

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO PARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDUARDO NEVES LIMA FILHO

**O USO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA A
PARTIR DA TEORIA DO DIREITO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

BELÉM - PA

2014

EDUARDO NEVES LIMA FILHO

**O USO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA A
PARTIR DA TEORIA DO DIREITO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direitos, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Orientador: Prof. Dr. Jean Carlos Dias.

BELÉM - PA

2014

EDUARDO NEVES LIMA FILHO

**O USO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA A
PARTIR DA TEORIA DO DIREITO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direitos, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Orientador: Prof. Dr. Jean Carlos Dias.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Jean Carlos Dias

Orientador - Cesupa

Membro

Membro

Apresentado em: ____ / ____ / 2014

Conceito: _____

BELÉM - PA

2014

AGRADECIMENTOS

Ao final desta trajetória acadêmica de mais de dois anos vários agradecimentos são devidos. A conclusão, parcial, desta trajetória não mérito apenas do acadêmico, mas também de todos aqueles que de alguma forma contribuíram para tal. Tendo isto em mente, venho agradecer a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para conclusão do presente trabalho que simboliza a conclusão da referida trajetória.

Agradeço aos meus pais e ao irmão pelo incentivo constante para meu desenvolvimento pessoal e profissional. Sou grato a todos os meus demais familiares (avós, primos, tios e tias) que sempre estão na torcida esperando a próxima vitória. Agradeço a todos os professores que contribuíram de alguma forma para a minha formação acadêmica, especialmente ao professor Dr. Jean Carlos Dias que além da honra de tê-lo como orientador, tive a honra de presenciar suas aulas durante a graduação e o mestrado. Agradeço também ao professor Dr. Sandro Alex Simões, coordenador do curso de Direito do Centro Universitário do Pará, com quem tenho a honra de trabalhar, sempre proporcionado um excelente ambiente para o desenvolvimento da docência, bem como o agradeço como aluno, tanto da graduação como do mestrado, pela inspiração pessoal e profissional. Agradeço a todos os professores da graduação e do mestrado pelas excelentes aulas e pela importante contribuição para minha formação acadêmica. Agradeço a todos os funcionários do Centro Universitário do Pará, aqui representados pela Dona Socorro, que sempre nos ajudou e apoiou em todos os momentos de angústia e necessidade. Agradeço ao Centro Universitário do Estado do Pará, na pessoa do Doutor Sérgio Mendes, pelo apoio e confiança no trabalho por mim desempenhado perante a graduação, agradeço também aos colegas professores que conseguem transformar o intervalo na sala dos professores em um local de real relaxamento nos cansativos dias de trabalho.

Agradeço aos amigos de sala do mestrado, que conseguiram estabelecer uma verdadeira família, sempre se apoiando e se ajudando. Agradeço ainda aos amigos Ana Amélia, Bruno Brasil, Ricardo Dib Taxi, Arthur Laércio, Eli Bessa, Michel Ferro, e muitos outros, que comigo compartilharam suas experiências pessoais e acadêmicas, nos momentos bons e ruins me suportando em momentos de dificuldade. Agradeço em especial aos amigos e sócios Adelvan Oliverio e Liandro Faro, que sempre deram apoio, orientações e sempre compreenderam minhas ausências. Por fim, agradeço a minha namorada, que sempre esteve ao meu lado nos momentos de desespero e angústia, sempre proporcionando palavras de apoio e incentivo.

RESUMO

Gradualmente, vemos a aproximação entre os ordenamentos jurídicos de tradição *common law* e os de tradição *civil law*, ocorrendo uma verdadeira fusão entre tais tradições. Ou seja, cada vez mais vemos direito continental trabalhando com precedentes judiciais e o direito costumeiro atribuindo matérias a serem reguladas por leis ou por códigos. O Brasil, apesar de indiscutivelmente ser um país de tradição *civil law*, a cada dia passa a dar mais importância para os precedentes judiciais, porém, aparentemente, sem a preocupação com a consolidação dos institutos e mecanismos inerentes a uma teoria dos precedentes judiciais. Nesse contexto e partindo do Estado Democrático de Direito e da preocupação com a proteção e efetivação dos direitos fundamentais do Estado Democrático e com a contenção de arbitrariedade estatal, em especial a arbitrariedade no Poder Judiciário, buscaremos responder a questão de saber se a incorporação de uma teoria dos precedentes judiciais pelo sistema jurídico brasileiro corresponde à mera técnica processual, que pode ou não estar presente no sistema jurídica, visando, dentre outros, dar celeridade ao Judiciário ou corresponde à verdadeira exigência democrática em um Estado de Direito e possui relevante papel no sistema jurídico, independentemente da teoria do direito adotada, tendo em vista que estas sempre se relacionam com uma teoria da argumentação jurídica, a qual é ancorada, em alguma medida em uma teoria dos precedentes judiciais. Para tal, o presente trabalho será o levantamento bibliográfico, dentre os quais a análise das obras de Ronald Dworkin e Neil MacCormick, em especial no que diz respeito a suas contribuições para o desenvolvimento da argumentação jurídica no contexto dos precedentes judiciais.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Precedentes Judiciais. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

Gradually, we see the closeness between the legal systems of common law tradition and the civil law tradition, a true fusion occurring between these traditions. In other words, increasingly we see continental law working with judicial precedents and common law allocating matters to be regulated by laws or codes. The Brazil, despite unquestionably being a country of civil law tradition, each day begins to give more importance to judicial precedents, however, apparently without concern for the consolidation of institutions and mechanisms underlying a theory of judicial precedent. In this context and based on the democratic rule of law and concern for the protection and enforcement of fundamental rights of the democratic state and the containment of state arbitrariness, especially the arbitrariness in the Judiciary, we will seek to answer the question of whether the incorporation of a theory of judicial precedents in the Brazilian legal system corresponds to mere procedural technique, which may or may not be present in the legal system, aiming, among others, to speed up the judicial or corresponds to democratic requirement in the rule of law and has significant role in the system legal, independently of legal theory adopted, considering that these always relate to a theory of legal argument, which is anchored to some degree on a theory of judicial precedent. To do this, this paper will be the bibliographic research, among which the analysis of the works of Ronald Dworkin and Neil MacCormick, especially with regard to their contributions to the development of legal arguments in the context of judicial precedent.

Keywords: Democratic State. Judicial precedents. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 PRECEDENTE	12
1.1 RATIO DECIDENDI	27
1.2. A ESTRUTURA JUDICIÁRIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E DA INGLATERRA E A TEORIA DOS PRECEDENTES	41
1.2.1 Judiciário inglês	42
1.2.2 Judiciário norte-americano	44
1.2.2.1 Justiça federal	45
1.2.2.2 Justiça estadual	46
1.3 COISA JULGADA, EFICÁCIA ERGA OMNES E EFEITO VINCULANTE	48
2. PRECEDENTES JUDICIAIS COMO EXIGÊNCIA DE JUSTIÇA FORMAL, COERÊNCIA E INTEGRIDADE	52
2.1 PRECEDENTES JUDICIAIS E O DIREITO COMO INTEGRIDADE	53
2.2 PRECEDENTES JUDICIAIS, COERÊNCIA E JUSTIÇA FORMAL A PARTIR DE UMA ABORDAGEM POSITIVISTA	73
2.3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS	96
3 PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	99
3.1 ASPECTOS FORMAIS	99
3.1.1 Controle de constitucionalidade	99
3.1.2 Repercussão geral	102
3.1.3 Cláusula de plenário	104
3.1.4 Súmulas	106
3.1.4.1 Súmulas vinculantes	110
3.1.5 Precedentes no Superior Tribunal de Justiça	114
3.1.6 Julgamento monocrático nos tribunais	117
3.1.7 Julgamento liminar	118
3.1.8 Súmula impeditiva de recurso	119
3.1.9 Mecanismos de reforço de precedentes e teoria dos precedentes judiciais no Brasil	120

3.2 ASPECTOS MATERIAIS: PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	121
3.2.1 Precedentes judiciais e segurança jurídica	125
3.2.2 Precedentes e igualdade	128
3.2.3 Legalidade e precedentes judiciais	132
3.2.4 Precedentes judiciais e efetivação de direitos fundamentais	136
CONSIDERAÇÕES FINAIS	138
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	143

INTRODUÇÃO

Durante séculos, foram propagadas as ideias de total separação entre as tradições *civil law* e *common law*. Apesar de até os dias de hoje alguns estudiosos entenderem que existe uma rígida separação entre essas duas tradições, concordamos com aqueles que vislumbram uma gradual fusão de tradições (BUSTAMANTE, 2012). O direito continental cada vez mais trabalhando com precedentes judiciais e o direito costumeiro cada vez mais atribuindo matérias a serem reguladas por leis ou por códigos.

O Brasil, apesar de indiscutivelmente ser um país de tradição *civil law*, a cada dia passa a dar mais importância para os precedentes judiciais, mesmo que, aparentemente, sem a preocupação com a consolidação dos institutos e mecanismos inerentes a uma teoria dos precedentes judiciais.

Vemos a gradual incorporação ao direito brasileiro de mecanismos de reforço de precedentes, ou seja, mecanismos que atribuem certa vinculatividade a algumas decisões proferidas por alguns órgãos jurisdicionais. Esses mecanismos, porém, não aparentam estar alicerçados em uma teoria dos precedentes judiciais.

Nesse contexto de fusão de tradições, o presente trabalho busca enfrentar, como problema central, a questão de saber se diferentes teorias da argumentação, inseridas em diferentes teorias do direito, precisam de uma teoria bem estruturada e as consequências dessa devida estruturação para a efetivação dos direitos fundamentais.

Para tal, buscaremos constatar se a incorporação de uma teoria dos precedentes judiciais pelo sistema jurídico brasileiro corresponde à mera técnica processual, que pode ou não estar presente no sistema jurídica, visando, dentre outros, dar celeridade ao Judiciário ou corresponde à verdadeira exigência democrática em um Estado de Direito e possui relevante papel no sistema jurídico, independentemente da teoria do direito adotada, tendo em vista que estas sempre se relacionam com uma teoria da argumentação jurídica, a qual é ancorada, em alguma medida em uma teoria dos precedentes judiciais.

Bustamante e Maia (2008), ao tratarem da teoria da argumentação jurídica, fazem uma reflexão que acreditamos que possa analogicamente ser aplicada à teoria dos precedentes judiciais. Quando falamos de teoria do precedente, a palavra teoria aparece em um sentido bem diverso daquele que se define por oposição à prática. Da mesma forma que a teoria da argumentação, com a qual possui estreita

ligação (como será discutido mais adiante neste trabalho), a teoria dos precedentes, independentemente do referencial teórico dominante e da teoria do direito na qual está inserida, possui uma clara preocupação com a prática, principalmente com a aplicação judicial do direito.

O presente trabalho parte do Estado Democrático de Direito como lugar da pesquisa, sendo que o Estado de Direito indica um valor de eliminação de arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta aos cidadãos. Assim, a preocupação maior é com a proteção e efetivação dos direitos fundamentais do Estado Democrático e com a contenção de arbitrariedade estatal, em especial a arbitrariedade no Poder Judiciário.

A metodologia adotada para a presente dissertação será o levantamento bibliográfico, com a utilização de livros e artigos de doutrinadores nacionais e estrangeiros, buscando autores com relevantes contribuições acadêmicas para o tema tratado.

Visando alcançar os objetivos do presente trabalho, iniciaremos com a análise dos precedentes judiciais, expondo suas características e seu contexto, bem como discutiremos os principais institutos relacionados à teoria dos precedentes. Para melhor compreensão, tentaremos explicar de forma sintetizada a estrutura do Judiciário inglês e do Judiciário norte-americano, dos dois principais representantes do direito costumeiro, sendo importante desde já deixar claro que não temos como pretensão defender uma ou outra doutrina dos precedentes. Nossa discussão gira em torno do questionamento acerca da necessidade ou não de considerar (levar em conta) os precedentes judiciais como elemento inerente de um Estado Democrático de Direito.

Em seguida, mostraremos que os precedentes judiciais são evidenciados nas mais diversas teorias do direito, uma vez que estas se relacionam diretamente com alguma teoria da argumentação jurídica e esta, por sua vez, precisa de suporte em uma teoria dos precedentes judiciais. Para tal, demonstraremos que os precedentes estão presentes, como elementos indispensáveis, tanto na teoria pós-positivista (também chamada de interpretativista) de Ronald Dworkin, quanto na teoria positivista normativista de Neil MacCormick, dois autores que, por intermédio de suas obras, exerceram e continuam exercendo forte influência na formatação do pensamento jurídico contemporâneo, fornecendo relevantes contribuições para tal.

Nesse capítulo, iniciaremos a relação entre precedentes judiciais e Estado Democrático de Direito a partir das teorias dos dois autores citados.

No último capítulo, passaremos a analisar os aspectos formais e matérias dos precedentes judiciais no Brasil. Primeiramente, discutiremos os aspectos formais, que correspondem a mecanismos de reforço do precedente. Analisaremos também se tais mecanismos de fato observam alguma teoria do precedente com a devida compreensão dos institutos inerentes a teoria do precedente (por exemplo, *ratio decidendi*, *distinguishing*, etc).

Por fim, discutiremos a relação entre a adoção de uma teoria dos precedentes e a observância dos direitos fundamentais, em especial três direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, a saber: igualdade, segurança jurídica e legalidade.

O presente trabalho possui considerável importância acadêmica tendo em vista a já mencionada fusão de tradições que estamos presenciando. Ao constatar se a adoção de uma teoria dos precedentes corresponde a elemento acidental (depende dos objetivos a serem alcançados, como exemplo, celeridade, ou ainda que depende da teoria do direito adotada) ou a corresponde à exigência do Estado de Direito, sendo elemento indispensável para a efetivação de valores democráticos e para contenção de arbitrariedade estatal, poderemos, no primeiro caso, realizar estudos buscando a adequação do sistema jurídico brasileiro para alcançar os objetivos almejados, ou, no segundo caso, buscar formas de incorporar em nosso ordenamento jurídico uma teoria dos precedentes judiciais de forma bem estruturada, possibilitando aos acadêmicos e aos operadores do direito a compreensão desta teoria desde a graduação, tema este completamente ignorado na maioria das faculdades de direito do Brasil. Assim, pela constatação da relação entre precedentes judiciais e Estado Democrático de Direito, teremos um Judiciário efetivamente mais preparado para dar concretude aos direitos fundamentais.

1 PRECEDENTES

É de fundamental importância para o presente trabalho a compreensão do que vem a ser os precedentes judiciais. Os precedentes judiciais são amplamente utilizados em países de tradição *common law*, sendo este descrito, sinteticamente, como um sistema jurídico fragmentado, não codificado e pautado profundamente na tradição, cuja principal fonte é o costume reconhecido pelos órgãos com autoridade para dizer e interpretar o Direito (BUSTAMANTE, 2012).

Austin sustentava que o costume, em sua origem, é uma regra de conduta que os indivíduos observam de maneira espontânea ou não. O costume é transformado em lei positiva quando adotado como tal pelos tribunais de justiça, e quando as decisões judiciais moldadas de acordo com ele são impostas pelo Estado. Antes dos tribunais adotarem o costume e lhe atribuírem uma sanção pelo descumprimento, este corresponde apenas a uma regra de moralidade positiva, “uma regra observada, em geral, pelos súditos, mas que obtém uma única força que se pode dizer que possui da desaprovação geral que incide sobre aqueles que transgridem” (MORRIS, 2002, p. 342).

Vale destacar que o *common law* teve sua origem na Inglaterra, sendo evidenciado atualmente nos Estados Unidos da América, no Canadá, na Austrália, na Índia e em outros países de colonização britânica (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

A região onde atualmente se situa a Inglaterra também fez parte do domínio romano; porém, a partir do início do século V, sofreu a invasão de povos bárbaros – os saxões, os anglos e os dinamarqueses - que a compartilharam, dominando-a por aproximadamente dois séculos, introduzindo uma cultura pagã num ambiente que já conhecia o cristianismo.

Não existia um direito comum a toda a terra, mas sim Direitos locais, guardando suas características próprias, apesar de estarem sob à égide de um soberano comum. Este era o direito anglo-saxônico. (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 128)

Ao tratar dos sistemas jurídico *common law* e o *civil law*, vários autores costumam contrapor o direito inglês e o direito francês, objetivando demonstrar as diferenças e semelhanças entre aqueles sistemas. Nesse sentido, René David (2006, p. 01) leciona que: “O direito inglês não pode ser compreendido, em sua oposição ao direito francês, se não levarmos em conta a maneira diferente pela qual os dois sistemas jurídicos foram elaborados e se desenvolveram na história”. A *comune ley* ou *common law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda Inglaterra.

