele. Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge, em *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 10: No. 2, Article 15, Jul. 2009, p. 733.

de algum outro lugar”²⁴, não há, no mundo jurídico contemporâneo, uma única ordem jurídica que seja ou possa ter sido ao longo do tempo isolada das demais e, ao mesmo tempo, “blindada”, imune às muitas influências, aos empréstimos e apropriações, às traduções culturais, aos transplantes, a qualquer forma de troca, seja qual for o nome que se adote e dê a tal fenômeno.

Todavia, a permanência na difusão dos transplantes como principal móvel da transformação do direito, assim como o seu inegável êxito no alcance de todas as ordens jurídicas do mundo, não significam que todos os sistemas jurídicos se apresentem como uma *mélange* ou *bricolage* caótica de normas e instituições.

Tampouco significam que todos os sistemas jurídicos devam ou possam ser denominados como “mistos” ou “híbridos”. Até porque, se assim fosse, não haveria sentido em se utilizar duas denominações próprias, que deveriam ser caracterizadoras e diferenciadoras dos seus objetos designados, para nos referirmos a todos os sistemas jurídicos, mais ou menos iguais em seu caráter misto ou híbrido. Como se verá logo adiante, os termos “misto” e “híbrido” têm sido utilizados em sentidos bem mais restritos.

Stricto sensu, nem todos os direitos se tornaram mistos²⁵, ou híbridos²⁶. Na realidade, os sistemas jurídicos mistos ou híbridos são – ou, pelo menos, ainda são – minoria.

Assim, ainda que não se pretenda aprofundar o debate acerca de tópico tão controverso (como já mencionado em nota de rodapé), seria de se fazer alguma concessão, para acatar a bem assentada e conhecida ideia de que existiriam, no ocidente, duas grandes tradições jurídicas (ou “famílias”, na conhecida taxonomia comparatista de René David)²⁷. Mais do que

²⁴ WATSON, Alan. Legal Change: Sources of Law and Legal Culture. *131 U. Pa. L. Rev.* (1982-1983), p. 1.146.

²⁵ *Mixed Jurisdiction, Third Legal Family (Mixed jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001) e *Mixed Legal System (Mixed Legal Systems – The Origin of Species*, em *Tulane European & Civil Law Forum*, vol. 28, 2013, p. 103-120) são três das expressões adotadas por Vernon Valentine Palmer, um dos grandes estudiosos do campo, especialmente no que respeita a temática de nosso destacado interesse: a análise do direito da Louisiana. Ainda que o próprio Palmer reconheça que os termos já estivessem em circulação desde a primeira metade do século passado em obras de direito comparado (Quebec and Her Sisters in the Third Legal Family, em *McGill Law Journal/Revue de Droit de McGill*, vol. 54, 2009, p. 325.), é de se atribuir a ele, até por conta de ter sido o organizador do primeiro Worldwide Congress of the World Society of Mixed Jurisdiction Jurists (WSMJJ), realizado em New Orleans em 2002, o grande impulso que tais termos ganharam nas duas últimas décadas.

²⁶ Terminologia adotada por outro importante scholar dedicado ao direito da Louisiana, Seán Patrick Donlan (Remembering: Legal Hybridity and Legal History, em *Comparative Law Review*, vol. 2, no 1, 2011).

²⁷ *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo* (1964). Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. Assim como acontece em relação à metáfora dos transplantes, “*A noção de ‘família de direito’ não*

isso: estas duas famílias constituiriam, até mesmo no plano político global, as duas culturas jurídicas dominantes.

De tal maneira, não é preciso referir copiosa bibliografia para afirmar que, de um lado, teríamos a família romano-germânica ou europeia-continental (ou simplesmente *civil law*, como hoje vem prevalecendo na literatura jurídica de língua inglesa). Forjada na recepção do direito romano e depois desenvolvida a partir da ideia de Estado-Nação, esta primeira família iria ganhar expansão verdadeiramente mundial com o colonialismo e com a codificação. De outro lado, com um desenvolvimento original e literalmente insularizado, teríamos a família de *common law*, que acabou por alcançar expansão também mundial, ainda que restrita às regiões que sofreram colonização britânica.

Claro que, a despeito da possibilidade da esquemática definição dos caracteres próprios e distintivos de cada uma das duas famílias – que, de resto, são por demais conhecidos dos juristas –, nenhuma delas resistiria a um teste de pureza, seja “genética”, seja “fenotípica” (constatação já bem explorada por aqui). Ademais, é notória a aceleração, mais ou menos recente – embora David já a reconhecesse –, na interpenetração entre as famílias, tanto em nível geral, como em casos nacionais mais específicos.

Em um nível mais geral, tem-se a incorporação, por cada uma das famílias, de características tradicionalmente mais identificadas com a outra, notadamente no quadro das fontes do direito.

Poderíamos lembrar, por exemplo, do crescimento de importância da legislação nos países de *common law*, inclusive com o avanço dos códigos em várias áreas do direito. Já no que diz respeito ao *civil law*, tem aumentado a relevância do *case law*, assim como salta aos olhos a crescente e até irrestrita adoção, inclusive entre nós, do sistema de precedentes obrigatórios, de força vinculante e não meramente persuasiva, tema de que se ocupa o presente estudo. Tem sido identificado, assim, um processo gradual de convergência entre as duas famílias ou sistemas²⁸.

corresponde a uma realidade biológica; recorre-se a ela unicamente para fins didáticos, valorizando as semelhanças e as diferenças que existem entre os diferentes direitos” (p. 17).

²⁸ “O fato de que um código é — ou tem sido, historicamente — uma ferramenta jurídica consistente em um decreto legislativo, parece sustentar a ideia de que a codificação está mais próxima da tradição de *civil law* do que da de *common law*. No entanto, é inegável que a distinção pela qual *civil law* é baseado em legislação e *common law* é desenvolvido principalmente através de *case law* se modificou consideravelmente. A propósito disso, o fato de que a Faculdade de Direito de Harvard — como qualquer outra faculdade de direito anglo-

Mas haveria, ainda, os casos mais específicos. Haveria aqueles direitos nacionais que, como menciona René David, “*não se sabe bem a qual das duas famílias pertencem, na medida em que tiram alguns de seus elementos à família romano-germânica, e outros à família da common law*” (DAVID, 1986, 20). Neste último caso, teríamos os tais sistemas jurídicos “mistos” ou “híbridos”, situados, mais ou menos equidistantemente, entre duas ou mais famílias.

As jurisdições mistas (*Mixed Jurisdictions*) ou sistemas híbridos (*Hybrid Systems*) podem trazer dificuldades ainda maiores para a classificação, dada uma outra peculiaridade: a inclinação “natural” para a mudança, o caráter dinâmico e transitório, que por vezes acentua, outras vezes atenua o seu hibridismo. Isso porque os fatores identificados com as famílias tradicionais tendem a funcionar de modo a impor a sua hegemonia, exercendo, permanentemente, algum grau de pressão sobre os sistemas mistos ou híbridos, que são, assim, sujeitos a um movimento pendular mais ou menos extenso. Assim, haveria entre os sistemas mistos aqueles mais estáveis, “equilibrados”, em que a transição se deu há mais tempo e as transformações se desaceleraram, e aqueles mais instáveis, “nervosos”, em que às vezes o seu próprio caráter misto está sob risco.

Peculiares e resultantes de processos históricos bem mais recentes do que aqueles que estão por trás da evolução das duas famílias jurídicas tradicionais²⁹, tais sistemas ainda desafiam a taxonomia tradicional dos *grands systèmes*. Tanto que, não faz muito tempo, eram tratados como “aberrações jurídicas”.

“as jurisdições mistas, até mais recentemente, tinham vivido a sua inteira existência em uma espécie de isolamento físico e intelectual, alienado dos membros de sua família ao redor do mundo. Elas têm sido grandes solitárias, separadas pelos oceanos, correntes e continentes. Cada uma delas parecia ser

americana — introduziu ha alguns anos um curso sobre ‘Legislação e Regulação’ no currículo dos alunos do primeiro ano, e que aqueles alunos do primeiro ano são ensinados que a ‘legislação sobrepunha o case law como a mais prolífica e significativa fonte do direito’, mostra que há um processo gradual de convergência nesta matéria. Eu não quero dizer que a distinção tenha desaparecido completamente, mas sim que os sistemas jurídicos estão gradualmente convergindo” (MASFERRER, Aniceto. French Codification and “Codiphobia” in Common Law Traditions, em *The Tulane European and Civil Law*, Vol. 34, 2019, p. 29).

²⁹ Exceção feita à Escócia, cujo direito é considerado por Vernon Palmer “*a mais antiga jurisdição mista no mundo*” (Two Rival Theories of Mixed Legal Systems, em *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1, May 2008, p. 1).

singular, única e peculiar, uma criança voluntariosa que estava destinada a se desenvolver introspectivamente, cônica de sua “diferença”, confusa quanto à natureza de suas leis, em dúvida sobre o seu nome, ambígua sobre o seu lugar entre os sistemas jurídicos do mundo”. (PALMER, 2008, p. 2)

Todavia, apesar de distantes dos padrões tradicionais e hegemônicos, os sistemas jurídicos mistos têm se apresentado como uma realidade cada vez mais difundida e recorrente, perdurando por tanto tempo que já é descabido vê-los como meros acidentes ou anomalias (PALMER, 2013, 103).

Poderiam mesmo constituir, as denominadas jurisdições mistas ou sistemas jurídicos híbridos, uma terceira família jurídica. Já que, se nos ativermos apenas àqueles situados entre a bipolaridade clássica – *common* e *civil law*, que constituem o nosso interesse precípua –, teríamos pelo menos uns vinte países (ou estados integrantes de uma federação, como é o caso da Louisiana ou do Québec) cujos sistemas jurídicos podem ser listados como mistos. Há entre tais sistemas, está o da já mencionada Escócia – um exemplo europeu não totalmente solitário, porque ainda haveria Malta entre os sistemas mistos –, mas também estão aqueles pertencentes a países da África (África do Sul e Etiópia, entre outros) e da Ásia (Filipinas).

Neste ponto, as coisas ficam ainda mais curiosas. Digamos que seja tomado, como critério relevante para definir a característica essencial de cada um de tais sistemas jurídicos mistos ou híbridos, que se situam entre *common* e *civil law*, a eventual primazia de uma família sobre a outra. Pois o que de modo geral pode ser observado é que se trata de sistemas jurídicos que, apesar de terem origem na família do *civil law*, e de haverem mantido tal identidade como preponderante durante algum tempo, por variadas razões têm sido cada vez mais perpassados e transformados por elementos de *common law*. E entre tais elementos não estão, apenas, alguma modalidade de *case law* ou uma regra mais ou menos rigorosa de *stare decisis*.

Há quem chegue a ver, em relação ao que hoje estaria sucedendo em alguns dos sistemas híbridos que tiveram como base o *civil law*, que estes estariam enfrentando uma verdadeira “*common law invasion*”, não importando, aqui, se a influência teria origem em

fatores tanto externos quanto internos (caso da Escócia³⁰) ou, mesmo, em forças externas, rematada e agressivamente impostas (caso das Filipinas, sucessivamente invadida pela Espanha e, no que importa à noção de “*common law invasion*”, pelos Estados Unidos).

De todo modo, tão forte se mostraria essa tendência, enquanto processo capaz de modificar a identidade de todo um sistema jurídico, que haveria a preocupação de que tais sistemas estariam vivendo uma condição de *endangerment*. Isto é, de risco de perecerem enquanto sistemas mistos, no sentido de perderem a sua *métissage*:

“A hegemonia global anglo-americana tem posto os campeões do civil law em posição defensiva. A ameaça não é tanto a de uma invasão estrangeira, embora pressões e influências globais possam desempenhar algum papel, mas uma espécie de guerra-civil jurídico-cultural” (FARRAN; ÖRÜCÜ, 2014, p. 5)

³⁰ A forte pressão que o direito inglês historicamente exerce sobre o direito escocês pode estar mais perto de acabar, no entanto. Isso porque, com o descontentamento dos escoceses em relação ao *Brexit*, recrudesceram, talvez como nunca, os movimentos de independência. É da hipotética consequência jurídica disso que trata Andreas Rahmatian: “*Se a secessão da Escócia do resto do Reino Unido realmente acontecer, então o Parlamento Escocês é – deverá ser – o legislador do novo país, e as leis que aprovar são simplesmente direito escocês, eis que serão a legislação do Estado-Nação da Escócia; o mesmo se aplica ao direito jurisprudencial dos tribunais escoceses. O significado do termo ‘direito escocês’ ou ‘direito dos escoceses’ seria então equivalente aos termos ‘direito holandês’ ou ‘direito italiano’.* Seria uma matéria para os historiadores do direito debaterem: se o direito escocês é ‘misto’, e, assim sendo, de que modo, desde quando e assim por diante (...) O principal propósito do conceito de ‘sistema misto’, a separação teórica e prática entre o direito escocês e o direito inglês, se tornaria redundante, porque a Escócia, enquanto um novo Estado, automaticamente teria um direito nacional independente e reconhecido. A concepção ‘sistema misto’ perderia o seu propósito individualizador e diferenciador” (The political purpose of the ‘mixed legal system’ conception in the law of Scotland, em *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24 6, 2017, p. 22-23).

1.3 Precedentes Vinculantes e Segurança Jurídica: entre Cultura, Constituição, Código e Tribunais no Transplante de uma Dogmática dos Precedentes

“Antonio —

O Duque não pode negar, do direito

A aplicação, porque se tal for negado

Muito impedirá, a justiça deste estado

Entre estrangeiros, que aqui têm negociado

Todos os lucros, que Veneza tem feito”

*(O Mercador de Veneza. Terceiro Ato, Cena 3)*³¹

³¹ “*The duke cannot deny the course of law/ For the commodity that strangers have/ With us in Venice, if it be denied,/ Will much impeach the justice of his state;/ Since that the trade and profit of the city/ Consisteth of all nations*” (STAUNTON, Howard (Ed.). *The Complete Illustrated Shakespeare*. Hertsfordshire: Wordsworth Editions, 1989, p. 421).

No que respeita, mais especificamente, à América Latina e ao Brasil, tem-se que a discussão sobre os transplantes assumiria características peculiares. É muito difundida a ideia de que seria sempre necessária alguma incorporação de soluções jurídicas europeias ou norte-americanas, dadas as condições periféricas da região. Subjacentes a essa condição, diz-se, estaria um certo “subdesenvolvimento” e alguma “imaturidade” política e institucional, todas resultantes do modelo colonial. Os “suspeitos” (ou culpados mesmo!) são os de sempre: o patrimonialismo ibérico, a católica naturalização das hierarquias etc.. Tratar-se-ia, então, em uma concepção mais difundida, de uma reiterada confiança na prática dos transplantes jurídicos como expressão do processo geral e consolidado de aculturação.

Os países da região têm sido “*terra fértil para os transplantes jurídicos que se originam nos Estados do norte global*”, desde o ciclo colonial, como lembra Maldonado: “*Assim, por exemplo, o direito indiano foi determinante para a destruição ou transformação do direito das comunidades indígenas que habitavam na região*” (MALDONADO, 2009, p. 12-13). Já a partir da segunda metade do século XIX, como sucedeu em tantas partes do mundo, a América latina teria transplantado normas e instituições econômicas e jurídicas afinadas com princípios liberais. Mais contemporaneamente, vieram as soluções econômicas e jurídicas propostas por “*organizações internacionais como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento*” (MALDONADO, 2009, p. 13).

Por todo o sucedido, já não poderia reclamar, a América Latina, de falta de receptividade assimilacionista:

“não somos suficientemente exóticos ou periféricos para reclamar em nosso favor uma posição excepcionalista ou particularista. É no subcontinente latino-americano onde se tem operado com mais força o projeto assimilacionista do local com o universal ou geral: trata-se, ao menos no imaginário coletivo, de uma parte mais do mundo ocidental, mesmo que seja uma parte ‘em desenvolvimento’, ‘em transição à democracia’ e em que novas oportunidades de investimento se apresentam sob a forma de ‘mercado emergentes’. Somos, em essência, membros da família jurídica ocidental (uma grande espaço civilizatório que abarca tanto a tradição neorromânica, como o Common law) e não possuímos uma filosofia do direito ou um direito distintos que possam ser

usados como fundamento para uma contribuição genuinamente exótica ou alternativa à ciência do direito.” (MEDINA, 2016, p. 21)

Ademais da adaptação da região à economia de mercado, tem-se a transformação que levou ao Estado de direito, especialmente nos moldes daquela transformação de que resultaram os Estados Unidos. No caso brasileiro, a partir da República e da Constituição de 1891, foi incorporado largamente o modelo constitucional e processual norte-americano: trouxemos o modelo federativo, o presidencialismo, o bicameralismo, o fundamental *judicial review* etc.. Por evidente, junto com os princípios e as instituições de direito constitucional vieram as concepções políticas e as próprias Teorias do Estado essenciais ao funcionamento daqueles. Afinal, “*os ‘direitos’ que viajam são, entre outros, desenhos institucionais, formas de redação de documentos jurídicos, ideologias, modelos teóricos descritivos ou normativos e métodos de ensino ou estruturas curriculares*” (MALDONADO, 2009, p. 17).

No entanto, o transplante do direito constitucional norte-americano não foi, jamais, tarefa fácil ou bem resolvida, não apenas pela grande diferença histórica de origem das respectivas constituições, mas também dada a distância para com a tradição “judicialista” que aquele país herdou da Inglaterra e expandiu, com o seu original e vigoroso *judicial review*. Já por aqui, tivemos um formalismo legalista que foi hegemônico por tanto tempo – e talvez ainda hegemônico³². Como constatam Viana e Nunes (2018, p. 35), trata-se de contextos histórico-institucionais bem diferentes:

“para análise dos precedentes há de se perceber que vivenciamos uma trajetória invertida em vários aspectos em comparação aos tradicionais sistemas de common law, como se estivéssemos olhando em um espelho: se lá se busca a flexibilização jurisprudencial, mediante técnicas (departures) como as de

³² Formalismo dominante com a sua fábrica de juristas: “*O ensino dominante, contra o qual nos rebelávamos, destacava num nível básico o papel da memorização das regras contidas nas leis e nos códigos como passo indispensável para recordá-las e, assim, mostrar a devida fidelidade. A fidelidade à lei – tecnicamente articulada como ‘princípio da legalidade’ – deveria servir como método de controle social que partia da memória e de leituras textualistas das normas, para continuar um trajeto em que prevaleciam, uma a uma, as técnicas formalistas do direito. O resultado final era uma mescla de memorização de regras, execução de pretensas demonstrações lógicas de conclusões jurídicas, crença acrítica em respostas únicas e corretas, tudo isso num ambiente de rigidez e hierarquização pedagógica, social e pessoal que tendia a reforçar a aparência de rigor, cientificidade e neutralidade do campo jurídico*” (MEDINA, Diego E. López. POR QUE FALAR DE UMA “TEORIA IMPURA DO DIREITO” PARA A AMÉRICA LATINA?. Trad. Matheus Neres da Rocha (revisão da tradução de Alfredo de J. Flores). Em *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD/UFRGS*, Edição Digital, Porto Alegre, Vol. XI, Número 1, 2016, p. 8).

superação (overruling), em face da altíssima estabilidade decisória existente, aqui, como já aludido, a preocupação é buscar o rompimento de nossa completa instabilidade decisória, na qual um mesmo órgão julgador chega a analisar casos idênticos de modo oposto na mesma sessão de julgamento ou em interregnos temporais diminutos.”³³

A diferença histórica e cultural ainda afeta, sobretudo, a necessária relação dos precedentes com o dever de fundamentação das decisões (MARINONI, 2017, p. 1.043 e 1.045):

“como os precedentes não fazem parte da tradição de civil law, no sistema jurídico brasileiro não se pensa na fundamentação como material que pode revelar uma ratio decidendi. Exatamente por isso, enquanto a fundamentação, no common law, importa diretamente a todos os jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade e garantia de sucesso na adoção de determinado comportamento, além de outorgar estabilidade e coerência à ordem jurídica e real possibilidade de a jurisdição tratar casos similares da mesma forma, no civil law a fundamentação tem importância muito mais restrita. Ela interessa

³³ E avançam, os mesmo autores, aumentando o tom da apreciação crítica: *“No Brasil, o julgado mais relevante é o mais recente, com desprezo ao passado de aplicação, e os julgadores, com recorrência, não mantêm coerência nem com suas próprias decisões (dever de autorreferência). Há, com isso, uma total imprevisibilidade da atividade judicante e um enorme espaço de “discricionariedade”, deixando uma sensação de que os outros sujeitos processuais simplesmente figuram alegoricamente, sem que de maneira efetiva lhes sejam franqueadas oportunidades de participação e coconstrução argumentativa do pronunciamento de forma real.*

Atualmente, verifica-se uma resistência dos julgadores, especialmente das Cortes Superiores, em recuperar o histórico institucional das decisões passadas e analisá-lo de maneira crítica, mantendo os bons precedentes e modificando os entendimentos que não mais se sustentam (ou estejam equivocados em dimensão normativa), o que potencializa a litigância ao não se atacar a completa ausência de previsibilidade que contamina a jurisprudência brasileira, além de representar uma atitude não cooperativa. A propósito, um dos significados da cooperação (hoje norma fundamental do CPC/2015) consiste exatamente na coerência com o passado do tribunal, quando os entendimentos pretéritos não forem passíveis de mudança.

Esse problema de dispersão de entendimentos é recorrente no Brasil desde o período imperial e inicial da república e precisa ser enfrentado pelos tribunais de modo que se criem novos modos de se conhecer (mediante pesquisas periódicas de como vêm julgando os casos mais recorrentes) e de se publicizar seus julgados com maior clareza de seus fundamentos determinantes para que os julgadores estruturem um novo modo de fundamentar mais racional e vocacionado ao aumento da eficiência e legitimidade. A ignorância de como julgam os casos (qual é a história institucional), sem dúvidas, é um fator decisivo para a anarquia interpretativa, que induz dispersão e a litigância sem fundamentação adequada” (NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Precedentes – A Mutação no Ônus Argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 36-37).

quase que exclusivamente às partes e, muito mais em termos retóricos, para dar legitimidade ao poder desempenhado pelos juízes.

A técnica da eficácia vinculante da fundamentação se funda na ideia de que, na decisão, não só o dispositivo, mas também os fundamentos devem adquirir estabilidade, devendo, por isso, ser realçados e externados com eficácia vinculante. A eficácia vinculante da fundamentação, indiscutivelmente essencial para o tribunal constitucional cumprir o seu papel, é uma técnica jurídico-processual que tem como premissa a importância de respeito aos precedentes e aos seus fundamentos.

(...)

É preciso sublinhar que a ratio decidendi não tem correspondente no processo civil tradicionalmente adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A ratio decidendi, no common law, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório.”

Daí a possibilidade se enfrentar o que já foi denominado como “paradoxo metodológico”, de se ter de um lado “*uma cultura processual constitucional voltada para a tradição de common law*” e, de outro, a “*vinculação da ação ao direito subjetivo (...) e a vinculação do juiz à lei escrita, da tradição romano-germânica*” (ZANETI JR., 2016, p. 39).

Todavia, pensa-se aqui que o paradoxo não seria exatamente esse, eis que a arquitetura político-constitucional norte-americana não é necessário desdobramento da tradição de *common law*, bastando ver a sua grande distância em relação aos correspondentes arranjos ingleses. Para os estritos fins deste trabalho, paradoxo mais claro (e talvez tão falso quanto) seria, pensamos, aquele que diz com a vinculação dos juízes: à lei e/ou aos precedentes, com todas as suas complexas repercussões.

Veja-se, ainda, que nunca tiveram maior repercussão, por aqui, expressões teóricas seminais, que já foram tão fortes na tradição jurídica norte-americana, como a do *Legal Realism* de Pound, Cardozo e Frank³⁴. Ou, senão muito recentemente, dos debates acerca do

³⁴ Em apreciação talvez demasiado genérica e rigorosa, Medina aponta que “*Nos lugares de recepção, a atividade de leitura da teoria do direito se realiza em meio a ambientes hermenêuticos pobres. Com isto quero dizer que o autor e seus leitores periféricos compartilham muito pouca informação contextual acerca das estruturas jurídicas subjacentes ou das conjunturas políticas ou intelectuais específicas em que nasce o discurso teórico-jurídico. A*

judicial activism e do *self-restraint*, especialmente na Suprema Corte. Isso para ficarmos apenas no campo mais propriamente jurídico, porque se examinássemos contextos econômicos, históricos, políticos, culturais, teríamos que ir muito mais longe³⁵.

Ocorre que tem ocorrido a paulatina incorporação, por parte do direito constitucional e processual brasileiro, de alguns caracteres do modelo de precedentes judiciais – de origem anglo-americana, mas hoje bem mais difundido – inclusive com a ampliação do princípio do *stare decisis* e dos efeitos de vinculação horizontal e vertical dos tribunais. De outra parte, a incorporação de tais caracteres do modelo de precedentes se encontra com o já tradicional sistema brasileiro de enunciados da súmula de jurisprudência. Se tal encontro implica harmonia, redundância ou, em última análise, um conflito de difícil resolução, é algo a tentar investigar e esclarecer.

Estaria havendo, portanto, nos termos daquela conceituação difundida por Watson, um novo³⁶ transplante de algumas regras jurídicas – ou categorias jurídicas normativo-aplicativas – relativas aos precedentes, típicas do direito inglês e norte-americano, com consequências nos planos constitucionais e processuais do direito brasileiro. Tudo pela ideia racional – e também pragmática – de que se trataria de importar ferramentas úteis para o desenvolvimento de características e virtudes que o nosso sistema jurídico não estaria, na situação em que se encontra, apto a desenvolver: estabilidade, previsibilidade e uniformidade na aplicação do direito, além da racionalização do processo de proposição de novas demandas e da economia de esforço argumentativo na fundamentação das decisões, entre outras vantagens.

É bem verdade que tal transplante mais recente está associado – talvez mais como consequência do que como causa – à chegada de um novo constitucionalismo, inaugurado

invisibilidade de uma rica informação contextual e material reforça, ao menos para o leitor periférico, a aparência de que a filosofia do direito é uma reflexão abstrata sobre a natureza de qualquer sistema legal possível. Contudo, quando confronta sua leitura com a feita em ambientes hermenêuticos ricos, recebe a desanimadora notícia de que sua compreensão é substandard” (MEDINA, Diego E. López. POR QUE FALAR DE UMA “TEORIA IMPURA DO DIREITO” PARA A AMÉRICA LATINA?. Trad. Matheus Neres da Rocha (revisão da tradução de Alfredo de J. Flores). Em *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD/UFRGS*, Edição Digital, Porto Alegre, Vol. XI, Número 1, 2016, p. 25).

³⁵ Como não tem sido fácil a mais recente incorporação, paralelamente ao modelo norte-americano mais antigo, de um sistema de controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos. Todavia, o exame de tal modelo, transplantado para o nosso país desde a Europa continental, assim como o exame do controle de constitucionalidade em geral, são temáticas que refogem ao presente estudo.

³⁶ Somando-se aos notórios transplantes mais antigos, incorporados há séculos ao direito constitucional brasileiro.

pela Constituição de 1988 e impulsionado principalmente pelos novos ventos teóricos europeus e norte-americanos:

“os novos transplantes de teorias do direito possibilitavam a importação de uma nova e específica forma de crítica antiformalista que se opunha ao clima dominante na América Latina, na qual predominava, desde a época da codificação no século XIX, uma visão positivista e formalista do direito. A importação da nova crítica antiformalista forneceu um corpo teórico sólido às preocupações e ansiedades das novas gerações locais que exploravam o caminho para romper o formalismo hegemônico. Nesse contexto cultural e intelectual, a ‘interpretação’ foi, talvez, a ‘bandeira’ que permitiu a recepção de enfoques relativamente recentes de teoria jurídica que pareciam confrontar a longa hegemonia desfrutada pelo formalismo na prática e na imaginação dos advogados em toda a região. O novo e o recente desta teoria, e a tardia recepção na América Latina deste material, como verifiquei mais tarde, eram fatos completamente relacionados às necessidades políticas e influências acadêmicas disponíveis.” (MEDINA, 2016, p. 12)

A superação do paradigma jurídico identificado com a legalidade estrita – e com o cognitivismo interpretativo³⁷, acrescentaríamos – também ganha corpo com o denominado Estado Constitucional.

É o que afirma Ricardo Marcelo Fonseca, quando anota que a mudança histórica, representada pelo que refere como o “*contexto dito ‘pós-moderno’*”, “*afeta profundamente o sistema das fontes formais*”. A centralidade da Constituição, assumindo a posição de vértice do direito, faz com que a lei perca a “*sua aura de diretriz soberana e absoluta*” (FONSECA, 2009, p. 31 e 32). Ao mesmo tempo, as demandas vão se mostrando mais complexas e numerosas, de forma que tudo isso acaba por atribuir caráter fundamental aos tribunais e, principalmente, às cortes constitucionais. Tudo, inclusive o reconhecimento de que constituem fontes formais do

³⁷ Cognitivismo ou legalismo, como descreve António Manuel Hespanha: “*O legalismo é aqui tomado como a corrente da teoria do direito que identifica o direito com a lei dando às normas jurídicas a natureza jurídica de comandos inquestionáveis do ponto de vista das suas finalidades ou dos seus valores; e reduzindo o saber jurídico a uma atividade intelectual puramente cognitiva, descritiva, anotativa*” (Tomando a história a sério. Código dos homens e ordem de deus na ‘era da exegese’, em *Estudos dedicados ao professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva*. Vol. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 88).

Direito os precedentes judiciais, assim como decisões dotadas de certa eficácia, dá medida da força da função jurisdicional do Estado.

No Brasil tal transformação foi coroada, continua o mesmo autor, pela instituição das súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004³⁸. As disposições constitucionais introduzidas consolidavam a regra do *stare decisis*³⁹ e, no mesmo passo, reconheciam à nossa Corte Constitucional uma competência decisória vinculante de todo o organograma estatal. Mais do que isso, diz, a inovação constitucional concederia ao STF a invulgar potência “*de criar normas*”:

“Obviamente que em um sistema legal que apresenta lacunas e em uma Constituição que se apresenta com espaços abertos e variados de interpretação, esta disposição claramente dá ao STF a possibilidade de criar normas e não

³⁸ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

³⁹ Muito embora afirme Mitidiero que, por se tratar o *stare decisis* de “norma que densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”, a sua observância não dependeria de previsão propriamente legislativa: “A regra do *stare decisis* – em suas duas dimensões, horizontal e vertical – decorre da compreensão do papel adscritivo da interpretação e da necessidade daí oriunda em densificar a segurança jurídica a partir não só da atuação de um *juge inanimé* ou de um juiz *oracle of the law*, mas levando-se em consideração a conjunção do trabalho do legislador, da doutrina e do juiz. A regra do *stare decisis* constitui a referência da segurança jurídica em um direito caracterizado pela sua dupla indeterminação. Essa é a razão pela qual as Cortes Supremas devem outorgar unidade à ordem jurídica e mantê-la estável, estando os seus juízes obrigados a seguirem os próprios precedentes (*stare decisis* horizontal), estando todas as Cortes de Justiça e todos os juízes de primeiro grau obrigados a observar – isto é, aplicar – os precedentes das Cortes Supremas e a jurisprudência vinculante das próprias cortes a que vinculados (*stare decisis* vertical)” (2018, p. 87-88). No mesmo sentido, em outra obra afirma que “A força vinculante do precedente judicial não depende, portanto, de uma manifestação específica do direito positivo. É consequência de uma determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação. A vinculação ao precedente, portanto, resulta da consideração do ordenamento jurídico como um todo e, especialmente, do valor que deve ser dado à igualdade e à segurança” (MITIDIERO, 2018, p. 89).

apenas pronunciar-se sobre situações em que haja ‘controvérsia hermenêutica’ entre os tribunais”. (FONSECA, 2009, p. 33)

A questão está longe de ser simples: considerando que já tínhamos há décadas as súmulas – e mesmo tentativas anteriores de uniformização⁴⁰ –, a “ruptura” representada pela nova disposição constitucional diria respeito apenas à sua vinculatividade? A complexidade resultante do quadro posto – criado pelo encontro das regras preexistentes de valorização da jurisprudência com ulteriores caracteres do modelo de precedentes – parece estar bem retratada em Mitidiero. No corpo do texto de seu *Precedentes – da persuasão à vinculação* (2018, p. 55), refere-se à interpenetração das tradições, naquilo que implica:

“um debate teórico cuja principal característica é a sua generalidade, isto é, o seu caráter transordenamental. Daí a razão pela qual foi capaz de envolver juristas de diferentes mundos, provocando um diálogo entre a Civil Law e o Common Law e uma conseqüente interpenetração dessas tradições, rendendo frutos que aproveitam igualmente a ambas.”

Contudo, em extensa nota de rodapé, aposta ao mesmo trecho, defende-se de crítica que seria feita por Aurélio Viana e Dierle Nunes a uma obra sua, fazendo uma afirmação interessante, que se pede licença para transcrever:

“Como fica muito claro a partir da leitura dos nossos livros Cortes Superiores e Cortes Supremas e deste Precedentes, nossa proposta de reorganização da Justiça Civil e reconstrução do sistema jurídico brasileiro radica fundamentalmente na teoria da interpretação que encampamos, a qual leva à necessidade de repensarmos o modo pelo qual podemos promover os princípios

⁴⁰ Como expõe Cruz e Tucci (*Precedente Judicial Como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 233-246). Referindo-se à situação brasileira, o autor afirmava em sua obra editada em 2004 (antes mesmo, ainda, da edição da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004), “*que os precedentes judiciais constituem valioso subsídio que auxilia a hermenêutica de casos concretos, embora careçam de força vinculante*”, cabendo aos magistrados “*outorgar aos precedentes dos tribunais superiores revestidos da marca da definitividade o valor e a influência aptos a orientar os órgãos inferiores e não desprezitar, sem justificação plausível, a função nomofilática àqueles atribuída pela Constituição Federal*” (idem, p. 277). E aduz, apoiado em Larenz, que haveria alguma justificativa para a visão: “*É certo que os precedentes contam com uma relativa presunção de correção, mas nem por essa razão o tribunal deve entregar-se a eles sem qualquer prevenção. É imperioso que elabore sempre, um juízo próprio, pelo menos quando surjam dúvidas sobre a legalidade e/ou justiça de determinado precedente judicial*” (idem, p. 303). Seria necessário para “*uma eficiente distribuição de justiça*”, completa, o “*equilíbrio entre a eficácia vinculante do precedente judicial e a persuasão racional do juiz*” (p. 304).

da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade. Além disso, nossa proposta envolve especificamente a consideração de aspectos institucionais do direito brasileiro (nossas Cortes) e de institutos específicos do direito brasileiro (como a jurisprudência, a jurisprudência uniforme e as súmulas) ao lado de institutos oriundos do Common Law (precedentes, aqui entendidos como rationes decidendi, distinções e superações – todos devidamente submetidos à análise à luz do direito brasileiro). Diga-se de passagem, aliás, que os críticos importam igualmente boa parte desses conceitos (como pode se ver, por exemplo, pela justa exaltação dos instrumentos da distinção e da revogação). Longe de querermos impor ‘a mentalidade jurídica de outros países’, queremos desenvolver uma teoria crítica, pensada à luz das necessidades do direito brasileiro, para promover um bom desenvolvimento de nossas instituições e de nossos institutos.” (p. 55-56)

Pelo que se pode depreender, é feita clara distinção entre os precedentes, oriundos do *Common Law*, e as nossas jaboticabas: “a jurisprudência, a jurisprudência uniforme e as súmulas”. Isso porque o autor tem que “a jurisprudência, a jurisprudência uniforme e as súmulas” são “institutos específicos do direito brasileiro”. Institutos jurídicos brasileiros, esses, que por meio da interpenetração das tradições se encontrariam com “institutos oriundos do Common Law”, isto é, os precedentes (“aqui entendidos como rationes decidendi, distinções e superações”, ressalva). É que teria sido empreendida, pela nova codificação processual civil, uma “ressignificação” das súmulas, ainda que se tenha uma “aparente indistinção semântica com que os arts. 489, § 1.º, V e VI, 926 e 927, do CPC, trataram desses conceitos” (p. 91).