A assembleia dos homens livres, chamada *County Court* ou *Hundred Court*, aplica o costume local, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem qualquer pretensão de ser racional. Continuando, em princípio, a ter competência depois da conquista, as *Hundred Courts* ou *County Court* serão pouco a pouco substituídas por jurisdições senhoriais de um novo tipo (*Courts Baron, Courts Lee, Manorial Courts*); mas estas estatuirão igualmente com base na aplicação do direito costumeiro eminentemente local. (DAVID, 1998, p. 286)

Ainda de acordo com o autor, o que mais marcou o direito francês em sua história é a importância que os estudos do direito romano tiveram na França, sendo que desde o início do século XIII até o final do século XVIII, o ensino do direito foi realizado nas universidades, com base no direito romano e os costumes eram ensinados apenas de maneira acessória. Exigia-se que todos os juizes das jurisdições superiores e os advogados fossem licenciados em direito com formação universitária.

As universidades inglesas também ensinavam direito romano, porém a influência deste foi desprezível, pois nunca se exigiu na Inglaterra que os juizes e advogados possuíssem graduação universitária. Na Inglaterra, as Cortes Reais não foram, durante muito tempo, mais do que jurisdições de exceção e por isso, não puderam acolher o sistema que o direito romano constituía, acabando por elaborar um novo direito, a *common law*, para cuja formação o direito romano desempenhou um papel muito limitado (DAVID, 2006).

Na Inglaterra, até não muito tempo atrás, não encontrávamos códigos como é encontrado na França. Os códigos ingleses são apenas para tratar de matérias especiais nas quais existe a necessidade de tentar esquematizar a matéria de forma sistemática. A concepção de direito que os ingleses sustentam é, ao contrário do que prevalece no continente europeu, essencialmente jurisprudencial, ligada ao contencioso.

A regra de direito inglesa (*legal rule*), condicionada historicamente, de modo estrito, pelo processo, não possui o caráter de generalidade que tem na França uma regra de direito formulada pela doutrina ou pelo legislador. As categorias e os conceitos no direito inglês, derivam de regras processuais formalistas que as Cortes Reais foram obrigadas a observar até uma época recente; a distinção entre direito público e direito privado, em particular, por esse motivo, é desconhecida na Inglaterra. (DAVID, 2006, p. 03)

As jurisdições locais e senhoriais deixaram de ter importância no século XV e desde essa época as Cortes Reais foram jurisdições de direito comum, com uma competência universal, mas elas permaneceram até metade do século XIX, em teoria, jurisdições de exceção, ou seja, era necessário primeiramente conseguir com que elas admitissem sua competência antes de poder submeter-lhes um litígio quanto ao mérito (DAVID, 2006).

O direito inglês é essencialmente obra das Cortes Reais que o criaram de precedente em precedente, buscando em cada caso a solução que era razoável consagrar. Essa é a ideia de costume reconhecido (que orienta o *common law*); o direito é formado pelo precedente (reconhecimento judicial do costume) e não o costume em si mesmo considerado (BUSTAMANTE, 2012). O costume somente passa a ser fonte do direito quando reconhecido formalmente pelas autoridades judiciais por meio de decisão.

René David (2006, p. 13) nos lembra que o direito inglês somente se desenvolveu e tornou-se um sistema porque desde o século XIII existiram coletâneas de jurisprudências e porque os juízes levaram muito em consideração o precedente. A autoridade reconhecida aos precedentes é considerável, revelando-se como própria condição de existência do direito inglês, variando, contudo, essa autoridade conforme a época.

Contudo, devemos desconfiar das fórmulas que afirmam a obrigação rígida, de seguir determinados precedentes estabelecidos por órgãos de igual jurisdição ou superiores. Isso porque, quando um juiz afirma uma regra de direito, só pode fazê-lo em consideração às circunstâncias do caso que lhe é submetido e em relação a essas circunstâncias, ou seja, a obrigação de seguir precedentes pode ser proclamada, mas combina-se com a possibilidade de estabelecer distinções.

O juiz levará em conta decisões anteriormente proferidas e provavelmente não dirá que essas decisões foram mal proferidas, mas ser-lhe-á possível, considerando as circunstâncias do caso, descobrir na lide que lhe foi submetida, um determinado elemento que não existia ou que não foi considerado no caso precedente e que lhe permite descartar a regra estipulada no precedente, ou pelo menos lhe permite precisá-la, completá-la ou reformulá-la, dando ao caso a decisão “razoável” que o mesmo requer (DAVID, 2006, p. 14).

O direito judicialmente reconhecido é buscado em uma decisão que resolveu um caso anterior semelhante a partir de termos relevantes: “há de ser normalmente

encontrado em uma regra estabelecida pelo juiz em um caso particular anterior, e não em uma máxima abstrata da qual possam ser deduzidas regras mais específicas para cada nova situação” (BUSTAMANTE, 2012, p. 04).

Assim, nesse sistema, a razão para decidir casos concretos não está em uma decisão tomada por um órgão externo à prática de observar casos e decidir questões particulares, não havendo uma clara separação entre criação e aplicação do Direito.

A teoria do precedente muito evoluiu e muito se diversificou ao longo dos séculos, fazendo com que, até os dias de hoje, várias teorias sejam desenvolvidas e várias divergências sejam debatidas.

Dentre estas teorias, destacam-se principalmente teorias positivistas que, apesar de certo enfraquecimento nos dias atuais, ainda possuem considerável influência nos países de tradição *common law*. Atualmente vemos a ascensão de teorias pós-positivistas, influenciadas principalmente pelas teorias da argumentação jurídica, que ganharam maior força a partir da segunda metade do século XX (BUSTAMANTE, 2012).

Duas fortes teorias positivistas dos precedentes são as desenvolvidas com base nas ideias de Hans Kelsen e H.L.A. Hart. De acordo com Eisenhower (1988), Kelsen considera que uma decisão de um tribunal representa uma norma individual, criada com base em uma norma geral que dá validade para as decisões dos tribunais. Kelsen argumenta que para que as decisões dos juízes sejam reconhecidas como uma obrigação legal vinculante, deve existir uma norma geral de *adjective law* para que o poder de criar obrigações seja delegado para os tribunais.

Uma decisão dessas deve ser realizada porque uma parte alega que a outra violou uma obrigação legal. A partir de uma análise substancial o tribunal deve verificar primeiramente se a obrigação realmente existe no sistema legal e, em seguida, se o acusado a violou. Caso as duas respostas sejam positivas, o julgador deverá aplicar a respectiva sanção.

Se o tribunal verificar que não há obrigação ele deverá absolver o acusado ou criar a obrigação. A criação da regra substancial somente se justifica se o tribunal verificar que a falta de uma lei é insatisfatória, injusta ou desigual. Para Kelsen a diferença entre o tribunal criar uma regra e aplicar uma lei preexistente é apenas uma diferença de grau, pois ao aplicar uma regra já existente o tribunal está criando uma regra mais específica que é aplicada ao caso concreto. Contudo, ao criar a

regra, está agindo mais parecido com o legislativo do que quando ele simplesmente aplica uma regra já existente (EISENHOWER, 1988).

Para o autor positivista, esse agir do tribunal como legislador é ao mesmo tempo necessário e desejável, tendo em vista que o legislador não possui condições de prever todas possibilidades concretas possíveis, fazendo com que por vezes existam lacunas na legislação.

As lacunas são evidenciadas quando nenhuma lei pré-existente possa ser logicamente aplicada ao caso e a não aplicação de alguma lei corresponda a uma injustiça. Nesses casos, o tribunal está autorizado a agir como legislador para preencher a lacuna com uma lei substantiva. Para Kelsen, as decisões dos tribunais somente são vinculantes para casos futuros se corresponder a criação de uma lei substantiva e quando não for possível aplicar uma lei previamente existente (EISENHOWER, 1988).

Na teoria dos precedentes baseada nas ideias de Hart, expande-se o conceito de lacunas legais de Kelsen. Hart afirma que as leis possuem uma textura aberta, isso porque precisam ser gerais, não podendo se referir a pessoas individualizadas, mas sim a classes de pessoas. Essa textura aberta, inerente a própria linguagem, permite que os tribunais façam a análise da inter-relação dos fatos de um determinado caso e os objetivos de uma determina lei.

Contudo, o autor reconhece a necessidade de coerência e previsibilidade na lei e argumenta que todos os sistemas de lei tentam estabelecer um equilíbrio entre coerência e flexibilidade. Hart (que será estudado de forma um pouco mais detalhada na seção 2.2) vê os precedentes como uma área de atividade judicial criativa (EISENHOWER, 1988).

Por sua vez, um exemplo de teoria pós-positivista do precedente é a derivada das ideias de Ronald Dworkin, que veremos em maior profundidade na seção 2.1. Em síntese, Dworkin defende que mesmo nos casos em que não seja possível a aplicação direta de uma lei ou tenham dúvidas acerca de qual interpretação da lei ou do precedente deve ser adotada, o juiz deverá declarar o direito pré-existente que pode ser encontrado por meio da análise das decisões anteriores dos tribunais extraíndo-se os princípios de moralidade política adotados anteriormente e relevantes para caso (DWORKIN, 2003).

Como bem nos lembra MacCormick (2008), além de doutrinas do precedente do Direito Positivo, impondo a obediência ao precedente por meio da

autoridade, é de vital importância que tenhamos uma teoria dos precedentes, ou seja, não basta a obrigação de seguir precedentes, temos que ter a compreensão de conceitos-chave inerentes a referida teoria, pois sem tais conhecimentos ficaria completamente inviabilizada a implementação de qualquer doutrina do precedente.

Para o autor, com quem concordamos, a questão não é se devemos ou não ter uma teoria dos precedentes, mas sim se devemos ter uma teoria articulada, bem pensada e de preferência correta, ou se podemos nos satisfazer com uma teoria implícita, inarticulada e provavelmente incorreta.

Os atuais debates sobre precedentes estão diretamente atrelados as teorias da argumentação, sendo aqueles vistos por muitos como parte integrante e inerente à argumentação jurídica, presentes tanto em países de tradição *common law* quanto em países de tradição *civil law*.

É concebível que todos os sistemas jurídicos sigam precedentes judiciais, pois corresponde a uma prática natural da mente humana, seja no pensamento jurídico ou fora dele, aceitar o mesmo padrão em casos semelhantes ou análogos. Uma lei racional exige que casos semelhantes sejam tratados da mesma forma. Ou seja, os precedentes não são uma característica única e exclusiva do direito inglês ou de sistema de direito costumeiro (VONG, 2013).

Ainda nesse sentido, importante colocarmos as palavras de Taruffo (1996, p. 795):

Va anzitutto sottolineata la grande importanza che l'impiego del precedente e della giurisprudenza riveste nella vita de il diritto di tutti gli ordinamenti moderni. Ricerche svolte in vari sistemi giuridici hanno dimostrato che il riferimento al precedente non è più da tempo una caratteristica peculiare degli ordinamenti di *common law*, essendo ormai presente in quis tutti i sistemi, anche di *civil law*.

O uso do precedente caracteriza de maneira peculiar a estrutura da argumentação jurídica na interpretação da regra do direito e em sua justificação, seja quando o precedente é usado em sede de análise doutrinária, seja quando o precedente é dirigido ao âmbito da interpretação judicial da lei, sendo o precedente um fator essencial e decisivo ao tempo da interpretação e aplicação do direito e esse é um fator que condiciona a estrutura da argumentação jurídica (TARUFFO, 1996).

I precedenti rappresentano infatti i *tòpoi* che orientano l'interpretazione della norma nella complessa fase dialettica della *Rechtsfindung*, e che danno supporto all'interpretazione adottata come valida nell'ambito dell'argomentazione giustificativa (ad esempio, nella motivazione della sentenza) (TARUFFO, 1996, p. 796)

As teorias positivistas dos precedentes judiciais foram desenvolvidas principalmente na Inglaterra a partir do século XIX, tendo na base das teorias a ideia de que os juízes criam o *case law* por sua própria autoridade e o estabelecimento do *case of law* por meio da autoridade gera a necessidade de estabelecer a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Podemos dizer, sinteticamente, que *ratio decidendi* são todos aqueles elementos considerados como necessários pelos julgadores para se chegar à decisão proferida. Esses elementos são aqueles que orientaram a decisão proferida. São os elementos que, caso fossem diferentes, poderiam ter levado a outra decisão. Elementos diferentes poderiam levar a uma decisão diferente. O instituto da *ratio decidendi* será analisada em detalhes na seção seguinte.

Por sua vez, *obiter dictum* corresponde a:

[...] passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia. O *obiter dicta*, assim considerado, não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão. (NOGUEIRA, 2008, p. 108)

A necessidade de distinguir esses dois elementos é uma consequência natural do fato de que o juiz não encontra limites ao formular a motivação do seu juízo adjudicativo da lide (característica marcante do positivismo), e assim, faz-se oportuno que essa liberdade da perspectiva da motivação fosse balanceada pela regra segundo a qual nem tudo que ele pode dizer e diz é vinculante para os casos futuros. Será vinculante apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexos estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão (BUSTAMANTE, 2012). Assim, a decisão anterior somente vincula uma decisão posterior nas questões levantadas e discutidas pelo tribunal.

Pela teoria positiva dos precedentes, a vinculação da decisão está no ato de autoridade e não nas razões apresentadas pela corte para justificá-la, bem como em cada decisão é possível encontrar uma única *ratio decidendi* que liga os fatos a um conjunto de consequências jurídicas em uma estrutura de regras jurídicas.

As teorias positivas dos precedentes perderam força na segunda metade do século XX, com o fortalecimento das teorias da argumentação jurídica e de uma teoria dos direitos fundamentais baseada em princípios. Nesse contexto, a teoria

positivista deixou de ser uma alternativa viável para orientar a interpretação e aplicação do direito (BUSTAMANTE, 2012).

Essa guinada é de extrema importância para o presente trabalho, motivo pelo qual devemos entender as principais mudanças sofridas pela teoria do precedente a partir do enfraquecimento das teorias positivistas.

O próprio fundamento da obrigação de seguir o precedente judicial, tanto a obrigação em sentido frágil (de levar em consideração o precedente), quanto a obrigação em sentido forte (de decidir de acordo com o precedente), muda radicalmente.

Bustamante (2012) esclarece que a partir deste momento a obrigação de seguir o precedente deixa de ser apenas porque ele constitui direito positivo formalmente produzido pela autoridade institucionalmente autorizada a criar o Direito, mas sim porque os precedentes passaram a ser vistos como exigência da ideia de razão prática. De acordo com o autor:

Não pode haver um sistema jurídico racional sem um método universalista e imparcial de aplicação do Direito positivo. Podemos observar na interpretação e aplicação dos precedentes, a mesma tensão entre *ratio et auctoritas* que caracteriza o Direito positivo de modo geral.[...]. Em um dos polos dessa tensão há um elemento de *autoridade* no Direito que se manifesta desde o início de sua institucionalização até o final de sua aplicação. [...] Mas no outro polo o Direito e a Moral compartilham o fato de que ambos necessitam um ao outro: o Direito sem a moralidade perde seu aspecto ideal e se transforma em uma prática arbitrária, onde o mais forte cria leis para o mais fraco; ao passo que a Moral sem a facticidade do Direito é um mero sistema de saber cultural que carece de qualquer garantia de eficácia. (BUSTAMANTE, 2012, p. 254)

Nessa visão pós-positivista, Bustamante (2012) afirma que não existem apenas razões institucionais para seguir precedentes, existindo também razões morais a partir do momento que reconhecemos a interdependência entre Direito e Moral. Isso leva a uma necessidade de reinterpretar o Direito e o *overruling* (superação) de uma regra jurisprudencial que não possa mais ser moralmente justificada.

Entendemos que, nesse contexto, mais do que uma simples imposição autoritária de seguir precedentes, temos razões morais para seguir os precedentes, tendo em vista que estes trazem consigo a ideia de igualdade e tratamento igualitário. Ocorre que, da mesma forma que temos razões morais para seguir os precedentes, podemos ter razões morais (por vezes mais fortes) para não segui-los.

Ao falar em regra jurisprudencial, partimos do pressuposto de que, ao decidir, o juiz sempre criará uma regra aplicável ao caso concreto tendo em vista a particularidade do caso, ou seja, mesmo quando exista uma regra legalmente instituída em abstrato que seja aplicada ao caso concreto, o juiz criará uma regra mais específica (BUSTAMANTE, 2012).

Bustamante continua seu raciocínio afirmando que quando uma regra jurisprudencial não é mais moralmente justificável, deve ser feita uma ponderação entre segurança jurídica e a correção substancial para se decidir se deve ser modificado o *case law* em vigor. “O modelo de Estado Constitucional contemporâneo exige que todo o ato de aplicação judicial do Direito atenda, na máxima medida possível, a pretensão de justificabilidade racional” (BUSTAMANTE, 2012, p. 256).

Dessa perspectiva, a autoridade dos julgadores não pode ser razão excludente para as decisões anteriores. A formatação do Estado Constitucional acarreta na incompatibilidade entre a doutrina do precedente absolutamente vinculante e a exigência de justificabilidade das Constituições democráticas (BUSTAMANTE, 2012).

Importante também reafirmar a quebra da ideia de que os precedentes somente tem lugar em países de tradição *common law* que adotam o modelo de precedentes vinculantes.

Nesse contexto, MacCormick, sem fazer uma diferenciação direta entre teorias positivistas e pós-positivistas, expõe quatro modelos de precedentes, por meio dos quais podemos perceber que os precedentes não são exclusivos dos países de direito costumeiro e, desta forma, alerta para o exagero nas diferenciações entre os sistemas de *case law* e os sistemas de direito continental, bem como defende que não deveriam ser adotadas doutrinas do precedente vinculante em sentido forte, devendo o uso argumentativo dos precedentes ser o ponto de partida nos dos sistemas citados (SORIANO, 2008).

O primeiro modelo apresentado por MacCormick seria o precedente simplesmente como uma questão de notar semelhanças e padrões de correspondência, como um dispositivo heurístico de trabalho visando obter uma resposta ou uma linha de argumentação justificatória para apoiar uma conclusão proposta. Esse é um modelo de analogia, onde cada caso é simplesmente tratado como um exemplo esclarecedor acerca do que é correto (razoável) decidir e, por isso, um guia útil para a decisão de casos similares (MACCORMICK, 1998).

O segundo modelo é aquele que corresponde a obtenção de uma linha de raciocínio que procura trazer à tona um princípio do caso anterior e usá-lo em relação a um caso presente. Esse é um modelo de “exemplificação de princípio”, onde o precedente, em relação ao seu próprio contexto factual, pode ser visto como exibindo e dando apoio para algum princípio ou princípios que podem ser relevantes para decidir casos futuros e contribuir para o desenvolvimento do sistema legal. Olha-se para os precedentes para ver se eles contêm ou representam princípios úteis para justificar a decisão preferida no presente caso.

Já o terceiro modelo, é o que se verifica no contexto de precedentes vinculantes. O modelo do precedente formalmente vinculante é aquele no qual alguma regra (*ratio decidendi*) é atribuída ao precedente, sendo que os tribunais posteriores são obrigados a aplicar esta regra, a menos que seja evidenciado o *distinguishing* (constatação e demonstração de que o precedente não se aplica ao caso) ou *overruled*.

Quando um tribunal ou juiz for decidir um caso, deve verificar se há algum precedente relevante e obrigatório, e deve, então, aplicar a *ratio decidendi* do precedente vinculante ao presente caso, a menos que algum ponto material de distinção entre o presente caso e o precedente possa ser identificado (MACCORMICK, 1998). Esse corresponde ao modelo de maior proeminência na lei inglesa e na norte americana.

Muitos autores, ao tratar do precedente, principalmente nos locais onde o precedente é uma fonte formal do direito, focam seus estudos primeiramente ou exclusivamente nesse terceiro modelo. MacCormick considera que isto é um erro mesmo em relação aos países de tradição *common law*. Os modelos de analogia e exemplificação de princípios são tão importantes quanto o terceiro modelo e talvez mais do que isso. Na medida em que tem ocorrido nas últimas décadas uma tendência de distância do precedente vinculante, pelo menos ao nível da mais alta corte, os modelos anteriores são ainda mais importantes e influentes do que o terceiro (MACCORMICK, 1998).

Não há motivo para sugerir que os dois primeiros modelos são peculiares ao sistema de *common law*, embora o estilo em que os argumentos são implantados é de fato bastante distinto de sistema para sistema, e tanto mais quanto entre as diferentes famílias legais. O uso de analogia é universal no pensamento jurídico, bem como a argumentação por princípio. Os princípios de um sistema estão

continuamente sendo exemplificados, desenvolvidos, reformulados e reconsiderados em termos de peso relativo e prioridade por tribunais em suas decisões de casos e para fundamentar as mesmas. Estes são materiais que nenhum sistema legal que está comprometida com a declaração pública de razões para as decisões pode deixar de levar em conta.

Nesse contexto, o autor apresenta o quarto modelo de precedentes, que corresponde a um modelo de precedente não formalmente reconhecido. Qualquer que seja a importância do precedente para um determinado tribunal, este deve tomar cuidado para motivar a sua decisão de forma adequada por meio de referência a regras de direito escrito e princípios gerais, e deve evitar tratar a existência de um precedente como auto-suficiente para justificar a decisão proferida. Esse corresponde ao método de utilização de precedentes no sistema francês e nos outros países que possuem forte influência deste sistema (MACCORMICK, 1998).

O modelo três e quatro são mutuamente incompatíveis, sendo essas as principais diferenças apontadas entre sistemas *common law* e *civil law*, contudo nenhum dos dois modelos de precedente exclui os modelos um e dois, os quais são de grande ajuda e suporte, a partir de um uso mais amplo de precedentes, possibilitando analogias particulares ou como fontes que exemplificam e ajudam a formular princípios legais (MACCORMICK, 1998).

Assim, podemos perceber que mesmo nos países que não adotam o modelo de precedentes vinculantes, os precedentes não podem ser completamente ignorados. Nenhum sistema *civil law*, racional e realista, pode ignorar o significado e a importância dos precedentes judiciais. Em qualquer modelo o precedente oferece uma função interpretativa de tomada de decisão judicial.

Ainda nesse sentido, Bustamante explica as várias formas de adoção dos precedentes por sistemas jurídicos, tendo como base os diferentes graus de vinculatividade das fontes do direito.

O referido autor adota a concepção de fontes do direito na qual a locução é entendida não no sentido de regras jurídicas gerais, mas do conjunto de prescrições tanto gerais como individuais. Para tanto, segue os ensinamentos de Kelsen de que uma norma geral, quando aplicada no caso concreto, toma a forma de uma norma individual mais específica.

A norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é

criada através da decisão judicial. Antes dela, não tinha vigência. Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu o erro de ver nela apenas a função declarativa. (KELSEN, 2006, p. 265)

Adota também a noção de normas adstritas, pautado nos ensinamentos de MacCormick:

É nas razões que os juízes dão para justificar suas decisões que devem ser buscados os precedentes. A ausência dessas razões ou sua superação por outras consideradas mais fortes em uma argumentação imparcial afeta a aplicação e, em casos mais graves, a própria validade da norma adstrita produzida pelo Judiciário. É na motivação ou fundamentação das sentenças judiciais que as regras jurisprudenciais devem ser encontradas (BUSTAMANTE, 2012, p. 270)

Essas normas individuais e adstritas constituem, para o autor, “direito” para fins de se determinar as suas fontes. Assim, “podemos, por conseguinte, considerar as decisões judiciais como ‘normas’ de caráter especialmente concreto e os precedentes como uma das espécies de ‘fontes’ dessas normas” (BUSTAMANTE, 2012, p. 294). *“In the broadest sense, all legal reasons are sources of law, In more narrow sense, institutional legal-authority reasons are sources of law”* (PECZENIK, 1983, p. 666).

Se o conceito argumentativo de fontes for adotado, pode haver diferentes graus de vinculatividade dos materiais que os operadores do direito usam na justificação de suas decisões, dependendo da aceitabilidade racional e da institucionalização desses materiais, ou seja, os materiais normativos utilizados pelos juristas no discurso jurídico como base para “as pretensões de validade normativa que eles formulam não têm necessariamente um valor ou nulo ou absoluto nos discursos de justificação normativa” (BUSTAMANTE, 2012, p. 296).

Partindo dos ensinamentos de Aarnio, Bustamante segue a classificação das fontes do direito em três categorias: fontes obrigatórias em sentido forte (*must-sources*), que correspondem aos materiais normativos com mais alto teor de normatividade em determinado sistema jurídico; fontes obrigatórias em sentido frágil (*should-sources*), que são as fontes que devem normalmente ser seguidas na interpretação, são fontes em relação às quais o intérprete tem apenas uma obrigação frágil de obediência; fontes permitidas (*may-sources*) que são aquelas que

os aplicadores do direito podem se referir na argumentação jurídica, essas últimas também são chamadas de fontes persuasivas.

O peso dessas fontes depende da sua ponderação concreta pelo aplicado do direito, mas a vinculatividade não é o único critério para classificar as fontes do direito, pois estas podem contar como razões para normas jurídicas tanto razões dotadas de autoridade como razões substanciais ou materiais (BUSTAMANTE, 2012).

Classificação semelhante enquadra os precedentes em: precedentes com eficácia normativa, que são aqueles que deverão seguidos em casos análogos, representando uma norma aplicável com generalidade a todos os demais casos idênticos; precedentes com eficácia impositiva intermediária, não sendo meramente persuasivos nem de eficácia normativa, “Tal categoria é muito comum nos países do *Civil Law*, quando se fala em jurisprudência dominante sobre determinada matéria (*line of precedents*)” (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 148); e precedentes com eficácia meramente persuasiva, que são decisões anteriores citadas visando convencer o magistrado a tomar uma determinada decisão.

Por vezes uma mesma decisão pode ser considerada obrigatória para uns casos e persuasiva para outros. Isso se dá, por exemplo, em um precedente de uma determinada corte que não seja a mais alta corte. A decisão, dependendo do ordenamento jurídico, será obrigatória para os juízes inferiores e poderá ser utilizada como precedente persuasivo para a corte superior (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

Ainda tratando do efeito vinculante dos precedentes, este também costuma ser classificado como vertical e horizontal. A eficácia vinculante vertical corresponde a obrigatoriedade dos tribunais inferiores observarem os precedentes dos tribunais superiores. A eficácia horizontal é vinculação do tribunal (ou órgãos do tribunal) as suas próprias decisões. A possibilidade de revogar seus próprios precedentes não nega a eficácia horizontal, tendo em vista que essa possibilidade apenas existe em hipóteses especiais (MARINONI, 2013), como será visto com um pouco mais de detalhes na seção seguinte.

Partindo para análise dos precedentes como fonte do direito, Bustamante afirma que a força dos precedentes possui fundamento tanto em razões morais como em razões institucionais em sentido estrito. Dentre as razões morais está a universabilidade e dentre as razões institucionais, podem ser citadas normas positivas que dispõem sobre a força do precedente quanto a obrigação de levar em

conta os precedentes, a qual decorre da estrutura escalonada do sistema jurídico “(em especial dos mecanismos de uniformização de jurisprudência e solução de divergência jurisprudencial que estão institucionalizados em cada sistema jurídico)” (BUSTAMANTE, 2012, p. 298).

A caracterização dos precedentes como fonte do Direito cuja vinculatividade pode variar nesses três níveis [fontes obrigatórias em sentido forte, fontes obrigatórias em sentido frágil e fontes permitidas] constitui, pelo menos para a grande maioria dos casos, um modelo adequado para a argumentação jurídica. (BUSTAMANTE, 2012, p. 301)

Quanto aos fatores institucionais que determinam a força de uma norma jurisprudencial, podemos afirmar que os princípios formais de segurança jurídica e da previsibilidade atuam como razões favoráveis a observância do direito jurisprudencial. Porém, o grau de institucionalização pode ser diferente de país para país, fazendo com que os precedentes possam ser classificados como fontes obrigatórias em sentido forte, como fontes obrigatórias em sentido fraco ou simplesmente como fontes persuasivas.

Bustamante, seguindo as lições de MacCormick, afirma que os fatores que determinam a importância dos precedentes em um determinado sistema jurídico são: o contexto institucional, a tradição jurídica, a estrutura constitucional e as doutrinas jurídico-teóricas dominantes (BUSTAMANTE, 2012).

No contexto institucional, destacamos a organização dos tribunais, no que diz respeito a sua estrutura hierarquizada, a qual é tida como elemento comum a todos os sistemas jurídicos modernos. Essa hierarquia corresponde ao fato de que as decisões das cortes mais elevadas possuem maior nível de autoridade, ou seja, existe um grau de subordinação das cortes inferiores às superiores. Nesse contexto, é possível afirmar que as cortes inferiores devem obediência às superiores, tendo em vista que estas podem reformar todas as decisões que não estejam em conformidade com os seus precedentes. Contudo, corresponde a uma obrigação em sentido frágil, pois, além de ser superável no caso concreto, é passível de cancelamento, afastamento ou superação devido a razões não consideradas pelo precedente.

No que diz respeito à tradição jurídica, existe uma relevante distinção entre os precedentes nos países de tradição *common law* e de tradição *civil law*. Costuma-se afirmar que o direito romano é essencialmente a vontade do legislador e a norma

jurídica em sentido autêntico é aquela contida em códigos ou lei, enquanto que em países de direito costumeiro a legislação é vista como apenas uma parte do direito e essa legislação tem como objetivo de desenvolver o direito costumeiro já existente e que é constituído pelas decisões dos tribunais (BUSTAMANTE, 2012).

Porém, atualmente existe a tendência de convergência entre esses dois sistemas. Ambos criam normas adstritas e tem o dever de justifica-las e, caso não o façam, dificilmente conseguiram exigir o cumprimento de seus precedentes. Assim, a diferença que existe atualmente diz respeito ao tipo de atividade realizada pelo legislador e os métodos que podem ser utilizados para justificar as decisões judiciais. No sistema *civil law* há espaço para a criação de normas no caso concreto por meio da especificação de regras jurídicas já existentes (precedente interpretativo), enquanto que no *common law* há maior espaço para a criação de regras particulares no caso concreto devido à não existência de regras anteriores, ou seja, criação de normas para preencher lacunas existentes (precedente integrativo).

Ocorre que as diferenças entre esses dois sistemas tende a diminuir, correspondendo a uma diferença apenas de grau devido a inserção de princípios no ápice da estrutura dos países *civil law* ou da necessidade de interpretação do direito costumeiro a luz de tratados internacionais, principalmente no casos dos países da Comunidade Europeia.

No fator estrutura constitucional, o elemento mais relevante, de acordo com o Bustamante (2012), para estabelecer a importância do precedente em um determinado ordenamento jurídico são as normas de direito positivo que dispõem sobre a força jurídica do precedente, sendo nelas que podemos encontrar o amparo jurídico para o *stare decisis*. A título de exemplo, cita o Reino Unido, que mesmo sendo um país de *common law*, possui as *Practice Directions and Standing Order Applicable to Civil Appeals* que preveem a maior parte das regras que tratam da admissibilidade de recursos e sobre a força do precedente judicial.

O Brasil também possui determinadas regras positivadas atribuindo, em determinadas situações, eficácia vinculante a decisões judiciais, o que será melhor estudado na seção 3.1, ressaltando-se desde já que regras específicas que estabelecem o peso dos precedentes judiciais são diferentes em cada ordenamento jurídico.

Algumas normas sobre precedentes judiciais podem ser encontradas em basicamente todos os Estados Constitucionais contemporâneos. Princípios gerais como o da *segurança* jurídica – de onde decorrem a exigência de “unidade da jurisprudência”, a busca de “estabilidade” e de certeza do sistema jurídico e a necessidade de se dotar o jurista prático de instrumentos para “reduzir o âmbito de discricionariedade dos juízes na aplicação do Direito”, da igualdade na interpretação da lei e na aplicação do Direito e da coerência, seja esta entendida como coerência “sincrônica” – que leva em conta o tempo – ou “diacrônica”, estão tão próximos da ideia de Estado de Direito que valem em todas as sociedades avançadas, independentemente de uma positivação expressa (BUSTAMANTE, 2012, p. 323)

Por fim, as doutrinas jurídico-teóricas dominantes podem ser entendidas de duas formas. A primeira diz respeito às concepções jurídico-teóricas acerca do direito e do discurso jurídico, tendo em vista que a adoção de determinada teoria, por exemplo, jusnaturalista ou positivista, acarretará em sérias consequências normativas para a recepção dos precedentes e seu tratamento em um ordenamento jurídico.

A segunda corresponde às concepções teóricas acerca da dogmática jurídica, pois em um sentido amplo, a dogmática do direito corresponde à ciência do direito no seu sentido mais estrito e próprio, motivo pela qual essa concepção faz a dogmática coincidir com a própria teoria do direito. “Os enunciados da dogmática jurídica são, portanto, ao mesmo tempo um registro do conhecimento jurídico acumulado e um ponto de partida para o desenvolvimento judicial do Direito” (BUSTAMANTE, 2012, p. 336).