Outrossim, são caracterizadas como “institutos”, tanto quanto seriam institutos as súmulas brasileiras, aquelas ferramentas consagradas, ao longo de séculos de evolução da cultura jurídica de *Common Law*, para fins de interpretação, aplicação e justificação das decisões tomadas com base em precedentes (*distinguishing* etc.). Aqui, tendo em consideração a existência da própria disciplina legal, realizada pelo Código de Processo Civil (artigos 489, § 1º, V e VI, 926 e 927⁴¹, entre outros), podem então ser retratadas como institutos tais

⁴¹ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

categorias do discurso normativo-aplicativo – ainda que, na sua tradição jurídica de origem, jamais tenham sido cristalizadas legislativamente.

E também por ser ter nisso uma novidade – a expressa disciplina legal de categorias do discurso normativo-aplicativo dos precedentes –, estão por ser conhecidos os seus desdobramentos interpretativos, especialmente no nossos dois principais tribunais superiores: um encarregado de defender os aludidos incisos V e VI do § 1º do artigo 489 enquanto legislação; o outro encarregado de defender a ressonância constitucional das mesmas disposições, que, de resto, dizem com o dever de justificar racionalmente as decisões judiciais.

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - 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.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

(...)

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

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.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

Ainda mais especialmente, resta saber como doravante se comportará aquele tribunal supremo que, no país, estaria precipuamente dedicado à formação de precedentes vinculantes, qualificando-se – ou não – para figurar entre as que já foram denominadas, na conhecida dicção de Michele Taruffo, “Cortes de Precedentes” (MITIDIERO, 2017, 37 e ss.)⁴². Quer dizer, resta saber como se daria, em tal Corte pretendente a ser de Precedentes, a realização da unidade do Direito através de sua interpretação – inclusive quando esta tiver que ser “metajurídica”⁴³ – e da formação de precedentes. Até porque o exercício de tal função não poderia se resolver, apenas, na atividade de confirmação (reafirmação) de precedentes que tenham sido eventualmente descumpridos.

No presente momento, estando pendentes de melhor encaminhamento importantes questões institucionais e impasses estruturais do Supremo Tribunal Federal, parece uma aposta arriscada a expectativa de que se venha a ter, em prazo curto, a adequada formação de precedentes acerca de... precedentes.

De qualquer forma, parece mesmo haver uma tendência, entre os mais animados com a incorporação do modelo de precedentes, de entender como superada “*a antiga contraposição entre a jurisprudência dos code based legal systems (vinculada ao princípio da mera legalidade e da sujeição do juiz somente à lei) e a jurisprudência dos judge-made law systems (destacada de referências positivas e artificiais do direito)*” (ZANETI JR., 2016, p. 97). E dada a grande evolução dos ordenamentos jurídicos de ambas tradições “*no sentido de diminuir a tensão original*”, já não seria mais legítimo ou realista “*falar em incompatibilidades paradigmáticas ente os dois grande ramos do direito ocidental*”, estando as eventuais diferenças “*mais no estilo do que na finalidade das normas-estatuto e das normas-jurisprudência, bem como na sua metodologia de aplicação e superação, do que propriamente na negativa das fontes jurisprudenciais do direito*” (idem, p. 98).

⁴² As Cortes de Precedentes devem “*dar unidade ao direito a partir da solução de casos que sirvam como precedentes para guiar a interpretação futura do direito pelos demais juízes que compõem o sistema encarregado de distribuir justiça a fim de evitar a dispersão do sistema jurídico. Nessa linha, uniformizar é tarefa das Cortes de Justiça, que têm o dever de controlar a justiça da decisão de todos os casos a elas dirigidos – o que obviamente inclui o dever de aplicação isonômica do direito*” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: Da Persuasão À Vinculação* (2015). 3ª ed.. São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 87).

⁴³ A referência é às reiteradas utilizações do termo, seja em julgamentos do Supremo Tribunal Federal, seja em manifestações doutrinárias, especialmente por Luis Roberto Barroso.

Contudo, não será demais afirmar que todo o processo da incorporação mais robusta da sistemática dos precedentes vinculantes ao direito brasileiro ainda tem a sua compreensão enormemente dificultada, para não falar nas consequências, a curto prazo de tal incorporação. Isso se dá tanto pela complexidade que lhe inerente – mesmo em seus países de origem (notadamente nos Estados Unidos) –, como, ainda por uma condição, que seria nossa, de leitores “periféricos”, de “novos bárbaros”:

“Para os discípulos periféricos, as opções são estreitas: podem, primeiro, reproduzir a obra original, tratando de mostrar uma compreensão standard de seu significado e direcionalidade. Nesta forma de recepção, evidencia-se a aplicação, mas não a originalidade. Esta opção é difícil de executar logo de realizado o transplante teórico, dada a distância que sempre existe entre os lugares de produção e os lugares de recepção. Em segundo lugar, o receptor periférico pode produzir – este termina sendo o cenário mais comum – uma leitura substandard da obra original: faz uma leitura equivocada ou uma transmutação que exige correção e standardização. Esta forma de barbarização do conhecimento se expressa em leituras locais vulgares que se distanciam do verdadeiro significado do autor. Finalmente está o caminho de acesso à originalidade, isto é, a participação ativa na produção teórico-jurídica, já seja numa escola ou fora dela – por exemplo, como fundador de uma tradição intelectual autonomamente identificável. Este caminho da originalidade, em qualquer de suas duas formas, raramente se lhes reconhece a jusfilósofos latino-americanos, que são sistematicamente classificados como discípulos de escola, e ainda pior, como vulgarizadores – transmutadores – de ideias.” (MEDINA, 2016, p. 27)

A questão é, ainda, a de saber como seremos capazes de lidar com tal realidade normativa e teórica destes transplantes. Ainda mais quando não é pequena a sua repercussão no contexto geral do direito brasileiro:

“Estas considerações permitem anunciar agora o esquema argumentativo geral que segue uma teoria impura do direito para a América Latina: nos lugares de recepção de jusfilosofia ocorrem importantes transmutações ou tergiversação das ideias provenientes dos lugares de produção. Essas ideias, ainda que sejam transmutações ou tergiversações, não podem ser desestimadas, assim no mais,

por tratarem-se de produtos miméticos ou transláticos. Não se trata de “erros” que requerem correção mediante o ajustamento à leitura standardizada que se faz em outros lugares. As transmutações terminam sendo, para bem ou para mal, o inventário de ideias jusfilosóficas disponíveis numa jurisdição. Nesse sentido, as leituras tergiversadas não podem ser substituídas por leituras normalizadas. As leituras tergiversadas impulsionam práticas jurídicas locais, e, portanto, estão imbricadas com a cultura local e produzem dinâmicas passadas e futuras – que já não se podem desfazer. Mas ainda há mais: não é simplesmente por fatalidade que devemos nos conformar com a transmutação eidética que produz a recepção. Não se trata simplesmente de um erro teórico que as tergiversações locais tenham feito moeda corrente (...) Muito pelo contrário: a leitura tergiversada abre a possibilidade de variação, adaptação e verdadeira criação. O estudo cuidadoso destas transformações revela usos locais tão ou incluso mais interessantes que a história natural dessas mesmas ideias nos lugares de produção.” (MEDINA, 2016, p. 37-38)

O fato é que, mesmo na acepção considerada aqui, que é a da vinculatividade ou obrigatoriedade, o precedente não tem definição simples. Como se sustenta, uma noção mais genérica de precedente pode já ser construída com outros caracteres, não precisando incluir, entre tais caracteres, a qualidade normativa da força vinculante: *“razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial e colabora de forma contextual para a determinação do direito e para a sua previsibilidade”* (MITIDIERO, 2018, p. 91). Já em uma definição mais *“interpretativo-aplicativa”* dos precedentes, estes *“consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”*, isto é, análise de que resulta *“solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (...) com o caso-atual”* (ZANETI JR., 2016, p. 304-306).

Nas duas definições acima, não está incluída a qualidade – ou característica – eficaz da força vinculante. O que se destaca, isto sim, é o caráter justificativo e argumentativo do precedente, que *“colabora de forma contextual”*, *“a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente”*, *“para a determinação do direito e para a sua previsibilidade”*. Assim, com as suas *“razões generalizáveis”* o precedente *“colaboraria”* – e não obrigaria – para determinar

e prever o direito a ser aplicado no futuro, sempre “*a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas*”.

Contudo, se há tentativas de enquadramento desde uma moldura mais ampla, que se atém ao aspecto “persuasivo” e não considera o caráter vinculante do precedente, também há aquelas mais restritas, que levam em conta os seus aspectos formais, hierárquicos e de vinculação obrigatória horizontal e vertical. Se o termo precedente pode assumir diferentes sentidos, sob o prisma epistemológico, é possível entendê-lo, de forma ampla e inicial, como “*uma ou mais decisões prévias que funcionam como modelos para casos ulteriores. Nessa acepção, os precedentes representam razões de direito que servem de fundamento para futuras decisões*”. Já em sentido mais restrito, significaria “*apenas decisões vinculantes provindas de cortes superiores de uma mesma jurisdição sobre determinada matéria*”, cingindo-se “*à decisão vinculante verticalmente, obrigando os juízes a seguirem as decisões das cortes superiores*” (ROSITO, 2011, p. 75).

Assim, da perspectiva de que se trata, no país, de uma atividade desempenhada pelas cortes superiores, e sem levar em conta a força vinculante, precedente poderia ser conceituado como “*toda decisão anterior com relevância que pode projetar efeitos jurídicos ao futuro, condicionando o comportamento de distintos sujeitos em casos similares, o que denota a sua natureza normativa*”. Isto é, uma decisão que, conforme a razão desenvolvida para o julgamento do caso (passado), “*serve de guia para uma decisão futura*”, com efeitos transcendentais do caso julgado que “*vão além das partes envolvidas no processo, estendendo-se à coletividade*” (idem, ibidem).

Daí a segunda definição de Mitidiero, mais categórica, em que aparece, enquanto verdadeiro postulado, o caráter vinculante: “*Os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios – isto é, vinculantes*”, existindo, no direito brasileiro, “*um forte efeito vinculante dos precedentes (‘strong-binding-force’)*”. E tal autoridade vinculante do precedente, esclarece, adviria não do Código, ainda que este o tenha expressamente mencionado, introduzindo o conceito, mas do fato de que ele encarnaria “*o significado que é adscrito ao direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Vale dizer: a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito*”.

interpretado e a autoridade de quem o interpreta”, isto é, “*da força institucional da jurisdição como função básica do Estado*” (MITIDIERO, 2018, p. 92-93)⁴⁴.

Haveria que se considerar, de qualquer modo, que à diferença da jurisprudência e da generalidade das decisões judiciais, poderia ser considerada precedente vinculante tão-somente “*a decisão que resultar efeitos jurídicos normativos para os casos futuros*”, sendo que “*os precedentes devem ser tratados como norma – fonte primária e vinculante*” (ZANETI JR., 2016, p. 309-310). É condição da vinculatividade dos precedentes⁴⁵, assim, a existência de um regime jurídico e institucional mais ou menos rigoroso de *stare decisis*.

A consequência é decisiva, mesmo, pela rigidez do modelo de *stare decisis* que vê incorporado (MARINONI, 2018, 505):

“Sucedee que o precedente nada mais é do que o direito em sua versão final ou mais elaborada; o precedente é a fórmula reveladora da coparticipação do Judiciário no fenômeno de frutificação do direito. Após o precedente ter sido firmado pela Suprema Corte, na sua função precípua de atribuição de sentido e de desenvolvimento do direito, simplesmente nada mais há que possa ser

⁴⁴ “*Apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes*”. Já “*Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à jurisprudência*”, enquanto “*As súmulas podem colaborar tanto na interpretação como na aplicação do direito para as Cortes Supremas e para as Cortes de Justiça – e, portanto, podem emanar de quaisquer dessas Cortes*” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: Da Persuasão À Vinculação* (2015). 3ª ed.. São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 91). Ou, em uma definição mais completa, que incorporaria todos os principais caracteres, resultando em um conceito qualitativo (e diferente do conceito de “jurisprudência”, que seria quantitativo), material e funcional: “*Precedentes são razões necessárias e suficientes para solução de uma questão devidamente precisada do ponto de vista fático-jurídico obtidas por força de generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos pela unanimidade ou pela maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema. Como resultam de interpretações de textos dotados de autoridade jurídica ou de elementos não textuais integrantes da ordem jurídica formuladas por cortes encarregadas de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do direito federal, os precedentes são sempre obrigatórios, isto é, têm sempre força vinculante. Não têm a função de ilustração do direito e não têm a função de persuasão judicial a respeito da bondade da solução nele encerrada. Precedentes são razões jurídicas necessárias e suficientes que resultam da justificação das decisões prolatadas pelas Cortes Supremas a pretexto de solucionar casos concretos e que servem para vincular o comportamento de todas as instâncias administrativas e judiciais do Estado Constitucional e orientar juridicamente a conduta dos indivíduos e da sociedade civil*” (idem, p. 98-99).

⁴⁵ Ainda que possam ser encontrados diferentes graus de vinculatividade dos precedentes, como se vê na proposta de classificação de Hermes Zaneti Jr. (*O Valor Vinculante dos Precedentes – Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed.. Salvador: Podium, 2016, p. 323-327).

discutido e decidido quanto à questão de direito resolvida mediante o precedente. Resta somente aplicá-lo para a resolução dos casos concretos.”

Nada obstante as eventuais polissemia e diversidade de critérios de definição, existe ainda a própria dificuldade de se estabelecer se o transplante em questão é mesmo de um modelo de precedentes vinculantes, ou se é mais a consolidação de uma ideia que já vinha, desde há muito tempo, sendo cristalizada no direito brasileiro. O que é certo, pode-se frisar, é que a afirmação do precedente com eficácia vinculante – e com status de fonte formal do direito tem sido feita entre nós – , em nome da igualdade e da segurança jurídica:

“A consciência de que o Judiciário participa do processo de (re)construção do direito e, assim, a clara percepção de que as decisões judiciais não podem variar de acordo com os casos, permitiu não só ver que o respeito ao precedente é imprescindível para a tutela da segurança jurídica, mas também que as Cortes têm a função de desenvolver o direito mediante a elaboração, ajustamento e revogação dos precedentes. Nesta dimensão, o precedente orienta a sociedade e a resolução dos casos conflitivos e, assim, equipara-se a uma norma geral, cuja validade e eficácia simplesmente não podem deixar de se projetar perante todos. A eficácia geral é inerente ao precedente, na medida em que não se pode pensar em precedente que não alcance a todos.” (MARINONI, 2018, p. 516)

Por outro lado, em sua origem de *common law* a teoria do precedente tem permitido que os juízes “*livremente expandam, contraiam e manipulem a ratio decidendi de um caso previamente decidido*”. Porque não haveria um único método para determinar a regra com base na qual um caso está assentado, aquela poderia ser submetida a dois tipos de atividade judicial criativa: “*restringir a regra, pela admissão de alguma exceção não considerada antes, ou alargar a regra, através do descarte de uma restrição antes formulada*” (DENNIS, 1993, p. 5). Uma flexibilidade, portanto, que estaria justamente a serviço do *stare decisis*.

Isso porque, se toda a interpretação judicial da lei, com vistas a decidir os casos, tem caráter reconstrutivo da ordem jurídica, também a compreensão e interpretação do próprio precedente – também enquanto texto normativo, que é – assume tal caráter reconstrutivo. Em suma, da interpretação do precedente⁴⁶ e de suas circunstâncias fáticas e jurídicas, assim como

⁴⁶ Ainda que se possa constatar alguma controvérsia envolvendo a noção de “interpretação do precedente”, como se vê em Marinoni: “*Embora a doutrina do common law fale em ‘interpretação’ de precedente e conhecido e*

da interpretação das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso em julgamento, podem devir diferentes entendimentos acerca do significado do precedente e da sua *ratio decidendi*. Até por conta do “diálogo” entre tribunais que está implicado na aplicação dos precedentes, então haverá sempre uma dupla consideração das aludidas circunstâncias fáticas e jurídicas, havendo amplo espaço para o surgimento de eventuais discordâncias interpretativas (ainda que tais discordâncias não autorizem o tribunal hierarquicamente inferior, por evidente, a pretender deixar de aplicar o precedente do tribunal superior, por considerá-lo superado ou equivocado em seu conteúdo).

Assim, caberia ver com muita naturalidade, que é inerente à aplicação cotidiana do direito, as decisões de não-aplicação de precedente (isto é, não-incidência, por não haver relação entre os respectivos fatos determinantes)⁴⁷, tanto quanto a prática das diversas modalidades de reconsideração e até de *defeasibility* do precedente: *distinguishing*, *narrowing* etc. (já o *overruling*, total ou parcial (pela *transformation* ou *overriding*), dependerá da competência do tribunal ou órgão fracionário judicante, reiterar-se). Sempre com a cautela, *por supuesto*, de se dar inteira satisfação à exigência da plena, adequada e específica fundamentação – justificção – da decisão.

importante livro até mesmo tenha o título de Interpreting precedents, é possível questionar se um precedente é realmente interpretado. Pela ideia de interpretação do precedente não se busca revelar o conteúdo do seu texto, mas identificar o significado das suas porções, das quais se extraem determinados efeitos, como o efeito vinculante ou obrigatório (binding effect). Portanto, é claro que o ato de procurar o significado de um precedente, ou de interpretar um precedente, não se assemelha ao de interpretar a lei. Quando se fala em interpretação de precedente, a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação da sua ratio e não no conteúdo por ela expresso. Nessa perspectiva, a tarefa da Corte é analisar a aplicação do precedente ao caso que está sob julgamento, ocasião em que se vale, basicamente, da técnica do distinguishing. É por isso que esta Corte, mais do que interpretar, raciocina por analogia” (SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional (2012). 6ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.046). Se a aplicação do precedente envolveria, propriamente, analogia, ver Scarparo (Precedentes são aplicados por analogia apenas quando não são precedentes, em *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO*, Belo Horizonte, ano 27, n. 108, out/dez. 2019, p. 141-163).

⁴⁷ “O juiz que interpreta um precedente para possivelmente aplicá-lo a um caso, primeiramente identifica os elementos determinantes do caso julgado, fixando-lhe um sentido e hierarquizando importâncias que frequentemente não são explícitas no julgamento do qual resultou o precedente. Muitas vezes as conclusões do intérprete sobre as hipóteses de incidência de um precedente são controversas, sendo essencial a específica fundamentação sobre as causas determinantes e as razões de vinculação entre os casos. Por isso, saber qual é o sentido de um determinado julgamento e delimitar o precedente pode também exigir, além de dedução, enfrentamentos racionais de caráter indutivos e analógicos” (SCARPARO, Eduardo. Precedentes são aplicados por analogia apenas quando não são precedentes, em *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO*, Belo Horizonte, ano 27, n. 108, out/dez., 2019, p. 155).

A modificação do precedente, por sua vez, também caberia ver com muita naturalidade. Em que pese a estabilidade dos precedentes esteja a serviço da segurança jurídica, a manutenção de precedente esclerosado, que já não se sustentasse enquanto adequada apreciação jurídica de determinados fatos da vida, seria prejudicial à própria segurança jurídica, que não se confunde com imutabilidade. A revisão, a mudança e, principalmente, o abandono de um precedente, contudo, dependeriam da existência de “*strong grounds*” e justificações especiais. Como a Suprema Corte norte-americana vem de dispor em *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, em 2015 (fazendo referência a *obiter dictum* de conhecido julgado de 1932), “*revogar precedente nunca é um assunto menor (...) ‘é mais importante que uma regra de direito aplicável seja estabelecida, do que seja estabelecida corretamente’*” (PIZZINI, 2019, p. 482-483).

Em todo caso, havendo que se considerar situações em que a mudança se impõe, por outro lado haveria que se examinar a conveniência de que a alteração do precedente, preferencialmente, tivesse os seus efeitos modulados ou produzisse efeitos apenas para casos futuros (*prospective overruling*). Seria com apoio nas ideias de proteção da confiança e de prevenção de injustas surpresas que a modificação assumiria uma eficácia *ex nunc*, não podendo assumir eficácia retroativa, que viesse a atingir aqueles que agiram conforme o precedente vigente ao tempo de suas ações. Alternativamente, a superação do precedente poderia ser previamente sinalizada pelo tribunal, que a afirmaria como uma tendência, de modo que, quando chegasse a hora da revogação ou transformação mais drástica, estas pudessem ser de implantação mais suave, dando tempo à sociedade para que compreendesse e se preparasse para a novidade⁴⁸.

⁴⁸ “*Isso leva à necessidade de previsão de normas de salvaguarda da segurança jurídica para tutela das pessoas diante da alteração diacrônica do precedente. É que a possibilidade de superação do precedente coloca em evidência a necessidade de proteção da confiança daqueles que o tinham em consideração para fazer as suas escolhas socioeconômicas e da preservação da igualdade de todos perante a ordem jurídica (...) A mudança do precedente não pode causar surpresa injusta (unfair surprise) nem ocasionar um tratamento não isonômico entre pessoas que se encontram temporalmente em situações idênticas ou semelhantes. Nessa linha, o ideal é que a superação do precedente seja sinalizada (signaling) pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para indicar à sociedade civil a possibilidade de mudança de orientação. Pela sinalização, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não distinguem o caso decidido e nem superam o precedente total ou parcialmente, mas apenas manifestam publicamente preocupação a respeito da adequação da solução nele contida. A sinalização é um modo de pavimentar o caminho para uma superação suave do precedente, isto é, não abrupta. Idêntica função pode ser desempenhada pela técnica análoga do chamado ‘julgamento-alerta’. Embora o Código não tenha previsto um dever de alerta, é altamente recomendável semelhante sinalização*” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: Da Persuasão À Vinculação* (2015). 3ª ed.. São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 132).

Por outro lado, sabe-se que o adiamento da declaração de inconstitucionalidade encontra algumas contraindicações – especialmente levando em conta a teoria da nulidade absoluta e *ab ovo* de quaisquer atos normativos contrários à Constituição. Contudo, transparece que a superação de precedentes interpretativos da Constituição, pelo menos, poderia se beneficiar de um encaminhamento mais prudente. Afinal, como na ironia de Alexander, “*se a derrubada judicial de uma interpretação equivocada da Constituição iria desapontar a razoável confiança nesta mesma interpretação equivocada, haveria (...) maneiras de mitigar os malefícios de tal reversão*” (2013, p. 60-61).

A partir da edição da Lei nº 9.868/1999⁴⁹, em matéria de controle concentrado constitucionalidade, a modulação dos efeitos ou a atribuição de eficácia limitada ao futuro estão expressamente autorizadas. Ficaram mais legitimadas, assim, práticas judicantes já eram conhecidas no Supremo Tribunal Federal. Veja-se que a lei, ainda que se refira ao controle principal, foi ao encontro de entendimento forjado muito antes, como se sabe, sob a influência do direito constitucional alemão. Por isso mesmo, e também por não ver limite imposto pela dicção expressa da lei, que o Supremo Tribunal Federal já vem modulando efeitos de decisão tomada em controle difuso⁵⁰ – como ocorreu, por exemplo, na Reclamação 2.391, em que se

Se tal arrazoado parece mesmo justo, não pode ser ignorado que nem sempre prevalece o critério para as alterações legislativas, cujo processo é, muitas vezes, repentino, decidido a portas fechadas, por meio dos mal-afamados acordos de liderança, sem qualquer sinalização prévia do Legislativo para a sociedade.

⁴⁹ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

⁵⁰ André Ramos Tavares, referindo-se à diferença entre o modelo norte-americano de *judicial review* e o modelo europeu de jurisdição constitucional, adverte que “*a aproximação entre os dois modelos só pode ocorrer de maneira muito genérica e, por isso, imprecisa. Por vezes, a transposição das lições de um modelo para outro será imprópria e inadequada. Em síntese, pode-se estabelecer que, quando se fala em precedente constitucional nos modelos de Direito legislado e com Tribunais Constitucionais ou equivalentes (salas constitucionais e cortes supremas com função de controle abstrato de constitucionalidade) não se trata propriamente do precedente como é conhecido e praticado nos países de common law, especialmente nos EUA. Mas na sua essência o modelo de precedentes foi útil para conferir visibilidade e impositividade máximas às decisões da Justiça constitucional de matriz kelseniana recém-inaugurada. De outra parte, o modelo de precedentes é muito próximo dos países de Direito legislado que sigam a tradição norte-americana de Justiça constitucional concreta com uma Corte Suprema e atribuam efeito vinculante às decisões tomadas nesse âmbito concreto*” (*Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95-96).

decidiu sobre a inadequação da prisão, *ex lege*, imediatamente após a sentença penal condenatória⁵¹ (Informativo 334).

Assim, não discrepa dessa concepção a redação do art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil, naquilo que possibilita, em relação às decisões que alterarem jurisprudência dominante ou oriunda do julgamento de casos repetitivos, a modulação dos efeitos “*no interesse social e no da segurança jurídica*”. Isso porque o surgimento de um novo modo de decidir, diverso daquele que era conhecido, gera uma temporária instabilidade, até que se difunda e consolide o novo parâmetro.

Portanto, ainda que a revogação de precedentes seja outra coisa e a opção por limitar a eficácia da decisão por meio do *prospective overruling* seja talvez duvidosa, a modulação de efeitos de decisão revogadora de precedente pode ser tida como razoável (MARINONI, 2017, p. 1.068):

“A ordem jurídica – composta pelas decisões judiciais, especialmente as do STF – gera expectativa e merece confiança, tuteláveis pelo princípio da segurança jurídica. Assim, é preciso investigar se há confiança que pode ser dita justificada no precedente revogado. Basicamente, é necessário verificar se o precedente tinha suficiente força ou autoridade, à época da prática da conduta ou da celebração do negócio, para fazer ao envolvido crer estar atuando em

⁵¹ “Retomado o julgamento de questão suscitada pelo Min. Cezar Peluso nos autos de medida cautelar em reclamação, em que se discute, em face do princípio da não-culpabilidade, a constitucionalidade dos artigos 9º da Lei 9.034/95 e 3º da Lei 9.613/98 - art. 9º: “o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei”; art. 3º: “os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade” - v. Informativos 320 e 323. O Min. Gilmar Mendes, acompanhando os votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, proferiu voto-vista no sentido da concessão do habeas corpus de ofício e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 9.034/95, emprestando ao art. 3º da Lei 9.613/98 interpretação conforme à Constituição, no sentido de que o juiz, na hipótese de sentença condenatória, fundamente sobre a existência ou não dos requisitos para a prisão cautelar. Prosseguindo em seu voto, o Min. Gilmar Mendes - tendo em conta o fato de que, na espécie, estar-se-ia revisando jurisprudência firmada pelo STF, amplamente divulgada e com inegáveis repercussões no plano material e processual -, admitindo a possibilidade da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, em sede de controle difuso, emprestou à sua decisão efeitos *ex nunc* (Lei 9.868/99, art. 27: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”)” (Informativo 334).

conformidade com o direito. Existindo confiança justificada, é legítimo decidir, no controle difuso, de modo a preservar as situações que se pautaram no precedente.

Perceba-se que aí não há limitação da retroatividade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mas modulação da eficácia vinculante da decisão, anunciando-se ser ela inaplicável diante das situações que justificadamente se pautaram no precedente revogado. Não se pode falar em limitação da retroatividade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mas sim em modulação dos efeitos vinculantes, não somente porque a decisão revogadora pode ser no sentido da constitucionalidade, mas também porque não se está diante de decisão que produz efeitos diretos erga omnes, mas de decisão que gera efeitos inter partes. Em verdade, há apenas necessidade de definir em que limite temporal ou situações concretas o precedente revogador terá eficácia vinculante. De qualquer forma, é inegável que a modulação da eficácia vinculante em relação às situações consolidadas acaba gerando uma limitação de retroatividade do precedente.”

De qualquer modo, assim como em matéria de *Judicial Review*, em relação ao trato da alteração ou revogação do precedente estaríamos criando sistemáticas complexas e bem diversas daquelas praticadas no ambiente jurídico norte-americano.

Lá, ainda que a adoção do *prospective overruling* certamente exista, não é prática tão comum. Nem, tampouco, a sua defesa constitui a posição dominante: nos Estados Unidos as decisões pelas quais um precedente é revogado têm, ordinariamente, efeitos retroativos (e não modulados). Isso, fundamentalmente, porque não se trataria de homenagear a proteção da confiança, apenas: a limitação do *overruling* a um caso, isoladamente, sem estendê-lo a outros casos similares *sub judice*, afetaria a igualdade e a consistência dos julgamentos, como indica Marinoni:

“Não obstante, embora com a irretroatividade dos efeitos do overruling ou com o overruling com efeitos prospectivos se garanta o princípio da segurança e se proteja a confiança nos atos do Poder Público, daí também podem advir custos ou prejuízos. O prospective overruling pode gerar resultados ou decisões inconsistentes, especialmente quando se está diante do overruling cujos efeitos

apenas podem ser produzidos a partir de certa data ou do overruling cujos efeitos retroativos incidem apenas sobre determinado caso.” (2017, p. 1.059)

Já o tratamento das divergências que se manifestam no seio do próprio tribunal, diante da regra do *stare decisis* e da dimensão horizontal da vinculatividade, é bem mais complexo.

Também por aqui, avultam questões como a da intermitência do respeito à colegialidade, ainda que ela seja corolário dos mesmíssimos vetores que impulsionam a observância e obrigatoriedade dos precedentes. Tal situação demonstra bem uma outra das dificuldades enfrentadas, em nosso país, na incorporação de categorias dogmáticas e culturas institucionais adequadas ao trabalho com precedentes vinculantes. É o que constatam, embora um tanto genericamente, Nunes e Viana (2018, p. 37):

“O sentido da colegialidade em ambos os sistemas é igualmente diverso. Se nos países tradicionalmente filiados ao common law os juristas possuem um respeito intrínseco à deliberação colegiada, com aberta contraposição, debate e deliberação de entendimentos diferentes, nos países filiados ao civil law, a exemplo do Brasil, trabalha-se com recorrência com ilhas decisórias, e frequentemente o julgamento se dá por adesão a votos (decisões) que já são levados prontos à sessão de julgamento.”

A própria forma de registro, expressão e consequência dos votos prevalentes e dos eventuais votos dissidentes, igualmente, não pode ser menosprezada nessa equação.

Em um sistema de prolação de votos múltiplos, como aquele que é adotado pelo Supremo Tribunal Federal, a formação do precedente dependeria da existência de inequívoca maioria do colegiado na adesão ao(s) fundamento(s) determinantes da decisão. Isto é, dependeria da formação de uma clara maioria quanto à *ratio* ou às *rationes decidendi* que levaram à decisão majoritária. Ora, tal maioria não se confunde, necessariamente, com a maioria que teria determinado, ou não, o provimento do recurso, uma vez que recursos podem ser providos ou improvidos com apoio em distintos fundamentos.

Ademais, ainda que não houvesse divergência, é certo que o dispositivo da decisão muitas vezes não traz sequer uma pista da *ratio decidendi*, mesmo nos julgamentos unânimes:

“a parte dispositiva não é capaz de atribuir significado ao precedente – esse depende, para adquirir conteúdo, da sua fundamentação, ou, mais precisamente, da ratio decidendi ou dos fundamentos determinantes da decisão. Na verdade, a eficácia obrigatória dos precedentes é, em termos mais exatos, a eficácia obrigatória da ratio decidendi. Daí a razão óbvia pela qual a eficácia vinculante não pode se limitar ao dispositivo da decisão. Só há sentido em falar em eficácia vinculante quando se pretende dar estabilidade e força obrigatória à ratio decidendi. Afinal, é a sua aplicação uniforme – e não o respeito à parte dispositiva da decisão – que garante a previsibilidade e a igualdade de tratamento perante a jurisdição, dando-se efetividade ao postulado de que casos semelhantes devem ser tratados de igual modo.

De forma que pretender que a eficácia vinculante seja limitada ao dispositivo é, antes de mais nada, não ter consciência de que a eficácia vinculante tem o objetivo de preservar a coerência da ordem jurídica, assim como a previsibilidade e a igualdade.” (MARINONI, 2017, p. 1.055-1.056)

Por tudo isso, são mesmo numerosas as decisões de que não se pode extrair precedente, dada a ausência ou falta de clareza acerca da *ratio decidendi*. Ademais, até pela ausência de uma consciência ou cultura institucional apropriada, ocorre que os fundamentos determinantes das decisões nem sempre são claramente enunciados e debatidos ao longo do julgamento, tornando difícil ou mesmo impossível identificá-los *a posteriori*⁵².

Marcelo Neves identifica, a propósito, “*um estilo ad hoc de argumentar na jurisprudência constitucional brasileira*”. Neste estilo de argumentação *ad hoc*, acaba por ser dada maior ênfase às particularidades do caso concreto e aos “*efeitos de curto prazo ou imediatos*” (como as manchetes dos jornais, arrisque-se dizer), ficando dificultada ou mesmo

⁵² “*Não se sedimenta uma jurisprudência que construa precedentes orientadores de futuros julgamentos. Relacionado a esse problema, ocorre, não raramente, uma deficiente clareza no fundamento da decisão. É verdade que essa questão relaciona-se com a própria organização institucional do procedimento de tomada de decisão no STF. Cada ministro apresenta votos (geralmente longuíssimos) em separado, aduzindo argumentos e razões os mais diversos. Não é comum que cheguem aos mesmos resultados com argumentos os mais diferentes. O acórdão final torna-se, em casos relevantes, inconsistente: o fato de a maioria ou a unanimidade decidir no sentido da parte dispositiva do acórdão nada diz sobre os seus fundamentos, pois cada um aduz argumentos que, em alguns casos, são incompatíveis. Como se orientar em futuros casos com base em um acórdão confuso e, eventualmente, contraditório em seus fundamentos?”* (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules – Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 199).

inviabilizada a universalização e replicação de uma eventual *ratio*. Recai-se, assim, em “‘casuismo’ descomprometido com a força normativa da constituição e a autoconsistência constitucional do sistema jurídico” (NEVES, 2013, p. 201). Mais uma vez, as renitentes questões institucionais e culturais do nosso Supremo podem cobrar o seu alto preço na imposição de dificuldades para a adequada implantação de um sistema de precedentes.

E persiste, no mesmo sentido, a dificuldade que vem trazida pelos numerosos julgamentos singulares ocorridos no seio do tribunal. Ainda que não consideremos que seja concebível reconhecer a decisões monocráticas a potência de criar precedentes, no estado atual de coisas do direito brasileiro haveria situações em que os órgãos fracionários, pelo menos, a teriam. Nos nossos tribunais superiores e, de resto, em todos os tribunais pátrios, os órgãos fracionários são os que produzem, depois dos julgadores monocráticos, o maior volume de decisões. No entanto, tem prevalecido o entendimento de que tais órgãos fracionários não teriam a prerrogativa de afastarem os precedentes estabelecidos pelos colegiados (ou pelos órgãos fracionários mais elevados, como no caso das Seções do Superior Tribunal de Justiça, em relação às Turmas).

Outro potencial impasse do *stare decisis* relacionado à modificação ou revogação de precedentes, ainda que um tanto diferente, é aquele representado pela natural alternância ou modificação da composição do colegiado ou dos órgãos fracionários. Há quem afirme categoricamente, como Marinoni, que “o precedente se sobrepõe ao interesse dos juízes em afirmarem suas posições pessoais acerca do direito”. Não deveriam, por isso, ocorrer oscilações de tal ordem que restasse traída a “confiança legítima” depositada nos tribunais supremos pelas partes e por toda a sociedade (2019, p. 182-183).

Embora já se tenha afirmado que “o direito constitucional deve ter mais consistência do que a política” (STARGER, 2013, p. 42), a questão é controvertida diante do caráter dinâmico da doutrina do *stare decisis*, que seria “*all about context*” (idem, p. 45).

De qualquer modo, o fenômeno da crescente “não-colegialidade” não é exclusividade nossa: em muitos lugares os julgamentos monocráticos têm sido muitas vezes priorizados, em detrimento da colegialidade, principalmente em nome da celeridade, da garantia da razoável duração do processo e da efetividade da justiça. No caso das cortes superiores brasileiras, todavia, sabe-se que o alcance do princípio da colegialidade tem sido sistematicamente minado pela atividade dos órgãos fracionários. E, igualmente, pelas muitas

ampliações, ao longo dos anos, das competências atribuídas aos relatores, em especial na filtragem e bloqueio recursal (mas não apenas).

Haveria sempre a salvaguarda dos recursos contra as decisões monocráticas que podem ser dirigidos a órgão colegiado, é bem verdade. Mas é bem sabido, contudo, que quando o solipcismo jurisdicional é exercido dentro dos próprios tribunais, a sua revisão nunca será plena, diante dos recursos disponíveis.

Mas algumas das práticas observadas no Supremo Tribunal Federal, por exemplo, dão uma dimensão da seriedade do problema entre nós, na medida em que orientações do seu Plenário ou das Turmas são cotidianamente desconsideradas (ou desobedecidas, a depender da visão que se tenha) em decisões monocráticas, com enorme delonga na sua reapreciação colegiada. É conhecido, inclusive, o odioso hábito da retenção dos feitos nas mãos dos relatores, que, após proferirem as suas decisões singulares, muitas delas liminares, por vezes demoram a levar os casos a julgamento pela turma ou pelo plenário. Por isso mesmo, não parece tão desarrazoada aquela crítica segundo a qual se teria, hoje, não um único Supremo Tribunal Federal, mas onze ilhas judicantes, onze supremos tribunais federais.

Portanto, as análises críticas da possibilidade, ou não, de órgãos fracionários ou até dos juízos monocráticos discreparem dos precedentes ditados por órgão colegiado do mesmo tribunal, de modo algum tem resultado em soluções fáceis ou evidentes⁵³.

De outra parte, a incorporação do *stare decisis* e da vinculatividade dos precedentes redundaria, é importante marcar, a superação da arraigada ideia de “jurisprudência dominante”. Mesmo porque a noção de jurisprudência dominante tem sido concebida como redução da doutrina europeia-continental da *jurisprudence constante*, naquilo que esta exigiria os requisitos de constância e uniformidade das decisões anteriores sobre a matéria.

Em tal arquitetura, quanto mais alto fosse o grau de uniformidade das decisões, maior seria o seu caráter persuasivo (FON; PARISI, 2006, p. 522). Isto é, a autoridade da

⁵³ Sem falar na inobservância, por vezes seguidas, da reserva de plenário vigente em matéria de controle de constitucionalidade (art. 97 da Constituição e Súmula Vinculante 10 do STF), sob o pretexto de exercer um papel “iluminista”. O aprofundamento de tal debate, no entanto, escaparia ao escopo do presente trabalho. Sobre a colegialidade relacionada aos precedentes, como garantia da eficácia destes, ver NUNES, Dierle. Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos, em *Revista brasileira de direito processual: RBDPro*, v. 23, n. 92, out./dez., 2015, p. 61-81.

jurisprudence constante advém dos vetores materiais de constância e uniformidade do conteúdo, ademais da continuidade no tempo (uma *inveterata consuetudo* jurisdicional). E ainda que meramente persuasiva, a sua autoridade assume relevância.

Já no quadro complexo do direito constitucional e processual brasileiros, enquanto ao termo genérico “jurisprudência” pode e deve ser atribuído o sentido de representar uma reiteração de julgamentos em determinada direção, ao termo “jurisprudência uniformizadora” não se faria a mesma exigência, já que, nos termos do Código de Processo Civil (arts. 927, III e V, 947 e 976 a 987), esta é mais dependente da forma como se realiza o julgamento do que da reiteração de julgamentos (MITIDIERO, 2018, p. 104). Apesar disso, a “jurisprudência uniformizadora” impõe observância obrigatória, enquanto a jurisprudência em geral não.

Estaria por superar, igualmente, aquele superficial, mas arraigado, jurisprudencialismo de ementas e de teses. O “ementismo” e o “tesismo”, tão vulgares entre os operadores do direito nacional, são diametralmente opostos ao espírito de um modelo de precedentes.

Na verdade, o seu uso acrítico e disseminado tem assumido uma função antirracional de argumento de autoridade, de adulação de juízes e tribunais. Passando ao largo dos argumentos de mérito, o ementismo e o tesismo têm se prestado, sempre, a reduzir complexidades e contornar as controvérsias mais sutis.

Como afirma Klaus Koplin, avaliando os cinco anos de vigência do Código de Processo Civil, ainda são frequentes as decisões “baseadas na mera invocação ou transcrição de textos legais, fundamentações genéricas, aplicações automáticas de ementas e teses de tribunais superiores e afastamento de regras legais específicas com base em princípios constitucionais genéricos”, que funcionam como “verdadeiros ‘passes de mágica’ ou ‘coelhos’ tirados da ‘cartola’ – sem maior esforço argumentativo”.

Assim – em manifesta desconsideração das implicações dos artigos 489, § 1º, V, e 926, § 2º, do novo Código –, “Continuamos presos, em nossas petições e despachos, à mera transcrição de ementas (‘ementismo’) e à simples aplicação de teses firmadas pelos Tribunais Superiores, como se fossem artigos de lei (‘tesismo’)”⁵⁴.

⁵⁴ “De um sistema de precedentes efetivamente operacional, segundo meu ponto de vista, pouco ou nada se pode até agora dizer. Temos um sistema proposto pelo Código – não totalmente claro, nem perfeitamente coerente, nem

*isento de críticas. Um sistema que tem gerado profundos desacordos na doutrina, em que pese alguns autores venham se destacando por pela apresentação e pelo aperfeiçoamento constante de construções sólidas, elaboradas e bem fundamentadas. Entre os operadores do direito, parece haver baixa compreensão a respeito do que sejam precedentes e acerca do método refinado de trabalho que eles exigem – verdadeira mudança de racionalidade! Continuamos presos, em nossas petições e despachos, à mera transcrição de ementas ('ementismo') e à simples aplicação de teses firmadas pelos Tribunais Superiores, como se fossem artigos de lei ('tesismo'). Fundamento determinante ('ratio decidendi')? Afirmação feita de passagem ('obiter dictum')? Moldura fática? Raciocínio analógico? Distinção ('distinguishing')? Superação ('overruling')? No dia a dia, passamos ao largo de tudo isso. Quando muito, tentamos alguma modulação de efeitos – isso quando não a realizamos de modo equivocado. O foco dos tribunais aparentemente reside mais na padronização de julgamentos e na consequente diminuição da desumana carga de trabalho do que na necessária unificação da interpretação de textos normativos constitucionais e legais, com vistas à construção de um sistema capaz de oferecer segurança jurídica e de promover igualdade e liberdade” (KOPLIN, Klaus Cohen. 18/03/2021: um balanço crítico dos primeiros 5 anos de vigência do novo CPC, em *Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 21, nº 1.490, 21 de março de 2021, disponível em <https://www.paginasdedireito.com.br/colunistas/klaus-cohen-koplin/8438-18-03-2021-um-balanco-critico-dos-primeiros-5-anos-de-vigencia-do-novo-cpc>, acessado em 15/06/2021).*

Segunda Parte

Resistências da Cultura, Atualidade da Noção de Fontes do Direito e Normatividade dos Precedentes: Aproximações entre o Brasil e a Louisiana

2.1 A cultura do *stare decisis* e do precedente vinculante diante do caráter antiprecedencial das súmulas da jurisprudência brasileiras

“Tendo chegado à magistratura, como eu cheguei, a partir de um início de vida no norte suburbano de Londres, penso saber exatamente o que é o precedente. O precedente é uma mãe judia. Você não tem que fazer o que ela manda, mas isso vai fazer com que você se sinta muito mal. O precedente diz ‘Vá em frente, divirta-se. O seu pai e eu nem precisamos de tanto sono’. Isto é, para dignificar um pouco a metáfora, o precedente é um Leito de Procrusto, no qual os juízes passam noites dolorosas, sendo espremidos ou torturados”.

(Stephen Sedley, *Never Do Anything for the First Time*)⁵⁵

⁵⁵ “Coming to the bench as I do from a suburban north London background, I think I know exactly what a precedent is. Precedent is a Jewish mother. You don’t have to do what it tells you, but it makes you feel terrible about not doing it. Precedents says ‘Go ahead, enjoy yourself. Your father and I don’t need that much sleep’. It is, to dignify the metaphor a little, a bed of Procrustes on which judges spend painful nights being either cramped or racked” (Ashes and Sparks – Essays on Law and Justice. Cambridge University Press, 2011, p. 203).

Parece certo que a opção pela incorporação de caracteres do modelo anglo-americano não se reduz apenas a questões de economia de meios, racionalização da demanda e controle institucional. A opção se justificaria, precipuamente, em função das imposições de igualdade, justiça e segurança jurídica.

Em nome da promoção da racionalidade e da unidade do direito, não apenas há que se fundamentar todas as decisões; há, também, que se decidir semelhantemente os casos semelhantes (tanto no plano da uniformidade, quanto da continuidade), além de garantir a vinculação do juiz a tal *ratio*. Assim, por meio de um refinamento da atividade jurisdicional apoiada na aplicação de precedentes, haveria uma maior aproximação das desejáveis consistência e coerência do sistema jurídico⁵⁶.

É bem verdade que, desde a sua origem inglesa, sempre tem sido difícil a determinação o que seria exatamente o precedente. E se puder ser definido pela sua *ratio decidendi*, que deveria ser determinante de cada julgamento, ainda assim não haveria uma metodologia única devotada à “descoberta” daquela proposição jurídica que, diferentemente das *obiter dicta*, apresentar-se-ia como imprescindível para o julgamento. Frequentemente o precedente estará, portanto, tanto quanto a pretensão de segui-lo, cercado de alguma indeterminação e, até, de ambiguidade.

Por outro lado, uma enunciação muito clara, específica e categórica da *ratio decidendi* poderia criar uma inflexibilidade perniciosa: como garantir a sobrevivência de um precedente que, por sua rigidez, acabasse por se mostrar inadaptável a novas situações, que, afinal, sempre aparecerão? Isto é, quando a *ratio decidendi* que constitui o precedente não puder comportar algum tempero, seria o próprio *stare decisis* que estaria ameaçado.

Talvez a *ratio* acabe sendo, nesse último aspecto, nada mais do que alguma proposição jurídica que, no futuro, um tribunal encontre, convenientemente atribuindo-lhe a uma decisão anterior e, ainda mais, afirmando-a como fundamento daquela decisão. Em todo caso, ainda que de definição fugidia, o termo confere uma “*ilusão de referência e, portanto, de*

⁵⁶ E com o reforço representado pela incorporação do *stare decisis*, adviriam as igualmente desejáveis estabilidade e previsibilidade.

estabilidade e certeza jurídica, enquanto a realidade do direito é mutável” (MACCORMICK, 2005, p. 145)⁵⁷.

Tanto em sua origem inglesa quanto nos seus relevantes desdobramentos norte-americanos, a doutrina do precedente e a técnica do *stare decisis* sempre foram apresentados como estando a serviço da isonomia na aplicação do direito, tanto quanto da previsibilidade e da estabilidade do *Common Law*. Em décadas mais recentes, contudo, o quadro foi se modificando.

Na Inglaterra, ainda ao tempo em a *House of Lords* detinha funções judiciais, a adesão rigorosa ao *stare decisis*, no que respeita à sua vinculação horizontal, foi mitigada pelo notório *Practice Statement* de 1966. Decidiu-se, então, que muito embora o uso do precedente seja uma “*indispensável fundação*” do direito e proveja tanto “*um apoio para o ordenado desenvolvimento de regras jurídicas*” quanto “*algum grau de certeza com base no qual os indivíduos podem confiar na condução dos seus negócios*”, “*a adesão rígida ao precedente pode levar à injustiça em um caso particular*”, além de “*restringir indevidamente o adequado desenvolvimento do direito*”⁵⁸.

⁵⁷ O autor não se inclui, todavia, entre os mais céticos acerca da definição do termo, como se vê em outro ponto do mesmo texto, quando oferece um “*modelo de ratio*”: “*ratio decidendi é uma decisão que, expressa ou implicitamente, é suficiente para decidir uma questão de direito [fundamento] suscitada pelos argumentos das partes em um processo, sendo uma questão sobre a qual uma decisão era necessária para a justificação (ou uma das suas justificações alternativas) do julgamento do processo pelo juiz*” (MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*. Oxford Oxford University Press, 2005, p. 153). Já os “*argumentos de princípio e argumentos que considerem outros casos ou as consequências da decisão escolhida e das suas alternativas pertencerão à classe dos obiter dicta*” (idem). Aliás, os *obiter dicta* não deveriam ser menosprezados simplesmente porque não seriam vinculantes. Afinal eles incluem “*a discussão feita pelo juiz acerca dos valores inerentes ao direito, assim como a ponderação dos princípios e até mesmo as suas tentativas de formulação de princípios que, até aquele momento, estariam mais implícitos do que explícitos no direito*” (idem, ibidem, p. 160).

⁵⁸ “PRACTICE STATEMENT (JUDICIAL PRECEDENT)

26 July 1966 — BY THE LORD CHANCELLOR (LORD GARDINER)

Judicial Precedent – House of Lords – Modification of Practice – Former decisions of House normally binding – Departure from previous decisions when appearing right to do so.

'Before judgments are delivered today, I wish to make the following statement on behalf of myself and the Lords of Appeal in Ordinary:

Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify

E apesar das diferenças entre as realidades constitucionais inglesa e norte-americana, também na Suprema Corte americana, mais ultimamente, o *stare decisis* teria sido levado ao que tem sido caracterizado como um ocaso, ou pelo menos, uma crise⁵⁹.

Como afirma Algero, por um lado é fato que os sistemas de *civil law* e jurisdições mistas têm valorizado cada vez mais os precedentes, enquanto elementos que conferem maior previsibilidade e estabilidade ao direito. De outra parte, é também verdade que os tribunais de *common law* os Estados Unidos têm se aproximado da maior flexibilidade que é inerente ao *civil law* no que respeita ao *stare decisis*, considerando que é cabível a revisão do precedente cujas razões são equivocadas, está desatualizado, ou tem aplicação dificultada por algum motivo⁶⁰.

Pelo menos em matéria constitucional, outrossim, tem prevalecido a noção de que o compromisso da corte seria diretamente com a Constituição, não com os precedentes. Assim, em determinados temas constitucionais haveria uma instabilidade tal que, a cada vez que se declara vaga uma das cadeiras naquela corte, a opinião pública americana se apressa em apostar nas prováveis mudanças⁶¹ (no que nós, brasileiros, estamos muitos próximos).

their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.

This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.”

(GARDINER, Gerald Austin, The Weekly Law Report 1234, Aug. 5, 1966)

⁵⁹ Como se poder ler em SCHAUER, Frederick. Has Precedent Ever Really Mattered in the Supreme Court?, em 24 *Ga. St. U. L. Rev.* (2012), p. 381-401.

⁶⁰ A autora faz referência, exemplificativamente, a dois julgamentos: “*Citizens United v. Fed. Election Comm’n*, 130 S. Ct. 876, 911-12 (2010) (*recognizing the need to respect precedent ‘unless the most convincing of reasons demonstrates that adherence to it puts us on a course that is sure error’*. Examples of potential reasons include a precedent that was not well reasoned, that is perhaps out of date, and that has been questioned or shown to be unworkable)”. Em *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827-28 (1991), pode-se ler: “*Stare decisis is the preferred course, because it promotes the evenhanded, predictable and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decision, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process. Adhering to precedent is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than it be settled right. Nevertheless, when governing decisions are unworkable or are badly reasoned, this Court has never felt constrained to follow precedent. Stare decisis is not an inexorable command; rather it is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest decision*” (ALGERO, Mary Garvey. Considering Precedent In Louisiana: Balancing the Value of Predictable and Certain Interpretation with the Tradition of Flexibility and Adaptability, em 58 *La. L. Rev.*, 2012, p. 114-128).

⁶¹ “*IS ROE vs. WADE IN DANGER?*” e as suas muitas variações, por exemplo, tem sido uma manchete frequente.

Por outro lado, é possível afirmar com tranquilidade que o sistema jurídico do *Common Law* foi se apegando aos precedentes – e ao *stare decisis* –, ao longo do seu multissecular desenvolvimento, como veículos de fixação (*entrenchment*) normativa. Acerca de sua origem histórica e desenvolvimento inicial, a constatação que tem sido feita é mais ou menos óbvia: já existindo um eficiente e respeitado sistema de tribunais, e à míngua de legislação e códigos, haveria que se perseguir os valores de estabilidade e de previsibilidade naquela fonte que, há muito tempo, vinha se apresentando como a mais confiável.

Disso teria decorrido que os precedentes foram, com o tempo, ganhando outro *status*, essencialmente prescritivo, transcendendo a sua característica de articulação de razões, para a criação de uma norma (*rule*) decisória para eles próprios assumirem. Em sua formulação linguística mesma, um significado canônico de norma (*rule*) (SCHAUER, 1991, p. 180). Isto é, prestando-se os precedentes a fornecer prescrições dotadas de autoridade aptas a determinar como serão decididos casos futuros.

Mais recentemente, também os novos campos do direito americano, tais como os direitos trabalhista, previdenciário, societário etc., em grande parte forjados enquanto *case law*, acomodaram-se às consagradas práticas estabilizadoras do *common law*: o acatamento do precedente. Isto é, sem as minuciosas codificações características do direito europeu-continental, a adesão ao precedente se mostrou imprescindível (POSNER, 2010, p. 144).

Tal se dá de tal maneira, e há tanto tempo, que o uso do precedente pelos tribunais norte-americanos nem sequer poderia ser considerado fruto da deliberada aceitação ou de uma doutrina, estando mesmo incorporado na cultura das insituições e de todos os profissionais do direito, não apenas juízes. De modo algum isso significa, contudo, que a questão seja simples, ou que não persistam grandes polêmicas envolvendo o precedente.

Deve ser ressaltado, a propósito, que diferentemente das prescrições de origem legislativa, que em sua forma de origem já trazem os atributos de generalidade e abstração, a aplicação dos precedentes dependerá de um ulterior raciocínio de contínua construção jurisprudencial, eis que, somente a partir dos termos de uma única decisão, que diz respeito a fatos determinados e específicos, não se tem os elementos necessários para a generalização. Tal dependerá do tribunal que, ao se ocupar de um novo caso, irá se basear no parâmetro definido no primeiro julgamento e realizará, assim, a generalização que viabiliza que o precedente tenha caráter prescritivo. Ou melhor: seja considerado, pelo tribunal que o reconhece e que a ele adere, aplicando-o enquanto precedente, como dotado de caráter prescritivo.

Tem-se, portanto, especialmente na definição da *ratio decidendi* que anima o precedente, um permanente diálogo entre as cortes superior e inferiores: já que estas terão sempre que reconstruir o conteúdo do precedente e de sua *ratio*, que a cada aplicação terá que ser confrontada com os fatos pertinentes aos novos casos, continuamente acrescerão ao conteúdo do precedente e contribuirão à sua permanência e replicabilidade.

A dinâmica de reconstrução não se limita, assim, ao alcance e pertinência da *ratio decidendi*, mas depende das descrições e ulteriores compreensões dos próprios fatos.

Mas mesmo antes de tal reconstrução, tem-se um olhar voltado à própria “qualificação” de um precedente enquanto tal. Isso porque se, na aplicação de precedentes, é imprescindível “*uma atividade prévia e analítica do caso julgado, de modo a se extrair a respectiva ratio decidendi e as hipóteses de sua aplicação*”, de outra parte não se tem, na sua “*formulação discursiva inicial (julgamento)*”, “*explícita a regra universalizável, devendo ser extraída por análise*” (SCARPARO, 2019, p. 146).

É também evidente que o primeiro precedente, de uma linha de precedentes, poderá não ter sido baseado, ele próprio, em um precedente, o que complica muito a tese de uma inerente autoridade ou prescritividade. Pode acontecer, igualmente, que a adesão ao precedente seja, na realidade, a tentativa de cimentar o *overruling* de um precedente dominante, de maneira que se força a escolha de um outro precedente, dentre vários, a partir de elaboradas justificações de *distinguishing*, tudo porque muitos juízes relutariam em expor as engrenagens de um sistema que quer aparecer como contínuo e estável (POSNER, 2010, p. 45).

Também a própria vinculatividade dos precedentes é matéria polêmica. Ainda que o afastamento do precedente sempre demande cuidados e justificações, afinal o *stare decisis* seria expressão e corolário do *Rule of Law*, o respeito dos juízes americanos ao precedente tem sido considerado mais um “*principle of policy*” do que um “*inexorable command*”, como se lê em voto de Frankfurter em *Helvering v. Hadlock*, 309 U.S. 106, 119, 1940 (SELLERS, 2008, p. 18).

O próprio MacCormick não está entre os mais entusiasmados defensores da ideia de se atribuir caráter absolutamente vinculante dos precedentes. Isso porque, em sua concepção, as *rationes* seriam “*elementos necessários das justificações das decisões relativamente aos casos e aos argumentos trazidos pelas partes*”. Assim, “*deveríamos reconhecer a insensatez de qualquer doutrina sob a qual eles [os precedentes] seriam tratados como absolutamente vinculantes a partir de um único caso*” (MACCORMICK, 2005, p. 154).

Daí a sua preferência pela atribuição de caráter persuasivo aos precedentes, levando em conta questões de justiça e interesse público, entre outras, naquilo que podem assegurar “consistência racional” (MACCORMICK, 2005, p. 157). Seria imprescindível, no entanto, que tal escolha fosse baseada em uma teoria razoavelmente estrita da definição e identificação da *ratio*, como ele mesmo admite (idem, p. 154).

Já no que toca ao nosso país, o peculiar instituto das súmulas – ou, mais precisamente, dos enunciados da súmula de jurisprudência –, existente há décadas no panorama jurídico brasileiro, esteve sempre muito distante do seu *telos* originário. Pensadas para funcionarem como um “método de trabalho”, teriam adotado como modelo o *stare decisis et non quieta movere* (ZANETI JR., 2016, p. 179).

No entanto, a função prática que as súmulas viriam a assumir as aproxima muito mais dos “assentos” portugueses: assegurar a estabilidade e a uniformidade da jurisprudência, mas a partir de um controle centralizado e não necessariamente apoiado em uma *inveterata consuetudo* jurisdicional, além de dissociadas de um contexto decisório de caráter argumentativo. Diz ainda Zaneti Jr.: “*Trata-se aqui do fenômeno da recepção frustrada pela cultura local. Queriam os ministros do STF criar um sistema de precedentes, mas criaram um sistema de centralização e unificação do direito a partir dos tribunais superiores*” (idem, p. 180).

A primeira razão disso é evidente: o caminho até a súmula pressupõe a existência de julgados reiterados que, na linha de um julgado com caráter de precedente – ao criar uma tese jurídica acerca de uma questão –, acaba por ser representativo do firme entendimento do tribunal sobre a tal questão.

Mas uma vez sumulado esse firme entendimento relativo à tese desenvolvida, a sua formalização enquanto “enunciado da súmula de jurisprudência” acaba por ganhar vida própria. Ganhando autonomia o enunciado, enquanto um verdadeiro axioma, a sua consideração pode prescindir do exame de todas as condições e análises que, a certa altura do processo, levaram à sua adoção. E levando ao extremo a observação, seria possível dizer que o precedente sumulado já deixaria de ser precedente. Isso porque, tomado o precedente no sentido mais consagrado pela doutrina jurídica, uma vez que tenha sido comprimido e extraído para ser formulado como enunciado da súmula (ou, mais simplesmente, súmula), já passa a ser uma outra coisa, que teria aplicação independente daquela que existia na origem.

O fato é que, depois de sucessivos ganhos de protagonismo na legislação ordinária, ainda no período de vigência do Código de Processo Civil de 1973, a eficácia jurídica da súmula alcançou patamar inédito pela Emenda Constitucional nº 45, como já aludido, em seu caráter vinculante do Poder Judiciário e da Administração Pública. Será o final de uma trajetória de ascensão? Provavelmente não, inclusive por conta das imprecisões conceituais e omissões em que seguimos incorrendo, apesar da evolução que o tratamento da matéria obteve, mais recentemente.

Parece notório que o esforço de ordenação e sistematização empreendido pelo novo Código de Processo Civil de 2015, como se percebe pelo teor dos seus artigos 489, § 1º, 926 e 927 – para ficar apenas nestes –, levou-nos a outro patamar.

Contudo, mesmo na redação do inovador artigo 927 são patentes algumas perniciosas confusões técnicas, como critica Mitidiero (2018, p. 102-104). Por exemplo: entre os conceitos de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante do precedentes; entre plano da aplicação e plano da interpretação do precedente; entre súmulas e precedentes. Quanto a esta última confusão, o prejuízo se dá, precipuamente, na contribuição que a redação legislativa dá à tendência de abstratização dos enunciados da súmula. Tal se dá na medida em que se omite em coibir a desconsideração não apenas dos próprios precedentes subjacentes à súmula, mas, mais ainda, das circunstâncias fático-jurídica que condicionaram a formação de tais precedentes.

Assim, ainda está por ser melhor compreendida aquela ressalva, quase paradoxal, de que não seria a própria súmula vinculante que vincula, e sim os precedentes dos quais ela teria sido extraída:

*“escapa ao legislador que precedentes e súmulas estão em níveis distintos. É um equívoco, portanto, tratá-los como se estivessem no mesmo plano, como o faz o art. 927 do CPC. Súmulas são enunciados que visam a retratar de modo simples e direto precedentes. Em uma palavra: são extratos. Súmulas, portanto, são enunciados que visam a retratar precedentes, alocando-se em um nível acima do nível do precedente. Por essa razão é que obviamente devem se ater às circunstâncias fático-jurídicas que deram azo à formação dos precedentes subjacentes (art. 926, § 2.º, do CPC). Isso quer dizer que o legislador deveria ter dito que os precedentes – enunciados ou não em súmulas, vinculantes ou não – obrigam juízes e tribunais. **Rigorosamente não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes.**” (MITIDIERO, 2018, p. 104; grifei)*

Considerando tão-somente as expressas e vigentes dicções constitucionais e legais, mas também o significado que a prática jurídica lhes tem atribuído, os enunciados sumulares vinculantes vinculam, sim.

De tal modo, tais institutos jurídicos pátrios, enquanto súmulas imperativamente vinculantes, que dispensam a consulta aos precedentes de que se originam, assumem um caráter manifestamente “antiprecedencial”. E com isso, afastam-se sobremodo daquelas máximas, tão conhecidas do direito inglês, segundo às quais “*Declarações judiciais de princípio não devem ser tratadas como se fossem as palavras da lei, nem como regras fixadas em pedra*” e “*Precedente deve atuar como um guia, não como uma jaula*”⁶².

Hoje, as súmulas brasileiras são algo único, talvez no mundo inteiro. Ademais têm origem, disciplina jurídica e sentido prático em tudo muito distantes da doutrina do *stare decisis* e do modelo de precedentes, em quaisquer das suas formulações. Isso porque o seu caráter vinculante, constitucionalmente assegurado de modo expresso, estabelece repercussões ímpares.

E também por conta da forma da súmula – um enunciado categórico, objetivo e o mais sintético possível –, acaba por se descolar das circunstâncias e dos casos que serviram de paradigma para a sua elaboração. E mesmo esta, a sua elaboração, no afã de garantir uniformização e consolidação da jurisprudência dominante, não tem como escapar das simplificações e generalizações indispensáveis para o fim de poder assumir um caráter idealmente formulístico (e, por conseguinte, afastado tanto das *rationes decidendi* que deram alicerce ao que restou afinal decidido pelo tribunal, quanto dos fatos e circunstâncias ali considerados)⁶³.

⁶² A primeira máxima se origina de voto pronunciado por Lady Hale em julgamento da Suprema Corte do Reino Unido: “*the words used by judges in explaining why they are deciding as they do are not to be treated as if they were the words of statute, setting the rules in stone and precluding further principled development should new situations arise*” (Woodland v Essex County Council [2013] UKSC 66). A segunda máxima provém de julgamento da Divisão Civil do Tribunal de Apelação da Inglaterra (e Gales), em que Sir Thomas Bingham assim se expressou: “*precedent should act as a guide not a cage*” (R v IR Commrs, ex parte Unilever & Anor [1996] BTC 183).

⁶³ “O juiz britânico se encontra, portanto, mesmo nos casos em que ele estiver “vinculado” à ratio decidendi do caso anterior, livre para aplicar a técnica do distinguish e diferenciar o seu caso do caso tomado como paradigma, bastando para tanto que apresente uma justificativa razoável para a conclusão de que as semelhanças entre os casos em consideração não são suficientemente relevantes para justificar uma solução idêntica. No sistema jurídico do Reino Unido, como explica Simpson, as regras jurisprudenciais podem ser descritas como “entidades incompletas”, pois elas estão sempre sujeitas a novas exceções a serem adicionadas por juízes posteriores quando estes distinguem o caso a ser decidido daquele coberto pela regra judicial. No direito brasileiro contemporâneo,

Tornaram-se “*uma especificidade do direito brasileiro, já que não se encontram no direito comparado muitos sistemas jurídicos que outorguem ao Judiciário – ou a um dos órgãos desse poder – a prerrogativa de estabelecer enunciados normativos gerais e abstratos*”, ainda mais tendo em vista que a sua “*validade (e força normativa) pode ser verificada abstraindo-se dos precedentes judiciais que colaboraram para a sua promulgação*” (BUSTAMANTE, 2013, p. 72). E em razão mesmo de tais características, pelas quais não se consegue “*fazer ver a relação entre a solução da questão de direito e as particularidades da situação conflitiva concreta e, assim, sequer oferece critérios para o distinguishing*”, “*as súmulas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito*”, como reconhece Marinoni, sendo “*uma lamentável e ineficaz tentativa de alguns sistemas de civil law para o encontro da uniformidade da interpretação*” (2019, p. 160, nota 22).

Feita antes, já, a referência à similitude com os assentos portugueses, é interessante notar que em Portugal, enquanto os assentos tiveram validade, foi longa a discussão teórica acerca da natureza e do alcance de sua vinculatividade.

Dado o seu caráter prescritivo, o assento não significaria apenas a solução do concreto caso decidido, mas, também, impor uma “*norma geral e abstracta, proposta à predeterminação normativa de uma aplicação futura, suscetível de garantir a segurança e a igualdade jurídicas*”. E enquanto tal, uma atípica “*prescrição jurídica (imperativo ou critério normativo-jurídico obrigatório)*”, o assento “*não só se impõe com a força ou a eficácia de uma vinculação normativa universal como se reconhece legalmente com o carácter de fonte do direito*” (CASTANHEIRA NEVES, 1994, p. 37). Na prática jurídica mais comum, contudo, a vinculatividade dos assentos perseverou, até a sua definitiva extinção.