1.1 RATIO DECIDENDI

Devido à influência das doutrinas positivistas, os precedentes judiciais costumam ser vistos como textos originários do Poder Judiciário e, desta forma, dotados de autoridade, sendo a função do aplicador do direito extrair daquela decisão (precedente) a *ratio decidendi*, que corresponde ao elemento vinculante da mesma.

Carneiro Júnior (2012) nos lembra de que *ratio decidendi* não é uma expressão unívoca sendo mais utilizada na Inglaterra, enquanto que nos Estados Unidos da América costuma-se utilizar o termo *holding*, as vezes, ainda, sendo utilizado como correspondente à fundamentação da decisão ou razão de decidir. Outro termo também utilizado é o *binding precedente*, que corresponderia “precedente vinculante” ou “precedente obrigatório”.

É questão muito debatida, principalmente nos países que adotam os precedentes como fontes obrigatórias em sentido forte, a definição de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação. Ao tratar da *ratio decidendi*, Marinoni (2013, p. 221) afirma que: “Não há sinal de acordo, no *common law*, acerca de uma definição de *ratio decidendi* ou mesmo de um método capaz de permitir sua identificação”.

Na seção anterior, explicamos, em breve síntese, o que é geralmente entendido como *ratio decidendi*. Contudo, o tema merece uma análise mais aprofundada, tendo em vista as diversas teorias acerca da construção ou identificação da *ratio* de uma determinada decisão. Vários autores e teorias visam definir *ratio decidendi* e/ou estipular formas de identificá-la.

A dificuldade existe devido ao fato de que nem tudo que está presente na decisão é vinculante. De acordo com John Gray (*apud* GOODHART, 1930), nem toda opinião expressa na decisão pelo juiz forma o precedente judicial, o peso do precedente corresponde sim às manifestações do juiz que são necessárias para a decisão do caso.

O conceito de *ratio decidendi* é de elevada importância, principalmente para os países de direito costumeiro. Nas palavras de Stone:

In the stream of time in which the common law is assumed to unfold from its own pre-existing resources to govern a changeful society, the ratio decidendi would be the indispensable organic link between generations both of men and of emerging legal precepts. It would be this ratio which, as it were, legitimises new precepts as being indeed the offspring of those patriarchal fundamental principles of the common law which unify it by their pristine origins. (STONE, 1959, p. 597)

Dentre as diversas teorias que tratam e discutem a *ratio decidendi* do precedente, podemos identificar teorias com fundamentos no positivismo, no realismo jurídico, no Behaviorismo, nas teorias da argumentação jurídica, dentre outras.

Via de regra, as teorias positivistas do precedente defendem que:

[...] o que torna o *case of law* relevante é apenas a *autoridade* do juiz que tenha decidido a questão jurídica coberta pelo caso, sendo que essa autoridade ou é absoluta ou “não existe” [...] A teoria positivista dos precedentes – que floresceu na Inglaterra no século XIX – toma como certo que os juízes têm um poder ilimitado de criação de normas jurídicas. Por isso há uma tendência a se buscar um conceito o mais estrito possível para o fim de limitar o poder normativo reconhecido ao Judiciário. (BUSTAMANTE, 2012, p. 259-260)

Wambaugh (*apud* MARINONI, 2013) defendia que a *ratio decidendi* era uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de maneira diferente. Para ele, existia a necessidade de formularmos uma proposição de direito oriunda do caso e em seguida deveríamos inserir na proposição uma palavra que inverta o seu significado.

Então, é necessário perguntar se, caso o tribunal houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta em seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Sendo a resposta afirmativa, o caso não é um precedente para a proposição; em hipótese negativa, o caso tem autoridade para a proposição original. Wambaugh resume seu teste dizendo que a proposição ou doutrina do caso, a razão da decisão, a *ratio decidendi*, deve ser a regra geral sem a qual o caso deveria ter sido decidido de outra maneira. (MARINONI, 2013, p. 222)

Goodhart, que com seus escritos estimulou uma rica literatura e vários debates na Inglaterra, com inspirações no realismo jurídico e no positivismo, afirma que os precedentes são vinculantes exclusivamente devido a sua autoridade (SCOFIELD, 2005).

As razões dadas pelos juízes para proferir a decisão são completamente irrelevantes para a vinculatividade da mesma, devendo estas decisões ser seguidas mesmo quando claramente pautadas em razões erradas ou equivocadas. Partindo desta ideia, o autor defende que a *ratio decidendi* é encontrada nos fatos apontados pelos juízes como relevantes para a decisão e não nas razões apontadas pelo julgador (GOODHART, 1930).

Apesar de teoria de Goodhart possuir pontos de contato com o realismo jurídico, sua teoria não chegou ao extremo daquela. Autores realistas e empiristas, como Oliphant, defendem que a *ratio decidendi* corresponde a um conceito desprovido de sentido porque vários postulados (*principles*) podem tranquilamente ser considerados como base de um determinado julgamento (SCOFIELD, 2005). De acordo com essa teoria, poderíamos dizer que a *ratio* do caso seria o que o juiz quisesse que ela fosse, não importando o que os juízes dizem no precedente, mas o que o que eles efetivamente fazem.

Para Goodhart, por sua vez, os fatos do caso não devem ser vistos como fatos constantes e invariáveis, e que as conclusões dos juízes não são baseadas em premissas fixas de determinado conjunto de fatos. De acordo com o autor, os fatos não são absolutos, mas sim relativos, pois o mesmo conjunto de fatos pode ser visto de forma completamente diferentes por duas pessoas diferentes. “*The judge finds*

his conclusions upon a group of facts selected by him as material from among a larger mass of facts, some of which might seem significant to a layman, but which, to a lawyer, are irrelevant" (GOODHART, 1930, p. 169). O juiz alcança a conclusão por meio dos fatos por ele selecionados e são em cima destes fatos que realiza o julgamento.

Assim, o autor entende que nossa tarefa na análise do caso não é estabelecer os fatos e a conclusão, mas sim estabelecer os fatos que o juiz entendeu como relevantes e sua conclusão baseada nestes fatos, sendo pela escolha dos fatos relevantes que os juízes criam as regras.

Em outros termos, a visão do autor é a de que as razões dadas pelos juízes para decidir um determinado caso não correspondem a *ratio decidendi* do caso, a qual é composta, na verdade, exclusivamente pelos fatos considerados relevantes para o caso e a força obrigatória do precedente existe mesmo com razões patentemente equivocadas, isso porque a força vinculativa do precedente é pautada na autoridade do órgão que proferiu a decisão e não na "qualidade" da argumentação apresentada (GOODHART, 1930).

Importante destacar que a visão que o autor traz corresponde a um contraponto a visão de que todos os fatos do caso formam a *ratio decidendi*.

This case strikingly illustrates the distinction between the view that a case is authority for a proposition based on all its facts, and the view that is authority for a proposition based on those facts only which were seen by the court as material (GOODHART, 1930, p. 174).

Ou seja, a perspectiva positivista de que a obrigatoriedade encontra-se na autoridade e que o caso vincula pelos fatos e não pelas razões corresponde a ideia predominante.

A teoria clássica, como denominada por alguns autores, defende que a *ratio decidendi* do caso vincula os juízes posteriores, enquanto que a teoria de Goodhart afirma que o que vincula é a regra que pode ser logicamente construída pelos juízes posteriores a partir dos fatos considerados relevantes pelo juiz que proferiu a primeira decisão (MONTROSE, 1957).

In legal theory are two leading views of the *ratio decidendi* of a case. One is the classical theory which holds that the *ratio* is the rule or principle that the court deciding a case considers necessary for the result reached in the case. The other view is the Goodhart theory which is that the *ratio* consists of the facts the judge in the precedent case believed were material, and the judge's decision based on those facts. (SCOFIELD, 2005, p. 312)

Antes de Goodhart, Austin afirmava que era necessário distinguir o princípio geral do caso, que constituiria a *ratio decidendi*, a decisão concreta. O contraponto de Goodhart é justamente o de que a *ratio decidendi* analisada da perspectiva de Austin e dos autores por ele influenciados é enganadora, porque as razões que os juízes dão para as suas decisões não são vinculantes e não podem corretamente representar o princípio geral do caso.

I cited a large number of cases in which the reasons given for the decisions were obviously wrong or were based on a misunderstanding of legal history, but nevertheless the principles established by these cases were valid and binding. (GOODHART, 1959, p. 118)

Consequentemente, o princípio geral do caso, que orientará os casos futuros, será limitado pela soma dos fatos tidos como relevantes por todos os julgadores, ou pela maioria deles, ao tempo do julgamento do caso. Ou seja, todo caso possui um postulado vinculante, mas esse postulado não é necessariamente encontrado na declaração da lei feita pelo juiz em sua decisão, devendo ser procurado nos fatos relevantes apontados pelos julgadores (GOODHART, 1959).

Stone afirma que a teoria de Goodhart não apresenta certeza ou segurança para a construção da *ratio decidendi*, não alcançando seu objetivo de guiar os juristas nessa busca. Isso porque o tribunal posterior poderia olhar para o relatório do caso precedente e escolher como fatos materiais fatos diferentes dos que foram considerados pelo tribunal anterior (STONE, 1959).

A teoria de Goodhart corresponde a uma teoria positivista da *ratio decidendi* e foi estruturada para ser uma resposta científica ao realismo jurídico e ao behaviorismo, visando preservar a *rule of law* (SCOFIELD, 2005).

Apesar da influência da teoria de Goodhart, ela não foi aceita por todos os juristas da época. Simpson, ao tratar do posicionamento de Goodhart, analisa duas proposições possíveis de um determinado julgado de Lord Atkin, uma de acordo com a teoria clássica - "*You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour*" (SIMPSON, 1959, p. 453) – e outra de acordo com a teoria de Goodhart - "[...] *a manufacturer of products, which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer etc*" (SIMPSON, 1959, p. 453). De acordo com Simpson, ambas proposições podem ser vistas como:

[...] "statements of material facts plus conclusions" or as "rules of law enunciated by the judge," for the descriptions are purely alternative; the question is begged by characterising the wide one as "the rule enunciated..." and the narrow one as "the statement of material facts..." Clearly it is very important to decide which is the ratio, but this decision is in no way assisted by any supposed distinction between rules on the one hand and statements of material facts plus conclusions on the other, for the latter is only a description of the former. (SIMPSON, 1959, p. 453-454)

Por sua vez, Martin Ráz afirma que toda a decisão contém três componentes básicos: a) constatação dos fatos relevantes, tanto diretamente quanto por inferência. Estes últimos são extraídos de fatos perceptíveis diretos por meio de abstração; b) declarações de princípios jurídicos (*statements of the principle of law*) aplicáveis a problemas legais como os descritos pelos fatos; c) o próprio julgamento, a determinação dos direitos e deveres das partes, com base em a) e b) (RÁZ, 2002).

Para o autor, embora seja claro que as partes no caso particular se importam mais sobre a parte c), para os advogados e para a operação da doutrina do próprio precedente, a parte b) é de maior importância. Estas são as regras abstratas da lei, aplicada ao cenário factual relativo ao caso. No entanto, apenas algumas dessas regras são vinculativas. Assim, chegar à principal distinção: que entre a *ratio* e a *obiter* (RÁZ, 2002).

Assim, a *ratio decidendi* pode ser entendida como as declarações de direito que são baseadas em fatos encontrados nas quais a decisão se baseia. Só estas são vinculantes, todas as outras declarações são consideradas irrelevantes e se referem ao *obiter dicta*, cuja tradução é "algo dito pelo caminho" (RÁZ, 2002).

Ráz ainda explica que podemos ter decisões sem que dela possa ser extraída qualquer *ratio decidendi* nos casos de julgamentos realizados por órgãos colegiados. Afirma que: "*where there is no majority in favour of any particular ratio, at any successive trial it may be held that the case has no discernible ratio, so that no reasoning why the decision itself should be wrong shall not be necessary*" (RÁZ, 2002, p.21).

Por outro lado, encontramos teorias que ignoram completamente a vinculatividade do precedente pela autoridade do órgão que proferiu a decisão, negando poder normativo, tanto no *common law* quanto no *civil law* (BUSTAMANTE, 2012). Nesse caminho, podemos visualizar os ensinamentos de Zimmermann e

Jansen, que sustentam a percepção de que a formação do direito não se confunde com a percepção deste para os juristas para a aplicação do direito. Assim, as decisões judiciais somente seriam vinculantes se refletissem corretamente o direito (ZIMMERMANN; JANSEN *apud* BUSTAMANTE, 2012), correspondendo esta teoria a uma teoria declaratória, pois os juízes não criariam o direito, mas apenas o declararia.

Bustamante (2012) entende que a teoria declaratória sofre do mesmo unilateralismo do positivismo, porém em sentido contrário, uma vez que aquela teoria não reconhece qualquer peso à autoridade nos precedentes judiciais, na medida em que os juízes não exerceriam papel criativo do desenvolvimento do direito.

Assim, o referido autor defende que o mais correto seria reconhecer uma parcela de razão a cada uma das abordagens (teoria positivista e teoria declaratória):

Da teoria positivista podemos extrair a afirmação – geralmente correta – de que os juízes têm determinado poder criativo ao interpretar e aplicar o Direito aos casos concretos; da teoria declaratória podemos derivar a tese de que, em um importante sentido, os juízes quando aplicam o Direito a determinado caso concreto, estão vinculados pelo conteúdo das prescrições normativas que podem de modo geral ser derivadas do Direito e de sua sistematização racional. De um lado, nem sempre é possível uma única resposta correta a partir dos princípios jurídicos; outro lado, na aplicação judicial do Direito há, em maior ou menor grau, tanto uma margem de criação quanto uma esfera de vinculação ao Direito preexistente. Essa esfera deriva do próprio dever de obediência ao Direito, que decorre do seu caráter institucionalizado (BUSTAMANTE, 2012, p. 265)

De acordo com esse raciocínio, a dificuldade para determinar a *ratio decidendi* de um caso concreto decorre da pressuposição de que há apenas uma *ratio* em cada caso julgado. Isso porque, para se admitir apenas uma *ratio decidendi* teríamos que admitir a tese positivista de que a vinculatividade do julgado não se encontra nas razões dadas pelos juízes, mas exclusivamente em sua autoridade.

Os precedentes devem ser buscados nas razões dadas pelos juízes para justificar suas decisões e, conseqüentemente, a ausência de razões ou sua superação por considerações mais fortes em uma argumentação imparcial afeta a aplicação da decisão anterior, podendo até mesmo retirar sua validade da norma produzida pelo Judiciário. “É na motivação ou fundamentação das sentenças

judiciais que as regras jurisprudenciais devem ser encontradas” (BUSTAMANTE, 2012, p. 270).

Desta forma, haverá uma *ratio decidendi* sempre que corte estabelecer, com clareza e de forma justificada, uma regra geral que possa ser universalizada a outros casos em situações similares e não apenas quando a corte decide determinada questão pontual sobre as consequências do caso (BUSTAMANTE, 2012).

Em outras palavras, não teremos mais um único postulado derivado da decisão do caso, mas sim uma *ratio decidendi* para cada regra criada pela corte com a devida justificação ao tempo da decisão do caso concreto, desvinculando assim a *ratio decidendi* como oriunda, exclusivamente, dos fatos relevantes do caso.

Nesse sentido, MacCormick (2008) afirma que *ratio decidendi* é uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso.

Argumentos sobre princípio jurídico ou argumentos avaliando outros casos dotados de autoridade ou ainda as consequências da solução escolhida e de suas rivais pertencerão à classe das *obiter dicta*. Isso é assim, mesmo que tais argumentos sejam necessários para justificar a solução dada, e mesmo que tais argumentos sejam necessários para justificar a solução dada, e mesmo que apenas os argumentos efetivamente aduzidos possam justificar tal solução. (MACCORMICK, 2008, p. 203)

Nessa visão, a *ratio* é uma função da decisão e da justificativa oferecida por um juiz para a decisão e, desta forma, podem existir várias *rationes*, podendo o juiz achar necessário formular uma solução em mais de um ponto em questão.

Ocorre que a possibilidade de mais de uma *ratio* em uma única decisão costuma ser vista com preocupação nos países de tradição *common law*, pois acredita-se que desta forma estaria se atribuindo ao juiz uma latitude de poder que lhe permitiria influir de forma indevida no futuro do desenvolvimento do direito. Isso porque se o julgado pode se fundar em várias *rationes decidendi*, o julgador poderia construir inúmeras regras que, a partir deste ponto deverão ser respeitadas pelos juízes e consideradas pelas partes e pelos advogados (MARINONI, 2013).