Já a súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, instituída em 1963 por meio de emenda ao seu Regimento Interno e entrando em vigor em 1º

por sua vez, verifica-se uma tendência – que pode ser ilustrada pelas recentes reformas processuais, as quais buscam cada vez mais a padronização decisória no âmbito do judiciário – de desconsiderar as individualidades do caso concreto e enxergar na súmula um pretexto para a “mecanização” de toda a atividade judiciária. Em vez de “casos”, passam os tribunais superiores a julgar “teses”, enquanto os tribunais ordinários e os juízes de primeira instância ficam reduzidos à condição de meros “aplicadores” de fórmulas genéricas construídas sem a sua participação.” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, Praticidade e Justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi, em COELHO, Sacha Calmon Navarro (org.). *Segurança Jurídica: Irretroatividade das Decisões Judiciais Prejudiciais aos Contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 73).

de março de 1964, pode até ter sido pensada sob inspiração anglófona, como já se comentou, mas os seus enunciados acabaram por falar a língua portuguesa. Tratava-se da jurisprudência “assentada” pelo tribunal: a exemplo dos bem mais antigos assentos portugueses, nascidos do ímpeto nacionalizante e centralizador do Estado português moderno, que, desejando que as suas leis não tivessem interpretações discrepantes, delegava aos seus “desembargadores” um poder normativo, a ser observado de modo geral e obrigatório, tanto quanto aquelas leis.

A despeito do seu carácter supostamente “interpretativo” os enunciados da súmula – tanto quanto os assentos portugueses – ganhavam autonomia de “norma geral e abstrata”. Distanciando-se dos julgados de que se originavam, recebiam e ainda recebem, ao longo do tempo, divulgação e aplicação prática dissociadas das próprias razões de decidir de que teriam sido deduzidas. E assim é, até hoje.

Muitas vezes se ignorando, mesmo, a conexão com os fatos concretos que deram margem às reiteradas decisões de que se originaram, assim como com as razões de decidir ali desenvolvidas, os enunciados da súmula tenderam e ainda tendem a ser consideradas mais pela sua própria dicção, enquanto enunciados prescritivos normativos, do que pelas razões de decidir que os originaram. Aliás, tal função já vinha denunciada pelo próprio emprego formal e legislativo do próprio termo “enunciado”, que nunca foi casual ou neutro. A sua história ademais revela que a aplicação sempre assumiu carácter mais abstrato e genérico⁶⁴.

É de admitir, ademais, o notório uso de cunho mais abstratizante e generalizante da súmulas encontrou conforto na tradição legalista tão arraigada entre nós: leis ou súmulas,

⁶⁴ “Diferentemente tanto do common law – onde a uniformização da jurisprudência se dá por meio de uma casuística semelhante à do direito romano do período clássico, já que o direito judicial é construído por meio de precedentes que vão sendo ou analogicamente estendidos ou analiticamente diferenciados em casos semelhantes – como do modelo francês e italiano de cassação – onde a unificação é realizada por meio de uma Corte de Cassação que decide apenas sobre questões de direito, sem preocupação específica com os fatos ou o mérito de uma ação judicial específica e podendo ser provocada pelas instâncias inferiores no curso de uma demanda judicial –, o direito brasileiro, desde o período colonial – por influência dos assentos do direito português, que continuaram produzindo efeitos jurídicos, mesmo após a independência, permanecendo formalmente válidos no Brasil até a promulgação da Constituição Republicana de 1891 –, sempre incluiu alguma forma de produção de regras jurídicas gerais e abstratas pelo Judiciário. Não parece inteiramente exato dizer, portanto, que a origem da súmula no Brasil remonta apenas “à década de 1960” e que o principal fator que levou à sua criação foi apenas “o acúmulo de processos pendentes de julgamento, a imensa maioria versando sobre questões idênticas” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, Praticidade e Justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi, em COELHO, Sacha Calmon Navarro (org.). *Segurança Jurídica: Irretroatividade das Decisões Judiciais Prejudiciais aos Contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 76-77).

todas se prestariam, indiferentemente, a fornecer as premissas maiores necessárias aos raciocínios silogísticos. O resultado é curiosíssimo: em país de tradição jurídica romano-germânica, os enunciados da súmula, que são originalmente definidos a partir de *judge made law* – e em tese sendo um instituto representativo da ideia inglesa e norte-americana de supremacia do judiciário –, acabaram ganhando autonomia prescritivo-normativa. E dotadas de abstração e generalidade, as súmulas acabaram por disputar com as leis (*statute law*) o *status* de parâmetros vinculantes das decisões jurídicas⁶⁵.

Bem se vê o peso do impacto que, assim, abate-se sobre qualquer tentativa de desenvolvimento de uma cultura e de uma prática institucional de precedentes em nosso país.

Em tal direção se orientando o nosso peculiar direito “sumular”, é esquecida aquela ideia fundamental de que, na origem da súmula, tinham-se votos (*opinions*) que, afinal, sempre cuidavam de justificar uma decisão. Como aponta MacCormick, tal característica é fundamental, já que, se um precedente (considerado em sentido amplo, aqui) alcança sentido normativo, tal se dá enquanto raciocínio orientado à justificação, seja para constituir o próprio direito, seja para guiar a sua interpretação. Inclusive na medida em que o uso dos precedentes demanda, necessariamente, uma teoria da justificação adequada ao trato das decisões judiciais, é duvidoso que qualquer compreensão do precedente possa avançar sem uma teoria da justificação jurídica (MACCORMICK, 2005, p. 144)⁶⁶.

⁶⁵ Muitas vezes sendo invocadas, as súmulas, até mesmo para afastar a lei. No enfático dizer de Streck, “as súmulas passaram a ter valor superior às próprias leis, sendo que, em muitos casos, muito além de serem interpretativas das normas vigentes, passam a ser, como já exposto anteriormente, fontes criadoras de leis, editadas contra as leis vigentes (Súmulas contra legem) e contra a Constituição Federal (Súmulas inconstitucionais)” (*Súmulas No Direito Brasileiro – Eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 251-252).

⁶⁶ “Inexiste, na maioria dos países da tradição jurídica continental, incluindo-se os países ibéricos e latinoamericanos que buscaram inspiração nesses sistemas jurídicos, como o Brasil, uma cultura argumentativa do precedente judicial. Mas isso não significa, no entanto, que nós não sigamos precedentes judiciais ou que os precedentes judiciais sejam incapazes de guiar a conduta dos juristas práticos. Embora tenhamos uma prática de seguir precedentes, não há uma teorização sobre eles. Interpretamos esses precedentes de maneira acontextual, como se fossem regras gerais idênticas às normas promulgadas pelo legislador, procurando evitar justamente o processo necessário e imprescindível de comparar os casos e suas circunstâncias particulares, bem como a incidência dos princípios fundamentais do direito sobre eles. Só é possível imaginar um único cenário pior do que esse: a hipótese de um sistema jurídico manter essa prática de ignorar as circunstâncias fáticas necessárias para a interpretação do precedente e, ao mesmo tempo, **importar** a norma jurídica do common law que estabelece o **efeito vinculante** dos precedentes judiciais. Convivemos, ainda, com outro paradoxo: ao interpretar as leis, fazemos questão de tomar em conta o seu contexto social, reportando-nos a teorias complexas e sofisticadas como a metódica estruturante de Friedrich Muller, que diferencia entre o ‘programa da norma’ (os significados textuais do legislador) e a ‘área da norma’ (que compreende o contexto empírico e social da norma promulgada) (ver:

Nas súmulas, enquanto “*conclusão geral explicitada por um tribunal a partir do exame de uma gama de casos já julgados, fazendo consolidar em um enunciado, nos moldes de regra geral*” (SCARPARO, 2019, p. 153), há o manifesto *detachment*, tanto da *ratio decidendi* quanto dos casos – e seus fatos determinantes – de cujo julgamento a súmula se originou.

Se é evidente que a disponibilidade de uma tal regra geral no sistema traz importantes vantagens, também é verdade que cobra o seu preço. E tal preço atinge o cerne, mesmo, de uma cultura dos precedentes: a sua função de justificação jurídica. Veja-se que a própria justificativa constitucional das súmulas (art. 103-A) prefere frisar a normatividade que em princípio proviria da lei (“*normas determinadas*”, atacáveis por ações constitucionais de impugnação), e não de eventual *ratio decidendi* adotada nos casos precedentes:

“§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.”

Por isso a utilização, neste trabalho, do termo “antiprecedencial”⁶⁷ para nos referirmos a uma das características das súmulas. Seria o instituto das súmulas manifestamente antiprecedencial porque boicota, ou sabota mesmo, os raciocínios jurídicos próprios do modelo de precedentes. Raciocínios, tais, que se pretenderia valorizar cada vez mais no direito brasileiro, incorporando-os à nossa cultura e às nossas práticas jurídicas institucionais e profissionais...

Na prática jurídica, de outra parte, as várias “gerações” de súmulas vêm implicando maior centralização e estabilização do direito aplicado pelos tribunais, o que, por um lado, evidentemente é positivo, na medida em que traz previsibilidade e ataca os males da

Muller, Frierich. *Discours de ma Méthode Juridique*. Trad. Olivier Juanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996). No entanto, ao interpretar os precedentes, agimos como o jurista francês da ‘escola da exegese’, que se remete a súmulas genéricas e descoladas da realidade, que são aplicadas segundo o método ‘dedutivo’ e o formalismo judicial” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC, em DIDIER JÚNIOR, Fredie; et al. (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 293-294; grifado no original).

⁶⁷ Não se trata, aqui, de tradução do termo em inglês *antiprecedential*, de uso consagrado especialmente nos Estados Unidos. Lá, o termo é utilizado, assim como o termo *anticanonical*, para referir aquelas decisões judiciais que ignorariam ou se oporiam, sem qualquer admissão expressa, a precedentes consagrados.

“grave insegurança jurídica” mencionada pelo texto constitucional. Por outro lado, contudo, o afã de obstar a “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” pode significar um parcial esclerosamento da prestação jurisdicional. Assim, a par de haverem instituído rigorosos filtros e bloqueios recursais que, tantas vezes, as súmulas têm represado ou mesmo impedido o reconhecimento e a legitimação de novas e importantes demandas sociais. Em outras palavras, as normas gerais trazidas pelas súmulas vinculantes seguidamente têm sido, elas próprias, as “trincheiras” na permanente “luta pelo direito”⁶⁸.

E isso tudo também se deve – possivelmente não apenas, mas a contribuição é decisiva – às atuais feições político-institucionais e culturais dos tribunais. Confrontados com demandas jurisdicionais crescentes, os tribunais reagem como lhes tem parecido possível. Hoje mais interessados em buscar novas formas de – desde cima – reduzir a litigiosidade, esvaziam, de modo talvez monológico e autoritário, certos conteúdos e debates jurídicos trazidos por algumas das impugnações provenientes das instâncias inferiores.

Logrando maior controle sobre a modulação das exigências de fundamentação das decisões e a gestão da demanda recursal, os tribunais têm praticado a denominada “jurisprudência defensiva”⁶⁹, mesmo diante das regras trazidas com a vigência do novel código processual. Se, por um lado, o novo código faz importantes e necessárias exigências ao exercício da jurisdição e ao processo de tomada de decisões, por outro lado, cristaliza e consolida a permanência de instrumentos aptos permitir práticas jurisprudenciais defensivas.

O desalento aqui expressado advém, assim, da apreciação de que a despeito das numerosas e significativas mudanças constitucionais e legais, com vistas a propiciar a consolidação dos precedentes (*lato sensu*), tais modificações têm ficado ainda muito longe de

⁶⁸ “Como o Direito é constituído por elementos político-ideológicos desde suas origens históricas e sofrendo, cotidianamente, influência das mutações das formações sociais, o advento as Súmula não deveria ter o condão de ilidir/tolher/aprisionar a atividade dos juristas. A prática, porém, demonstra o contrário, ou seja, que a auto-suficiência sumular/jurisprudencial – fruto de uma uniformidade propiciada pelos tribunais superiores – desempenha uma função aglutinadora, calibradora e padronizadora. Tal processo objetiva uma uniformização de sentido, que tem relação direta com um fator normativo de poder, o poder de violência simbólica” (STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas No Direito Brasileiro – Eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 260).

⁶⁹ Isto é, “a colocação, por parte dos tribunais, de filtros formais abusivos para o conhecimento do mérito recursal” (NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Ônus da Dialética*: Nova “Jurisprudência Defensiva” no STJ?, em *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 65, jul./set., 2017, p. 27).

poderem representar a introdução, em nosso país, de um sistema de *stare decisis* e de precedentes orientado a produzir as positivas transformações reclamadas.

Tentando evidenciar melhor: a principal questão talvez seja o equívoco, a nosso ver, de tantas vezes se tomar o precedente como se tomam as súmulas. Isto é, de se tomar um precedente como norma geral e abstrata, opaca e descontextualizada, isolada de suas origens argumentativas, principiológicas etc.. O equívoco de se tentar promover a igualdade, a segurança jurídica e a unidade do direito por meio de fórmulas canônicas, categóricas e sinteticamente enunciadas, que irão assumir o caráter de axiomas a serem arrolados em listagens, identificados por números sequenciais, que em nada aludem aos casos que um dia lhes serviram de paradigma, nem às discussões que antecederam os julgamentos.

Portanto, o que se está a pretender esclarecer, aqui, no contexto do direito brasileiro, é aquela relevante diferença feita pelo primeiro Dworkin, quando se referiu à “força gravitacional” e à “força dispositiva”⁷⁰ dos precedentes (1978, p. 110-123). Esta última, *enactment force*, implicaria que o precedente produzisse efeito nos casos futuros a partir das exatas palavras com que foi enunciado na decisão judicial que o veicula. Já a primeira, *gravitational force*, transcenderia a redação da decisão judicial que expressa o precedente, valendo-se muito mais da “*fairness of treating like cases alike*”:

“A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por qualquer teoria que considere que a totalidade da força do precedente advenha de sua força dispositiva, tal como se fosse um elemento de legislação. Mas a inadequação dessa abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria de cumprir disposições [normativas], mas à justiça de tratar igualmente casos iguais. Um precedente é a descrição de uma anterior decisão política; o próprio fato de que tal decisão, enquanto uma peça de história

⁷⁰ Ainda que se venha traduzindo – corretamente – o termo *enactment force*, para a língua portuguesa, como “força promulgadora”, aqui se optou por traduzir como “força dispositiva”. Trata-se de tentativa, pela qual desde logo se pede consideração benevolente, de uma interpretação talvez mais expressiva do caráter metafórico do conceito ensaiado por Dworkin. Ademais de explorar a óbvia relação com a terminologia processual, o que se pretende é mostrar a “força dispositiva” do precedente como aquela que seria exercida de modo predominantemente centrífugo, que, desde a superfície (das palavras), imporia um comando categórico ao aplicador, afastando-o, dificultando o exame do que estaria no centro do precedente. Já a “força gravitacional”, ao réves, atrairia o aplicador para o precedente, impelindo-o a romper a superfície das palavras e olhar para o interior do precedente mesmo, com o convite de analisar e refletir sobre o seu conteúdo.

política, fornece alguma razão para decidir outros casos de modo semelhante no futuro. Esta explicação geral da força gravitacional do precedente vale pela capacidade de superar a teoria do caráter dispositivo [do precedente], que é a de que a força do precedente refoge à linguagem de seu julgamento.” (DWORKIN, 1978, p. 112-113)⁷¹

Como se disse acerca dos assentos, consagrou-se a pretensão de uniformidade e controle vertical da jurisprudência, ao invés de se investir no objetivo de assegurar a unidade do direito pelo investimento na análise e consideração das razões de decidir. Unidade, esta, “*que pressupunha também uma certa e diferente compreensão da unidade da ordem jurídica ou dos seu sistema*” (CASTANHEIRA NEVES, 1994, p. 89), mas vem se frustrando. E em se frustrando, vem dando azo a forçadas “*tipificações e presunções (que levam à supressão de instâncias, redução de recursos, ao cumprimento de metas numéricas de julgamentos, tudo voltado à diminuição dos encargos do Poder Judiciário) configura a recusa do exame do caso concreto, fenômeno incompatível com as funções daquele Poder*” (DERZI, 2012, p. 105-106).

Muitas vezes se tem aquela autêntica “ementocracia”, que, mediante alusão genérica a ementas, bem como através de uma “excessiva abstrativização da súmula vinculante” (BARREIROS, 2016, p. 199), dá claro indício de desvirtuamento da utilização dos precedentes judiciais. Desvirtuamento, esse, que se dedicaria a buscar a consistência das decisões, sem perceber que tal busca acaba por se dar mediante o gravíssimo sacrifício da coerência.

No contexto de uma cultura interpretativa brasileira que ainda seria arraigadamente cognitivista ou, por outro lado, argumentativamente “preguiçosa”, arrisca-se afirmar, pelas súmulas, assim como pelo “ementismo” e pelo “tesismo”, tem-se a valorização da *enactment force* do precedente, em detrimento de sua mais importante *gravitational force*.

⁷¹ Curiosamente, pela coincidência temática em que se está agora a criticar, Dworkin refere que em suas atribuições o Juiz Hércules iria descobrir “*que era parte do estilo judicial anglo-americano, durante a última parte do século XIX e a primeira parte deste século [o XX], tentar elaborar declarações canônicas, de tal modo que alguém pudesse depois referir, por exemplo, à decisão em Rylands v. Fletcher. Mas mesmo nesse período, advogados e autores de manuais discordavam sobre quais partes dos votos das famosas decisões deveriam ser tomadas para fim de referência*” (1978, p. 110-111). Como aponta Duxbury, ao enfatizar a noção de força gravitacional dos precedentes Dworkin “*ilustra o equívoco de tratar a vinculação decisória ao precedente como equivalente à interpretação de disposições legais obrigatórias*” (DUXBURY, Neil. *The Nature And Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 61-62).

Daí a relevância daquela síntese exposta por Eros Roberto Grau, que, se pode valer para toda e qualquer interpretação jurídica, com mais razão ainda valeria para o abuso de ementas, teses e súmulas: “*Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços*” (2017, p. 86). E prossegue:

“A interpretação de qualquer texto de direito impõe sempre ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Por isso, insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.”

E não é só isso, pois, afinal, “*trabalhar com precedentes envolve atividades interligadas*”. Como descreve Scarparo, trata-se de examinar toda uma série de questões complexas que, embora relacionadas, são diferentes e colocam diante do profissional do direito – cada uma delas – os seus próprios problemas: “*a formação do precedente, sua interpretação e análise, a respectiva comparação com o caso problema e, se reconhecida identidade suficiente, a aplicação da estrutura racional do caso precedente ao caso problema*” (2019, p. 142).

Desta maneira, a pretensão de universalização para os casos futuros, que deveria se dar a partir da criteriosa identificação das razões de decidir, passa a se dar abstratamente, semanticamente mesmo, a partir da subsunção dos fatos a determinados enunciados. Esvaziada a súmula de razões e argumentos, a impugnação é impossível e a sua crítica direta e frontal praticamente se inviabiliza.

Na experiência de quem tem que impulsionar e sustentar judicialmente demandas cuja preterição é decorrente de súmula, passa-se a enfrentar um caminho muito mais longo e tortuoso, sem falar em mais dispendioso, para desafiar os precedentes cristalizados em enunciados sumulares.

É no dizer de Misabel Derzi (2012, p. 105-106), ainda, que seria em nome da celeridade, da eficiência e, inclusive, da “praticidade” e da simplificação da prestação jurisdicional que têm sido frustradas as legítimas pretensões de igualdade e de segurança jurídica:

“a súmula se forma ao longo de decisões iterativas, tomadas em inúmeros casos exaustivamente examinados na senda da casuística e visam a obter coerência,

racionalidade e consistência jurídica, com o que a segurança jurídica e a igualdade são reforçadas. Esses são os fundamentos admissíveis à luz da Constituição (...)

Uniformiza-se a interpretação, obtida ao exame de casos isolados, mas a súmula, embora projetada para alcançar sentenças futuras, só se entende aplicável aos casos idênticos, vale dizer, àqueles que, depois de investigados, se ajustam ou se subsumem nos mesmos pressupostos legais, fáticos e interpretativos que nortearam a sua edição. O chamado 'direito sumular' persegue primariamente a obtenção da segurança jurídica, por meio da uniformidade e da isonomia para todos os cidadãos que se encontram em situação similar. Entre nós, as súmulas devem ser formadas na razoabilidade dos casos médios ou frequentes, mas não podem servir de desculpa à recusa de exame de um caso concreto, que não se enquadre nos pressupostos sumulares.”

2.2 Dificuldades da vinculação ao precedente nos países (e estados) de tradição romano-germânica: o caso da Louisiana

“Louisiana parece ter percorrido um caminho similar ao de muitas jurisdições pelo mundo, tanto de civil law quanto de common law. Enquanto o direito legislado, ou direito escrito por um corpo legislativo, tem precedência em relação a outras fontes, o valor das decisões anteriores dos tribunais tem aumentado na Louisiana. As decisões da Suprema Corte da Louisiana são consideradas ‘vinculantes’ para os tribunais inferiores do mesmo estado, embora a doutrina dos juristas da Louisiana e os comentários de alguns tribunais digam o contrário, e a despeito do fato de que as decisões judiciais não sejam reconhecidas pelo Código civil da Louisiana como uma fonte do direito.”⁷²

⁷² “Louisiana seems to have followed a course similar to many jurisdictions around the world, both civil and common. While statutory law, or law written by a legislative body, takes precedent over other sources, the value of prior court decisions has increased in Louisiana. Louisiana Supreme Court decisions are considered “binding” authority to lower courts in Louisiana, despite Louisiana scholars’ commentary and commentary by some courts to the contrary and despite the fact that judicial decisions are not recognized in the Louisiana Civil Code as a source of law” (ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation, em 65 *La. L. Rev.*, 2005, p. 780).

Algumas das questões até aqui versadas são relevantes para o devido exame do direito da Louisiana – em seu peculiar *status* de um estado federado cujo direito é de ascendência exclusivamente romano-germânica, mas está encravado nos Estados Unidos, um país de *common law*. Ao mesmo tempo, tem-se que algum conhecimento sobre a peculiaridade do direito desse estado norte-americano pode se prestar a iluminar alguns dos nós enfrentados, entre nós

Dos Estados Unidos, este país cujo direito de *common law* e instituições têm se expandido além-mar, a Louisiana recebeu e segue recebendo muitas institutos e princípios jurídicos. Naquilo que aqui nos interessa mais, é certo que diferentes aspectos do direito norte-americano, inclusive em relação à importância e ao trato dos precedentes, têm afetado a cultura e o comportamento de advogados, juízes, tribunais e demais componentes do sistema jurídico.

Como é sabido, pelo menos entre os comparatistas mencionados ao longo do presente trabalho⁷³, na Louisiana se tem um sistema jurídico híbrido. Isso porque, apesar da incorporação de um sistema de tribunais e de um direito público baseados no modelo americano de *common law*, mantém bases que permanecem identificadas com as suas origens culturais e políticas europeias-continetais. Por conta de sua “*civilian tradition*”, “*juristas e juízes da Louisiana frequentemente olharam além das fronteiras dos Estados Unidos ao desenvolverem e interpretar*” o seu direito e, assim, foram “*dando forma à metodologia que seria aplicada ao seu sistema jurídico*”⁷⁴.

Isso a despeito dos mais de dois séculos decorridos da aquisição norte-americana, realizada em 1803, no governo de Thomas Jefferson⁷⁵. Tal base jurídica europeia-

⁷³ Tais como Vernon Palmer, Robert Pascal e Seán Patrick Donlan, entre outros.

⁷⁴ ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation, em 65 *La. L. Rev.*, 2005, p. 777.

⁷⁵ A então denominada *Louisiana Purchase* incorporou aos Estados Unidos uma vastíssima área, praticamente duplicando o território do país. Tudo isso por valor hoje equivalente a pouco mais de US\$ 300 milhões. Uma pechincha, embora, depois da Revolução Haitiana, os franceses quisessem se ver livres de sua empreitada naquela região do mundo. Ocorre que o que Jefferson comprou de Napoleão não era propriamente a terra, e sim os direitos (*pre-emption rights*) de explorá-la. A razão é singela: quem de fato já explorava aquela imensidão de terra, exceção feita a algumas áreas adjacentes ao Rio Mississippi e outras bem ao sul, nas cercanias de New Orleans, eram os milhões de índios que nela viviam. Tanto era essa a realidade política-jurídica, que nas décadas (e séculos) seguintes o governo americano viria a recorrer ao modelo político e jurídico dos tratados, firmando algumas dezenas de tratados onerosos com vários grupos indígenas (US\$ 8,54 bilhões em valor total atualizado, como se lê em LEE, Robert. The True Cost of the Louisiana Purchase, em *Slate Magazine*, March 1 2017).

continental advém, como é o caso de toda a América Latina, dos sucessivos domínios coloniais. Ainda que tais domínios tenham se iniciado, na região, um tanto tardiamente (final do século XVII), as suas marcas são indeléveis.

É verdade que antes do primeiro domínio europeu exercido sobre a região houve tentativas de povoamento, a começar por Juan Ponce de León, que em 1513 foi rechaçado pelas populações nativas. O mesmo rechaço se repetiu diante das muitas incursões e tentativas espanholas de estabelecer algum controle. Tal quadro se manteve até 1682, quando os franceses lograram se estabelecer na região, batizando-a em homenagem a seu Rei, Louis XIV. Em 1718, foi fundada *Nouvelle-Orléans*, desta vez em honra de Luis-Felipe, o Duque de Orleans (KLUGER, 2016b, p. 378). Por esta época, já vigoravam na Louisiana *la Coutume de Paris* e a *Ordonnance* de 1667, entre outras leis francesas.

Como consequência da derrota francesa na Guerra dos Sete Anos, em 1762 o domínio colonial sobre o território da Louisiana a oeste do Rio Mississippi, mais uma parte da costa que incluía Nova Orleans, passou a ser espanhol⁷⁶.

Nos anos seguintes, não sem revoltas dos afrancesados locais, seriam suprimidos os tribunais e o direito francês. Passariam a vigorar, então, a legislação espanhola e o próprio direito indiano, notadamente a *Recopilación de leyes de Indias*, já largamente aplicada em todas as colônias. A partir de 1769, com a nomeação do militar Alexander O'Reilly para o cargo de Governador y Capitán General, acelerou-se o processo de organização judicial da província, inclusive com a instituição do Cabildo e ulterior desenvolvimento de um direito indiano local (KLUGER, 2016a, p. 250-251). Ao final do mesmo ano de 1769, O'Reilly editaria as



(Map of the United States with Louisiana Purchase highlighted in white, *Wikipedia*, acessada em 11/02/2020).

⁷⁶ Graças a tratado de paz firmado com os franceses em Fountainebleau. Já a área da Louisiana a leste do Mississippi tocou à Grã-Bretanha, nos termos do Tratado de Paris, de 1793. O mesmo destino teriam domínios franceses no Canadá e em parte do Caribe.

Ordenanzas e Instrucciones, que vieram a ser o marco inaugural do direito indiano nativo da Louisiana, assentando a sua estrutura política e as bases da administração da justiça⁷⁷.

No final de 1803, por curto período, foi novamente estabelecido o domínio francês. No entanto, tal se deu apenas para que se consumasse o ajustado com os Estados Unidos na *Louisiana Purchase*, já celebrada em abril do mesmo ano. A alteração, ainda que implicasse a supressão do *Cabildo*, não chegaria a ter maiores consequências jurídicas: os testemunhos da época dão conta de que era o direito espanhol que estava em vigor quando da transição para o controle norte-americano (TRAHAN, 2003, p. 1.022).

Assim é que, apesar das modificações que em tantos aspectos se passaram ao longo dos dois últimos séculos, na Louisiana ainda vigoram códigos de direito material e de processo. Códigos, esses, elaborados às maneiras desenvolvidas a partir do velho continente. E cabe frisar, para que fique bem claro, que tal fidelidade ao direito codificado não se deu por inércia, mas muito mais por resistência, motivada por variadas razões e posta em ação por uma atitude política enérgica e militante.

E não são apenas os códigos europeus oitocentistas que ainda marcam o direito da Louisiana. Como sustenta Kluger, em uma província que esteve poucas décadas sob governo espanhol, e que figura há mais de dois séculos como parte da federação norte-americana, até hoje, tanto tempo depois da partida dos espanhóis, o direito indiano aplicado pelo *Cabildo* e seus *alcaldes* segue ainda sendo invocado pelos juízes e tribunais (2016b, p. 398). Tal invocação, no entanto, não se dá sem controvérsia, como adiante se verá, tanto por conta da

⁷⁷ Logo passaria a ser distribuído aos funcionários espalhados pela Louisiana, tanto em francês quanto em castelhano, o que se notabilizou sob o nome de *Código O'Reilly*, compilação que deveria possuir entre as suas fontes a *Recopilación de Leyes de Indias*, a *Recopilación de Castilla*, o *Fuero Real*, as *Siete Partidas* e a *Curia Filípica*, além de leis e digestos romanos, ainda vigentes na Espanha. Ao *Código O'Reilly* se somava o *Reglamento*, de caráter processual, penal e de organização judiciária” (KLUGER, Viviana. *El Derecho indiano en Nueva Orleans (1769-1803). Gobernar, administrar justicia y vivir en la Nueva Orleans hispánica*, em DUVE, Thomas (Coord.). *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Vol. I. Berlin: 2016a, p. 254). A legislação local foi sendo significativamente enriquecida ao longo dos anos seguintes, inclusive por conta da multiplicidade de questões relacionadas ao caráter fronteiriço, intensamente comercial e cosmopolita da então Nueva Orleans: “*Ao fim e ao cabo, Nueva Orleans era um cidade tipicamente de fronteira, na qual circulavam indivíduos de diversas origens, raças e credos religiosos. Na opinião de Din e Harkins, era uma urbe que estava mais povoada do que outras no Texas, no Novo México e na Califórnia, e na qual se desenvolvia uma grande atividade econômica e chegavam continuamente sujeitos de diferentes procedências*” (idem, p. 265).

“disputa” pela primazia francesa ou espanhola quanto às fontes coloniais do direito atual, como pelas reiteradas determinações legislativas de supremacia do textos codificados modernos.

Mesmo depois de estar sob o formal domínio dos Estados Unidos, a arraigada tradição cultural europeia da Louisiana em matéria privada se mostrou firme em sua opção política e jurídica pelo *civil law*.

Nesse sentido, ainda em 1803 o legislativo da Louisiana refutou a pretensão do recém nomeado governador William Claiborne e dos representantes federais para que fosse incorporado, pelo menos em parte, o direito privado de *common law*. Escolheram, já então, determinar a elaboração e adoção de um código civil (ainda que, no entanto, a pretensão de elaborar um “código” acabasse resultando em um “digesto”, o denominado *Digest of the Civil Law(s) now in force in the Territory of Orleans, With Alterations and Amendments Adapted to its Present System*, de 1808)⁷⁸.

Até por conta da óbvia necessidade de estabilidade e de segurança jurídica em um momento político de transição – e de relativa instabilidade, não passava pela cabeça da elite econômica da Louisiana uma eventual alteração no status de seus contratos, propriedades e

⁷⁸ “The decision to retain private law resulted from ‘the energetic remonstrances made by the creoles to retain the law they knew’. Certainly, their apprehension of the superimposition of the English language and Anglo-American culture and law galvanized their resistance to the legal changeover (...) Those who initially staunchly advocated Louisiana’s conversion to a common law system eventually gave up and accepted the fact that the French Louisianians, sufficiently numerous and steeped in their unique culture, would not suffer themselves to be subjected to a law that was utterly foreign and incomprehensible to them. Governor Claiborne’s personal views ranged from the need to respect other people’s cultural uniqueness to the concern for stability in Louisiana at the early stage of American rule. His decision not to veto the measure adopting the Civil Code of 1808 is evidence of a shift in thinking. Superior Court Judge George Mathews, on the other hand, developed appreciation for Spanish and Roman substantive law, and found them compatible with American mores and constitutional tenets” (PALMER, Vernon Valentine; BOROWSKI, Harry. Louisiana, em *Mixed jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 281 e 287). Complementarmente: “Legal scholars have long asked whether the Civil Digest marked a revolutionary, forward-looking change in Louisiana law; a backwardlooking defense of local custom; or part of a broader, evolutionary process of interethnic legal development. For my part, I would argue that the Civil Digest was indeed revolutionary, but in political and institutional if not necessarily legal terms. In its very preservation of local legal custom, the Civil Digest was revolutionary within a broader realm of institutional change in the early American republic. Since 1776, Americans had worried about the capacity of legal institutions to preserve the property claims, racial supremacy, and representative government that were so vital to their definition of liberty. I have emphasized the ways that, for all its distinctiveness within an American legal system, the Civil Digest reveals the varied ways that Americans sought to achieve those goals.” (KASTOR, Peter J.. “Adapted to Its Present System of Government”: Legal Change, National Reorganization, and the Louisiana Civil Law Digest, em *The Tulane European and Civil Law Forum (The Bicentennial of The Digest of 1808 – Collected Papers)*, Vol. 24, 2009, p. 158).

demais negócios. Predominavam, entre os integrantes do legislativo bicameral instituído pelo Congresso de Washington em 1805, alguns dos mais influentes e ricos proprietários de terra – e consequentemente de escravos – da Louisiana. Mesmo aqueles que eram profissionais liberais, como médicos, por exemplo, tinham interesses ligados à propriedade de terras e ao modelo econômico de *plantations* (PALMER, 2009, p. 87)⁷⁹.

Natural, assim, que se buscasse preservar e reforçar o *civil law* contra o “muito demonizado” *common law*. Natural, ainda, que se buscasse o modelo europeu “da moda”: o código. Também era natural, finalmente, que se buscasse um modelo capaz de reduzir as exigências cognitivas dos advogados, juízes e cidadãos em geral, ainda letrados principalmente em francês, e também em espanhol, muito mais do que em inglês (PALMER, 2013, p. 800).

Na ideia original dos legisladores – entre os quais estavam vários representantes das elites *créoles* e da francamente majoritária população não-anglófona da região –, o diploma legal deveria funcionar como uma consolidação da legislação espanhola, francesa e até romana de direito privado que permanecia vivente na região⁸⁰: era então imperioso organizar de modo

⁷⁹ Tanto que a disciplina da escravidão, por meio das leis que entre 1806 e 1807 constituíram o *Black Code*, logo seria prioritariamente empreendida na legislação: “*praticamente o primeiro projeto levado a cargo pela Legislatura, seria a promulgação da mais detalhada e repressiva codificação da escravidão que a Louisiana jamais teve. Na sua visão de mundo, o direito sobre a escravidão não era alguma variedade de legislação especial, que meramente regulasse as horas e as condições de trabalho da mão-de-obra. Ao contrário, era essencial para a ordem social, a agricultura e o seu modo de vida, tanto quanto o seu droit commun quanto o direito civil. Sob essa ótica, o Digest expressava as duas aspirações. Eles não estavam tentando apenas preservar e assegurar o direito civil, mas também reafirmar a sua identidade como uma sociedade escravocrata*” (PALMER, 2009, p. 87-88). Uma boa parte dessa disciplina da escravidão viria a ser incluída nos três livros do *Digest* de 1808, distribuída entre quarenta e cinco artigos (idem, p. 103).

⁸⁰ “*The Spanish- and French-speaking Louisianians of 1803 to 1828, that formative period of modern Louisiana private law, sought to preserve the Romanist law that conformed so well with both their cultures. The French majority and the Spanish minority both appear to have been satisfied with the Spanish law. Many of the French creoles, especially those in the New Orleans area, derived from southern France, whose law before codification was closer to the law of Spain than it was to the largely customary law of northern France codified in the Code Civil of 1804. As a political reality, moreover, there could have been no question of adopting French law after the American domination. French law was foreign law. It would have been understandable only to retain the Spanish civil law or to adopt Anglo-American law. The Spanish law in force, according to its description by the Legislature of the Territory of Orleans in 1806, consisted of, first, the compilations of Justinian illuminated by the commentaries on them, but only insofar as they had not been derogated from by the Spanish law; and, secondly, of the Spanish legislation of 1255 to 1803 illuminated by the commentaries thereon recognized in the courts. Certainly this was not a codified law in the French sense of 1804. Actually it was a law, or legal system, much closer in thought and method to the Anglo-American law of the time. The Romanist-Spanish law certainly contained much more legislation than the Anglo-American, but the opinions of the commentators on the Roman and Spanish legislation occupied a position similar to those of the judges in Anglo-American law. For the Spanish, moreover, the juridical order (droit, derecho, ju s) was ontological, and the legislation only man-made attempts*

sistemático, em um único documento, aquele conjunto caótico e complexo de mais de 20.000 leis, dispersas entre várias compilações (e redigidas em três línguas diferentes!). Ademais, aspirava-se a uma maior unidade do direito:

*“Enquanto, no estado confuso em que as leis civis deste território foram afundadas pelo efeito das mudanças ocorridas em seu governo, tornou-se indispensável tornar conhecidas as leis que teriam sido preservadas... e colocá-las em um único trabalho, que pudesse servir como um guia para as decisões dos tribunais e dos júris, sem terem que recorrer a uma multiplicidade de livros, que, sendo em sua maior parte escritos em línguas estrangeiras, em sua interpretação dão causa a inexauríveis motivos para litígio.”*⁸¹

Redigido pelos juristas Louis Moreau Lisle e James Brown⁸² em francês (e depois traduzido para o inglês, para edição nas duas línguas) entre 1806 e 1808, o que havia sido pensado como futuro código foi modelado a partir do *projet* e do *Discours préliminaire* de Portalis para o *Code Civil* francês, entre outras fontes⁸³. Todavia, um tanto surpreendentemente,

to discover, specify, and implement it, as was suggested by Justice Martin in 1839. Legislators, judges, and commentators all cooperated, each according to his function, in the effort to discover what could be considered good juridical order (droit, derecho, jus) and to specify it as positive legal order. The legislation was only one species of judgment, even if the principal one, on the question of the order proper for a people predominantly of Spanish and French culture, living under essentially Spanish conditions, and sharing the same philosophy and Catholic religion” (PASCAL, Robert. A.. Louisiana’s Mixed Legal System, em *Revue générale de droit*, 15 (2), p. 352-353).

⁸¹ Preâmbulo da lei que promulgou o *Digest of the Civil Laws Now in Force in the Territory of Orleans* (1808 La. Acts 120): “Whereas, in the confused state in which the civil laws of this territory were plunged by the effect of the changes which happened in its government, it had become indispensable to make known the laws which have been preserved . . . and to collect them in a single work, which might serve as a guide for the decision of the courts and juries, without recurring to a multiplicity of books, which, being for the most part written in foreign languages, offer in their interpretation inexhaustible sources of litigation.”

⁸² Para um perfil de Louis Casimir Elisabeth Moreau Lisle (1766-1832) e a sua importância como sistematizador das fontes espanholas e francesas, ver PALMER, Vernon. The Strange Science of Codifying Slavery - Moreau Lisle and the Louisiana Digest of 1808, em *Tulane European and Civil Law Forum*, Vol. 24, 2009, Tulane Public Law Research Paper No. 09-11, 2009, p. 88 e ss..

⁸³ Segundo o minucioso exame de Cairns, ainda que as fontes mais importantes do *Digest* fossem de fato o *Code* e o *projet*, é relevante um manuscrito de Moreau Lisle, datado de 1814 (*de la Vergne Volume* ou *Manuscript*), que dá conta de uma lista geral de fontes. Tal documento mostra a influência, no *Digest*, de leis romanas e de Castilla, expressamente referidas, além de indicar alguma literatura secundária, tanto espanhola quanto francesa (2019, p. 253). Trahan já havia chegado a conclusões análogas, afirmando que o *Digest* não era inteiramente de inspiração francesa. Enquanto aproximados 85% de suas fontes podem ser identificadas como francesas, as outras 15% seriam espanholas. No entanto, ainda que seja possível que os encarregados do projeto tenham preferido adotar uma fraseologia predominantemente francesa, a substância não seria menos espanhola: “A verdade é que

na última hora antes da promulgação em 31 de março de 1808, o que foi elaborado para ser código acabou sendo chamado pela legislatura de digesto: *A Digest of the Civil Laws Now in Force in the Territory of Orleans, With Alterations and Amendments Adapted to its Present System*. Mais: Tal denominação, assim como a decisão de que a legislação preexistente não seria ab-rogada, iriam resultar em algumas consequências relevantes⁸⁴.

Sob qualquer ângulo, o *Digest* não significava pouca coisa: era a primeira codificação das Américas à moderna maneira europeia, que tinha no *Code Napoléon* o seu deliberado paradigma. Foi, assim, o precursor de todos os códigos civis latino-americanos. Ademais, de marcar a “*escolha histórica que a Louisiana fez em favor do civil law, permitindo a preservação do caráter distintivo do seu sistema jurídico*”, e desempenhar um importante papel na “*institucionalização do sistema jurídico e no desenvolvimento da profissão jurídica no estado*”, o Digesto de 1808 adquiriu um “*significado simbólico para a comunidade jurídica da Louisiana*” (OSTROUKH, 2016, p. 726) que perdura até os nossos dias.

Como aponta Palmer, para os juristas da Louisiana nem seria necessário dizer da importância histórica do Digesto, ou mesmo porque a sua edição deveria ser sempre comemorada. Mas para os demais, é fundamental destacar que “*O Digesto foi a verdadeira fundação do civil law*” (PALMER, 2009, i):

“Ele produziu uma manifestação cultural profunda na rejeição do common law. Foi um dos primeiros autos de auto-governo dos ‘Louisianians’ após a Louisiana Purchase, lançando uma base de civil law em matéria de direito privado que persiste até os nossos dias. Ainda que a sua promulgação pareça ter produzido pequena ou nenhuma impressão em outras partes dos Estados Unidos, a influência do Digesto no exterior foi a oposta. Tratou-se da primeira codificação no estilo europeu nas the Américas e foi o precursor de todos os códigos civis Latino-Americanos.”

entre o direito civil francês e o direito civil espanhol da época, havia uma considerável sobreposição; em outras palavras, em sua maioria o direito era o mesmo. O que não é surpresa, visto que ambos tinham origem no ius commune romanista da Europa” (TRAHAN, J. R.. The Continuing Influence of le Droit Civil and el Derecho Civil in the Private Law of Louisiana, em *Louisiana Law Review*, vol. 63, nº 4, 2003, p. 1.036-1.037).

⁸⁴ Ao que parece, tratou-se muito mais uma escolha influenciada pela pressão de “*políticos, advogados e juizes*” do que uma opção dos codificadores (OSTROUKH, Asya. The Mystery of The *Mixité* Around The Title of The Louisiana Digest of The Civil Laws of 1808, em *62 Loyola Law Review*, 3, 2016, p. 727).

No entanto, não se pode subestimar a ideia, que se disseminou então, de que o *Digest* não se trataria exatamente de um “Código”, e sim de um “Digesto” mesmo. E enquanto tal, pressuporia menores pretensões do que a de um código. Até porque, ao invés de substituir completamente a legislação vigente, ab-rogando-a, o novo diploma propôs a revogação – tácita – apenas daquelas disposições que resultassem com ele incompatíveis.

A começar pelo nome afinal escolhido, além da renúncia em repelir o direito preexistente, entendeu-se então que o *Digest* acabava por não ser soberano na determinação do direito privado vigente⁸⁵. Como consequência, os tribunais teriam sido encorajados a suavizar, enfraquecer ou até mesmo desconsiderar algumas de suas disposições, continuando a enveredar pelas leis antigas, às quais, de resto, estavam acostumados a recorrer.

Assim, de tais “limitações” do *Digest*, notadamente a de não repudiar integralmente o gigantesco *corpus* de legislação, resultaria, por exemplo, um dos fatores da autonomia decisória dos juízes do novel estado: a atitude de recorrer ao direito preexistente sempre que a solução para determinada questão não estivesse precisamente prevista no texto do digesto. Frequentes continuaram, portanto, as referências às *Partidas*, à *Recopilación de Castilla*, à *Recopilación de las Índias*, a todo o gigantesco acervo de *droit commun* tradicionalmente aplicável⁸⁶. Nesse sentido, um dos julgados relevantes foi *Cottin v. Cottin*, de 1817, que propôs a denominada *digest methodology*:

⁸⁵ Apoiada em Cairns e outros autores, Ostroukh chega a conclusão diversa, no sentido de que a denominação “*Digest*” teria sido mais acidental, decorrente até mesmo das questões de tradução/versão entre francês e inglês envolvidas, não podendo ser tomada como indicativa da natureza do diploma de 1808, das intenções de seus redatores ou de suas reais fontes (2016, p. 733). A autora identifica, ainda, que àquela época o termo “*Digest*” era de extensa utilização na denominação de coleções legislativas em vários estados norte-americanos (OSTROUKH, Asya. *The Mystery of The Mixité Around The Title of The Louisiana Digest of The Civil Laws of 1808*, em 62 *Loyola Law Review*, 3 p. 737-741).

⁸⁶ “*The fact that we are not dealing with a code in the French sense is evidenced by the response of judges to the Digest, which also proves the Spanish ascendancy of the Digest. Wherever they did not find the precise solution to the problem in the letter of the Digest, judges looked back to the texts on which it was founded and followed the solutions of antique Roman law and Spanish law, those still being in force. Though resembling the French Civil Code, like a brother rather than a distant cousin, the Digest is different in essence. It is not a new law but a digest of ancient laws. What makes the difference is the abrogation clause. The Act of March 31, 1808, by the Territorial Legislature, approving and putting in effect the Digest of 1808 reads: ‘§ 2. And be it further enacted, That whatever in the ancient civil laws of this territory, or in the territorial statute, is contrary to the dispositions contained in the said digest, or irreconcilable within them, is hereby abrogated’*” (MORÉTEAU, Olivier; PARISE, Agustín. *Recodification in Louisiana and Latin America*, em *La. S. U. L. C. Journal Articles*, 2009., p. 1113).

“Não se deve perder de vista que o nosso código civil é um digesto das leis civis, que estavam em vigor neste país [country] quando foi adotado; que aquelas leis devem ser consideradas como intocadas, sempre que as alterações e emendas, introduzidas no digesto, não as alcancem; e que tais partes só são repelidas quando contrárias ou incompatíveis com as provisões do código.”⁸⁷

Tratava-se de um efeito da combinação da timidez legislativa, expressada pela escolha de nomear o código como *Digest* e pela falha em ab-rogar expressamente a vasta legislação precedente. Na mesma linha é explicável, ainda, a preferência dos tribunais desta época pela doutrina espanhola, em detrimento da doutrina francesa, em alguns julgados, como mostra Trahan (2003, p. 1.038-1.045), mesmo já na vigência do *Civil Code* de 1825⁸⁸.

Tais fatores bastaram para que a Suprema Corte se acomodasse à ideia de que um digesto seria um objeto legislativo diferente de um código. Parecendo menos “científico” na sistematização da matéria, menos exclusivista na sua pretensão de aplicação e, principalmente, mais harmonizado com as confortavelmente antigas ideias de direito natural e *ius commune*, um digesto estaria identificado com um sistema de justiça que seria de imorredouro prestígio.

⁸⁷ PALMER, Vernon Valentine. The Quest to Implant the Civilian Method in Louisiana: Tracing the Origins of Judicial Methodology, em *73 La. L. Rev.*, N. 3, Article 6, (2013), p. 803.

⁸⁸ Nada obstante, os tribunais paulatinamente se afastaram das fontes espanholas e se aproximaram das francesas, em parte pelo impacto da edição do Código de 1825 e dos *Repealing Acts* de 1828, em parte por conta da própria perda de acesso direito àquela fontes, já que, em meados do século XIX, já não eram muitos os advogados e magistrados da Louisiana aptos a ler em castelhano (TRAHAN, J. R.. The Continuing Influence of le Droit Civil and el Derecho Civil in the Private Law of Louisiana, em *Louisiana Law Review*, vol. 63, nº 4, 2003, p. 1.052). O quadro a seguir, encontrável no mesmo Trahan (*idem, ibidem*) é bem elucidativo de tal transição:

“Number of cases containing citations to the authorities (in five-year intervals)

	1825-30	1830-35	1835-40	1840-45	1845-50
<i>Spanish legislation</i>	42	28	10	16	28
<i>Spanish doctrine</i>	50	38	9	7	19
<i>French legislation</i>	19	27	11	35	49
<i>French doctrine</i>	80	66	44	145	195

The authorities for citations to which I checked were as follows:

(i) *Spanish legislation: las Siete Partidas, the Leyes de Toro, the various Recopilations, and the various Fueros; (ii) Spanish doctrine: the works of José Febrero, Gregorio Lopez, Juan de Hevia Bolaffos, Alphonso de Azevedo, and Ignacio Asso y del Rio; (iii) French legislation: the various Coutumes, the Ordonnance de 1667, and the Code Civil; and (iv) French doctrine: Dernolombe, Troplong, Aubry and Rau, Pardessus, Duranton, Toullier, Delvincourt, Proudhon, Maleville, Merlin, Pothier, Domat, Ferri-re, Ricard, and Furgole.*

Compreensível, então, que à época de suas primeiras codificações civis a magistratura atuante na Louisiana, inicialmente formada longe do ambiente francês da novel codificação, desconfiado e até hostil ao Judiciário, seguidamente preferisse “*a liberdade dos espaços abertos e fluidos, das fontes plurais de direito espanhol, francês e de common law (...) defendendo os seus poderes discricionários e resistindo aos freios legislativos*” (PALMER, 2013, p. 816)⁸⁹.

Nada obstante, o Código Civil da Louisiana hoje vigente ainda mantém, na maioria de seus aspectos, uma das marcas do *Digest* de 1808. Tanto é assim, que já no artigo 1º estabelece, categoricamente, no estilo dos códigos europeus oitocentistas, que são fontes do direito a lei e o costume⁹⁰. E que, na ausência de lei expressa ou de costume (artigo 4º)⁹¹, deve

⁸⁹ “*Na minha opinião, em última análise eles [os magistrados] estavam inconscientemente defendendo o que todos nós defendemos cotidianamente em nossas vidas dedicadas ao direito: a nossa cultura jurídica adquirida. Os juízes e advogados adquiriram as suas dispendiosas bibliotecas, dominaram aquele direito e, no processo, orgulhosamente se identificaram com ele. Eles haviam se tornado, de fato, comparatistas de alta expertise, tendo realizado uma síntese eclética do direito que raramente se viu, antes ou depois*” (PALMER, Vernon Valentine. *The Quest to Implant the Civilian Method in Louisiana: Tracing the Origins of Judicial Methodology*, em 73 *La. L. Rev.*, N. 3, Article 6, (2013), p. 816-817). Assim, o *Digest* podia assumir muitos significados, mesmo no mais geral horizonte norte-americano: “*Legal scholars have long asked whether the Civil Digest marked a revolutionary, forward-looking change in Louisiana law; a backwardlooking defense of local custom; or part of a broader, evolutionary process of interethnic legal development. For my part, I would argue that the Civil Digest was indeed revolutionary, but in political and institutional if not necessarily legal terms. In its very preservation of local legal custom, the Civil Digest was revolutionary within a broader realm of institutional change in the early American republic. Since 1776, Americans had worried about the capacity of legal institutions to preserve the property claims, racial supremacy, and representative government that were so vital to their definition of liberty. I have emphasized the ways that, for all its distinctiveness within an American legal system, the Civil Digest reveals the varied ways that Americans sought to achieve those goals.*” (KASTOR, Peter J.. “Adapted to Its Present System of Government”: Legal Change, National Reorganization, and the Louisiana Civil Law Digest, em *The Tulane European and Civil Law Forum (The Bicentennial of The Digest of 1808 – Collected Papers)*, Vol. 24, 2009, p. 158).

⁹⁰ Relevante anotar, por hora, que nem a jurisprudência, nem os precedentes, estão listados como fontes do direito civil da Louisiana. Adiante voltaremos ao tema.

⁹¹ *Louisiana Civil Code* (de 10 de setembro de 2011)

PRELIMINARY TITLE

CHAPTER 1 - GENERAL PRINCIPLES

Article 1. Sources of law

The sources of law are legislation and custom.

Article 2. Legislation

Legislation is a solemn expression of legislative will.

Article 3. Custom

Custom results from practice repeated for a long time and generally accepted as having acquired the force of law. Custom may not abrogate legislation.

o tribunal decidir com base na equidade, isto é, na justiça, razão e práticas prevalentes: a denominada *equitable discretion*. A inspiração é daquele que foi, naquele momento, a grande influência dos juristas da Louisiana, Jean-Étienne-Marie Portalis:

“... As leis positivas não poderiam, jamais, substituir inteiramente o uso da razão natural nas coisas da vida. As necessidades da sociedade são tão variadas, a comunicação entre os homens é tão ativa, seus interesses são tão múltiplos e suas ligações tão distendidas, que é impossível ao legislador tudo prever.

(...)

Quando a lei é clara, é necessário segui-la; quando é obscura, é necessário aprofundar suas disposições. Se falta uma lei, é necessário consultar os usos ou a equidade. A equidade é o retorno à lei natural, no silêncio, oposição ou obscuridade das leis positivas”. (PORTALIS, 1844, p. 7 e 13).

O sucedido com a primeira Constituição da Louisiana, de 1812, mostra fenômeno semelhante. Inspirada pela constituição do Kentucky e espelhando a essência do direito constitucional norte-americano no novo estado da federação, o documento ainda determinava que as leis fossem redigidas em inglês (ainda que, pelo menos nos anos seguintes, as leis viessem a ser publicadas nas duas línguas). No entanto, as resistências e pressões locais resultaram no relevante fato de que a versão formal da Constituição de 1812 fosse redigida em francês. O fato é que os interesses dos *Créoles* eram ainda hegemônicos na política da Louisiana, e tal hegemonia, de resto representativa do perfil demográfico local, certamente se traduzia não apenas na política em geral, mas também em folgada maioria legislativa⁹².

Article 4. Absence of legislation or custom

When no rule for a particular situation can be derived from legislation or custom, the court is bound to proceed according to equity. To decide equitably, resort is made to justice, reason, and prevailing usages.

⁹² “in consequence of commanding numbers, the Creoles controlled the democratically elected territorial legislature and thus could direct the destiny of the legal system. The decentralized American scheme of government placed the choice of local law at the local level, not in Washington, and the democratic power passed to the Creole majority. Federal officials, such as President Thomas Jefferson, who were clear in their opposition to mixing civil law and common law in Louisiana had no direct means of influencing the outcome” (PALMER, Vernon Valentine; BOROWSKI, Harry. Louisiana, em *Mixed jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 283).

Além disso, talvez mais importantemente ainda, ao texto foi acrescentada disposição que trazia uma expressa salvaguarda, visando a prevenir o risco da penetração do *common law*: o artigo IV, § 11, proibia a incorporação de qualquer sistema ou conjunto de direito por “*réfêrence générale*”⁹³. O documento ainda previa, em outra seção, a obrigatoriedade de que os juízes sempre se referissem à específica *loi* local em que baseavam o seu julgamento.

Esta última imposição, inclusive, poderia ser significativamente onerosa aos juízes de tradicional formação em *common law*. Apontados pelo Presidente Jefferson e pelo Governador Claiborne, naqueles dias foram trazidos juízes de outras regiões dos Estados Unidos para comporem os tribunais do novo estado⁹⁴. Com o tempo, a estrutura do Judiciário, característica do *common law* e moldada no esquema constitucional dos Estados Unidos, assim como aquela inicial escolha de magistrados com prévia experiência em outros estados americanos de direito estranho ao *civil law*⁹⁵, levaram à formação de uma mentalidade *sui generis*⁹⁶.

⁹³ PALMER, Vernon Valentine; BOROWSKI, Harry. Louisiana, em *Mixed jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 289-290.

⁹⁴ PALMER, Vernon Valentine. The Quest to Implant the Civilian Method in Louisiana: Tracing the Origins of Judicial Methodology, em *73 La. L. Rev.*, N. 3, Article 6, (2013), p. 796. Lembre-se, ainda, que a primeira faculdade de direito foi aparecer na Louisiana apenas em 1847 (Law School of Tulane) e, depois, nos primeiros anos do século XX (Louisiana State University, Loyola University e Southern University). Ademais, a exigência de grau em Direito para advogados só passou a ser feita em 1965 (PASCAL, Robert. A.. Louisiana’s Mixed Legal System, em *Revue générale de droit*, 15 (2), p. 354). Hoje, tanto quanto ontem, naturalmente ocorrem às variadas práticas jurídicas na Louisiana profissionais que são formados em faculdades de direito de todo o país. E o interessante é que todos estes profissionais “alienígenas” são formados com base no “*casebook method*”, como é conhecido o sistema de ensino jurídico dominante nos Estados Unidos.

⁹⁵ O que já não ocorre há tempos, eis que os juízes passaram a ser eleitos entre advogados locais, que conhecem bem o contexto de *mixed law* da Louisiana: de modo geral, têm formação e prática (de pelo menos dez anos) tanto em *civil law* quanto em *common law*. Tal sistema tende a produzir juízes com personalidade fortes e os encoraja a tentar deixar a sua marca no direito, “*seguindo o exemplo dos grandes juízes anglo-americanos*”. (DENNIS, James L.. Interpretation and Application of the Civil Code and the Evaluation of Judicial Precedent, em *54 La. L. Rev.* (1993), p. 1). Além de eleitos, a exemplo dos demais estados, os magistrados da Louisiana costumam seguir o formato de decisão que é o mais comum nos Estados Unidos: “*The techniques and style of Louisiana’s judicial decisions resemble the broadly descriptive, factually developed and legally argued style of the common law American judge. Both opinions and dissents are individually authored*” (PALMER, Vernon Valentine; BOROWSKI, Harry. Louisiana, em *Mixed jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 297).

⁹⁶ “*The Louisiana judiciary is cut from the common law mold, and operates within an American constitutional scheme that separates and protects its powers, and guarantees its independence. The judges perceive themselves as being law-creators as well as law-appliers. Even “civilian” judges on the Supreme Court bench have not*

Por outro lado, é bem verdade que, em matéria de direito público, a penetração do direito da Louisiana pelos princípios e pela cultura de *common law*⁹⁷ tem sido fato cada vez mais consumado, desde o início do século XIX, em razão da aquisição do território e incorporação, pelos Estados Unidos, originalmente na condição de *Territory of Orleans*, após, de 18º – então – estado-federado: *State of Louisiana*. Em linhas muito sintéticas, então, esta é a peculiar fórmula do *mixed system* louisiano: *civil law* no direito material privado e *common law* no direito público⁹⁸.

A grande evolução e refinamento das *doctrines* da *equitable discretions* e da *jurisprudence constante*, assim como do *stare decisis*, no entanto, mostram que o quadro das fontes do direito na Louisiana é bem mais complexo do que levaria a crer o aludido artigo 1º do *Louisiana Civil Code*. E naquilo que respeita ao presente trabalho, a questão do valor atribuído aos precedentes pelos juízes e tribunais daquele estado norte-americano é mesmo central.

No início se tratava, então, de um “*estranho casamento misto, de códigos europeus e juízes americanos*”, aquele, que estaria destinado a ser “*uma vida de turbulenta monogamia*” (PALMER, 2013, p. 798). Os juízes até hoje interpretam e aplicam legislação civil, mas as suas decisões são redigidas no estilo do *common law*, inclusive trabalhando com

accepted Montesquieu's vision of the judge as a mere mouthpiece of the legislature. By and large, the institution of the Louisiana judge was the product of the environment within which it had to operate. A crucial factor was the influence of the law of the surrounding jurisdictions. In the formative period of Louisiana law, the local judiciary faced a much more onerous task in shaping the law than judges on the continent would face, and was expected to play a much more active role in state government” (PALMER, Vernon Valentine; BOROWSKI, Harry. Louisiana, em *Mixed jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 290).

⁹⁷ Segundo Palmer, tal fórmula não foi única da Louisiana, podendo ser encontrada em outros antigos territórios coloniais: “*Whether these transfers resulted from peace treaty, conquest, or purchase is not primarily important. It is more important that, prior to the transfer, the existing legal system followed some variant of the European jus commune and knew little or nothing of English or American common law. After the transfer, however, the new sovereign established common law in sectorial fashion (primarily in the fields of public law, judicial institutions, and perhaps criminal law) and permitted retention of civil law in the private law sector. This initial decision to compartmentalize two alien laws within respective zones was a deliberate political choice. It was, to use Patrick Glenn's phrase, a policy of 'structured mixité'*” (PALMER, Vernon Valentine. *Mixed jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 26-27).

⁹⁸ “*A batalha do direito material da Louisiana – civil law versus common law – permanecia e ainda permanece um tópico de muita discussão, especialmente à luz da divergência em técnica jurídica entre o direito privado e o direito público*” (LEGARRE, Santiago; HANDY, Christopher. A Civil Law State in a Common Law Nation, a Civil Law Nation with a Common Law Touch: Judicial Review and Precedent in Louisiana and Argentina, em *Notre Dame Legal Studies Paper No. 200210*, Feb. 2020, p. 10).

precedentes. Formados em regime de *cross-training* (estudos que combinam *civil law* e *common law*), são influenciados pelo sistema de publicações e análises que tanto colaciona como discute decisões⁹⁹. Assim, conhecem muito bem como funcionam *holdings*, *obiter dicta* e demais noções inerentes ao sistema de precedentes.

No entanto, os magistrados da Louisiana compreendem que o papel da jurisprudência – e dos precedentes – deve ser diferente em um sistema codificado. Apesar da importância do precedente, o Código Civil é a fonte primária do direito. Não apenas em matéria civil: apesar da crescente “penetração” de legislação mais ou menos semelhante à do resto do país, o direito da Louisiana ainda é majoritariamente codificado em bases peculiares e significativamente distantes do *common law*. Portanto, é até por imposição da “ética” de

⁹⁹ No que respeita à publicação das decisões dos tribunais, a Louisiana igualmente se identifica com a prática geral dos EUA. Muito interessantemente, é priorizada uma noção “precedentista” dos tribunais. É que se lê no item 2-16.1 das *Uniform Rules of The Louisiana Courts of Appeal*:

“2-16.1. *Opinions of the Appellate Courts*

Opinions of the appellate courts, whether authored or per curiam, shall be formal opinions or memorandum opinions.

A. A case may be disposed of by formal opinion when at least one of the following criteria is satisfied. The decision involved:

- (1) establishes a new rule of law or alters or modifies an existing rule;*
- (2) involves a legal issue of continuing public interest;*
- (3) criticizes or explains existing law;*
- (4) applies an established rule of law to a factual situation significantly different from that in published opinions of the courts of this state;*
- (5) resolves an apparent conflict of authority; or,*
- (6) constitutes a significant and non-duplicative contribution to legal literature because it contains:*
 - (a) an historical review of law;*
 - (b) a review of legislative history; or,*
 - (c) a review of conflicting decisions among the courts or other jurisdictions.*

B. Where the panel unanimously agrees that a case does not qualify for disposition by formal opinion, the case may be disposed of by a concise memorandum opinion. A memorandum opinion shall succinctly state:

- (1) the court from which the appeal comes;*
- (2) the germane facts, including the ruling of the lower court;*
- (3) the issues and contentions of the parties when appropriate;*
- (4) the reasons for the decision;*
- (5) the judgment of the appellate court; and*
- (6) a statement that the memorandum opinion is issued in compliance with URCA Rule 2-16.1.B. (Amended December 22, 2003, effective January 1, 2004.)”*

funcionamento do sistema¹⁰⁰ que os precedentes serviriam “*meramente como um exemplo de uma anterior interpretação e aplicação da legislação pelo juiz*” (DENNIS, 1993, p. 3; 5).

Se a doutrina do precedente típica do *common law* não logrou se impor, de outra parte é bem verdade que o cognitivismo interpretativo¹⁰¹, que de modo geral dominou muitos dos países de tradição romano-germânica, também não criou raízes na Louisiana. Lá, jamais haviam passado, os magistrados, por qualquer contexto remotamente semelhante ao do período revolucionário francês, cuja Assembleia Constituinte instituiu, pelo Decreto Orgânico de 16-24 de agosto de 1790, o *référé legislatif*¹⁰², ou mesmo do Tribunal de Cassação, logo depois criado para policiar a fidelidade do Judiciário à lei.

¹⁰⁰ “*It should be evident that the common-law or case-law theory of precedent is incompatible in many ways with the legal method of deciding a case within the context of the Civil Code. First, in a pure case-law system, the grounds of decision in the instant case may be derived only from a previous case. Obviously, this is contrary to the mandate of our law, particularly when the Civil Code contains a concept of law precisely covering the instant case and accommodating a conflict of interests identical to that before the court. Second, when no rule for a particular situation in the instant case can be found in the Code, case-law methodology would lead the judge to formulate a rule exclusively from the facts of a previous case. This is antithetical to civilian methodology, which requires the judge to search for legal concepts in the Civil Code delimiting a pattern of competing interests closely resembling the interests pressing for recognition in the instant case. Instead of causing the judge to adhere as closely as possible to the code system the case-law methodology may cause him to depart radically from it. Finally, even when there is no legal precept in the Code upon which the judge may fashion a rule by analogy to govern the instant case, he still should not use pure case-law reasoning to arrive at a rule for the case. Doing so may cause him to fashion a rule for the case by selecting facts from a previous case in a way that is inconsistent with the guiding values of the Civil Code system. Thus, the judge may unwittingly contribute to the creation of amorphous case-law development inside but incompatible with the context of our civil law*” (DENNIS, James L.. Interpretation and Application of the Civil Code and the Evaluation of Judicial Precedent, em 54 *La. L. Rev.* (1993), p. 15).

¹⁰¹ Modelo cognitivista que, no âmbito da cultura setecentista de *Common Law*, chegou a levar a uma versão insular da *bouche de la loi*, qual seja, a ideia de que os juízes funcionariam *oracles of the law*: “*Os juízes só podiam ser vistos como living oracles que evidenciavam a existência do Common Law em suas decisões porque se partia do pressuposto de que a interpretação judicial constituía apenas uma atividade cognitiva, que não envolvia qualquer valoração e decisão entre possíveis significados concorrentes, e de que a aplicação das normas se consubstanciava simplesmente em uma atividade lógico-dedutiva, em que, uma vez assentadas as premissas de direito e de fato, a conclusão é necessariamente a única resposta correta para o caso.*” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: Da Persuasão À Vinculação* (2015). 3ª ed.. São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 36).

¹⁰² Comentando a instituição única que foi o *référé*, Chaïm Perelman oferece a seguinte nota: “*... além dos inconvenientes práticos, recriava outra confusão dos poderes, porquanto, interpretando a lei e interpretando-a necessariamente de uma forma retroativa - porque todas as leis interpretativas são retroativas - devia-se ao mesmo tempo dirimir um litígio, uma vez que se ia dar a regra de decisão de um processo. Os legisladores se tornavam por conseguinte juízes, o que é contrário ao princípio da separação dos poderes*” (*Ética e Direito*. Trad. Maria Ermentina Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 520-521).

Afinal, à altura do *Digest* de 1808 a experiência francesa de desconfiança e de manietamento de juízes, advogados e professores já tinha se esvaziado¹⁰³. E de todo modo, ao que parece, até mesmo os legisladores locais conheciam bem as lições de Portalis: “*Forçar o magistrado a recorrer ao legislador, deve ser considerado o mais funesto dos princípios*” (1844, p. 13). E a despeito de alguma influência, em meados do século XIX, dos comentadores franceses do *Code Civil*¹⁰⁴, nunca se consideraram (nem foram a tanto pressionados) *la bouche de la loi*. Nem, tampouco, consideraram-se livres criadores do direito, que estariam pautados apenas pelos precedentes e pela sua consciência na apreciação dos casos.

Como já se afirmou, uma visão honesta e realista do direito codificado, assim como uma prática “não mecanicista” da interpretação judicial, são capazes de tratar “*o Código Civil, os tribunais e o público com mais honestidade e respeito do que a metodologia baseada*

¹⁰³ Mesmo os advogados, vistos como cúmplices dos juízes do antigo regime, enfrentaram relativamente longo período de banimento, sendo proscritos pelas Constituições de 1791 e 1795. Só viria a ser restabelecida a autorização de exercício profissional em 1804, por decisão de Napoleão – e ainda assim em termos condicionais. Também os professores e o ensino universitário de direito, como um todo, foram imensamente prejudicados pela Revolução, sendo definitivamente reabertos os cursos jurídicos apenas alguns anos após a edição do *Code*. A reabertura ocorreria em bases totalmente distintas das do *Ancien Régime*, com doze faculdades de direito comandadas por “inspetores”, nomeados pela administração central da nova “Universidade Imperial” e encarregados precipuamente de fiscalizar o ensino literal da legislação codificada (CAENEGEM, R. C. van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. Trad. Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 151-52). O ensino nestas faculdades seguia o modelo dos grandes comentadores, expondo o Código Civil na mesma ordem e critério adotados pelo legislador, artigo por artigo, desprezando qualquer ordenação teórico-sistemática: “*no seu funcionamento, a exegese é levada ao aprofundar pontual e, assim, assistemático, de vários temas*” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Volume I. Coimbra: Almedina, 1984, p. 251). São as aulas com o Código nas mãos, o atomismo tão ao gosto, ainda hoje, de parte considerável dos docentes brasileiros.