A *ratio* corresponde ao elemento que determina a vinculação dos casos a decisões passadas. Para que o caso atual seja julgado da mesma forma que o caso anterior é necessário nos atermos a *ratio decidendi* do precedente, tentando constatar se, de fato, o presente caso está abarcado pelo precedente.

Judges of course do not actually separate their judge-ments into two categories, this is left to the reader determining what is the ratio and what is merely obiter in a case is by no means an easy task, especially if the case is decided upon more than one ground. A number of distinct questions of law may be at issue in a case, and answering one may be sufficient to decide the case in favour of one party. The judge may be content to take one point only, and refrain from commenting on others. Alternatively, he may express an opinion on each of the points without saying which one had been the crucial element of his decision. It is thus clearly possible for a judgement to contain more than one ratio, and in principle each of them would be separate and binding. (RÁZ, 2002, p. 21)

Após esta singela, mas importante análise da *ratio decidendi*, devemos voltar nossa atenção a outros conceitos também de relevante importância para a teoria dos precedentes judiciais. Primeiramente trataremos da definição do instituto do *obiter dictum*.

A discussão acerca da definição de *obiter dictum* é tão antiga e intensa quanto a existente para definição de *ratio decidendi*, tendo em vista que estes dois conceitos estão totalmente atrelados (MARINONI, 2013). *Obiter dicta*, ou *gratis dicta*, pode ser visto como tudo aquilo que é dito na decisão e não integra a *ratio decidendi*. O *obiter dictum* não pode ser invocado como precedente em casos futuros, pois apenas diz respeito a reflexão utilizada para motivar a decisão, contudo é dispensável para a decisão do caso (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

Para a compreensão do *obiter dictum* devemos lembrar que *ratio decidendi* corresponde a um passo necessário para alcançar a decisão e assim, quando se olha uma questão perguntando-se se diz respeito a *ratio* ou *obiter*, indaga-se sobre a necessidade ou não do enfrentamento daquela questão para se poder chegar a decisão (MARINONI, 2013).

Além dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, precisamos analisar outros conceitos também fundamentais para a teoria dos precedentes. Passaremos à análise do *overruling*, *distinguishing* e *fact-adjusting*. Todos estes correspondem a hipóteses de afastamento de regras jurisprudenciais (*judicial departures*). De acordo com Bustamante (2012, p. 388): “Nas três situações estamos diante de um caso de abandono da regra adstrita (de origem jurisprudencial) que aponta para uma determina solução ao problema jurídico enfrentado”.

Mesmo nos casos em que os precedentes sejam obrigatórios em sentido forte, os juízes podem desatender o precedente sempre que entender que deve

formular uma solução mais justa ao caso que está decidindo. Ou seja, os precedentes devem ser aplicados a casos semelhantes, desde que inexistam fortes razões para refutá-lo. (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

O *overruling* (já brevemente citado na seção anterior) corresponde a instituto especialmente relevante, tendo em vista que ele não diz respeito exclusivamente ao problema de aplicação de precedentes judiciais, representando uma verdadeira ab-rogação da própria norma jurisprudencial. O resultado do *overruling* corresponde a nulidade da própria validade da regra antes entendida como correta, corresponde a anulação do precedente pelo próprio órgão que o estabeleceu.

As situações de cabimento de *overruling* variam em cada sistema jurídico em decorrência dos fatores institucionais e extrainstitucionais que influenciam na força do precedente. Apesar das diferenças:

[...] a regra-de-ouro sobre as *departures* – e o *overruling*, em especial – deve ser a mesma, não importa a tradição jurídica ou a força do precedente no caso concreto: sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado em consideração, de modo que a questão do afastamento do precedente judicial seja *expressamente tematizada*. (BUSTAMANTE, 2012, p. 388)

A superação de um precedente judicial deve ser expressamente justificada, pois sempre que o tribunal aplica uma das modalidades de *departures* ele viola uma regra que naquele momento é vista como universal. Viola “o *dever de levar em consideração o precedente*, com fundamento nos princípios da *universabilidade* e da *imparcialidade* na atividade judiciária” (BUSTAMANTE, 2012, p. 389).

A existência do *overruling* tem como um de seus principais fundamentos a nossa relativa incapacidade de prever o futuro e levar em consideração todos os aspectos relevantes do caso concreto.

Na Inglaterra, o *overruling* possui efeito *ex tunc* (retroage desde a criação do precedente), ou seja, a revogação do precedente gera efeitos retroativos. Nos Estados Unidos da América (EUA), por sua vez, o *overruling* também gera efeitos *ex tunc*, porém a Suprema Corte, visando à proteção da segurança jurídica, recentemente tem revogado precedentes atribuindo efeito *ex nunc* (os efeitos não retroagem), afetando apenas os casos futuros (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

Costuma-se dizer que, via de regra, em países nos quais os precedentes são obrigatórios em sentido fraco ou meramente persuasivos não existem limitações para o *overruling* – ao contrário do que ocorre em países nos quais os precedentes

são vinculantes em sentido forte – e que a única diferença entre precedentes persuasivos e vinculantes em sentido frágil é evidenciada exclusivamente na forma como eles devem ser recepcionados pelas cortes inferiores e não em exigências especiais impostas às cortes para revogarem seus próprios precedentes (BUSTAMANTE, 2012).

Por outro lado, nos países que adotam os precedentes vinculantes em sentido forte, o *overruling* é regido por uma série de princípios, visando limitar as possibilidades de revogação de precedentes. Harris (*apud* BUSTAMANTE, 2012), analisando o sistema inglês, enumera alguns princípios e regras constringentes que orientam a obediência ao precedente, em síntese: Princípio da ausência de novas razões, o qual prescreve o caráter terminativo ou final das decisões da Corte Máxima; princípio da confiança justificada, que protege a confiança do jurisdicionado e das expectativas que nele foram geradas pelas decisões de a *House of Lords*; princípio do “respeito ao legislador”, pelo qual sustenta-se que a Corte Maior não pode revogar seus próprios precedentes quando o Poder Legislativo tenha atuado a partir da pressuposição de que a regra anterior (estabelecida no precedente) constitui parte do Direito positivo; e regra da vinculação ao caso concreto, que determina que a Corte não deve revisar suas próprias decisões quando não existir disputa concreta sobre a questão jurídica referente ao precedente em questão.

Pela atual aproximação entre os sistemas de tradição *common law* e *civil law*, inclusive no que diz respeito ao *overruling*, podemos constatar que as cortes superiores dos países de direito continental muitas vezes estão hesitantes em abrogar suas decisões.

[...] na prática, a ab-rogação de um precedente *obrigatório em sentido frágil* é capaz de gerar efeitos semelhantes à de um precedente *obrigatório em sentido forte*, na medida em que a primeira também é apta a criar as mesmas expectativas aos jurisdicionados e pode perturbar [...] a coerência geral do ordenamento jurídico.

Embora como regra geral o *overruling* vinculante seja mais fácil de se justificar que o de um precedente *formalmente* vinculante, a diferença entre ambos é meramente de grau, e as mesmas considerações de segurança, imparcialidade e justiça devem ter lugar e ser devidamente ponderadas, ainda que com pesos diferentes. (BUSTAMANTE, 2012, p. 412)

Importante destacar que, apesar do *obiter dictum* de uma decisão não possuir força vinculante, ele pode ter efeito persuasivo. Nesse sentido, Ráz afirma

que: “*the readers must bear this in mind the common misconception, [...], that ‘nor binding=not important’, is quite wrong*” (RÁZ, 2002, p. 21).

O *distinguishing*, por sua vez, ocorre quando o tribunal faz referência a um determinado precedente, “afirmando que este seria formalmente aplicado ao caso concreto; entretanto, justifica a não aplicação pela peculiaridade existente nesse caso e que não estava presente no outro” (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 162). Corresponde a um fator de flexibilização de precedentes, com a permanência da regra jurisprudencial, mas com a diminuição de sua abrangência devido à sua reformulação (CARNEIRO JÚNIOR, 2012). Tratando da conceituação de *distinguishing* e sua diferenciação do *overruling*, relevantes são as lições de Bustamante (2012, p. 470):

[...] o *distinguishing* pode ser descrito como uma *judicial departure* que se diferencia do *overruling* porque o afastamento do precedente não implica seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada -, mas apenas a sua não-aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adstrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir suas consequências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência.

Corresponde a uma técnica característica dos países de tradição *common law*, contudo seu alcance vem expandindo para países de outras tradições. Quanto mais rígida a aderência ao precedente em um determinado país, mais frequente será a utilização do *distinguishing*.

O *distinguishing* pode se manifestar de duas maneiras diversas: por meio do reconhecimento de uma exceção direta à regra judicial invocada anteriormente não reconhecida, na hipótese de se concluir que o caso pode ser subsumido no precedente em discussão, excluindo um determina universo de casos nos quais anteriormente era aplicável o precedente (essa técnica corresponde à chamada redução teleológica); ou pelo estabelecimento de uma exceção indireta (também denominada de *fact-adjusting*), sendo que nesta última hipótese os fatos do caso são “reclassificados” como algo diferente, visando impedir a aplicação do precedente judicial, correspondendo a utilização do argumento “*a contrario* para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado na hipótese de se concluir que o fato *sub judge* não pode ser subsumido no precedente” (BUSTAMANTE, 2012, p. 473).

Tais institutos possuem íntima ligação com a doutrina do *stare decisis*, predominante nos países de direito costumeiro, que corresponde à ideia de que as cortes devem manter suas decisões anteriores, seguindo os precedentes no interesse da segurança e da previsibilidade (GUTHRIE, 2006).

Stare decisis diz respeito ao uso de decisões passadas proferidas pela corte ao tempo dos novos julgamentos, pelos mesmos ou por outros juízes. A expressão tem derivação na frase latina “*stare decisis et non quieta movere*” cujo significado é “ficar como foi decidido e não alterá-lo” ou “ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso” (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

É vista como a doutrina sob a qual a corte está obrigada a seguir decisões anteriores, ou seja, é a prática de juízes e advogados usarem postulados legais (*legal principles*) e julgamentos anteriores da corte quando argumentando ou decidindo casos (DENT e COOK, 2007).

De acordo com Oliphant (1930), costuma-se dizer que essa doutrina tem como pontos positivos tornar mais certa a norma a ser aplicada aos casos futuros, bem como proporcionar maior previsibilidade as futuras decisões dos juízes. Por outro lado, sofre críticas devido a inflexibilidade do direito, resistindo às mudanças necessárias para atender às novas condições sociais, sendo importante destacar a atual relativização da inflexibilidade do *stare decisis*. Contudo, o referido autor, não compartilha dessa visão de *stare decisis*. Para ele, a construção do *statement of law* não corresponde a segurança, tendo em vista que a construção deste pode se dar de forma ampla ou restrita para incluir ou excluir casos. Em síntese, o autor defende:

With eyes cleared of the old and broad abstractions which curtain our vision, we come to recognize more and more the eminent good sense in what courts are wont to do about disputes before them. Judges are men, and men respond to human situations. When the facts stimulating them to the action taken are studied from a particular and a current point of view, which our present classification prevents, we acquire a new faith in *stare decisis*. From this viewpoint we see that courts are dominantly coerced, not by the essays of their predecessors, but by a surer thing, by an intuition of fitness of solution to problem, and a renewed confidence in judicial government is engendered. To state the matter more concretely, the decision of a particular case by a thoughtful scholar is to be preferred to that by a poorly trained judge, but the decision of such a judge in a particular case is infinitely to be preferred to a decision of it preordained by some broad "principle" laid down by the scholar when this and a host of other concrete cases had never even occurred to him. (OLIPHANT, 1930, p. 226)

Importante destacar que, apesar de intimamente ligados, *stare decisis* não se confunde com *common law*, tendo em vista que o *common law* existiu por vários séculos sem *stare decisis*. O *common law* nasceu séculos antes do *stare decisis* funcionando como sistema de direito sem os fundamentos, institutos e conceitos das teorias e doutrinas dos precedentes, uma vez que o precedente corresponde apenas um elemento moderno do *common law*. Nas palavras de Marinoni (2013, p. 31):

[...] qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda.

O *stare decisis*, como é visto hoje teve sua origem mais remota na metade do século XVII, com desenvolvimento nos países de tradição *common law* no século XIX (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

Da mesma forma, não podemos confundir *common law* com o efeito vinculante do precedente. Apesar de atualmente os países de direito costumeiro serem adeptos da doutrina do precedente vinculante em sentido forte, a eficácia vinculante é relativamente recente no *common law*, tendo suas raízes no século XVIII/XIX a partir de quando as decisões da Câmara dos Lordes na Inglaterra passaram a ser reportadas e a jurisprudência analítica de Bentham e Austin se tornou hegemônica.

A regra do *stare decisis*, na sua versão mais forte – que abarcava não apenas a vinculação vertical, mas também a tese de que a *House of Lords* e as *Courts of Appeal* estariam vinculadas pelas suas próprias decisões anteriores -, foi constituída em um tempo relativamente recente e teve duração relativamente curta, se considerarmos o longo período de vigência continuada do *common law* inglês. A tese do efeito vinculante (*strictly binding*) do precedente horizontal foi insinuada pela primeira vez por Lord Eldon, em 1827, [...]. (BUSTAMANTE, 2012, p. 76)

Essa teoria do precedente horizontal vinculante (vinculando a própria corte que proferiu a decisão) teve como base o positivismo jurídico, pelo qual se inverteu a balança entre racionalidade da decisão e autoridade da decisão, atribuindo mais peso à autoridade e colocando a segurança jurídica acime de todos os demais valores. Assim, o juiz estava necessariamente “vinculado ao *common law*, inclusive

às regras que são produzidas quando a corte cria normas injustas ou irracionais, ele deve obediência a elas, da mesma forma” (BUSTAMANTE, 2012, p. 89).

Apesar da permanência do *stare decisis*, a Inglaterra não mais o mantém em seu sentido forte, pelo qual apenas o Parlamento podia revogar as decisões da *House of Lords*. O *leading case* que excepcionou o princípio em questão foi *Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd*, no qual a Câmara dos Lordes estabeleceu que em raras circunstâncias de manifesto deslize ou erro no precedente ficaria justificada a superação da decisão anterior (GUTHRIE, 2006).

1.2 A ESTRUTURA JUDICIÁRIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E DA INGLATERRA E A TEORIA DOS PRECEDENTES

Acreditamos que seja de considerável importância uma breve explanação acerca da estruturação e atuação do Judiciário da Inglaterra e dos Estados Unidos da América (EUA), tendo em vista que o primeiro é visto como berço do *common law* e ambos os países de direito costumeiro possuem influência na formação do pensamento jurídico contemporâneo.

Além disso, esse *background* possibilita uma melhor compreensão da teoria de Ronald Dworkin e Neil MacCormick (autores que serão tratados de forma mais detalhada no próximo capítulo), tendo em vista que o primeiro autor estrutura sua teoria a partir do Direito Norte-Americano, enquanto o segundo trabalha a partir do direito inglês e escocês.

Apesar da breve explicação que faremos acerca da estrutura do Judiciário dos EUA e da Inglaterra, é de vital importância deixar desde já claro que não iremos defender ou criticar a adoção de um sistema de precedentes tal qual o adotado nos EUA ou na Inglaterra.

Nosso objetivo não é criticar ou defender um modelo específico de precedentes judiciais, vinculantes ou não vinculantes. Neste trabalho, temos como um dos objetivos analisar a necessidade, a exigência ou não de considerar os precedentes ao tempo da decisão judicial, não buscando analisar a necessidade de adoção de algum modelo específico de precedentes.

Feitas estas ressalvas, passaremos à breve análise da estrutura judiciária da Inglaterra e dos EUA.

1.2.1 Judiciário inglês

Na Inglaterra realiza-se a distinção entre o que se chama “alta justiça”, a qual é administrada pelos tribunais superiores, e a “baixa justiça”, administrada por uma série de jurisdições inferiores ou por organismos “quase-judiciários”. Os juristas costumam voltar sua atenção principalmente para a atividade dos tribunais superiores, pois estes não se limitam a resolver os processos, tendo em vista que suas decisões possuem grande alcance, e constituem precedentes que devem ser seguidos no futuro e pelos quais será possível conhecer o direito na Inglaterra (DAVID, 1998, p. 332).

A mais alta corte é a chamada *Supreme Court of Judicature*, a qual é convocada apenas, e em caráter excepcional, pela Comissão de Apelo da Câmara dos Lordes. Atualmente, a *Supreme Court of Judicature* é composta por três organizações: a *High Court of Justice*, a *Crown Court* e a *Court of Appeal*.

A *High Court of Justice* comporta no máximo setenta e cinco *puisne judges*, chamados de *Justices*. Todos esses juízes são recrutados entre advogados, sendo que a nomeação como *Justice* costuma ser vista como mais alto sucesso profissional e social. As questões são submetidas, em primeira instância, ao julgamento de um único juiz.

Por sua vez, a *Crown Court* é uma organização relativamente recente e possui competência para julgamentos em matéria criminal. A formação dessa organização é diversificada, podendo ter suas decisões proferidas por um juiz da *High Court of Justice*, por um “juiz de circuito” (que são juízes profissionais que exercem suas atividades em tempo integral), ou ainda por um *recorder*, que são advogados investidos temporariamente nas funções de juízes. Ao lado do juiz encontra-se o júri (DAVID, 1998).

A *Court of Appeal* constitui, dentro do *Supreme Court of Judicature*, um segundo grau de jurisdição. É formado por dezesseis *Lords Justices* e presidido pelo *Master of the rolls*. As questões são submetidas a um colegiado de três juízes e a decisão é por maioria.

A Jurisdição Suprema na Inglaterra, bem como em todo o Reino Unido, é da Câmara dos Lordes. Contra decisões proferidas pelo *Court of Appeal* pode ser interposto recurso para o Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes, sendo que tal recurso é excepcional (a Câmara dos Lordes não profere mais de trinta a quarenta decisões por ano).

Além das jurisdições superiores, a Inglaterra possui uma série de jurisdições inferiores, as quais apreciam a grande maioria dos assuntos. Em matéria civil, as principais jurisdições inferiores são as *County Courts*, as quais desempenham papel essencial na administração da justiça civil na Inglaterra. A *High Court of Justice*, mesmo tendo competência ilimitada, costuma, em princípio, não apreciar questões que discutam interesses envolvendo valores inferiores a duas mil libras, sendo estas questões geralmente julgadas pelas *County Courts*. Estas cortes também julgam divórcios quando a parte citada não apresentar defesa.

Em matéria criminal as infrações menores são julgadas por *magistrates*, que são cidadãos aos quais são conferidos o título de *justice the peace*. A competência dos *magistrates* em matéria criminal não se limita ao julgamento das *petty offences*, sendo a eles submetidos todas as infrações maiores (*indictable offences*) e nesses casos devem determinar ao final de uma fase preliminar se existem indícios suficientes de culpa para apresentar o acusado perante o *Crown Court*. Em vários casos, o acusado tem a possibilidade de solicitar o seu julgamento pelos próprios *magistrates* e é isso que acontece em 88% dos casos, pois o acusado tem a vantagem de não poder ser condenado a uma pena de prisão superior a seis meses, enquanto que se comparecesse ao *Crown Court* poderia ser condenado a uma pena mais severa, beneficiando-se, porém, da presença de um júri (DAVID, 1998).

Em matéria administrativa e para dificuldades surgidas na esfera de certas leis, diversos organismos, denominados *Boards*, *Commissions* ou *Tribunals*, possuem competência “quase-judiciária”, devendo os litígios serem apreciados por estes órgãos antes de poderem ser submetidos ao *Supreme Court of Judicature*. Esses organismos funcionam sob o controle, pelo menos teórico, do *High Court of Judicature*.

A partir desta estrutura, René David (1998, p. 341-342) sintetiza a regra do precedente no direito inglês a seguinte forma:

Analisa-se a regra do precedente, teoricamente, em três proposições muito simples: 1º - As decisões tomadas pela Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida por todas as jurisdições salvo excepcionalmente por ela própria; 2º - As decisões tomadas pelo *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio *Court of Appeal*; 3º - As decisões tomadas pelo *High Court of Justice* impõem-se às jurisdições inferiores e, sem serem rigorosamente obrigatórias, têm um grande valor de persuasão e são geralmente seguidas pelas

diferentes divisões do próprio *High Court of Justice* e pelo *Crown Court*.

É possível perceber que os únicos precedentes obrigatórios são aqueles emanados dos tribunais superiores (*Supreme Court of Judicature* e Câmara dos Lordes) e as decisões emanadas de outros tribunais e organismos podem possuir valor persuasivo, mas não são obrigatórios.

As decisões inglesas são reduzidas a um simples dispositivo que dá a conhecer a solução dada pelo juiz ao litígio, isso porque os juízes ingleses não tem que motivar as suas decisões. Contudo, ao menos nos tribunais superiores, os juízes geralmente expõem as razões que explicam sua decisão. Brevemente expõem de forma dedutiva as regras e os princípios do direito inglês a propósito da decisão tomada. “Nesta exposição, frequentemente, emprega fórmulas e anuncia regras que, por sua generalidade, ultrapassam o âmbito do processo. A técnica das ‘distinções’ se baseara nesta particularidade” (DAVID, 1998, p. 342).

Entendemos que essa ausência de fundamentação das decisões dificulta e até mesmo compromete o controle da decisão proferida no caso concreto, tendo em vista que fica comprometida a análise acerca da correta aplicação do precedente. Além do que, em uma doutrina dos precedentes baseada na argumentação jurídica, entendemos que fica completamente impossibilitada a verificação de identidade entre os motivos determinantes do precedente e os do caso em análise.

1.2.2 Judiciário Norte-Americano

Existem similaridades e diferenças entre o direito inglês e o direito norte-americano. Tanto para um jurista americano quanto para um jurista inglês, o direito é concebido na forma de um direito jurisprudencial, porém entre os direitos desses dois países existem múltiplas diferenças de estrutura, em especial a distinção existente nos Estados Unidos da América (EUA) e inexistente na Inglaterra, entre direito federal e direito dos Estados (DAVID, 1998).

O Judiciário dos EUA é dividido em Justiça Estadual e Justiça Federal, cada justiça com estrutura própria e competências distintas e previamente estabelecidas. Tentaremos sintetizar a estrutura e área de atuação de cada uma destas, visando melhor compreender a doutrina do *stare decises* evidenciada nos EUA.

1.2.2.1 Justiça Federal

A Justiça Federal norte americana é composta pelas *U.S. District Courts*, as *U.S. Courts of Appeals* e a *U.S. Supreme Court*. As *U.S. District Courts* representam o ponto básico de entrada para o sistema judicial federal. Embora alguns casos sejam posteriormente levados a uma *Court of Appeals* ou talvez até mesmo a Suprema Corte, a maioria dos casos federais nunca vai além dos tribunais de primeira instância (CARP, STIDHAM e MANNING, 2007).

A prática de respeitar as fronteiras dos estados ao estabelecer a jurisdição das cortes distritais começou em 1789 e foi reafirmada desde então, contudo o país cresceu e novas cortes distritais precisaram ser criadas, fazendo com que o Congresso Americano passasse a dividir alguns estados em mais de um distrito. Além disso, “*the original district courts were each assigned one judge. With the growth in population and litigation, Congress has periodically added judgeships to the districts, bringing the current total to 678*” (CARP, STIDHAM e MANNING, 2007, p. 39).

O Congresso estabeleceu os tribunais distritais como os tribunais de primeira instância do sistema judicial federal e deu-lhes competência originária sobre praticamente todos os casos. Eles são os únicos tribunais federais em que os advogados podem examinar e interrogar testemunhas. As questões de fato são estabelecidas neste nível e nas apelações subseqüentes o tribunal vai se concentrar em corrigir erros e não na reconstrução dos fatos.

A tarefa de determinar os fatos de um processo muitas vezes é do júri, que corresponde a um grupo de cidadãos da comunidade que servem como árbitros imparciais dos fatos e aplicam a lei aos fatos constatados. A Constituição americana garante o direito a um julgamento por um júri em casos criminais (Sexta Emenda) e o mesmo direito em alguns casos civis (Sétima Emenda) (CARP, STIDHAM e MANNING, 2007).

Já as Cortes de Apelação (*Courts of Appeals*) foram criadas pelo Congresso americano visando diminuir o número de apelações na Suprema Corte, corresponde a corte de revisão intermediária no sistema federal. Quanto a nomenclatura: “*Originally called circuit courts of appeal, they were renamed and are now officialloy known as the United States Court of Appeals for the ___ Circuit. Eleven of circuits are identified by number and another is called the D. C. Circuit*” (NEUBAUER, 1997, p. 69).

Por fim, a Suprema Corte (*Supreme Court* dos EUA) corresponde a corte mais elevada do país, composta por nove magistrados, chamados de *justices*, sendo oito *associate justices* e um *chief justice* que é nomeado para esse posto diretamente pelo presidente dos EUA. A Suprema Corte possui competência originária e recursal:

The primary task of the Court is appellate. In that capacity it serves as the final arbiter in the construction of the Constitution of the United States and it thus provides a uniform interpretation of the law, although its very power to do so also enables it to change its mind from case to case. However, at least to a considerable degree, it attempts to adhere to precedent, the aforementioned doctrine known as *stare decisis*, that is, let the decision stand, giving to precedents the authority of established law. (ABRAHAM, 1993, p. 173)

Importante destacar que a Suprema Corte pode analisar em grau de recurso decisões proferidas pelos tribunais de última instância dos estados, desde que uma determinada questão federal tenha sido levantada validamente e desde que todos os recursos tenham se esgotado (ABRAHAM, 1993).

1.2.2.2 Justiça Estadual

Os Estados americanos, por sua vez, podem adotar estruturas judiciárias diferentes, contudo os Estados costumam dividir seu Judiciário em: *trial courts of limited jurisdiction*, *trial court of general jurisdiction*, *intermediate appellate courts* e *courts of last resort*.

A *trial court of limited jurisdiction* (*lower court* ou *inferior court*) são o primeiro nível de jurisdição, existindo aproximadamente 13.900 (treze mil e novecentos) dessas cortes, o que corresponde a 85 % de todo o Judiciário dos EUA. Alguns Estados americanos, como Illinois, Iowa e Massachusetts, não possuem *inferior courts*, enquanto outros Estados possuem várias destas, como, por exemplo, New York que possui mais de 2900. Os recursos das decisões dessas cortes podem ser julgados pela *trial court of general jurisdiction* (NEUBAUER, 1997, p. 90).

As *Trial court of general jurisdiction* são o segundo nível de jurisdição e geralmente são chamadas de *major trial courts*. “*The phrase general jurisdiction means that these courts have the legal authority to decide all matters not specifically delegated to lower courts*” (NEUBAUER, 1997, p. 92).

Intermediate courts of appeals (ICAs) foram uma resposta ao crescente número de julgamento que sobrecarregavam os *state courts of last resort*. Trinta e

nove estados criaram essas espécies de cortes, as quais devem receber todos os recursos devidamente protocolados e as apelações subseqüentes são a discricionariedade do tribunal superior, o que faz com que a decisão da *intermediate courts of appeals* seja a decisão final na maioria dos casos. Relevante destacar que: “*The structure of the intermediate courts of appeals varies in several ways. Twenty-four states organize their ICAS on a statewide basis, and the rest on a regional basis*” (NEUBAUER, 1997, p. 94).

Por fim, os estados possuem as *Courts of Last Resort*, também chamadas de *State Supreme Courts*, existindo, porém, um nome específico para o referido tribunal em cada estado. Além disso, alguns estados (ex: Texas) possuem duas cortes de última instância, uma civil e uma criminal. A composição das *State Supreme Courts* é diferente de Estado para Estado, variando entre três e nove juízes.

Na maioria dos estados, estas cortes de última instância possuem total discricionariedade para escolher os casos que irão julgar, a exemplo do que ocorre na Suprema Corte dos EUA, selecionando casos que possuam ampla relevância jurídica e política. Contudo, em estados sem um tribunal intermediário de recurso a Suprema Corte Estadual não tem poder para escolher quais casos vão ser colocados em julgamento. Essas cortes são a última instância de revisão de assuntos envolvendo a interpretação de leis estaduais. “*The only other avenue of appeal for a disgruntled litigant is the U. Supreme Court, but sucessful applications are few and must involve importante questions of federal law*” (NEUBAUER, 1997, p. 96).

Vista tal estrutura, surge a dúvida acerca da aplicação do *common law*. A dúvida é se a *common law* está estruturada no quadro da federação ou no quadro dos Estados.

A competência legislativa nos EUA é primordialmente dos Estados, sendo a competência legislativa federal a exceção que apenas pode se fundar sobre um determinado texto da Constituição Americana e mesmo nos casos em que o Congresso pode legislar a competência legislativa dos Estados não fica inviabilizada, podendo atuar de forma residual, só não podendo legislar de encontro a leis federais. Mesmo nos casos de inexistência de lei federal, contudo, os Estados não podem legislar contra o espírito da Constituição e de forma a criar entraves ao comércio interestadual (DAVID, 1998).

As dúvidas acerca da aplicação do *common law* surgem porque a divisão de competência legislativa não coincide com a competência da jurisdição dos Estados.

As jurisdições dos Estados podem julgar litígios referentes a questões de direito federal e as jurisdições federais podem julgar litígios que envolvam matérias sobre as quais o Congresso não possa legislar: basta para isto que as partes sejam naturais de Estados diferentes e que o contencioso tenha uma certa importância. (DAVID, 1998, p. 371)

Salvo nas matérias regidas pela Constituição ou pelas leis do Congresso, o direito que deve ser aplicado é o direito de um Estado particular, seja uma lei formulado pelo parlamento do Estado ou norma proferida pela Suprema Corte do Estado, não existindo um *common law* federal geral. Só é possível falar em *common law* federal em certas matérias que são de competência legislativa das autoridades federais.

Apesar do exposto, René David (1998, p. 375) faz uma relevante observação:

[...] não é menos importante saber que existe, apesar de todas as divergências possíveis entre os direitos dos diversos Estados, uma profunda e fundamental unidade no direito dos Estados Unidos. Esta unidade deriva de um certo número de fatores institucionais, mas sobretudo de um estado de espírito que reina no povo e nos juristas americanos.

Assim, apesar de não existir um *common law* federal, é possível afirmar que o direito dos cinquenta Estados, mesmo sendo formalmente distintos, acabam por possuir uma certa unidade de sentido, o que possibilita a aplicação de uma teoria dos precedentes única, sem a existência de uma estadual e uma federal.

1.3 COISA JULGADA, EFICÁCIA *ERGA OMNES* E EFEITO VINCULANTE

Para os fins do presente trabalho, devemos diferenciar efeito vinculante, efeito *erga omnes* e coisa julgada. Como já foi possível evidenciar, países como os EUA e a Inglaterra adotam doutrinas de precedentes vinculantes, o que não afasta a existência de efeito *erga omnes* e da coisa julgada. No Brasil, estamos acostumados com as noções de efeito *erga omnes* e coisa julgada, porém efeito vinculante ainda é uma noção relativamente nova no ordenamento jurídico, motivo pelo qual entendemos necessária a presente diferenciação.

A coisa julgada corresponde “a base para a formação do *stare decisis*” (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 199). Como já explicado, nos países de direito

costumeiro, o reconhecimento de um precedente acarreta simultaneamente no estabelecimento de uma norma entre as partes e estabelecimento de uma regra que norteará casos futuros similares (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

De forma geral, coisa julgada pode ser conceituada como “a imutabilidade decorrente da sentença de mérito, que impede sua discussão posterior” (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 642). Essa imutabilidade corresponde à característica essencial da coisa julgada e recai sobre a declaração judicial sobre o direito da parte que requer uma determinada prestação jurisdicional (MARINONI e ARENHART, 2009).

A coisa julgada se divide em coisa julgada formal e coisa julgada material. A coisa julgada formal “é a imutabilidade da sentença como ato jurídico processual. Consiste no impedimento de qualquer recurso ou expediente processual destinado a impugná-la, de modo que, naquele processo, nenhum outro julgamento se fará” (DINAMARCO, 2009, p. 303).

Por sua vez, coisa julgada material “é a *imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito*” (DINAMARCO, 2009, p. 307). A partir do momento em que não couber recurso “institui-se entre as partes, e em relação a litígio que foi julgado, uma relação de absoluta firmeza quanto aos direitos e obrigações que as envolvem, ou que não as envolve” (DINAMARCO, 2009, p. 307).

A coisa julgada é típica e exclusiva da atividade jurisdicional e somente a função jurisdicional pode conduzir a uma declaração que se torne imutável e indiscutível. “Por meio do fenômeno da coisa julgada, torna-se indiscutível – seja no mesmo processo, seja em processos subsequentes – a decisão proferida pelo órgão jurisdicional, que passa a ser, para a situação específica, a ‘lei do caso concreto’” (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 649).