¹⁰⁴ “*Shortly after Justice Martin’s era, however, the bench and bar began to consult commentaries on the French Code Civil to obtain enlightenment about the meaning and application of our own. To understand how and why this practice developed, one must remember that familiarity with the Spanish language was decreasing, the Spanish law had not yet been codified in a modern way, that taking place in 1888, and accordingly Spanish works comparable to the French commentaries had not yet become available. At the same time many in the population still knew French well, the French commentaries were marvels of simplicity and clarity, the texts of the Louisiana Civil Code often were identical or similar to those of the French Code Civil, and happily, the diffuse and different common law legal materials had not become readily available through efficient indices and encyclopedias. The practice waned in the first part of the twentieth century, to be revived during the period of renewed interest in Romanist law that attained momentum in the 1930s and after World War II, of which more will be said later in this paper. Much of this use of French doctrinal material was helpful, but sometimes it proved disastrous, the bench and bar ignoring the subtle, and sometimes the obvious, differences between the Louisiana Civil Code and the French Code Civil. The proper use of French doctrinal materials as aids to understanding our civil law even now is not well understood*” (PASCAL, Robert. A.. Louisiana’s Mixed Legal System, em *Revue générale de droit*, 15 (2), p. 349-350.

na ficção de que a ordem legal é um sistema de conceitos jurídicos ‘completo’ e sem lacunas” (DENNIS, 1993, p. 7). Não sendo o código aquela fonte consistente, plena e inexaurível de regras, que pela dedução lógica poderia fornecer regra apta a fornecer solução para todo e qualquer caso concreto¹⁰⁵, haveriam de se admitidas as suas lacunas, vaguezas e antinomias. Sendo terminantemente vedados o *non liquet* e o *déni de justice*, há então que se encaminhar solução adequada para tais “impasses” interpretativos¹⁰⁶.

Na Louisiana, os dois principais caminhos desenvolvidos para a superação de tais impasses já foram mencionados neste texto: a faculdade judicial da *equitable discretion* e o princípio da *jurisprudence constante*, ambos de longo e complexo desenvolvimento teórico, ainda em curso.

Assim é que, sob a influência decisiva de Portalis e Géný, a prerrogativa da *equitable discretion* sempre foi e continua a ser levada muito a sério. Como afirmam Palmer e Borowsky, a noção de *equity* praticada na Louisiana não é baseada, primariamente, nos “*verbal gaps in the law*”, e sim na constatação de que haveria “*injustice or inconvenience in the law*”

¹⁰⁵ “It should be evident, therefore, that Louisianians have never developed the method of legislative positivism, which identifies legislation as the unique source of the positive law (except for custom) and, accordingly, limits the rules and principles of the positive law to those explicitly or implicitly in the legislation (or custom) (...) the Louisiana jurists availed themselves of a non-positivistic methodology in conformity with the Romanist and Anglo-American juridical traditions represented in the state. Neither one nor the other yet had become philosophically positivistic, and even legislative positivism would have seemed very foreign to most creoles and Americans in Louisiana. Whatever the reason may have been, however, the non-acceptance of legislative positivism in the formative years of our system permitted our legal professionals to remain in closer contact with the primary experiences of ontological order for almost a century after the repeal of the background Romanist laws” (PASCAL, Robert. A.. Louisiana’s Mixed Legal System, em *Revue générale de droit*, 15 (2), p. 352-354).

¹⁰⁶ Com a necessária cautela, dadas a imposições de cariz claramente textualista que ainda aparecem no Código Civil:

INTERPRETATION OF LAWS

Art. 9. *Clear and unambiguous law. When a law is clear and unambiguous and its application does not lead to absurd consequences, the law shall be applied as written and no further interpretation may be made in search of the intent of the legislature.*

Art. 10. *Language susceptible of different meanings. When the language of the law is susceptible of different meanings, it must be interpreted as having the meaning that best conforms to the purpose of the law.*

Art. 11. *Meaning of words. The words of a law must be given their generally prevailing meaning. Words of art and technical terms must be given their technical meaning when the law involves a technical matter.*

Art. 12. *Ambiguous words. When the words of a law are ambiguous, their meaning must be sought by examining the context in which they occur and the text of the law as a whole.*

Art. 13. *Laws on the same subject matter. Laws on the same subject matter must be interpreted in reference to each other.*

(2001, p. 291). E prosseguem, descrevendo práticas judiciais que, à luz dos desenvolvimentos mais atuais da teoria da interpretação jurídica, podem soar até um tanto ingênuas: “*Na busca pela produção de resultados justos, os juízes da Louisiana improvisam ou reconhecem novas regras, tanto quando é alegado que existiriam lacunas no texto, como nas ocasiões em que tais alegações não sejam feitas*”. Contudo, em tal atitude não haveria ingenuidade, mais sim uma informada e deliberada atitude, em que, reforçada por uma certa leitura da Constituição da tradição norte-americana de ativismo judicial, haveria um senso de estarem exercendo “*inerentes poderes pretorianos*”¹⁰⁷.

Já sobre o tópico da adoção da “política” da *jurisprudence constante*, o debate Ireland-Daggett (1937-1938) foi um dos mais relevantes. Gordon Ireland, então professor da Faculdade de Direito da Louisiana State University, escreveu artigo sustentando que o costume de citar casos e decisões anteriores em julgamentos dos tribunais da Louisiana teria se iniciado já bem cedo e rapidamente se expandido. Disse, ainda, que o costume de *common law* de se basear em prévia jurisprudência e de reconhecer o *stare decisis* já teria sido reconhecido pelo Justice Martin em 1839. No entanto, o entendimento depois acolhido pela Suprema Corte teria sido de modo a exigir a necessidade de que mais de uma decisão – na verdade, uma série de decisões – para que a observância do *stare decisis* fosse devida¹⁰⁸.

Mas Ireland foi logo contrariado pelos próprios colegas da Louisiana State University, entre eles se destacando a professora Harriet Spiller Dagget¹⁰⁹, que afirmaram

¹⁰⁷ “*In cases of first impression, which are not necessarily unforeseen situations, they enjoy free discretion over what legal sources and methods will be used ... The judges developed ... a sense of inherent praetorian powers, an attitude bolstered by constitutional considerations and American assumptions about the propriety of judicial activism ... A judge’s equity power includes gap-filling and general-clause jurisprudence, but it cannot be considered co-extensive with these two activities. The office is now armed with a praetorian power to increase the fairness of the written civil law. The judge exercises a general discretion to recognize new rules of fairness that qualify or condition, but usually do not negate the existing rules. The process operates upon the unselfconscious assumption that this discretion exists unless it is expressly denied by written law. When exercising this general discretion, the judge may easily pass over in silence the discussion of gaps or the subject of injustice caused by the rules in place. The court may choose to intervene as a praetor simply because, in its judgment, a new rule produces greater convenience and a better justice*” (PALMER, Vernon Valentine; BOROWSKI, Harry. Louisiana, em *Mixed jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 291).

¹⁰⁸ PALMER, Vernon Valentine; BOROWSKI, Harry. Louisiana, em *Mixed jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 300).

¹⁰⁹ Em 1931, a advogada Harriet Spiller Dagget (1881-1966) foi uma das primeiras mulheres efetivadas como professora em uma faculdade de direito nos Estados Unidos. No elogio fúnebre publicado pela sua Universidade,

jamais ter a Louisiana adotado a regra do *stare decisis*, mas sim a doutrina europeia-continental da *jurisprudence constante*. Segundo a sua crítica, Ireland teria incorrido em confusão ao interpretar as decisões referidas, pois o que teria sido acolhido pela *Supreme Court* era a ideia de que apenas diante de uma série de decisões homogêneas – *jurisprudence constante* – é que se estabeleceria os maiores peso (*weight*) e respeito (*respect*) pelo entendimento jurídico adotado.

Tanto seria assim, escreveu Daggett, que em pelo menos 147 *overrulings*, em seus 125 anos de história, a Suprema Corte do estado já teria dado testemunho mais do que eloquente de sua não-adesão ao *stare decisis*. Encerra insistindo que nenhuma norma jurídica traria a determinação de que os juízes e tribunais da Louisiana devessem seguir os precedentes dos tribunais superiores, e que, se estes fossem eventualmente seguidos, tal se daria por concordância ou até medo de reforma da sua decisão, mas não por imposição jurídica¹¹⁰.

A afirmação da rejeição do *stare decisis* seria sempre reiterada e, por muito tempo, hegemônica. Como refere Albert Tate Jr., uns vinte anos após as polêmicas que caracterizaram o debate Ireland-Daggett, isto é, no final dos anos 50 do século passado, o presidente do *Louisiana Law Institute* e líder da *civilian renaissance*, chegou a declarar, triunfante:

“Nós [na Louisiana] *jamais adotamos o stare decisis, e quaisquer que fossem as chances de que ele viesse a rastejar para dentro do nosso sistema, foram reduzidas, pela passagem do tempo, ao ponto do desaparecimento. Os nossos tribunais sempre seguiram, e devem demonstrar a plena disposição de continuarem a seguir, a essencial técnica judicial civilista de jamais permitir que o dia de hoje seja o escravo do ontem ou o tirano do amanhã*¹¹¹.” (TATE JR., 1965, p. 745)

a marca dos tempos: além da “*tremenda energia e entusiasmo que trouxe ao seu trabalho na Faculdade de Direito*”, foi dito que ela era “*frequentemente referida como o melhor ‘homem’ da Faculdade*” (In Memoriam: Harriet Spiller Daggett, em *La. L. R.*, Vol. 27, N. 1, December 1966, p. 2).

¹¹⁰ PALMER, Vernon Valentine; BOROWSKI, Harry. Louisiana, em *Mixed jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 300).

¹¹¹ “*Some twenty years later, the civilians triumphant, Colonel John H. Tucker, President of the Louisiana Law Institute and a leader in the civilian renaissance, reiterated with approval their conclusion: ‘We [in Louisiana] have never adopted stare decisis, and whatever chances it had of creeping into our system have been reduced to the vanishing point by the passage of time. Our courts have always followed, and show every disposition to*

Em perfil de François-Xavier Martin, um dos três primeiros juízes a integrarem a Louisiana Supreme Court, onde permaneceu por trinta e um longos anos (1815-1846), Olivier Moréteau destaca a relativa antiguidade da compreensão da distinção, pelos tribunais daquele estado, entre as doutrinas do *stare decisis* – vinda do mundo do *common law* – e da *jurisprudence constante* – vinda da tradição do *civil law*. Diz Moréteau:

*“Martin foi um verdadeiro scholar, à vontade tanto no common law quanto no civil law. Ele sem dúvida confiava no trabalho do Tribunal e tinha um senso acurado do significado do stare decisis no contexto do common law. Também possuía uma percepção clara – e até antecipadora do que se veria no século XX – do que a jurisprudência significa na tradição de civil law. Parece que ele já tinha lido François Géný mais de 80 anos antes de que esse escrevesse os seus livros.”*¹¹²

É semelhante a conclusão de um observador externo, Biagio Andò, que se dispôs a realizar um estudo comparativo entre a Itália e a Louisiana, concluindo que é certo que a

continue to follow, the essential civilian judicial technique of never letting today become either the slave of yesterday or the tyrant of tomorrow”.

¹¹² Ainda sobre a importância do juiz François-Xavier Martin: *“He published the first reports of the cases decided by the Superior Court of the Territory of Orleans and the Louisiana Supreme Court in a set of at least 18 volumes. In the foreword to the Old Series, he wrote: ‘In matters of practice [the judge] will at times conform himself to what has been already done, though, had there been no determination, he might have suspended his assent. General and fixed rules are in this respect a great desideratum. At all events, a knowledge of the decisions of the court will tend to the introduction of more order and regularity in practice, and uniformity in determination.’ The foreword emphasizes words like ‘order’, ‘regularity’ and ‘uniformity’ and expresses a clear preference for ‘general and fixed rules’. In Smith v. Smith, a case decided in 1839, he states that ‘more than one decision of the supreme judicial tribunal is required to settle the jurisprudence on any given point or question of law’. This might be the first expression ever of the doctrine of jurisprudence constante. It came under the pen of a judge who appears to be a remarkable comparative law scholar. He understood 100 years before others that the civil law strongly relies on the work of the highest courts, finding their decisions persuasive especially when repeated, yet not regarding one unique decision as a binding precedent.”* (MORÉTEAU, Olivier. François-Xavier Martin Revisited: Louisiana Views on Codification, Jurisprudence, Legal Education and Practice, em *La. B. Journal*, Vol. 60, n. 6, (2013), p. 478). No campo do ensino do direito, Martin não foi menos importante, compreendendo, já àquela época, o caráter misto do sistema jurídico da Louisiana e a decorrente necessidade de uma formação *bijural*: *“Martin wished all attorneys practicing in Louisiana to be trained both in the civil law and the common law. Warren Billings explains that, in 1840, Chief Judge Martin molded a rule of court reforming legal education for prospective attorneys, prescribing the study of over a dozen treatises ranging from theory to practice of the law in general and the law of Louisiana in particular. The list includes Robert Pothier, Jean Domat, Joseph Story, Sir William Blackstone and James Kent. This was a bijural curriculum avant la lettre, making Martin the grandfather of the present Louisiana State University model, though the grandchild sadly moves away from doctrinal sources.”* (idem, *ibidem*).

doutrina do “*binding precedent*” não deitou raízes naquele estado. A rejeição de uma versão forte do *stare decisis* e, ao mesmo tempo, a aceitação da doutrina da *jurisprudence constante*, revela a influência da visão que os primeiros codificadores tinham do papel da *equity*. Vista a noção, é claro, sob o prisma da peculiar cultura jurídica dominante na Louisiana àquela época, inclusive pela maneira muito própria como lidava com a ascendência exercida pela cultura jurídica francesa (ANDÒ, 2014, p. 118).

Segundo a análise de Andò, o recurso à *jurisprudence constante* teria permitido, na Louisiana, uma espécie de *trade-off*, um *middle ground*, entre a rigidez das regras escritas e codificadas, uma boa medida de consideração aos precedentes, e ainda a criatividade judicial, tida como imprescindível. Atente-se, no entanto, para a solidez da opção: a doutrina da *jurisprudence constante* por lá considerada seria, talvez até hoje, aquela mesma descrita por François Géný no seu *Méthode d’Interprétation et Sources en Droit Privé Positif* (1899)¹¹³.

Se, por um lado, a *jurisprudence constante* não se beneficiaria, na Louisiana, da mesma força ou legitimidade emprestadas às fontes legislativas, por outro tem a sua aceitação facilitada pela afinidade, a despeito das sempre frisadas diferenças, com uma regra abrandada do *stare decisis*.

Não seria absurda a identificação, no caso, do uso da ideia de imposição da *jurisprudence constante* como uma espécie de “*stare decisis* à francesa”, ou melhor, à moda da Louisiana. Considere-se a situação do estado, diante de sua imersão e pertença a uma federação que pratica o direito sob bases diversas, que são as de um *stare decisis* mais rigoroso praticado

¹¹³ “The notion of *jurisprudence constante* to which Louisiana jurists cling is that given by François Géný. In a passage quoted by Tête, *supra* note 47, at 4 n.13, F. Géný, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif* (La. State L. Inst. transl., 1963, n.149), observes: [P]revious decisions, especially when they form a constant stream of uniform and homogeneous rulings having the same meaning, should have a considerable authority in the mind of the interpreter. . . . [N]ot only . . . they will exercise on him a moral and practical influence which their origin commands, but they will impose on him a moral and practical influence which their origin commands, but they will also impose on him a conviction analogous to the ‘force of written reason’ known to our old law. . . . [I]n the presence of a rule supported by a firm line of prior decisions, the interpreter can abstain from a new inquiry on the grounds of his faith in the alleged precedents. He has a basis for solving his personal doubts in the sense indicated by the authority, which he should not lay aside except for decisive reasons that swing his conviction in the opposite direction. This certainly does not represent legislative force in the proper sense, such as we attach to written law or custom; for whenever they expressly rule, they cut off any free inquiry. But it nevertheless represents a serious force which can, and to some extent should, control the uncertainty or the caprice of subjective reasoning” (ANDÒ, Biagio. On the Interpretation of Law and Legal Gaps: A Comparative Overview of the Delicate Trade-Off Between Legal Rules and Judicial Creativity in Louisiana and Italy, em *Tulane European & Civil Law Forum*, vol. 29, 2014, p. 119, nota 56).

por outros 49 estados e pelo sistema federal. Ora, a solução encontrada para lidar com os precedentes, ainda que sem renunciar à sua tradição, ao que parece mais tem ajudado do que atrapalhado no inafastável encontro e relações havidas entre os dois mundos jurídicos.

De todo modo, essa doutrina do *stare decisis* bem mais flexível, à moda da Louisiana, sem dúvida se apropria da doutrina tradicional da *jurisprudence constante*, o que se dá pela indicação de que o uso suficientemente uniforme, constante e longo de precedentes é benéfico. Afinal, não houvesse uma longa série de precedentes em harmonia com os princípios do Código Civil, tais precedentes obviamente não teriam durado tanto. E quanto mais consolidada e persistente a sua especialíssima *inveterata consuetudo* jurisdicional, por assim dizer, quanto maior a sua uniformidade, maior a sua força persuasiva, o seu *arrêt de principe*¹¹⁴. E tal é em alguma medida, também, o valor do precedente vinculante.

Mas há visões talvez mais matizadas. Entre elas, destaca-se, como uma das mais influentes, a do já mencionado Albert Tate Jr.. Em numerosos artigos doutrinários, tentou mapear os principais aspectos da “*civilian methodology*” adotada pelos juízes da Louisiana, ainda que afirmasse não serem, tais práticas, muito diferentes daquelas dos juízes de *common law*. Na sua apreciação, o juiz da Louisiana – ou de outras *mixed jurisdictions* – aplicaria ao Código Civil e ao resto da legislação, o mesmo tipo de raciocínio que o juiz de *common law* pode aplicar às disposições constitucionais¹¹⁵.

Na visão que Tate Jr. tem dos termos mais tradicionais da concepção civilista, todavia, não poderia negada a legitimidade da afirmação de precedência da legislação civil sobre qualquer outra fonte do direito: “*sob uma teoria pura de civil law, a única fonte do direito é legislativa*”, de modo que “*as decisões dos tribunais não são direito, mas tão-somente a sua interpretação*” (1965, p. 743).

E ainda que “*o uso de precedentes possa ser aproximadamente similar em jurisdições civilistas e de common law*”, haveria uma diferença de atitude essencial: a “*sanctity*” com que os precedentes são considerados entre os juízes de *common law* (p. 744)¹¹⁶. Assim, os

¹¹⁴ Como tem sido chamada, no direito francês, tal construção doutrinária (FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. 26 *Inter. Rev. L. Eco.*, 2006, p. 524).

¹¹⁵ Ainda mais se considerada aquela ideia de que, ao intérprete, caberia perscrutar qual seria o *original intent* de uma disposição constitucional (TATE JR., Albert. The Role of The Judge in Mixed Jurisdictions – The Louisiana Experience, em *La. L. R.*, Vol. 20, 1974, p. 231-244).

¹¹⁶ “*Formerly, at least, jurisdictions regarded even a single precedent as binding on the court which established it and on all lower courts subject to its appellate jurisdiction, while even in modern times an established precedent*

juízes da Louisiana seriam bem menos hesitantes do que os seus colegas de *common law* na revogação de um precedente, mesmo que tal precedente fosse de um tribunal hierarquicamente superior. Na sua opinião, poderia ser festejada a circunstância – que é ao mesmo tempo histórica, política e jurídica – de que o Juiz da Louisiana teria à sua inteira disposição o melhor de dois mundos (1974, p. 231).

Anotando que a legislação propicia consistência, tanto quanto os precedentes, Tate Jr. ressalva que os juízes podem sempre reinterpretar as leis, caso entendam que estas tenham sido mal interpretadas, anteriormente, por um tribunal:

“Conquanto devemos sempre nos esforçar para alcançar consistência no tratamento de interesses similares, e para obter coerência no desenvolvimento de conceitos doutrinários, em assim fazendo somos livres para desprezar interpretações judiciais prévias, retornando aos conceitos legislativos iniciais e às considerações acerca de utilidade social e justiça que lhes são subjacentes”¹¹⁷.

No mesmo sentido, afirma que o julgador tem compromisso com a lei, certamente, mas não apenas em relação às suas específicas palavras, já que tais só valem enquanto sejam, efetivamente expressão de uma vontade legislativa relacionada à regulação dos fatos dentro de um determinado horizonte histórico. Portanto, uma interpretação apenas literal da legislação, desconsiderando as mudanças sociais que continuamente se dão, resultaria irresponsável:

*is regarded as law, law being what the courts will do rather than some abstract principle independent of judicial interpretation and applications. In a civilian jurisdiction, however, the precedent is regarded only as an interpretation of the law (i.e., of legislation) ; the precedent is not binding as having established a rule; it is rather valid insofar as persuasively demonstrating the correct interpretation of the statutory source. The civilian does not regard the judicial interpretations of a statute as becoming part of the statute, so that the statute as interpreted is the law (...). In the actual working of the Louisiana legal system, however, lawyers and laymen rightly regard an interpretation represented by a line of several decisions as establishing a settled application of the law which the courts will with reasonable certainty follow in the future if litigation concerning the same question again arises. While reference is or should be made first to the statutory law, in actual practice the interpretation reflected by the case decisions, the law in action so to speak, is almost always heavily relied upon, with the usually correct assumption that the legal precept in question will be applied to the present facts as it was in the past and that the meaning of the precept is demonstrated by these indicative and illustrative court decisions.” (TATE JR., Abert. Techniques of Judicial Interpretation in Louisiana, em *La. L. R.*, Vol. 22, N. 4, 1965, p. 746).*

¹¹⁷ Civilian Methodology in Louisiana, em 44 *Tul. L. Rev.* (1970), p. 680.

*“as palavras da legislação contêm um princípio de regulação que o legislador pretendeu ver aplicado em seu próprio tempo e um pouco mais adiante. Mas se ocorre uma modificação substancial nas condições sociais para cuja regulação a lei foi projetada, a adjudicação por referência apenas à literalidade das palavras da lei poderá, sob as condições que se modificaram, levar a uma aplicação irresponsável de uma norma legal, que não foi planejada nem pela intenção legislativa, nem pelo tribunal judicante.”*¹¹⁸

Identificável em sua concepção, ademais, uma preocupação em assegurar o protagonismo e a liberdade interpretativa do magistrado no processo de contribuir para a definição e o desenvolvimento do direito. Considerando que o juiz da Louisiana jamais foi visto como aquele “funcionário subalterno”, a “boca da lei”, a preocupação poderia até parecer estranha. De todo modo, talvez da perspectiva da defesa de prerrogativas profissionais interpretativas dos juízes, o seu ponto vem bem apresentado:

“A nossa tradição basicamente civilista tem sido em parte sobreposta e substituída por common law anglo-americano.... Hoje, a despeito da renovada importância das fontes civilistas de nosso direito material, existe pouco apoio na magistratura e na advocacia da Louisiana à teoria civilista de que o papel dos juízes é decidir os casos, apenas, deixando o desenvolvimento doutrinário para os juristas acadêmicos (...) O juiz da Louisiana, como o seu irmão do common-law, é um arauto do direito tanto quanto um decisor de casos (...) Assim como o juiz de common-law, ele não se vê como um mero técnico, mas também um jurista, um criador do direito e um expoente da doutrina. Contudo, enquanto um modern juiz civilista, ele é essencialmente mais livre do que o seu correspondente do common law quanto aos efeitos mecânicos do precedente

¹¹⁸ *“the words of legislation contain a principle of regulation intended by the legislators to apply to contemplated norms of their own and succeeding times. But if there is a substantial change in the social conditions the statute is designed to regulate, the mechanical adjudication by reference to the statute's literal wording alone may, under the changed conditions, amount to an irresponsible application of a legal rule devised neither by legislative intention nor by the deciding court”* (TATE JR., Albert. The Law-Making Function of the Judge, em *La. L. R.*, Vol. 28, N. 2, 1968, p. 229). Evidente, contudo, que não defendia que tal orientação devesse ser seguida de modo perdulário, até porque o juiz não poderia pretender substituir as escolhas do legislador pelas suas próprias. Por outro lado, sempre caberá ao julgador interpretar qual teria sido, afinal, a vontade legislativa.

‘vinculante’; ele tem a liberdade de retornar, independentemente da intervenção de precedentes, aos conceitos legislativos iniciais, podendo utilizar analogias criativas e construções nelas baseadas; ou, na ausência de legislação expressamente aplicável, tem a liberdade para divisar regras socialmente justas e adequadas para regular o caso” (TATE JR., 1974, p. 240)

Para melhor apoiar e esclarecer a aproximação feita por Tate Jr., valeria lembrar de duas coincidências. A primeira: a exemplo do que se passa com os julgamentos de *common law*, especialmente em matéria de jurisdição constitucional, na Louisiana são tolerados, registrados e até mesmo publicados os votos vencidos (*dissents*), aos quais pode ser dada significativa importância no debate jurídico e público sobre as decisões (diferentemente do que ocorre na tradição francesa, por exemplo).

A segunda coincidência, ainda mais interessante: é justamente no exercício da jurisdição constitucional que a Suprema Corte dos Estados Unidos é menos atenta ao princípio do *stare decisis*, afirmando que, diante da possibilidade de ler e interpretar diretamente o texto constitucional, qualquer mediação, como aquela que seria potencialmente representada pelos precedentes, seria uma constrição indevidamente exercida. Até porque, desde *Marbury vs. Madison*, tem-se como assentada a ideia de que a autoridade e a legitimidade da Suprema Corte advêm da Constituição escrita, diretamente e sem a necessidade de quaisquer outras delegações.

Se as ideias de Tate Jr. estão longe de esgotar os debates que vem sendo travados, na Louisiana, acerca da observância pelos juízes da regra do *stare decisis* e da vinculação dos precedentes, é possível vê-las, pelo menos, como representativas da resistência, que lá ainda existe, de algumas das mentalidades próprias dos sistemas jurídicos de *civil law*.

Tais ideias, são bem representativas, também, da original solução de compromisso, o peculiar *trade-off* entre o *stare decisis* e a *jurisprudence constante*, que os tribunais da Louisiana têm sido capazes de realizar.

2.3 À guisa de conclusão: construção de um sistema de precedentes vinculantes no país das súmulas da jurisprudência e o desafio de se chegar ao *stare decisis*, sem que jamais se tenha se chegado à observância da *jurisprudence constante*

*“O instituto dos assentos, no quotidiano dos tribunais e da vida jurídica, era **uma garantia**, bem sentida e apreciada por todos os práticos do Direito, e facilmente explicável a todos os cidadãos, de que as suas causas teriam ainda uma possibilidade de reapreciação sempre que, para elas, fosse encontrada uma solução concreta contrária ao que seria de esperar, perante a jurisprudência anterior. Era, em suma, a última guarda da confiança na unidade do sistema e na estabilidade das decisões jurisdicionais, particularmente oportuna perante o natural individualismo dos juristas portugueses. Não vale a pena tecer apelos rasgados ao Direito, enquanto Ciência, quando, na prática, se lhe limitem os instrumentos que prossigam a **mais elementar exigência de qualquer conhecimento científico: a previsibilidade dos fenómenos.**”¹¹⁹*

¹¹⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Anotação, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 56, Vol. I, jan. 1996, p. 311. Grifado no original.

A proposta do presente estudo é a de examinar algumas das vicissitudes e complicações da incorporação do modelo de *stare decisis* e de precedentes à luz da original noção de transplantes jurídicos, incorporando as críticas mais recentes, especialmente aquelas que dizem com as perspectivas culturais brasileira e da América Latina.

Do mesmo modo, buscou-se traçar paralelo com a realidade do direito do estado norte-americano da Louisiana, que diferentemente dos demais estados daquele país, tem ordem jurídica codificada, distanciando-se da prática tradicional nos sistemas de *Common Law*.

De modo geral, tem-se que “a integridade e operacionalidade do sistema jurídico dos Estados Unidos se apoia em julgamentos bem fundamentados que sejam consistentes com decisões pretéritas, princípios jurídicos e a Constituição dos Estados Unidos” (PIZZINI, 2019, p. 474). E, no que diz respeito ao “alicerce do sistema jurídico de common law, sobre o qual sucessivas decisões judiciais são edificadas e expandidas”, estaria solidamente assentada a doutrina do *stare decisis*, que “assegura o desenvolvimento do direito e contribui para a integridade do sistema judicial” (idem, p. 493-494).

É bem verdade que, talvez, seja inapropriado falar-se em “direito norte-americano”: “de um ponto de vista estritamente jurídico, não existe algo como ‘direito norte-americano’”, já que “existe o direito de cada um dos cinquenta estados dos Estados Unidos da América; e existe o direito federal – isto é, o direito dos Estados Unidos vistos como uma entidade governamental distinta dos estados que o compõem” (BERMAN, 2013, p. 133).

Nada obstante, a distinção que vem aqui enfatizada é aquela entre o direito da Louisiana, considerado em suas peculiaridades tanto jurídico-legislativas e institucionais, como históricas, políticas e culturais, e o direito que, de um modo geral, seguiu uma tradição inglesa de *common law* que remonta ao período colonial¹²⁰.

¹²⁰ Tradição, esta, que mesmo após o processo de Independência permaneceu em vigor, como reivindicaram o colonos e viriam a reconhecer os próprios documentos revolucionários. Depois, a imbricação desta tradição com os ideais republicanos franceses viria a dar origem a um novo e original direito público, em que os poderes para que os juízes exercessem *judicial review* provinham não de uma delegação legislativa, mas diretamente da autoridade da Constituição (BERMAN, Harold Joseph; WITTE JR., John (Ed.). *Law And Language – Effective Symbols of Community*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 137-146). Já no campo da recepção do *common law* pelos estados americanos, as mudanças seriam mais graduais. Consagrando o que vinha sendo decidido pelos juízes ingleses, assim como algumas leis do Parlamento Britânico, os treze estados que inicialmente compunham

De toda maneira, nos sistemas de Common Law, lembre-se, nunca houve qualquer mandamento legislativo para que os precedentes fossem seguidos. No entanto, nem se discute que os precedentes judiciais devem ser seguidos e que são, efetivamente, fontes do direito. E tal significa, segundo MacCormick (2005, p. 44), que

“regras gerais de conduta e de responsabilidade são pressupostas como implícitas nos casos, imbricadas nas decisões por meio das quais os juízes os resolvem. Manuais e comentários sobre o direito são escritos sob a premissa de que uma proposição jurídica pode ser suficientemente apoiada pela citação de um caso, que será ‘autoridade’ para aquela questão, apesar de que possa haver controvérsia sobre se alguma proposição do comentador capta com exatidão a verdadeira ratio decidendi do caso citado. De qualquer maneira, proposições providas de alguma substância e generalidade usualmente são construídas pela citação e referência a vários casos, talvez um leading case e alguns casos relacionados, que adicionalmente o expliquem e o interpretem (...) Por hora, basta negar que o Common Law possa ser concebido como um domínio jurídico sem quaisquer regras. O problema não é esse. Ao contrário, as regras são, elas mesmas, apresentadas por uma interpretação dos casos, de modo que praticamente qualquer formulação pode ser desafiada pela referência a uma interpretação diversa do mesmo material”.

Já na Louisiana, como se viu, a tradição de *common law* nem mesmo tardiamente iria se impor. Lá, vigoraria aquele princípio segundo o qual *“os precedentes são reconhecidos apenas como indicadores do melhor modo de interpretar o direito codificado ou de qualquer modo consagrado nas leis”*. Dependente mesmo do arranjo que estrutura o *Rule of Law*, a separação dos poderes imporia a visão de que *“juízes não são legisladores”*. E se os juízes não são legisladores, *“as suas decisões e votos não podem ser aceitos como se fossem, eles próprios, uma fonte do direito”*, não sendo, assim, capazes de transcender a função de *“guias persuasivos para a apropriada interpretação do direito e das leis feitas pelo legislador”* (MACCORMICK, 2005, p. 144).

a federação, tanto quanto os novos estados resultantes da expansão para o interior do continente, tiveram no *common law* inglês a base do direito que viria a ser aplicado pelos seus juízes e tribunais (idem, p. 147).

Mais do que isso: se a Constituição e a legislação da Louisiana nem sequer reconhecem a autoridade normativa dos precedentes, os seus tribunais seguem apegados ao princípio da *jurisprudence constante*. O que leva, ainda que com muitas ponderações, à negação do caráter obrigatório ou vinculante aos precedentes e à regra de *stare decisis*. É o que se pode ler na afirmação, pelos primeiros artigos do Código Civil vigente na Louisiana, já referidos e transcritos em nota anterior, que são fontes do direito a legislação e o costume (embora este, como acontece em tantas jurisdições mais desenvolvidas de *civil law*, esteja em franca *desuetudo* enquanto fonte do direito)¹²¹.

Nos tribunais, igualmente, tem sido afirmada, de modo geral, a prevalência da lei e do costume como fontes do direito e, ao mesmo passo, a distância do regime de rigoroso *stare decisis*, que vem sendo preterido em favor da conservação, já bem consolidada, de uma concepção singular de *jurisprudence constante*. Entretanto, haveria na Louisiana o que já foi chamado de “*respeito sistêmico pela jurisprudência*”, isto é, um híbrido entre a regra do *stare decisis* e a tradição da *jurisprudence constante* (ALGERO, 2005, p. 781)¹²².

¹²¹ E muito embora, de outra parte, algumas concepções de *jurisprudence constante* identifiquem a reiteração de precedentes com uma modalidade de *inveterata consuetudo*, o que remeteria tais precedentes à previsão legislativa do costume como fonte do direito, assim os legitimando em um maior grau. Já no que diz com o desprestígio da ideia de atribuir o *status* de fonte do direito à doutrina – que de resto não vem mencionada na Constituição ou na legislação em questão –, sucede algo que faz total sentido de uma perspectiva histórica: “*As for the reliance on doctrine and other secondary sources that is traditionally associated with civil law jurisdictions, in Louisiana, like in many other civil law jurisdictions, doctrine has been relegated to a position behind enacted law and precedent. This makes perfect sense from an historical perspective. Doctrine was a highly valued secondary source that explained the law when court decisions were not readily available, when court decisions were often not accurately transcribed, and when courts did not always take the time to explain their reasoning. In contrast, today the decisions of Louisiana courts, as well as many other courts, are readily available, they are accurately transcribed, and courts routinely explain their reasoning, thus making them a valuable and easily obtainable resource for other courts*” (ALGERO, Mary Garvey. *The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation*, em 65 *La. L. Rev.*, 2005, p. 813).