Acerca do alcance da coisa julgada, Marinoni e Arenhart (2009, p. 649), esclarecem que:

[...] a declaração qualificada pelo selo da coisa julgada gera uma “*lei do caso concreto*”, mas apenas para o *caso concreto*. Quer dizer que a imutabilidade decorrente da declaração transitada em julgado somente pode dizer respeito ao caso em relação ao qual a declaração foi produzida. Outro caso evidentemente não será regido por aquela declaração judicial. Mais que isso, mesmo para o caso específico, a imutabilidade apenas se manifestará *entre as mesmas partes* (perante as quais a declaração foi obtida), e enquanto permanecerem intocadas as *circunstâncias fáticas e jurídicas*, [...], pois somente assim pode-se afirmar que se estará diante do *mesmo caso concreto*.

Nos países de tradição *civil law* a decisão judicial irrecorrível gera imutabilidade e regra judicial apenas para as partes envolvidas no processo, não atingindo terceiros. Nesse sentido, Carneiro Júnior (2012, p. 200) leciona que:

No sistema brasileiro, como de resto em todo o sistema romano-germânico, em regra, as decisões judiciais transitadas em julgado têm apenas o condão de fazer lei entre as partes envolvidas, não podendo atingir terceiros, não podendo interferir em outras demandas, exceto os casos excepcionais e quando envolver interesse ou direitos transindividuais.

Assim, podemos identificar como principal diferença entre os institutos do *stare decisis* e da coisa julgada em países de tradição *common law* a circunstâncias de que àquela possui força superlativa no sistema de direito costumeiro, gerando um precedente que determinará a decisão de semelhantes casos futuros, enquanto que a coisa julgada nos países de direito romano a coisa julgada apenas decide a lide entre as partes do processo, gerando apenas uma referência comportamental para casos futuros (PORTO, 2005).

Nos países de direito costumeiro, o que mais se assemelha a coisa julgada material é a doutrina do *claim preclusion*, que extingue a demanda por completo, impedindo nova discussão das questões pertinentes ao caso que foram ou poderiam ter sido apresentadas ao Judiciário (PORTO, 2005).

Por outro lado, a chamada eficácia *erga omnes* é aquela que atinge a todos os sujeitos indistintamente, atingindo a eficácia geral e abstrata da norma objeto de controle, atingindo a todo conseqüentemente independentemente da participação no processo (CARNEIRO JÚNIOR, 2012). A eficácia vinculante já diz respeito a uma qualidade da sentença que ultrapassa as partes do processo, indo além das eficácias comuns (*erga omnes*, coisa julgada e efeito preclusivo), “conferindo ao julgado força obrigatória, a qual, uma vez cumprida, propicia o uso de um mecanismo executivo para impor o seu cumprimento” (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 201).

Ao longo do presente capítulo, demonstramos no que consistem os precedentes judiciais, bem como os seus principais institutos, inclusive expondo as principais discussões existentes em torno dos mesmos.

Foi possível constatar o contexto de surgimento e fortalecimento da teoria dos precedentes, além de perceber que tal teoria, com seus respectivos institutos, não têm lugar apenas em países de direito costumeiro, possuindo total

compatibilidade e aplicação em países de tradição *civil law*. Mais do que cabimento em países de tradição *civil law*, a observância aos precedentes é perfeitamente compatível com o nosso sistema jurídico, independentemente da teoria do direito adotada, além do que a adoção de teoria dos precedentes judiciais bem estruturada corresponde a uma exigência de qualquer Estado que se diga democrático de direito.

Desta forma, o capítulo seguinte visa demonstrar a necessidade de uma teoria do precedente judicial, devidamente estruturada nos termos do presente capítulo, abordando teorias do direito diferentes, e em alguns pontos opostas, bem como iniciaremos a discussão acerca da relação entre precedentes e Estado Democrático de Direito, relação esta que será aprofundada no capítulo 3.

2 PRECEDENTES COMO EXIGÊNCIA DE JUSTIÇA FORMAL, COERÊNCIA E INTEGRIDADE

No presente capítulo, demonstraremos a relação direta entre precedentes judiciais, integridade e coerência, conceitos presentes na obra dos dois autores que serão aqui analisados, Ronald Dworkin e Neil MacCormick, e que possuem papel fundamental em qualquer Estado que se diga Democrático de Direito. Entendemos que a observância dos precedentes, levar as decisões anteriores em consideração corresponde à exigência efetiva de Estados Democráticos e que tenham qualquer preocupação com a imparcialidade e controle de arbitrariedade de seus magistrados.

Isso porque é impossível manter qualquer controle de racionalidade e imparcialidade das decisões judiciais se não houver preocupação com a coerência e/ou a integridade nas decisões judiciais. Uma teoria dos precedentes, desde que devidamente estruturada, pode proporcionar esse controle das decisões judiciais.

Levar os precedentes em consideração a partir da observância destes, seja como precedentes vinculantes em sentido forte, seja como vinculantes em sentido fraco ou ainda como meramente persuasivos, corresponde a exigência de coerência e integridade no direito, e, conseqüentemente, exigência de justiça formal e imparcialidade.

Sem a consideração dos precedentes anteriores proferidos pelos tribunais, é provavelmente impossível a existência de estabilidade e segurança para os jurisdicionados, tornando pouco provável antever qual será a decisão que seria adotada no caso concreto, bem como seria consideravelmente termos um mínimo de uniformidade na interpretação jurídica.

Qualquer país que se diga democrático de direito deve ter alguma preocupação com a coerência de suas decisões, com o controle das decisões e com o controle de arbitrariedades judiciais. Essa afirmação não está diretamente relacionada a uma ou outra teoria do direito por nós adotada, sendo uma preocupação comum para autores democráticos.

O controle da decisão judicial e a proteção do Estado de Direito possuem uma relação profunda com os precedentes judiciais que ultrapassa a tradição do direito costumeiro, tendo importante espaço em países de tradição *civil law*.

Visando demonstrar que a adoção de uma teoria dos precedentes judiciais é elemento fundamental para o Estado Democrático de Direito que se preocupa com a

eliminação ou controle da arbitrariedade e preservação da imparcialidade nas decisões judiciais, bem como que uma teoria do direito deve necessariamente se relacionar com alguma teoria da argumentação e esta, por sua vez, possui, em alguma medida, estribo em uma teoria dos precedentes judiciais, passaremos a analisar o papel destes últimos dentro da teoria de Ronald Dworkin, que pode ser considerado um autor de vertente hermenêutica ou interpretativista pós-positivista, e dentro da teoria de Neil MacCormick, considerado um positivista inclusivo ou ainda um positivista normativista. Estes autores são dois dos grandes influenciadores do pensamento jurídico contemporâneo e os precedentes judiciais possuem papel importante em suas obras.

2.1 PRECEDENTES JUDICIAIS E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Ronald Dworkin, em seu livro “O Império do Direito”, compartilha sua inquietação de como explicar o fato de que somos súditos do império do direito, súditos das normas, vivendo nossas vidas diretamente submetidas ao direito e ao mesmo tempo somos regidos por leis obscuras e ambíguas. O autor questiona: “Como pode a lei comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos?” (DWORKIN, 2003, p. XI).

A obra tem como objetivo expor sua tese, gradualmente desenvolvida desde obras anteriores, de que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, correspondendo a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas e que o direito é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis.

Inicialmente, Dworkin esclarece que em processos judiciais sempre são suscitadas três tipos de questões. Primeiramente questões de fato, que são aquelas referentes ao que aconteceu, a divergência é acerca dos fatos passados relevantes para o caso. A segunda espécie de questões são as questões interligadas à moralidade política e fidelidade, que são aquelas divergências quanto ao que é certo e o que é errado, se a decisão é justa ou injusta, caso a decisão seja justa, se os juízes devem ou não decidir daquela maneira.

Por fim, as questões de direito, que são as divergências quanto à lei aplicável ao caso e as formas de verificação a serem usadas, porém questiona qual é real divergência nesses casos, se não dizem respeito aos fatos do caso ou à discussões morais (DWORKIN, 2003).

Para explicar as questões de direito, Dworkin afirma que proposições jurídicas são “todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza” (DWORKIN, 2003, p. 06). Esclarece também que fundamentos do direito são tipos de proposições jurídicas mais conhecidas, das quais as demais proposições são parasitárias.

Entende que as divergências quanto à verdade das proposições jurídicas podem ser de duas espécies. A primeira divergência pode ser devido aos advogados e juízes não saberem se determinados fundamentos foram observados em um determinado caso, ou seja, podem divergir, por exemplo, se uma determinada lei existe na legislação de determinada local, chamando essa divergência de divergência empírica. Para exemplificar essa espécie de divergência, Dworkin expõe o caso no qual advogados e juízes concordam que a velocidade limite na Califórnia é de 90 quilômetros por hora se a legislação do referido estado possuir uma lei que assim determine, contudo podem discordar quanto à existência de tal lei na legislação estadual vigente (DWORKIN, 2003).

A segunda espécie de divergência, quanto à verdade de proposições jurídicas, chamada de divergência teórica sobre o direito, é a divergência quanto aos fundamentos do direito:

[...] sobre quais outros tipos de proposições, quando verdadeiras, tornam verdadeira uma certa proposição jurídica. Podem concordar, empiricamente, quanto àquilo que os repertórios de legislação e as decisões judiciais precedentes têm a dizer sobre a indenização por danos provocados por companheiros de trabalho, mas discordar quanto àquilo que a lei das indenizações realmente é, por divergirem sobre a questão de se o *corpus* do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito. (DWORKIN, 2003, p. 08)

A divergência empírica seria a mais simples, pois é semelhante a divergência de fato, as pessoas podem divergir da existência de leis ou das palavras que constam em uma lei, assim como podem divergir quanto à existência de qualquer outro fato. O problema real diz respeito à divergência teórica.

Contudo, Dworkin afirma que a maioria dos filósofos defende que as divergências entre advogados e juízes são divergências empíricas. Defendem que a divergência teórica é uma ilusão e que advogados e juízes estão de acordo com os fundamentos da lei (chama isto de questão de fato dos fundamentos do direito). Por essa ideia, as questões relativas ao direito sempre podem ser solucionadas por meio do exame dos repertórios legais e dos registros das decisões institucionais, ou seja,

o direito existe como simples fato e o que o direito é não depende daquilo que ele deveria ser e assim, quando parecem divergir sobre o que é o direito estão na verdade divergindo sobre o que o direito deveria ser (DWORKIN, 2003).

Por essa teoria, os advogados e juízes não estão discordando acerca do que é o direito, havendo um consenso sobre os seus fundamentos. Quando parecem divergir sobre o que é o direito, na verdade estão divergindo sobre questões semânticas. Dworkin (2003, p. 56) explica que:

Os filósofos do direito em cuja opinião devem existir regras comuns tentam subestimar a divergência teórica por meio de explicações. Dizem que os advogados e os juízes apenas fingem, ou que divergem porque o caso que têm em mãos se situa numa zona cinzenta ou periférica das regras comuns. Em ambos os casos, (dizem eles), o melhor a fazer é ignorar os termos usados pelos juízes e tratá-los como se divergissem quanto à fidelidade ou reforma do direito, e não quanto ao direito. Aí está o aguilhão semântico: estamos marcados pelo seu alvo por uma imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência.

O autor trabalha com a ideia de que a divergência teórica é uma divergência interpretativa e não semântica. Essa divergência existe devido ao surgimento nas comunidades da chamada atitude interpretativa, a qual possui dois componentes. O primeiro diz respeito ao surgimento da consciência de que as práticas sociais não apenas existem, mas possuem valores, servem a algum interesse ou propósito ou reforçam algum princípio que pode ser afirmado independentemente da mera descrição das regras que constituem a prática.

O outro componente é o pressuposto adicional de que as práticas sociais não são, necessariamente ou exclusivamente, aquilo que sempre se imaginou que fossem, mas ao contrário, são suscetíveis a sua finalidade, fazendo com que as regras estritas devam ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade.

Em seguida, o autor passa a analisar a interpretação, mais especificamente passa a analisar e explicar o funcionamento da atitude interpretativa a partir do ponto de vista do intérprete. O capítulo II do livro “Império do Direito” é justamente a tentativa de demonstrar uma abordagem teórica destinada a explicar a interpretação de práticas e estruturas sociais (DWORKIN, 2003).

Defende que se o direito corresponde a um conceito interpretativo, como acredita que assim o seja, deve então se assentar sobre alguma concepção do que é interpretação.

Assim, Dworkin expõe três ocasiões, ou ainda espécies de interpretação. A ocasião mais conhecida de interpretação é a conversação, pois para decidir que uma determinada pessoa disse, devemos interpretar os sons e sinais que ela faz. A interpretação científica, porém, já ocorre em outro contexto, pois o cientista primeiramente coleta dados para depois interpretá-los. Por fim, a interpretação artística pela qual os críticos interpretam poemas, peças, etc, a fim de justificar algum ponto de vista acerca de seu significado, tema ou propósito. A interpretação das práticas sociais, segundo o autor, mais se aproxima da interpretação artística, pois:

[...] ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica (DWORKIN, 2003, p. 61)

A interpretação criativa (gênero do qual a interpretação artística e a interpretação de práticas sociais fazem parte), não é conversacional, mas sim construtiva, pois se preocupa essencialmente com o propósito e não com a causa, sendo este propósito o do intérprete e não o do autor.

Para o autor “A interpretação construtiva é uma questão de impor propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imagina que pertençam.” (DWORKIN, 2003, p. 63-64).

Isso não quer dizer que o intérprete possa interpretar uma prática social como qualquer coisa que desejaria que ela fosse, pois a história ou a forma de uma prática exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis.

A interpretação criativa corresponde a uma interação entre propósito e objeto e assim, quando um sujeito interpreta uma determinada prática social ele propõe um valor para a prática ao descrever interesses, objetivos ou princípios que ele acredita que ela atende, expressa ou exemplifica.

Dessa perspectiva, “exposição construtiva da interpretação criativa talvez pudesse nos fornecer uma descrição mais geral da interpretação em todas as suas formas” e assim “toda interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível” (DWORKIN, 2003, p. 65).

Essa interpretação construtiva pode ser analisada a partir de três etapas de interpretação. A primeira etapa é a “pré-interpretativa”, “na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática” (DWORKIN, 2003, p. 81), sendo que mesmo nesta etapa faz-se necessário

algum tipo de interpretação. Nesta etapa, é necessário um elevado grau de consenso se tivermos esperanças de obter frutos da atitude interpretativa.

A segunda etapa é a “interpretativa” na qual o intérprete se concentra em uma “justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral” (DWORKIN, 2003, p. 81). Essa justificativa deve ajusta-se para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta a prática social e não alguém que cria ou inventa uma nova prática.

A última etapa é a “pós-interpretativa”, na qual o intérprete “ajusta sua ideia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para a melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa” (DWORKIN, 2003, p.82).

Desta forma, uma determinada pessoa, para interpretar alguma coisa, necessita de hipóteses ou convicções sobre aquilo que é válido enquanto parte da prática com o objetivo de definir os dados brutos de sua interpretação na etapa “pré-interpretativa”. A atitude interpretativa só é possível se os membros da comunidade interpretativa compartilharem, pelo menos de maneira aproximada, as mesmas hipóteses a respeito disso.

O sujeito também precisará de convicções acerca de até que ponto a justificativa que ele propõe na etapa interpretativa deve ajustar-se às características habituais da prática para que não corresponda à invenção de algo novo, porém somente a história poderá nos ajudar na definição do que é discrepante e, conseqüentemente, não tem valor como interpretação. Por fim, o intérprete precisa de “convicções mais substantivas sobre os tipos de justificativa que, de fato, mostrariam a prática sob a sua melhor luz” (DWORKIN, 2003, p. 83).

As pessoas concordam com as proposições mais genéricas e abstratas sobre uma determina prática social, mas divergem quanto aos elementos mais concretos ou as subinterpretações dessas proposições abstratas. Essas proposições abstratas seriam o patamar sobre o qual se formariam novos debates e pensamentos.

A proposição mais abstrata, aceita por grande parte da comunidade, seria o conceito da prática social, enquanto que as posições antagônicas sobre as verdadeiras exigências desse conceito são as concepções do mesmo, sendo que o contraste entre conceito e concepção é um contraste entre níveis de abstração por meio dos quais se pode estudar a interpretação da prática.

No primeiro nível, o acordo tem por base ideias distintas que são incontestavelmente utilizadas em todas as interpretações; no segundo, a controvérsia latente nessa abstração é identificada e assumida. Expor essa estrutura pode ajudar a aprimorar o argumento, e, de qualquer modo, irá melhorar a compreensão da comunidade acerca de seu ambiente intelectual. (DWORKIN, 2003, p. 87)

Os paradigmas desempenham um relevante papel nessa construção, sendo mais relevantes do que qualquer acordo abstrato a propósito de um conceito, na medida em que correspondem a exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se e os argumentos contrários a uma determinada interpretação consistirão em demonstrar que ela é incapaz de incluir ou explicar um caso paradigmático. “Os paradigmas fixam interpretações, mas nenhum paradigma está a salvo de contestação por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco” (DWORKIN, 2003, p. 89).