¹²² “*This term refers to a respect for prior decisions that is influenced by the legal system's court hierarchy, the accepted sources of law in the jurisdiction, a desire to maintain consistency and constancy of law, and the need to allow some flexibility to allow the law to develop. Interestingly, many common law legal systems around the world, including most if not all of the jurisdictions other than Louisiana in the United States, have placed a greater emphasis on enacting laws and have relaxed their interpretation and use of the doctrine of stare decisis. At the same time, in civil law jurisdictions, the availability of reported judicial decisions has allowed precedent to become more widely known, perhaps filling the role that ‘custom’ played in sixteenth century France, thereby increasing the consideration of precedent in traditional civil law and mixed jurisdictions*” ALGERO, Mary Garvey. *The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation*, em 65 *La. L. Rev.*, 2005, p. 781). Como acrescenta a mesma autora, “*The Louisiana legal system is rooted in enacted law, at least a portion of which is written in general terms. This legislative foundation provides a solid base from which courts work to decide cases. This foundation is enhanced not only by a strong respect for*

É o que se pode ler em recente julgamento:

"Under Louisiana's Civil Code, the only authoritative sources of law are legislation and custom." "Unlike in common law systems, 'stare decisis is foreign to the Civil Law, including Louisiana.' " We are, however, " 'guided by decisions rendered by the Louisiana appellate courts, particularly when numerous decisions are in accord on a given issue'—i.e., jurisprudence constante — 'but we are not strictly bound by them. '"

In Louisiana, legislation "is the solemn expression of the legislative will; thus, the interpretation of legislation is primarily the search for the legislative intent." "When a law is clear and unambiguous, and its application does not lead to absurd consequences, it shall be applied as written, with no further interpretation made in search of the legislative intent."

(84 Lumber Co. v. Cont'l Cas. Co., UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FIFTH CIRCUIT, Jan 24 2019, 914 F.3d 329 [5th Cir. 2019])

precedent, especially for the decisions of the Louisiana Supreme Court, but also a responsibility to independently examine other courts' interpretations of enacted law and the power to reject precedent when it is erroneous (...) Despite the fact that prior decisions are not identified as sources of law, Louisiana courts rarely write opinions without mentioning prior decisions, and they have gone so far as to elevate Louisiana Supreme Court decisions to the status of 'law in fact' through their opinions" (Considering Precedent In Louisiana: Balancing the Value of Predictable and Certain Interpretation with the Tradition of Flexibility and Adaptability, em 58 *La. L. Rev.*, 2012, p. 117-118). Uma comparação apropriada é aquela feita por Legarre, referindo-se à sua Argentina: "Let us now turn to the Argentine legal system and analyze how precedent works at both the horizontal and vertical levels. If in the United States vertical stare decisis is a matter of principle, in Argentina it is merely a matter of 'soft principle'. If in the United States horizontal stare decisis is a matter of policy, in Argentina it is a matter of policy, albeit a relaxed policy. Whereas in the United States there is an obligation to follow applicable decisions of higher courts of the same jurisdiction, in Argentina there is a soft obligation to do so. 'Soft obligation' looks like an oxymoron, but it summarizes the truth of the matter. For even though there is no constitutional rule or custom providing for stare decisis, lower courts in Argentina, both federal and provincial, look at the Argentine Supreme Court's decisions and generally follow them. Although lower courts consider that there is no constitutional obligation to do so, it is indeed rare that a lower court would decide a case without first checking on the Argentine Supreme Court's view on the matter. It is even rarer that a lower court would depart from that view, although on occasion one does." (LEGARRE, Santiago. Precedent in Argentine Law, em 57 *LOY. L. REV.* 727, 2012, p. 785-786). E logo acrescenta: "Political interferences affect both horizontal and vertical stare decisis. They confirm the somewhat relaxed nature of the horizontal stare decisis policy, and they prove that the principle of vertical stare decisis is much weaker in Argentina than in the common law world." (p. 788).

Mas ainda que os precedentes não tenham força obrigatória, os tribunais de apelação e a Suprema Corte da Louisiana pretendem impor às instâncias inferiores o acatamento de seus precedentes¹²³. É esclarecedora, a propósito, que pesquisa realizada por Algero entre magistrados atuantes no estado, tenha resultado na constatação de que a maioria dos juízes respondeu entender que estaria além dos limites de seus poderes e autoridade “*to overrule a Louisiana Supreme Court decision interpreting Louisiana enacted law even if they believed that the Supreme Court had incorrectly interpreted the law*” (ALGERO, 2005, p. 811).

No entanto, são muitas as dúvidas e oscilações, por conta da persistente discussão – confusão – acerca das diferenças entre as doutrinas do *stare decisis* e da *jurisprudence constante*. É do que trata DUNAHOE, referindo-se ao difícil contexto enfrentado pelos advogados, que caso a caso terá que avaliar qual regra será aplicada na consideração de decisões anteriores (2004, p. 679-680, 682)¹²⁴:

¹²³ PASCAL, Robert. A.. Louisiana’s Mixed Legal System, em *Revue générale de droit*, 15 (2), p. 348. No mesmo sentido vai Algero, ressaltando a observância do “*systemic respect for jurisprudence*”: “*Although the Louisiana Supreme Court has expressly limited the value of prior decisions to secondary authorities, the Louisiana Supreme Court and Louisiana appellate courts have expressly recognized Louisiana Supreme Court decisions as binding on lower Louisiana courts, thus ‘judicially’ making these decisions a source of law. In some cases, these decisions may attain their status as a source of law because they have become custom through their repeated use, and the Civil Code recognizes custom as a source of law. However, the Louisiana courts that have held that Louisiana Supreme Court decisions are binding have not restricted binding force to repeated decisions; they recognize that one Louisiana Supreme Court decision has binding force on the lower Louisiana courts. Other Louisiana court decisions are not considered binding on any court under the concept of ‘systemic respect for jurisprudence’, which is the aspect of the concept that incorporates the doctrine of jurisprudence constante. When no Louisiana Supreme Court decision has been rendered on an issue, courts may consider prior decisions as persuasive to their interpretation of the law; when repeated decisions interpret the law in the same way, these adjudications assume the dignity of jurisprudence constante, and the rule of law upon which they are based is entitled to great weight in subsequent decisions*” (ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation, em *65 La. L. Rev.*, 2005, p. 812). É relevante, no exame do debate acerca da imposição de que os precedentes dos tribunais deveriam ser observados pelas instâncias inferiores da Louisiana, a análise que Algero faz de algumas decisões da Suprema Corte e de outros tribunais daquele estado, inclusive demonstrando a existência de muitos entendimentos manifestamente contraditórios (idem, ibidem, p. 798-807).

¹²⁴ “*In Louisiana, however, relying on the words of the Louisiana Supreme Court, the attorney may or may not, depending upon the case from which the attorney quotes, be able to assure his client that the prior holding of a superior court will control the legal questions of his claim. The cause of this disorder is the confusion of the doctrines of stare decisis and jurisprudence constante. The doctrine of stare decisis generally states that once a legal question has been decided in a prior case the issue may not be reexamined by a subsequent tribunal absent extraordinary circumstances. On the other hand, with jurisprudence constante, judicial decisions are not controlling on issues of law. However, if there exists a consistent line of cases that arrive at the same legal conclusions using sound logical reasoning, then the previous rulings are highly persuasive and not controlling. The Louisiana Supreme Court has not been clear as to the exact weight accorded to prior cases. As a result,*

A tarefa não é fácil. Como foi antes mencionado, a realidade do direito não é apenas o que se lê nas leis e nas decisões dos tribunais. Estas, leis e decisões judiciais, nascem, vivem e morrem no universo da cultura jurídica (e de outros tantos universos!). Para um lado ou para o outro, a prática jurídica na Louisiana depende de sua inserção em um país que cultiva

attorneys, and even judges, are confused as to whether the much touted civil law concept of jurisprudence constante truly controls (...). In order to justify its departure from the rule announced in Ducote, the Louisiana Supreme Court invoked the well established civilian principle of jurisprudence constante. On numerous occasions in the past and in no uncertain terms, the Louisiana Supreme Court has made it clear that the common law doctrine of 'stare decisis' is not recognized in Louisiana." (DUNAHOE, Jason Edwin. "Jurisprudence Désorientée:" The Louisiana Supreme Court's Theory of Jurisprudential Valuation, *Doerr v. Mobil Oil and Louisiana Electorate of Gays and Lesbians v. State*, em 64 *La. L. Rev.*, 2004, p. 679-680, 682). E prossegue, o mesmo autor, para explicar que o princípio da *jurisprudence constante* tem autoridade persuasiva, eis que não implica cega obediência a um precedente, mais sim uma concordância ativa em relação às razões invocadas em um "fluxo constante de decisões uniformes e homogêneas": "*According to the civil law theory of precedent, 'when a series of decisions form a 'constant stream of uniform and homogenous rulings having the same reasoning,' jurisprudence constante applies and operates with 'considerable persuasive authority. Stated differently, when a rule of law, announced by a court, rather than in legislation, is consistently followed by courts of Louisiana, the rule will be given great weight by subsequent courts and may even achieve a level of deference similar to that accorded to legislation. Judicial decisions, inherently not the 'solemn expression of legislative will,' as they are not made by the legislature, must be somehow transformed into 'custom' in order to attain the status of a primary source of law. This must be done in order to conform to the legislative and doctrinal rule of all civilian jurisdictions that legislation and custom are the only binding sources of law. The Louisiana Civil Code gives a definition of custom that suggests how judicial decisions attain this primary status: '[c]ustom results from practice repeated for a long time and generally accepted as having acquired the force of law.' In other words, the practice, represented by the holding in a judicial decision, must be recognized by other courts over a long period of time and must be accompanied by a feeling that the holding is the 'law,' and therefore binding. Speaking on the possibility of judges following judicial precedent, a noted legal Louisiana legal scholar, Judge Alvin Rubin, stated: 'He [the judge] is not bound to do so, however, because the doctrine of stare decisis does not apply. Instead, each judge, trial and appellate, may consult the civil code and draw anew from its principles ... The judge is guided much more by doctrine, as expounded in legal treatises by legal scholars, than by the decisions of colleagues..., the rule is one of deference to a series of decisions, jurisprudence constante.' Jurisprudence constante provides the judge with the opportunity, regardless of the decisions of any other court, including courts with appellate jurisdiction, to decide a case based upon what he believes to be the most reasoned legal interpretation. The judge is under no obligation to defer to courts with supervisory jurisdiction. In his 1993 Tucker Lecture at the Louisiana State University Law Center, Judge James Dennis eloquently and succinctly explained that the basis for the deference given to prior judicial decisions in the civil law should be based not on simple recognition of similarity in fact patterns or legal questions. Rather, judges in the civil law should only defer to the holding in a prior decision if, after careful examination, they find that the legal reasoning of the judge in the prior case is sound and applicable to the case at hand. Therefore, jurisprudence constante posits its precedential weight in the veneration of prior legal reasoning by a judicial colleague and not by blind deference to prior holdings."* (idem, *ibidem*, p. 685-6)

o *Common Law*, e cujos estudantes e profissionais são treinados, em sua imensa maioria, dentro das características desse sistema.

E no Brasil, como devem os advogados se comportar diante de seus clientes, tendo em consideração não apenas a complexidade do contexto jurídico atual em relação aos precedentes, mas, ainda, o contexto cultural em que tudo isso se realiza?

Como salienta Palmer – ainda que se referindo à realidade da Louisiana, a reflexão nos serve à feição –, a solução para o primeiro problema, o da complexidade jurídica, é apenas um dos problemas:

*“Falando em cultura jurídica, estou pensando naquele invisível produto de treinamento e prática jurídica, aquela ‘estrutura de intangíveis’ que, sem esforço e reflexivamente organiza os nossos pensamentos, percepções e raciocínio. Cultura é aquela que nós, advogados, menos percebemos e nunca questionamos, um elemento expressivo natural, como expirar e inspirar o ar. Este é um dos aspectos de um sistema jurídico que não pode ser tomado emprestado, transplantado, ou recebido. Ela, a estrutura, flui a partir de tantos elementos, que tem que ser desmontada e comprimida para encontrar a sua essência.”*¹²⁵

¹²⁵ “From the beginning, Louisiana judges perceived themselves to be law-creators and policy-makers. This self-perception is almost standard among mixed-jurisdiction judges worldwide. The office of the Louisiana judge was essentially based upon the common-law model. Rather than young recruits from a judicial college, mixed-jurisdiction magistrates are typically known for greater life experience, political contacts and professional achievement. They tend to possess well-developed egos, independence of mind and other qualities of law-builders. These qualities, which might be almost viewed as deficiencies in a proper civilian judge, were apparent in the emigré judges who mounted the bench at the founding of the system. The first six judges who served on Louisiana's Territorial Superior Court in the years 1804-1813 have been aptly described as 'strangers in a strange land. All had held judicial or legislative office in a common-law state before coming to Louisiana. None was endowed with formal civil-law training though this was not to prevent some from becoming authoritative exponents of the civil law. Most of the later judges also came to the bench with a common-law education overlaid with the mixed-jurisdiction experience. Their task was magnified by the absence of law faculties, established chairs and a developed body of legal literature. These typical accessories of the civil law took considerable time to develop. The jurisdiction is now unilingual and cut off from French doctrine and jurisprudence. Our judges no longer read French and the available materials they do read are likely to be American. The local system of legal education is not sufficiently civilian or comparative to point the way, and many other causes could be adduced.” (PALMER, Vernon Valentine Double Reasoning in the Codified Mixed Systems – Code and Case Law as Simultaneous Methods, em 6 *J. Comp. L.* 28 (2012).

Para tentar tirar ainda mais algum proveito da comparação entre o Brasil e a Louisiana, há outra questão relevante que pode ser trazida aqui. A questão dos federalismos – assim mesmo no plural – também desempenha papel que não pode ser descurado.

Com efeito, se na Louisiana os seus juízes e tribunais estaduais lidam fundamentalmente com legislação especificamente estadual, o mesmo não ocorre no Brasil. Aqui, a legislação mais relevante, por imposição da própria Constituição da República, é de competência exclusiva da União: federal, portanto. Disso decorre que a força dos precedentes dos tribunais superiores, no Brasil, na medida em que normalmente recai sobre legislação aplicável a todo o país, é muitíssimo maior.

Mas isso nem sequer representa alguma novidade. É bem verdade que o quadro se modificou um tanto com a edição da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, que instituiu, no art. 103-A, a “súmula vinculante”, em matéria constitucional, apta a alcançar não apenas os órgãos jurisdicionais, mas também a totalidade das esferas da administração pública¹²⁶. O que já se tinha, entretanto, passando pelas reformas pontuais do Código de Processo Civil de 1973, vem a cada dia se densificando, sendo fruto das “*mudanças decorrentes da constitucionalização e principialização dos direitos e a conformação atual do nosso ordenamento jurídico (súmulas vinculantes, filtros recursais, decisões com efeito vinculante e jurisprudência dominantes dos tribunais)*” (ZANETI JR., 2016, p. 175). De tal modo, para o mesmo autor haveria que reconhecer, a tal altura, que “*o precedente é fonte formal no direito contemporâneo brasileiro e tendencialmente existem razões para adotar os precedentes como fontes do direito mesmo em ordenamentos jurídicos de civil law*” (idem, p. 176).

¹²⁶ “quando da proposta de criação da súmula vinculante, que acabou se institucionalizando por meio da EC 45/2004, já havia uma ampla tradição de incidentes de uniformização da jurisprudência e de controle sobre a atividade jurisdicional com vistas à unificação do direito. A súmula vinculante, portanto, não deve ser recebida no direito brasileiro como uma “revolução” ou uma “ruptura” com a tradição jurídica nacional, mas como um desenvolvimento natural da tradição a que pertencemos, e como um instituto compatível com a nossa cultura jurídica. A sua validade e viabilidade dependerão, porém, de que sejamos capazes de construir uma compreensão de seu significado que torne a súmula vinculante compatível com o regime e os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988. O maior problema da súmula vinculante não é a sua “natureza”, mas a sua interpretação, a forma como ela é aplicada enquanto fundamento para decisões jurídicas particulares” . (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2013, Súmulas, Praticidade e Justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi, em COELHO, Sacha Calmon Navarro (org.). *Segurança Jurídica: Irretroatividade das Decisões Judiciais Prejudiciais aos Contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, p. 88).

Todavia, outro autor observa que “*a doutrina tradicional na maioria dos sistemas jurídicos da tradição do civil law é enfática ao negar o status de fonte do direito para o precedente*” (BUSTAMANTE, 2016, p. 278). Assim, muito embora no direito inglês a atribuição de força vinculante ao precedente judicial tenda a ser vista como uma “convenção constitucional”, isto é, uma das bases do *Rule of Law*, muitas vezes se confunde o *status* de fonte do direito com o caráter vinculante do precedente judicial:

“Na percepção dominante entre os teóricos do direito e os comparatistas, vigora uma curiosa either-or assumption em relação ao precedente judicial, a qual pode ser formulada nos seguintes termos: ou o precedente é uma fonte do direito, e portanto ele é invariavelmente vinculante ou obrigatório, ou então ele não é reconhecido como uma fonte do direito, e por conseguinte é nada mais do que um elemento persuasivo ou um ‘argumento extra ou adicional’ que pode ser utilizado pelo juiz na fundamentação de sua sentença.

Essa percepção é forte a tal ponto que um dos mais conhecidos teóricos do direito do início do século XX na Inglaterra chegou a dizer que a vinculação ao precedente é a ‘diferença fundamental’ que existe entre os sistemas jurídicos do common law e da tradição jurídica continental.” (BUSTAMANTE, 2016, p. 278)

A confusão é interessante.

De um lado, haveria ordens jurídicas em que o *stare decisis* e a obrigatoriedade de seguir os precedentes dos tribunais superiores (vinculação vertical) e do próprio tribunal (vinculação horizontal) estão entranhadas na base constitucional do próprio Estado de direito. De outro, haveria ordens jurídicas em que os precedentes não teriam caráter vinculante porque, não estando prevista, no sistema jurídico-constitucional ou no corpo legislativo, a competência dos tribunais para a produção originária de normas de eficácia geral, o juiz não teria obrigação formal de seguir quaisquer precedentes. Neste último caso, restaria observar os precedentes como fonte inspiradora, meramente persuasiva, balizas de observância formalmente facultativa que estariam aptas a orientar futuros julgamentos (BUSTAMANTE, 2016, p. 280-282).

Mas esta não é a situação brasileira, como já se viu. Por tais razões e outras tantas¹²⁷ é que não se cogita, aqui, debater a constitucionalidade ou legalidade do avanço dos precedentes de caráter vinculante em nosso país. As questões culturais que condicionam a aplicação dos precedentes, contudo, “*os fatores institucionais e extrainstitucionais que determinam a força do precedente, bem como a forma como eles interagem na prática jurídica, podendo assumir diferentes configurações em cada sistema jurídico particular*” (BUSTAMANTE, 2016, p. 293), não podem ser menosprezados.

No que respeita ao direito brasileiro, especificamente, ocorreu uma outra modificação, que em alguma medida é – ou pode vir a ser – ainda de maior alcance na densificação jurídico-formal da matéria, é aquela advinda do novo Código de Processo Civil de 2015, que em várias de suas disposições se ocupou das súmulas e dos precedentes. Ainda que não se possa modificar uma cultura jurídica “*por um golpe legislativo*”¹²⁸, o Código pode representar um “*novo paradigma em formação*”, como vê Bustamante (2016, p. 297):

¹²⁷ “*É uma profunda ingenuidade se imaginar que nos sistemas jurídicos que estabelecem canonicamente em suas constituições o princípio da ‘soberania do povo’ ou do ‘parlamento’ os precedentes não operem como uma das mais poderosas formas de argumento em favor de uma ou outra interpretação de uma disposição jurídica controversa. A razão desse apelo maciço e reiterado – em nível global – ao precedente judicial muitas vezes nada tem a ver com o conteúdo do direito positivo ou com qualquer norma jurídica expressa que estabeleça uma obrigação stricto sensu de se seguir os precedentes dos tribunais superiores. A existência de uma norma desse tipo deve ser considerada apenas ‘possível’ em cada sistema jurídico particular. Mas mesmo onde ela não exista, a prática de se seguir precedentes existirá porque ela é, como explica MacCormick, um elemento essencial da racionalidade prática operacionalizada*”. E em nota (2) ao pé desta página, traz-se que “*Nesse sentido, Neil MacCormick e Robert Summers sustentam que a força do precedente judicial deriva da noção de que ‘aplicar lições do passado para solucionar problemas presentes e futuros é um elemento básico da racionalidade humana’ (MacCormick, Neil; Summers, Robert. “Introduction”. In: MacCormick, N. e Summers, R. (Orgs.), Interpreting Precedents. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 4.)*” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC, em DIDIER JÚNIOR, Fredie; et al. (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 276).

¹²⁸ Daí a pertinência do que se diz sobre a possibilidade – ou não – de se criar um sistema de precedentes por um “golpe legislativo”, isto é, através de alguns artigos e menções ao termo em um código: “*O aspecto mais decisivo do assunto, a ser imediatamente enfrentado, relaciona-se com a capacidade de se ver implementado um modelo ou sistema de precedentes por meio de reforma legislativa, de tal sorte que a noção de precedente é delineada pelo conteúdo extraído do próprio texto legal. Ao voltar os olhos ao passado, especialmente nos países radicados na tradição do common law, a afirmação segundo a qual é rechaçada a viabilidade da criação legislativa de um sistema de precedentes torna-se bastante verossímil. Afinal, no direito inglês, berço do precedente judicial, pode ser facilmente constatada a ocorrência de uma mudança gradativa da referida tradição jurídica. Portanto, lá por aquelas bandas, nada foi feito por saltos.*

Comparando-se Brasil e Inglaterra, um elemento complicador ganha espaço, na medida em que o aparente fosso existente entre as duas tradições é consideravelmente minimizado, afinal, não se pode mais negligenciar que o

“um sopro de esperança, na medida em que contém um importante conjunto de regras que consagram na legislação brasileira as principais exigências tanto de racionalidade do modelo de precedentes existentes nos sistemas de common law como, na mesma medida, das teorias mais importantes sobre a argumentação jurídica e sobre a fundamentação das decisões judiciais.”

Resultou que, no novel Código, a utilização das técnicas relativas a um sistema de precedentes se consolidou e até se expandiu. Não apenas os tribunais deverão *“uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”*, como, ainda, todos os *“tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”* (art. 926, caput e parágrafo 1º). Ademais, pretendeu enfatizar a relação da súmula com o precedente, impondo aos tribunais que se atenham *“às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”* (art. 926, parágrafo 2º), ainda que persistam as confusões antes mencionadas.

Já o parágrafo 1º do art. 489, em seus incisos V e VI, condiciona a fundamentação das decisões judiciais à adequada invocação de precedente ou enunciado de súmula, isto é, identificando os seus *“fundamentos determinantes”* e a pertinência do caso àqueles fundamentos, assim como, quando deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, demonstrar a existência de *“distinção no caso em julgamento”* (*distinguishing*) ou a *“superção do entendimento”* (*overruling*).

É certo que os termos e locuções estão lá: enunciados de súmula, precedente, jurisprudência; *distinguishing* e *overruling*. Presentes, sim, mas talvez arrolados um tanto atabalhoadamente: antes já se viu, por exemplo, que não é clara distinção entre enunciado de súmula e precedente. Já no que respeita à reclamação a ser ajuizada diretamente no Supremo Tribunal Federal, mais outra categoria foi cristalizada pelo novo código: a *“tese jurídica”*, que,

uso do direito jurisprudencial no Brasil possui sólido lastro histórico, como podemos observar. Guardadas as devidas proporções e, obviamente, as peculiaridades de cada país, a afirmação sobre a possível proximidade entre eles, ao menos no que tange ao fortalecimento paulatino do direito jurisprudencial, não constitui hipótese de puro delírio” (NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes – A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 282-283).

tendo sido firmada pelo Supremo em controle de constitucionalidade, em sendo descumprida dará cabimento a reclamação.

De outra parte, o investimento – ou aposta – na disciplina e sistematização do trato do precedente é todos os dias dificultado porque, como dizem Dierle Nunes e Antônio Viana, impõe “*um modo de trabalho absolutamente inovador que exige inclusive a mudança do raciocínio jurídico que se volta ao exame detido dos casos*”. Assim, “*Se nos países da tradição do common law esse método casuístico integra naturalmente a formação dos juristas, no Brasil passa ao largo de boa parte das instituições de ensino jurídico*” (2017, p. 29).

O investimento na disciplina e sistematização do trato do precedente é dificultado, ainda, pelo desafio de conservar a lógica deliberativa da colegialidade em meio à tendência, nossa, de ampliação dos poderes do relator para decidir monocraticamente: o solipsismo e o pragmatismo de sempre, a solapar as petições de princípio e os compromissos de programa.

Merece destaque, também, a ideia notável de que aquilo que nunca se logrou com as leis e códigos, a estabilidade, a plenitude e a coerência do ordenamento jurídico, poderia ser alcançado por cada tribunal, encarregado que estaria de manter a sua jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente (conforme dita o mencionado art. 926, *caput*). Poderiam os tribunais, então, finalmente realizar um projeto de certeza normativa, sempre adiado? Permita-se a ironia: já que os legisladores vêm até hoje fracassando em seus monumentos legislativos, ao menos teriam revelado, agora, a grandeza de transferir o encargo aqueles aptos a realizarem a importante empreitada de construir o direito certo.

Restaria ainda por ver, portanto, se a novel tentativa de aprofundamento do transplante se limitaria apenas a reforçar algumas regras e conceitos – por muito relevantes que fossem –, ou se, em perspectiva muito mais profunda, poderia alcançar contornos verdadeiramente culturais na realidade jurídica de destino, superando o consequencialismo efficientista que têm prevalecido nas reformas constitucionais e legislativas. E nas práticas interpretativas dos tribunais superiores, dando azo à conhecida “jurisprudência defensiva”.

Caso isso fosse possível, estaria então em curso uma modificação da cultura “receptora”, até o ponto de fazê-la incorporar certos traços éticos e políticos, tais como aqueles presentes na mentalidade jurídica de origem? E ainda mais levando em consideração a multiplicidade de fatores que vem dando suporte ao modelo de precedentes nos Estados Unidos, a par de condicionar a sua evolução? Parece pouco provável.

É difícil negar que o movimento mais recente de incorporação mais completa do modelo de precedentes vinculantes também tem relação, por aqui, com a massificação da jurisdição, efeito direto do aumento da litigiosidade e da facilitação do acesso à justiça. Em tal contexto, a prestação jurisdicional passou a priorizar a rapidez, a eficiência, a produtividade, a estatística. Não sem razão, eis que para fazer frente ao crescente acervo de processos.

No ponto, é de se observar que, em função do hibridismo complexo de nosso controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem se confrontado com o brutal crescimento da demanda jurisdicional constitucional, inclusive pela via concentrada e abstrata, ainda que representam uma parte menos significativa dos quase 100.000 (cem mil!) julgamentos anuais.

Assim, teremos “precedentes” vinculantes do Supremo Tribunal Federal que não nascem de litígios concretos, mas, ao modo dos tribunais constitucionais europeus-continetais, têm por objeto o exame da compatibilidade de lei, em tese, com a Constituição. As complicações disso são muitas, como se pode ver pela questão da eficácia vinculante e geral da decisão proferida em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade alcançar o dispositivo do julgado, tão-somente, ou também os motivos determinantes da decisão, o que tem implicações práticas importantíssimas (MELLO, 2016, p. 272).

O fato é que as organizações judiciárias se estruturaram sobre os pilares da acumulação redundante e da minuciosa classificação das decisões escritas, para rápido e fácil acesso em futuras consultas, facilitando o trato dos novos processos, reduzindo os recursos e, já no médio prazo, desestimulando a litigância mais inconstitucional. A mesma realidade, aliás, que hoje é enfrentada pelos juízes norte-americanos, resultando em análoga razão prática orientada pelas consequências:

“Nossos juízes são fortemente motivados a aderir ao precedente, não apenas porque eles querem encorajar a adesão aos precedentes que eles mesmos criam, mas também – e isso é o mais importante para a maioria dos juízes – porque eles querem limitar a sua carga de trabalho. Adesão ao precedente faz as duas coisas: diretamente, por reduzir a quantidade de novas análises que o juízes têm que realizar; indiretamente, por reduzir o número de recursos, já que, mais certo o direito, menor a taxa de litigância.” (POSNER, 2010, p. 145)

No entanto, a atribuição de caráter formalmente vinculante – e não meramente persuasivo – aos precedentes tem desafiado uma cultura fundada na tradição de legalidade, assim como de uma independência do juiz que encontraria limite apenas na sua vinculação à lei. Isso porque, no novo modelo que se pretende implantar, o julgador da instância inferior resta vinculado aos precedentes, que deverão ser aplicados ao caso a eles assimilável, independentemente da convicção do julgador acerca das razões consagradas pelas cortes supremas, isto é, sobre serem boas ou más, justas ou injustas etc..

E no que se refere à prática da interpretação e da fundamentação das decisões, igualmente, o impacto da novidade não é desprezível. A atenção aos precedentes importa esforços que vão muito além da seleção das disposições normativas de origem legislativa, para fins de adequada e justificada subsunção. Impondo raciocínios mais especificamente voltados ao confronto do caso *sub judice* com o vasto acervo de decisões pretéritas, a adoção do modelo exige a adequada lida com noções relativamente novas – talvez estranhas, até – para os magistrados brasileiros¹²⁹.

Dada a feição por vezes verborrágica das decisões judiciais, especialmente dos prolixos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, é penoso delimitar, concretamente, noções complexas como as de *ratio decidendi* ou *holding*, *obiter dictum*, *overruling*, *distinguishing* etc., multívocas nos próprios contextos jurídico-culturais de origem.

Nada obstante, o esforço de clarificação e sistematização tem sido notável, pelo menos na doutrina:

“Porém, para se evitar equívocos, é preciso não confundir o juízo de identificação - distinção próprio à coisa julgada com o distinguishing, utilizável

¹²⁹ “Há uma radical oposição e (aparente) incompatibilidade entre os modelos mencionados. Realmente, enquanto o modelo codificado atende ao pensamento abstrato e dedutivo, que estabelece premissas e obtém conclusões por processos supostamente lógicos, objetivos e previamente conhecidos a partir de normas gerais positivadas pelo órgão legislativo, o modelo jurisprudencial obedece, ao contrário, a um raciocínio mais concreto, preocupado apenas em resolver o caso particular (pragmatismo exacerbado), em virtude da fonte essencialmente jurisprudencial do Direito. Importa, aqui, sublinhar que o modelo do common law está fortemente centrado na primazia da decisão judicial (judge made law). É, pois, um sistema nitidamente judicialista. Essa observação é nota essencial do modelo em si mesmo considerado, e já demonstra desde logo ser um ponto de partida para qualquer discussão sobre precedente constitucional vinculante. Já o modelo baseado no Direito legislado, como é o caso brasileiro, peruano e português, pressupõe normas gerais previamente editadas, em geral por um Parlamento, que servirão como base para a solução dos casos concretos. É, pois, um sistema normativista, e não judicialista, herdeiro, ademais, de uma concepção estatal do Direito” (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89-90).

apenas quando se pensa em precedente obrigatório ou em stare decisis. A coisa julgada sobre questão proíbe a relitigação da mesma questão ou de questão idêntica. Do mesmo modo, uma vez decidido o incidente de resolução de demandas repetitivas, o juiz de caso futuro, para admitir a possibilidade de relitigação, tem que afirmar que não está diante da mesma questão que foi resolvida no incidente.

Ocorre que isto está muito longe do significado da 'distinção' particular aos precedentes ou ao stare decisis. O distinguishing não é mera técnica de diferenciação, pois tem grande importância para o desenvolvimento do direito mediante precedentes. Note-se que a técnica referida no inc. VI do § 1º do Código de Processo Civil não apenas permite a distinção do caso sob julgamento para a não aplicação do precedente, mas também a distinção do caso para a ampliação ou a restrição do alcance do precedente. Esta última situação ocorre quando o caso, a princípio, não está submetido ao precedente, mas a racionalidade da ratio decidendi evidencia que o caso sob julgamento também deve ser resolvido mediante a aplicação do precedente, ou quando o caso, também a princípio, submete-se ao precedente, mas a sua racionalidade evidencia que o caso que está nas mãos do juiz não deve ser regulado pelo precedente. Nestas hipóteses, a falta de ampliação e de restrição do alcance do precedente violaria a igualdade perante o direito, fundamento do sistema de precedentes.

O distinguishing permite que o sistema de precedentes se torne maleável e, assim, seja capaz de dar conta das novas realidades sem perder a sua função de tutela dos valores da estabilidade. Frise-se que, com a extensão ou a limitação do alcance dos precedentes, estes se tornam adequados à regulação de outras e distintas realidades. O direito, tal como posto no precedente, adapta-se às situações que surgem na medida em que o tempo passa. De modo que realizar distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que milita, a um só tempo, para a estabilidade (na medida em que o precedente não é revogado) e para o desenvolvimento do direito, ao contrário da mera distinção realizada para dizer que uma questão é igual ou não àquela que já foi decidida.

É preciso ter em conta que o precedente regula a aplicação do direito e, do mesmo modo que a norma legal, pode ser interpretado por todo e qualquer juiz ou tribunal quando da sua consideração em face de determinado caso concreto. O precedente não se aplica “automaticamente” à resolução de casos, ou seja, o distinguishing não pode ser visto como uma hipótese de não incidência. Aliás, sustenta-se no common law que, quando o juiz simplesmente não aplica um precedente, não há verdadeiramente distinguishing. Quando a Corte pode afirmar a não incidência de um precedente, este é irrelevante para a sua tarefa de julgar o caso e desenvolver o direito. Vale dizer que mediante o distinguishing as Cortes têm oportunidade de incrementar o direito, regulando casos e questões que, até então, não eram especificamente disciplinados por qualquer precedente. Isto obviamente só é possível quando os casos e as questões não são os mesmos ou idênticos. Quando a Corte, ao comparar a questão posta no caso sob julgamento com a decidida no precedente, emite juízo de incidência ou de não incidência, há simples aplicação do precedente ou mera diferenciação ou afirmação de que a questão que está sendo analisada não é a mesma ou idêntica. Nesta última hipótese poderia haver, tomando-se as palavras de Joseph Raz, no máximo uma visão atenuada ou inocente (the tame view) do distinguishing.” (MARINONI, 2018, p. 505)

Nos casos mais importantes, as decisões produzidas pelo nosso Supremo normalmente acabam por ser muito extensas, fragmentadas e repetitivas, além de não se preocuparem em tentar distinguir, de modo mais facilmente inteligível, quais são as *rationes decidendi* e quais seriam os *obiter dicta*. Não se consegue delas extrair, por conseguinte, o que poderia vir a ser o precedente.

Mesmo aquela mais recente e salutar prática de pretender fixar, ao longo do julgamento, a tese majoritária, ainda não é sempre seguida:

“Atualmente, encontra-se em fase de consolidação no STF a prática de definir, ao final do julgamento, a tese jurídica adotada pelo tribunal como premissa necessária para decidir. Essa inovação no processo decisório do STF favorece a identificação da ratio decidendi e facilitará a operação com precedentes judiciais em matéria constitucional. Todavia, o alcance dos efeitos vinculantes das decisões do Tribunal permanece pendente de definição. O Tribunal precisa

determinar, inclusive à luz do novo Código de Processo Civil, se tais efeitos abrangem apenas a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado ato ou se alcançam também a ratio decidendi adotada como fundamento para tal declaração.” (MELLO, 2016, p. 282).

Por outro lado, afirma-se, porque evidente, que uma exitosa incorporação do modelo de precedentes poderia lograr uma melhor modulação das expectativas da sociedade em relação às respostas que o direito deve dar às questões a ele submetidas.

Assim como já se poderia produzir com a legislação, também o direito dos tribunais, se devidamente classificado e armazenado, poderia ser sempre consultado de modo a prover critérios conhecidos para a resolução de conflitos. Em termos ideais, os precedentes se aliariam à dogmática para, assim, colaborarem na formação de um *corpus* sistematizado, relativamente estável e duradouro, tudo em nome da segurança jurídica. Tal seria o programa.

Contudo, seria legítimo levar em consideração a advertência, geralmente originária de juízes de piso e dos analistas mais críticos, de que a aplicação reiterada e acrítica dos precedentes tornaria a memória das provisões “endurecida”.

Teme-se, não sem justificativas, que o *stare decisis* deixasse de ser visto como uma regra em permanente evolução, que deve se adaptar às novas realidades e necessidades apresentadas diante da jurisdição. Tendendo a cristalizar o repertório de soluções normativas e a estreitar as vias recursais, o modelo poderia mesmo eleger a estabilidade e a previsibilidade como valores absolutos, dificultando o reconhecimento da legitimidade de novas demandas e bloqueando a renovação do direito.

Devem ser levadas em conta, em tal horizonte, alguns dos problemas, controvérsias e sutilezas do debate norte-americano sobre os precedentes, tais como: o pequeno volume de decisões da Suprema Corte (cerca de 80 por ano, contra 100.000 do STF), a divisão e as diferenças entre as jurisdições federal e estaduais (assim como as suas lidas com as específicas leis estaduais), a interpretabilidade dos precedentes, tanto quanto a relatividade – ou não – da vinculação a eles, assim como a sua suposta inadequação em decisões que realizassem algum controle de constitucionalidade, a longa disputa entre originalismo, textualismo e pragmatismo etc..

No plano constitucional, por sua vez, a questão assume invulgar relevância em função, principalmente, da adoção, pelo nosso país, de um sistema que também contempla o

controle jurisdicional difuso de constitucionalidade, com as suas tendências por vezes centrífugas. Disso dão abundante exemplo, aliás, as frequentes dissidências havidas no próprio Supremo Tribunal Federal, cujos integrantes, em julgamentos monocráticos ou nas turmas, afastam-se das razões de decidir acolhidas nas decisões do plenário – isto é, praticando uma manifesta desvinculação horizontal.

Chama a atenção, ainda, que algo que aqui tem sido criticado – a pretensão de transformar a cultura e as práticas institucionais por um golpe de lei, representado pelo Código de Processo Civil – encontre simpatia na Louisiana.

Ressentindo-se do fato de que os tribunais da Louisiana frequentemente afirmem que não estão obrigatoriamente submetidos aos precedentes, e ao mesmo tempo reconhecendo a autoridade representada pelo direito de fonte legislativa, Algero propõe que se acrescente, ao Código Civil daquele estado (à maneira do que teria feito a Espanha), uma disposição que reconhecesse, expressamente, “*the value of jurisprudence*”. Segundo ela, tal provisão codificaria o “*respeito sistêmico pela jurisprudência, reconhecendo que as instâncias inferiores necessariamente atribuem um alto valor às decisões dos tribunais aos quais as suas decisões são apeláveis*”. Chega até mesmo a oferecer, a autora, uma minuta de redação¹³⁰.

Quem sabe poderíamos nós, brasileiros, levando em conta que já teríamos muito bem “codificados” tanto o *stare decisis* quanto os precedentes vinculantes, oferecer um novo transplante jurídico aos nossos irmãos da Louisiana.

¹³⁰ “*Jurisprudence of the courts shall serve as a complement to the legislation, customs, and principles of equity, especially when the jurisprudence has achieved the status of jurisprudence constante. Interpretations of the law by the Louisiana Supreme Court, whether they have achieved the status of jurisprudence constante or not, are entitled to great weight, though they do not create law and do not bind lower courts*”. E explica a vantagem que poderia ser alcançada: “*In earlier times, when civilian jurisdictions often relied on unwritten sources of law, it may have been sufficient for courts to reference the custom of using the doctrine of jurisprudence constante when considering prior judicial decisions. In Louisiana today, codifying the value to be placed on prior judicial decisions would clarify for the courts how they should value prior decisions and would make this methodology a matter of law. This proposed codification would also provide a workable model for civilian jurisdictions, like those discussed herein, that seem to be grappling with the ever-increasing availability and reliability of prior judicial decisions*” (The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation, em 65 *La. L. Rev.*, 2005, p. 814).

Referências Bibliográficas:

- ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam, em DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 399-405.
- ALEXANDER, Larry. Did *Casey* Strike Out? Following and Overruling Constitutional Precedents in the Supreme Court, em PETERS, Christopher J. (Ed.). *Precedent in the United States Supreme Court*. Baltimore: Springer, 2013, p. 47-6
- ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation, em 65 *La. L. Rev.*, 2005, p. 775-822.
- _____. Considering Precedent In Louisiana: Balancing the Value of Predictable and Certain Interpretation with the Tradition of Flexibility and Adaptability, em 58 *La. L. Rev.*, 2012, p. 113-133.
- ANDÒ, Biagio. On the Interpretation of Law and Legal Gaps: A Comparative Overview of the Delicate Trade-Off Between Legal Rules and Judicial Creativity in Louisiana and Italy, em *Tulane European & Civil Law Forum*, vol. 29, 2014, p. 101-123.
- BAIER, Paul R.; CHADWICK, Georgia D.. Judicial Review in Louisiana: A Bicentennial Exegesis, em 5 *J. Civ. L. Stud.* (2012), p. 7-30.
- BARBERIS, Mauro. Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria, em *Quaderni Fiorentini*, 44, Tomo I, 2015, p. 67-101.
- BARBOZA, Estefânia M. Q.. New possibilities for judicial decision-making in Brazil: an approximation with the common law system, em *Nuove AutoNomie*, n. 1, 2018, p. 27-45.
- _____; PUGLIESE, William. O Stare Decisis como técnica de redução da litigiosidade dos entes públicos no Brasil, em *Direito Comparado: Diálogos de Direito Constitucional e Administrativo Entre Brasil e Itália*, 2018, p. 408-438.

- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural, em DIDIER JÚNIOR, Fredie; *et al.* (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 183-213.
- BARZUN, Charles. Impeaching Precedent, em *The University of Chicago Law Review*, vol. 80, 2013, p. 1.625-1.681.
- BEATTY, Davis M.. *A Essência do Estado de Direito*. Trad. Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2014 (The Ultimate Rule of Law, 2004).
- BECKER, David M.. Debunking the Sanctity of Precedent, em 76 *WASH. U. L. Q.* 853 (1998).
- BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD, Jean-François. The Transplant Effect, em 51 *Am. J. Comp. L.* 179 (2003), p. 163-204.
- BERMAN, Harold Joseph; WITTE JR., John (Ed.). *Law And Language – Effective Symbols of Community*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- BURKE, Peter. *Hibridismo Cultural*. Trad. Leila Souza Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- _____. O Direito e a Incerteza de Suas Fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea, em *Rev. Fac. Direito UFMG*, Núm. Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, 2013, p. 299-325.
- _____. Súmulas, Praticidade e Justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi, em COELHO, Sacha Calmon Navarro (org.). *Segurança Jurídica: Irretroatividade das Decisões Judiciais Prejudiciais aos Contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 65-106.
- _____. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC, em DIDIER JÚNIOR, Fredie; *et al.* (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 275-297.
- _____. *Obiter dicta* abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos, em *Revista Direito GV*, v. 14 n. 2, maio-ago 2018, p. 707-745.

- CAENEGEM, R. C. van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. Trad. Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CAIRNS, John W.. Watson, Walton, and the History of Legal Transplants. *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, Vol. 41, 2013, p. 637-696.
- _____. Subjects, citizens, and persons: Natural law and the drafting of the digest of the civil law of the territory of Orleans, em 65 *La. L. Rev.*, 2 (2019), p. 249-278.
- CAMARENA GONZÁLES, Rodrigo. La derrotabilidad del precedente constitucional: a propósito de la C.T. 299/2013, em *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 3, nº 4, 2017.
- _____. Ni rebelión ni autoritarismo judicial: Una defensa del control de la constitucionalidad de la Jurisprudencia, em *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 17, nº 2, 2019, p. 141-162.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *O Problema da Constitucionalidade dos Assentos* (Comentário ao Acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional). Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CHIASSONI, Pierluigi. A filosofia do precedente: reconstrução racional e análise conceitual, em *Universitas JUS*, v. 27, nº 1, 2016.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial Como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo* (1964). Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- DEFABRITIIS, Sabrina. Lost in Translation: Oral Advocacy in a Land Without Binding Precedent, Research Paper 12-11, em *Legal Studies Research Paper Series - Suffolk University Law School*, 2012.
- DENNIS, James L.. Interpretation and Application of the Civil Code and the Evaluation of Judicial Precedent, em 54 *La. L. Rev.* (1993), p. 1-17.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

- DONDI, Angelo; COMOGLIO, Paolo. Le Corti Supreme civili nell'esperienza comparatistica, em DIDONE, Antonio; SANTIS, Francesco de (Organizadores). *I processi civili in cassazione*. Milano: Giuffrè Ed., 2018, p. 291-305.
- DONLAN, Seán Patrick. Remembering: Legal Hybridity and Legal History, em *Comparative Law Review*, vol. 2, no 1 (2011).
- _____. Clashes and Continuities: Brief Reflections on the “New Louisiana Legal History”, em *5 J. Civ. L. Stud.* (2012), p. 67-79.
- DUNAHOE, Jason Edwin. "Jurisprudence Désorientée:" The Louisiana Supreme Court's Theory of Jurisprudential Valuation, *Doerr v. Mobil Oil and Louisiana Electorate of Gays and Lesbians v. State*, em *64 La. L. Rev.* (2004).
- DUVE, Thomas. European Legal History – Concepts, Methods, Challenges, em DUVE, Thomas (Ed.). *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2014, p. 29-66.
- _____. História do Direito europeu: perspectivas globais. Trad. Walter Guandalini Junior. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 60, n. 03, 2015, p. 383-412.
- _____. Global Legal History: A Methodological Approach, em *Max Planck Institute for European Legal History, Research Paper Series*, No. 2016-04, (SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2781104> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2781104>).
- _____. Legal Traditions: A dialogue between comparative law and comparative legal history, em *Comparative Legal History*, Vol. 6, no. 1, 2018, p. 15-33.
- _____. What is global legal history?, em *Comparative Legal History*, Vol. 8, 2020 (<https://doi.org/10.1080/2049677X.2020.1830488>).
- DUXBURY, Neil. *The Nature And Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- ENTRIKIN, J. Lyn. The Death of Common Law, em *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 42, no. 2, p. 352-487.

- FARRAN, Sue; ÖRÜCÜ, Esin. An Introductory Overview, em FARRAN, Sue; ÖRÜCÜ, Esin; DONLAN, Sean Patrick. *A Study of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched or Blended*, 2014, p. 1-10.
- FERNANDEZ, Mark F.. *From Chaos to Continuity: The Evolution of Louisiana's Judicial System, 1712-1862*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 2001.
- FERRERES, Víctor; XIOL, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. 2ª ed.. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- FLORES, Alfredo de J.; MACHADO, Gustavo Castagna. Tradução Cultural: Um Conceito Heurístico Alternativo em Pesquisas de História do Direito, em *História e Cultura*, Franca, v. 4, n. 3, p. 118-139, dez. 2015.
- FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. *26 Inter. Rev. L. Eco.*, 2006, p. 519-535.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica, em *Revista Sequência*, nº 58, jul. 2009, p. 23-34.
- GABOARDI, Marcello. Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell' affidamento della parte, em *Rivista Di Diritto Processuale*, n. 02, 2017, p. 434-458.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Legal Transplants between Time and Space, em DUVE, Thomas (Ed.). *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2014, p. 129-148.
- GARAY, Alberto F. A Doctrine of Precedent in the Making: The Case of the Argentine Supreme Court's Case Law, em *25 SW. J. INT'L L.* (2019), p. 258-320.
- GAROUPA, Nuno; OGUS, Anthony. A Strategic Interpretation of Legal Transplants, em *35 J. Legal Stud.* 339 (2006), p. 339-363.
- _____; MORRISS, Andrew P.. The Fable of the Codes: Efficiency of the Common Law, Legal Origins, and Codification Movements, em *Un. Illi. L. Rev.*, 2012, p. 1443-1497.
- GILLESPIE, John. Globalisation and Legal Transplantation: Lessons from the Past. *6 Deakin L. Rev.*, 2001, p. 286-311.
- GOLDMAN, David B. *Globalisation and the Western Legal Tradition – Recurring Patterns of Law and Authority*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

- GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- GRAZIADEI, Michele. Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge, em *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 10: No. 2, Article 15, Jul. 2009, p. 723-744.
- _____. Comparative Law as the study of transplants and Receptions, em REIMANN, Mathias; ZIMMERMAN, Reinhard (Organizadores). *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford University Press, 2012.
- GROSSI, Paolo. *Absolutismo Jurídico y Derecho Privado en el Siglo XIX* (Discurso pronunciado por ocasião da investidura como *Doctor Honoris Causa* pela Universidade Autônoma de Barcelona). Barcelona: 1991.
- HESPANHA, António Manuel. *Tomando a história a sério. Código dos homens e ordem de deus na 'era da exegese'*, em Estudos dedicados ao professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva. Vol. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.
- HEYDEBRAND, WOLF. From Globalisation of Law to Law under Globalisation, em NELKEN, David; FEEST (Eds.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford-Portland: Hart, 2001, p. 117-137.
- HOBBSAWM, Eric. A Invenção das Tradições, em HOBBSAWM, Eric; RANGER, Terence (Orgs.). *A Invenção das Tradições*. Trad. Celina Cardim Cavalcanti. São Paulo: Paz & Terra, 2008, p. 9-24.
- HONDIUS, Ewoud. Precedent and the Law, em *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (December 2007), <http://www.ejcl.org>.
- HORTY, John F.. Rules and Reasons in the Theory of Precedent, em *Legal Theory*, 17, p. 1-33 (2011).
- HORWITZ, Morton J.. Constitutional Transplants. *10 Theoretical Inq. L.*, 2009, p. 535-560.
- KASTOR, Peter J.. “Adapted to Its Present System of Government”: Legal Change, National Reorganization, and the Louisiana Civil Law Digest, em *The Tulane European and Civil Law Forum (The Bicentennial of The Digest of 1808 – Collected Papers)*, Vol. 24, 2009, p. 137-159.
- KLUGER, Viviana. Casarse lejos de casa... Las solicitudes para contraer matrimonio ante el Cabildo de Nueva Orleans (1769-1803), em YANZI FERREYRA, Ramón Pedro

(Comp.). *Actas XVIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Córdoba: Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, 2016, p. 375-398.

_____. El Derecho indiano en Nueva Orleans (1769-1803). Gobernar, administrar justicia y vivir en la Nueva Orleans hispánica, em DUVE, Thomas (Coord.). *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Vol. I. Berlin: 2016, p. 249-270.

_____. De cuando la Luisiana fue española, em MARILUZ URQUIJO, José Maria (Org.). *Derecho, Instituciones, Sociedad. Ensayos en homenaje a Ricardo Zorraquín Becú*. Tomo 1. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, Impresiones Dunken, 2017, p. 213-246.

KOPLIN, Klaus Cohen. 18/03/2021: um balanço crítico dos primeiros 5 anos de vigência do novo CPC, em *Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 21, nº 1.490, 21 de março de 2021, disponível em <https://www.paginasdedireito.com.br/colunistas/klaus-cohen-koplin/8438-18-03-2021-um-balanco-critico-dos-primeiros-5-anos-de-vigencia-do-novo-cpc>, acesso realizado em 15/06/2021.

KOZEL, Randy J.. The Rule of Law and the Perils of Precedent, em *111 Mich. L. Rev. First Impressions* 37 (2013).

_____. Precedent and Reliance, em *Emory Law Journal*, vol. 62 (2013).

KVIATEK, Beata. *Explaining Legal Transplants*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, University of Groningen/UMCG, 2015.

KRAWIETZ, Werner. One World? One Law? One Global Legal System? Modern Law and Socio-Legal Communities, em *Law: J. Higher Sch. Econ.*, 2014, p. 146-151.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, n. 45, 2004, p. 01-64.

LEACH, Michael Charles. *Transplant Delirium: A Multi-Layered Approach to Studying Domestic Legal Reform Inspired by External Models, Using Afghanistan's Law of Banking as a Case Study*. Tese apresentada ao Institute of Comparative Law, Faculty of

- Law, McGill University, Montreal, em Agosto de 2014 para a obtenção do título de LL.M. (<https://escholarship.mcgill.ca/downloads/qr46r412w?locale=en> em 10.06.2020).
- LEADER, Sheldon. Legal Theory and the Variety of Legal Cultures, em 3 *J. Civ. L. Stud.* (2010), p. 99-110.
- LEAL, Fernando; JORDÃO, Eduardo. Quando A Tradução Também Importa: Problemas Linguísticos do Direito Comparado, em *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 8, nº 29, out./dez. 2014, p. 86-104.
- LEGALE, Siddhartha. Superprecedentes. 12 *DIREITO GV L. Rev.*, 2016, p. 810-845.
- LEGARRE, Santiago. Precedent in Argentine Law, em 57 *LOY. L. REV.* 727 (2012), p. 781-791.
- _____; HANDY, Christopher. A Civil Law State in a Common Law Nation, a Civil Law Nation with a Common Law Touch: Judicial Review and Precedent in Louisiana and Argentina, em *Notre Dame Legal Studies Paper No. 200210*, Feb. 2020.
- LEGRAND, Pierre. European Legal Systems Are Not Converging, em *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, No. 1. (Jan., 1996), p. 52-81.
- _____. What “Legal Transplants”?. in NELKEN, David; FEEST (Eds.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford-Portland: Hart, 2001, p. 55-70.
- _____. A impossibilidade de “transplantes” jurídicos (1997). Trad. Gustavo Castagna Machado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, 2014, p. 1-21.
- LICARI, François-Xavier. François Géný in Louisiana, em 6 *J. Civ. L. Stud.* (2013), N. 2, p. 475-507.
- LOSANO, Mario G.. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade* (1993). Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Ashgate Publishing Company, 1997.

- MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*. Oxford Oxford University Press, 2005.
- MALDONADO, Daniel Bonilla. Teoría del Derecho y Transplantes Jurídicos: La Estructura del Debate, em MALDONADO, Daniel Bonilla (Org.), *Teoría del derecho y transplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 11-36.
- _____; RIEGNER, Michael. Decolonization, em Rainer Grote/Frauke Lachemann/Rüdiger Wolfrum (orgs.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, forthcoming. Final draft, 23.12.2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios* (2010). 5ª ed.. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- _____. Coisa Julgada e Precedente, em *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Ano 12, Vol. 19, 2018, p. 501-522.
- _____; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional (2012). 6ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. *A Zona de Penumbra – Entre o STJ e o STF*. 2ª tiragem. São Paulo: Ed. RT, 2019.
- MARVIN, C. A.. Dissents in Louisiana: Civility Among Civilians?, em *La. L. Rev.*, Vol. 58, N. 3, 1998, p. 975-989.
- MASFERRER, Aniceto. French Codification and “Codiphobia” in Common Law Traditions, em *The Tulane European and Civil Law*, Vol. 34, 2019, p. 1-31.
- MATTEUCCI, Stefano Civitarese. Are Our European Legal Systems Evolving towards a Precedent Mode of Adjudication?, em *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 3, 2014.
- MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios, em *Revista Direito GV*, 8(2), 2012, p. 587-624.
- MAXEINER, James R.. Scalia & Garner’s Reading Law: A Civil Law for the Age of Statutes?, em *6 J. Civ. L. Stud.* (2013), p. 1-35.
- MEAD, Joseph W.. Stare Decisis in the Inferior Courts of the United States, em *Nevada Law Journal*, vol. 12, 2012, p. 787-830.

- MEDINA, Diego E. López. Por Qué Hablar de Uma “Teoría Impura del Derecho” Para América Latina?, em MALDONADO, Daniel Bonilla (Org.), *Teoría del derecho y transplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 37-89.
- _____. Por que falar de uma “Teoria Impura do Direito” para a América Latina? Trad. Matheus Neres da Rocha (revisão da tradução de Alfredo de J. Flores), em *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD/UFRGS*, Edição Digital, Porto Alegre, Vol. XI, Número 1, 2016, p. 3-49.
- MELLO, Patricia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, 2016, p. 264-285.
- _____; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal, em *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 8, nº 1, 2018.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Volume I. Coimbra: Almedina, 1984.
- _____. Anotação, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 56, Vol. I, jan. 1996, p. 311.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª ed.. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- _____. *Precedentes: Da Persuasão À Vinculação* (2015). 3ª ed.. São Paulo: Ed. RT, 2018.
- MORÉTEAU, Olivier. François-Xavier Martin Revisited: Louisiana Views on Codification, Jurisprudence, Legal Education and Practice, em *La. B. Journal*, Vol. 60, n. 6, (2013), p. 474-479.
- _____; PARISE, Agustín. Recodification in Louisiana and Latin America, em *La. S. U. L. C. Journal Articles*, 2009, p. 1103-1162.
- NELKEN, David. Towards a Sociology of Legal Adaptation. in NELKEN, David; FEEST (Eds.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford-Portland: Hart, 2001, p. 7-54.
- NERONI, Alessandro. Defining mixed jurisdictions: the case of Louisiana, em *Historia et ius - rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 8, 2015.

- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules – Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NUNES, Dierle. Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos, em *Revista brasileira de direito processual: RBDPro*, v. 23, n. 92, out./dez., 2015, p. 61–81.
- NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Ônus da Dialecticidade: Nova “Jurisprudência Defensiva” no STJ?, em *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 65, jul./set. 2017, p. 27-31.
- _____. *Precedentes – A Mutação no  nus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz; Garoupa, Nuno. Stare Decisis and Certiorari Arrive to Brazil: A Comparative Law and Economics Approach. *Emory International Law Review*, vol.26, 2012, p. 555-598.
- OSTROUKH, Asya. The Mystery of The *Mixité* Around The Title of The Louisiana Digest of The Civil Laws of 1808, em *62 Loyola Law Review*, 3 (2016), p. 725-748.
- PALMER, Vernon Valentine: The Fate of the General Clause in a Cross-Cultural Setting: The Tort Experience of Louisiana, *46 Loyola Law Review* 535, 2000.
- _____. *Mixed jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- _____. A descriptive and comparative overview, em *Mixed jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 19-92.
- _____. Two Rival Theories of Mixed Legal Systems, em *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1 (May 2008).
- _____. Quebec and Her Sisters in the Third Legal Family, em *McGill Law Journal/Revue de Droit de McGill*, vol. 54, 2009, p. 321-351.
- _____. The Strange Science of Codifying Slavery - Moreau Lislet and the Louisiana Digest of 1808, em *Tulane European and Civil Law Forum*, Vol. 24, 2009, *Tulane Public Law Research Paper No. 09-11*, p. 83-113.
- _____. Forward: The Bicentennial Papers, em *The Tulane European and Civil Law Forum (The Bicentennial of The Digest of 1808 – Collected Papers)*, Vol. 24, 2009, p. i-ii.

- _____. Double Reasoning in the Codified Mixed Systems – Code and Case Law as Simultaneous Methods, em 6 *J. Comp. L.* 28 (2012).
- _____. Mixed Legal Systems – The Origin of Species, em *Tulane European & Civil Law Forum*, vol. 28, 2013, p. 103-120.
- _____. The Quest to Implant the Civilian Method in Louisiana: Tracing the Origins of Judicial Methodology, em 73 *La. L. Rev.*, N. 3, Article 6, (2013), p. 793-819.
- PALMER, Vernon Valentine; BOROWSKI, Harry. Louisiana, em *Mixed jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 277-353.
- PASCAL, Robert. A.. Louisiana’s Mixed Legal System, em *Revue générale de droit*, 15 (2), p. 341-357.
- _____; TÊTE, W. Thomas. Law in General, em 31 *La. L. Rev.* (1971), p. 185-189.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermentina Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PIZZINI, Johannah C.. Janus v. State, County, and Municipal Employees: An Unprecedented Departure from Precedent, em 65 *La. L. Rev.*. N. 2, (2019), p. 473-501.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours, Rapports et Travaux Inédits sur LE CODE CIVIL*. Paris: Joubert, 1844.
- POSNER, Richard A.. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- _____. *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- _____. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- PUGLIESE, William. O papel das súmulas no direito brasileiro contemporâneo, em *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2020, vol. 11, n. 21, , ago-dez 2019, p. 143-166.
- RAHMATIAN, Andreas. The political purpose of the ‘mixed legal system’ conception in the law of Scotland, em *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24 (6), 2017, p. 843-863.

- _____. Alchemistic Metaphors in Comparative Law: Mixed Legal Systems, Reception of Laws and Legal Transplants, em 11 *J. Civ. L. Stud.* (2018), p. 231-267.
- REYES GAITÁN, María Paula. The challenges of legal transplants in a globalized context: A case study on ‘working’ examples. University of Warwick, 2014, (<https://ssrn.com/abstract=2530811>, consultado em 25/03/2020).
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROARK, Mark L.. Opening the Barbarians' Gate or Watching the Barbarians from the Coliseum: A Requiem on the Nomos of the Louisiana Civil Law, em 67 *La. L. Rev.*. N. 2, (2007), p. 451-487.
- ROBERTSON, David W.. The Precedent Value of Conclusions of Fact in Civil Cases in England and Louisiana, em 29 *LA. L. REV.*, N. 1, 1968, 78-99.
- ROMANO, Alessandro. Micro-Meso-Macro Comparative Law: Essay on the Methodology of Comparative Law, 17 *Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L.* (2017).
- ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011 (<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/194323/000772821.pdf?sequence=1>, consultado em 25/02/2020).
- SAFJAN, Marek. The Universalisation of Legal Interpretation, em JEMELNIAK, Joanna; MIKLASZEWICZ, Przemyslaw (Eds.). *Interpretation of Law in the Global World: From Particularism to a Universal Approach*. Berlin: Springer, 2010, p. 107-124.
- SAID, Edward W.. *Culture and Imperialism*. London: Chatto & Windus, 1993.
- SAMMUT, Ivan. Interpreting The Law In a Mixed Jurisdiction: The Professor v. The Judge – Peers or Rivals, em 62 *La. L. Rev.*. n. 2, (2016), p. 777-807.
- SCARPARO, Eduardo. Precedentes são aplicados por analogia apenas quando não são precedentes, em *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO*, Belo Horizonte, ano 27, n. 108, out/dez. 2019, p. 141-163.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

- _____. The politics and incentives of legal transplantation, em *CID Working Paper* No. 44, *Law and Development Paper* No. 2. Cambridge: Harvard University, April 2000.
- _____. *Thinking Like A Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- _____. Has Precedent Ever Really Mattered in the Supreme Court?, em 24 *Ga. St. U. L. Rev.* (2012), p. 381-401.
- SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.
- SEDLEY, Stephen. *Ashes and Sparks – Essays on Law and Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- SELLERS, Mortimer. The Doctrine of Precedent in the United States of America. *The American Journal of Comparative Law*, September 2008.
- SEMMES, Thomas J.. History of the Laws of Louisiana and of the Civil Law, em 5 *J. Civ. L. Stud.* (2012), p. 313-344.
- SILTALA, Raimo. *A Theory of Precedent – From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2000.
- SPAIC, Bojan. The Authority of Precedents in Civil Law Systems, em *Studia Iuridica Lublinensia* vol. XXVII, 1, 2018.
- SPECTOR, Horacio. Constitutional Transplants and the Mutation Effect. 83 *Chi. –Kent L. Rev.*, 2008, p. 129-145.
- STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine, em PETERS, Christopher J. (Ed.). *Precedent in the United States Supreme Court*. Baltimore: Springer, 2013, p. 19-46.
- STEINMAN, Adam N.. To Say What the Law Is: Rules, Results, and the Dangers of Inferential Stare Decisis, em *Virginia Law Review*, vol. 99, 2013, p. 1.737-1.810.
- STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas No Direito Brasileiro – Eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

- _____. L'incerta trasformazione della Corte di cassazione italiana, em BESSO, Chiara; CHIARLONI, Sergio (organizadores). *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2012, p. 123-138.
- _____. La jurisprudencia entre casuística y uniformidade, em *Revista de Derecho*, Vol. XXVII – n° 2 – Dez. 2014.
- _____. *Ensaio Sobre O Processo Civil*. Trad. Rafael Dresch. Org. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- TATE JR., Albert. Techniques of Judicial Interpretation in Louisiana, em *La. L. R.*, Vol. 22, N. 4, 1965, p. 727-755.
- _____. The Law-Making Function of the Judge, em *La. L. R.*, Vol. 28, N. 2, 1968, p. 211-234.
- _____. Civilian Methodology in Louisiana, em 44 *Tul. L. Rev.* (1970).
- _____. The Role of The Judge in Mixed Jurisdictions – The Louisiana Experience, em *La. L. R.*, Vol. 20, 1974, p. 231-244.
- TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TAVARES, Gustavo Perez. Binding Precedents in Brazil: How Common Law Tradition Can Help Bring Stability And Coherence, em *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, [S.l.], v. 90, n. 2, jul.-dez. 2018, p. 285-296.
- TATE JR, Albert. Techniques of Judicial Interpretation in Louisiana, em *Louisiana Law Review*, vol. 22, n° 4, 1962.
- TETLEY, William. Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (codified and uncoded), em *Louisiana Law Review*, 60, 2000.
- TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences, em *The Modern Law Review*, Vol. 61, N. 1 (Jan., 1998), p. 11-32.
- TOKMADZIC, Igor. The Case for Case Law: Recognizing Precedent in Civil Law Systems, GCERTLAW Research Paper em *LAWS 533: Civil Law for Common Lawyers*, 2016.
- TRAHAN, J. R.. The Continuing Influence of le Droit Civil and el Derecho Civil in the Private Law of Louisiana, em *Louisiana Law Review*, vol. 63, n° 4, 2003, p. 1.019-1.066.

- VANDERLINDEN, Jacques. Is the Pre-20th Century American Legal System a Common Law System? An Exercise in Legal Taxonomy, em 4 *J. Civ. L. Stud.* (2011), p. 1-21.
- WALDRON, Jeremy. Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. *111 Mich. L. Rev.*, 2012, p. 1-32.
- WATSON, Alan. Legal Change: Sources of Law and Legal Culture. *131 U. Pa. L. Rev.* (1982-1983), p. 1.121-1.157.
- _____. The Future of the Common Law Tradition, em *The Dalhousie Law Journal* (1984), p. 67-86.
- _____. *Legal Transplants: An Approach To Comparative Law* (1974). 2ª ed.. University of Georgia Press, 1993.
- _____. *Legal Transplants and European Private Law*, em *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 4.4 (December 2000), (<http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>).
- _____. *Society and Legal Change* (1977). Philadelphia: Temple University Press, 2001.
- ZANETI JUNIOR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes – Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed.. Salvador: Podium, 2016.

ANEXO

Louisiana Civil Code

September 10, 2011

PRELIMINARY TITLE

CHAPTER 1 - GENERAL PRINCIPLES

Article 1. Sources of law

The sources of law are legislation and custom.

Article 2. Legislation

Legislation is a solemn expression of legislative will.

Article 3. Custom

Custom results from practice repeated for a long time and generally accepted as having acquired the force of law. Custom may not abrogate legislation.

Article 4. Absence of legislation or custom

When no rule for a particular situation can be derived from legislation or custom, the court is bound to proceed according to equity. To decide equitably, resort is made to justice, reason, and prevailing usages.

Article 5. Ignorance of law

No one may avail himself of ignorance of the law.

Article 6. Retroactivity of laws

In the absence of contrary legislative expression, substantive laws apply prospectively only. Procedural and interpretative laws apply both prospectively and retroactively, unless there is a legislative expression to the contrary.

Article 7. Laws for the preservation of the public interest

Persons may not by their juridical acts derogate from laws enacted for the protection of the public interest. Any act in derogation of such laws is an absolute nullity.

Article 8. Repeal of laws

Laws are repealed, either entirely or partially, by other laws.

A repeal may be express or implied. It is express when it is literally declared by a subsequent law. It is implied when the new law contains provisions that are contrary to, or irreconcilable with, those of the former law.

The repeal of a repealing law does not revive the first law.

CHAPTER 2 - INTERPRETATION OF LAWS

Article 9. Clear and unambiguous law

When a law is clear and unambiguous and its application does not lead to absurd consequences, the law shall be applied as written and no further interpretation may be made in search of the intent of the legislature.

Article 10. Language susceptible of different meanings

When the language of the law is susceptible of different meanings, it must be interpreted as having the meaning that best conforms to the purpose of the law.

Article 11. Meaning of words

The words of a law must be given their generally prevailing meaning.

Words of art and technical terms must be given their technical meaning when the law involves a technical matter.

Article 12. Ambiguous words

When the words of a law are ambiguous, their meaning must be sought by examining the context in which they occur and the text of the law as a whole.

Article 13. Laws on the same subject matter

Laws on the same subject matter must be interpreted in reference to each other.

CHAPTER 3. CONFLICT OF LAWS

Article 14. Multistate cases

Unless otherwise expressly provided by the law of this state, cases having contacts with other states are governed by the law selected in accordance with the provisions of Book IV of this Code.