Partindo da ideia de que o direito é um conceito interpretativo, o autor afirma que os juízes reconhecem o dever de continuar o desempenho da profissão que fazem parte, motivo pelo qual desenvolvem, em resposta as suas próprias convicções e tendências, teorias operativas sobre a melhor interpretação de suas responsabilidades nessa atividade e quando divergem sobre no que diz respeito a modalidade teórica, suas divergências são interpretativas.

As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o sentido da prática do direito como um todo, porém essas diferenças são atenuadas pelos paradigmas e pelas proposições jurídicas mais abstratas e aceitas pela maioria da sociedade, elementos este que acabam por conspirar a favor da convergência. As convicções de cada juiz são diferentes dos demais, fazendo com que haja divergência ao menos quanto aos detalhes do sentido da prática do direito.

Dworkin vislumbra que incidem na convergência forças centrípetas e centrífugas. As forças centrípetas são aquelas que “pressionam” pela convergência, como, por exemplo, a prática do precedente, que, no direito norte americano, não pode ser ignorada por nenhum juiz ao tempo de sua interpretação (e entendemos que assim deve ser em qualquer Estado Democrático de Direito) e o conservadorismo do ensino jurídico formal e do processo de seleção de juristas para

as tarefas judiciárias e administrativas, fatores estes que aumentam a pressão pela convergência.

As forças centrífugas são aquelas que pressionam pela divergência interpretativa, sendo estas forças particularmente fortes nos pontos onde as comunidades profissional e leiga se dividem em relação à justiça. Em outras palavras, os julgadores pertencem a tradições políticas diferentes e antagônicas, o que implica em interpretações diferentes devido à ideologias diferentes. Dworkin não expõe esta força centrífuga como algo negativo: “Ao contrário, o direito ganha em poder quando se mostra sensível às fricções e tensões de suas fontes intelectuais” (DWORKIN, 2003, p.111).

Isso nos possibilita uma visão mais ampla da cultura jurídica de uma determinada comunidade, observando como ela se desenvolve e como seu caráter geral muda através do tempo.

Ao mesmo tempo em que determinadas soluções interpretativas, incluindo pontos de vista sobre a natureza e a força da legislação e do precedente, são muito aceitas (paradigmas e quase-paradigmas) em determinada época e por determinada comunidade jurídica, outras questões, por vezes também fundamentais, são objeto de controvérsia e divergência.

As teorias gerais do direito devem ser abstratas, pois sua finalidade é interpretar o ponto essencial e a estrutura da jurisdição. Apesar dessa abstração, a interpretação é construtivista, pois tentam apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, visando alcançar o equilíbrio entre a jurisdição e a melhor justificação dessa prática.

Desta forma, qualquer argumento prático, não importando o quanto detalhado e restrito seja, adota o tipo de fundamento abstrato (paradigma ou quase-paradigma) que lhe oferece a doutrina, e, quando há confronto entre fundamentos antagônicos, um argumento jurídico assume um deles e rejeita os outros. “A doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredito” (DWORKIN, 2003, p. 113).

O direito não pode florescer como um empreendimento interpretativo em qualquer comunidade, a menos que haja suficiente consenso inicial sobre quais práticas são práticas jurídicas, de tal modo que os advogados discutam sobre a melhor interpretação a ser aplicada, *grosso modo*, aos mesmos dados.

[...]

Todos entramos na história de uma prática interpretativa em um determinado momento; nesse sentido, o necessário acordo pré-interpretativo é contingente e local. (DWORKIN, 2003, p. 113)

Quando olhamos para nossa própria cultura não temos dificuldade de identificar coletivamente quais práticas são efetivamente práticas jurídicas, uma vez que temos a Constituição, as leis, os tribunais, as agências e organismos administrativos e as decisões dessas instituições são reportadas sob a forma de normas, bem como já se deparam com paradigmas jurídicos e proposições jurídicas que consideramos verdadeiras.

O jurista inicia desfrutando de uma identificação pré-interpretativa quase consensual do domínio do direito e com paradigmas que dão sustento ao seu argumento. Em seguida devemos saber se ele e seus concorrentes também poderiam concordar com a formulação do conceito central de sua instituição que lhes permitirá identificar seus argumentos como dotados de determinada estrutura, como argumentos sobre concepções rivais do mesmo conceito (DWORKIN, 2003).

Dworkin sugere que o objetivo mais abstrato e fundamental da aplicação do direito corresponde a guiar e restringir o poder do governo, pois o direito insiste que a força não deve ser usada ou refreada, independentemente da utilidade desse uso ou contenção da força para alcançar os fins almejados. A força só pode ser permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o uso da força pública. Assim:

[...] o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado. São, portanto, direitos e responsabilidades "jurídicas". (DWORKIN, 2003, p. 116)

Esse seria o conceito do direito. Por sua vez, as concepções do direito aprimoram a interpretação inicial e consensual que proporciona o conceito. Dworkin (2003) expõe três concepções antagônicas do direito, as quais ele chama de convencionalismo, pragmatismo jurídico e direito como integridade, defendendo que esta última é a melhor interpretação daquilo que advogados, professores de direito e juízes fazem, e muito do que dizem.

Ao tratar do convencionalismo, afirma que este explica de que maneira o conteúdo das decisões políticas do passado pode tornar-se explícito e incontestável, fazendo com que o direito dependa de convenções sociais distintas que ele designa

como convenções jurídicas. Essa concepção defende que a prática jurídica é uma questão de respeitar e aplicar as convenções, de considerar suas conclusões como direito.

Além disso, o convencionalismo corrige a opinião popular dentre os leigos de que sempre existe um direito a ser aplicado. Isso porque o direito, por convenção, nunca é completo, tendo em vista que sempre surgem novos problemas que ainda não haviam sido resolvidos de nenhuma maneira pelas instituições que dispõem de autoridade convencional para tal. Nesses casos, nenhuma parte possui direito de obter ganho de causa em virtude de decisões precedentes, pois os únicos direitos dessa natureza são aqueles estabelecidos por convenção e, sendo assim, nos casos difíceis a decisão que o juiz deve tomar é discricionária no sentido forte do termo.

As decisões discricionárias tomadas nesses casos podem ser convertidas, por convenção, em pretensões juridicamente tuteladas no futuro, pois as convenções sobre o precedente transformam qualquer decisão tomada pela mais alta corte em um direito a ser aplicado a casos similares no futuro.

O convencionalismo realiza duas afirmações pós-interpretativas e diretivas. A primeira é positiva, afirmando que os juízes devem respeitar as convenções jurídicas em vigor na comunidade, devendo tratar como direito aquilo que a convenção estipula como tal. A segunda afirmação é negativa, estabelecendo que não existe direito a não ser aquele que é extraído de decisões anteriores (do legislativo ou do judiciário) por meio de técnicas que são, elas próprias, questões de convenção, e que, portanto, em alguns casos não existe qualquer direito a ser aplicado (DWORKIN, 2003).

Ocorre que, em síntese, para Dworkin, as convenções indiscutíveis e aceitas por todos (ou quase todos), seriam tão escassas que o aspecto positivo do convencionalismo perde sua importância prática no tribunal. São muito poucas as ocasiões que os julgadores poderiam se apoiar no direito do modo como o convencionalismo o interpreta, o que faz com que o aspecto negativo (que deveria ser exceção) acabe se sobrepondo a regra.

Paradoxalmente, os juízes não agem dessa forma. Eles acabam por dar mais atenção às leis e aos precedentes do que lhes permite o convencionalismo, pois, ao perceberem a limitação das convenções, passariam a elaborar um novo direito. O autor ressalva, porém:

Não quero dizer que um juiz conscientemente convencionalista ignoraria as leis e precedentes uma vez que não fosse consensual a força a ser atribuída a eles. Ele não os trataria como fontes de direito para além desse ponto, mas sua responsabilidade geral quando julga esgotado o direito consiste em criar o melhor direito possível para o futuro, e ele poderia preocupar-se com a doutrina jurídica do passado por razões especiais que dizem respeito a esse problema. [...] Mas ele então estaria tratando o passado como prova das atitudes e convicções atuais, e não como algo intrinsecamente importante, e perderia o interesse pelo passado à medida que este recuasse no tempo e, por esse motivo, perdesse seu valor. (DWORKIN, 2003, p. 161)

Todo juiz conscientemente convencionalista realmente refletiria sobre a produção jurídica passada, porque todo aquele que elabora um novo direito deve cuidar para que ele seja coerente com o direito antigo. Essa busca por coerência pode indicar porque os juízes se preocupam com o passado, com as diversas leis e os diversos precedentes que se situam nas imediações do novo direito que criaram nos casos difíceis.

Para melhor compreensão desta busca de coerência, Dworkin afirma ser importante distinguirmos coerência de estratégia e coerência de princípio. Para ele, qualquer um que participa da criação do direito deve se preocupar com a coerência de estratégia, devendo cuidar para que as novas regras se ajustem de forma suficiente às regras estabelecidas por outros ou regras que venham a ser estabelecidas no futuro, de forma com que todo o conjunto de regras funcione em conjunto e torne a situação melhor.

Essa coerência, porém, não exige que o juiz examine as decisões passadas para encontrar a melhor interpretação de uma lei ou da Constituição, quando esta for polêmica, ou busca a correta compreensão de uma decisão judicial anterior quando os advogados não chegarem a um consenso quanto ao modo de interpretá-la (DWORKIN, 2003).

Por outro lado, a coerência de princípio exige que diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente, devendo expressar uma visão única e abrangente da justiça e, assim, os juízes busquem essa coerência se preocupariam com os princípios que seria preciso compreender para justificar leis e precedentes anteriores.

Neste ponto, o que diferencia o convencionalismo de o direito como integridade (que será melhor discutido mais adiante) é que o primeiro defende que a coerência de princípio não é uma fonte de direitos, enquanto que o segundo supõe

que as pessoas tem direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas e que extrapolam as práticas políticas concebidas como convenções.

A segunda concepção do direito é o pragmatismo. De acordo com o autor (DWORKIN, 2003) o pragmático adota uma postura cética com relação ao pressuposto que acredita estar personificado no conceito de direito, ou seja, nega que as decisões políticas passadas, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado.

O pragmático encontra a justificativa para a coerção na justiça, na eficiência ou em outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada pelos juízes, não acreditando que a coerência com decisões legislativas ou judiciárias passadas possam contribuir para a justiça ou virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes assim o fizerem, a coerção que impõe tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado do fetiche da coerência pela coerência.

Enquanto concepção de direito, estimula os juízes a decidirem de acordo com seus próprios pontos de vista, pressupondo que essa prática servirá melhor a comunidade do que qualquer outro programa alternativo que exija coerência com decisões já tomadas no passado por outros juízes ou pela legislatura. O pragmatismo nega que as pessoas possuam qualquer direito, adotando o ponto de vista de que as pessoas nunca terão direito àquilo que seria pior para comunidade apenas porque a legislação assim o prevê ou porque os tribunais anteriormente assim decidiram. Corresponde a uma concepção cética do direito, pois rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas.

Assim, para justificar as instituições dos precedentes e da legislação, o juiz pragmático tentaria encontrar um equilíbrio entre a previsibilidade (necessária para preservar as instituições) e a flexibilidade (necessária para aperfeiçoar o direito por meio do que os juízes fazem no tribunal), sendo que qualquer juiz estaria disposto a alterar sua estratégia de atuação e ampliar ou reduzir o alcance daquilo que considera como direito na medida em que ocorresse o aperfeiçoamento de sua estratégia pela aquisição de experiência.

Por esse raciocínio, o pragmático incluiria em sua lista de direitos “como se” os direitos previstos em uma legislação clara, mas estaria disposto a excluir algumas leis, como aquelas antigas que não desempenhassem qualquer papel útil na coordenação atual do comportamento social. Da mesma forma, reconheceria direitos

“como se” os direitos declarados por outros juízes em decisões anteriores, não reconhecendo ou incluindo, porém, todos esses direitos, podendo rejeitar aqueles direito que entenda como oriundos de decisões irrefletidas.

Fica claro que um juiz pragmático não ignora a teoria dos precedentes, encontrando lugar para esta dentro de sua teoria sobre direitos “como se”, o que possibilita as pessoas planejar seus assuntos com mais confiança, uma vez que possuem uma orientação do Estado acerca de como e quando irá intervir e a comunidade estará em uma situação bem melhor se tiver a capacidade de analisar as decisões anteriores e prever como provavelmente o Estado decidirá no futuro. Contudo, quando o alcance de uma decisão passada for obscura ou polêmica a justificativa de respeito ao precedente não se mantém. Nesses casos:

[...] um pragmático não tem nenhuma razão direta para empenhar-se em descobrir o “verdadeiro” fundamento da decisão tentando ler a mente dos juízes que a tomaram, ou mediante qualquer outro processo de adivinhação. Ele também não se sente obrigado a decidir casos posteriores “por analogia” com casos anteriores, pelo menos quando houver espaço para a divergência sobre a semelhança ou a diferença entre os casos atuais e os do passado. (DWORKIN, 2003, p. 193)

Por sua vez, ao tratar do direito com integridade, Dworkin visa demonstrar como a opção por esta concepção é muito mais atraente do que a opção por qualquer uma das concepções anteriores.

Ao lado dos ideais de equidade, justiça e devido processo legal, Dworkin acrescenta o ideal da integridade, o qual exige que o governo tenha uma única voz, agindo com todos os seus cidadãos de modo coerente e fundamentado em princípios. Afirma ainda que:

Essa moralidade política não se encontra, de fato, bem descrita no clichê de que devemos tratar casos semelhantes da mesma maneira. Dou-lhe um título mais grandioso: é a virtude da integridade política. Escolhi esse nome para mostrar sua ligação com um ideal paralelo de moral pessoal. [...] . A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. (DWORKIN, 2003, p. 202)

O autor afirma que é mais útil e adequado dividir a exigência de integridade em dois princípios de integridade política mais práticos. Um é o princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente

coerente. O outro é o princípio jurisdicional, pelo qual a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido (DWORKIN, 2003).

Para o autor norte americano, a integridade é violada quando a comunidade estabelece e aplica direitos diferentes, cada um dos quais coerentes em si mesmos, contudo não podem ser defendidos em conjunto como uma expressão coerente de diferentes princípios de justiça, equidade ou devido processo legal. Ou seja, é violado quando: “Não podemos reunir todas as regras da legislação e do direito consuetudinário que nossos juízes aplicam sob um sistema de princípios único e coerente” (DWORKIN, 2003, p. 224).

O autor afirma que consideramos a integridade como um ideal político, fazendo parte de nossa moral política coletiva a ideia de que leis conciliatórias sejam equívocos e que a comunidade como um todo deve atuar com base em princípios (DWORKIN, 2003).

Para poder adotar a ideia de integridade legislativa, Dworkin (2003) afirma que precisamos tratar as leis decorrentes de um acordo interno como atos de um único e distinto agente moral e assim poderemos condenar esses atos pela a sua falta de princípios, bem como teremos uma razão para argumentar que nenhuma autoridade deveria contribuir para atos carentes de princípios. Desta forma, para defender o princípio legislativo da integridade, precisamos defender o estilo geral de argumentação que considera a própria comunidade como um agente moral.

Para que possamos afirmar a integridade política como um ideal distinto da equidade e da justiça e assim dotado de autonomia, precisamos aumentar a amplitude do argumento político. Para isso, “devemos procurar nossa defesa da integridade nas imediações da fraternidade, ou, para usar seu nome mais difundido, da comunidade” (DWORKIN, 2003, p. 228).

Uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma em uma forma especial de comunidade. É especial em um sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. Além disso, a integridade protege a comunidade contra a parcialidade, a fraude e outras formas de corrupção oficial. A integridade insiste que cada cidadão deve as exigências que lhe são feitas e pode fazer exigências aos outros, que compartilham e ampliam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas.

A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania. (DWORKIN, 2003, p. 230)

De fato, as práticas políticas não aplicam a integridade de maneira perfeita, não sendo possível reunir, em um único e coerente sistema de princípios, todas as normas e padrões em vigor estabelecidas pelos legisladores. Este fato corresponde a um defeito e não um resultado desejável de uma justa divisão de poderes políticos entre diferentes conjuntos de opinião. Assim, devemos nos empenhar em remediar as incoerências de princípio com as quais venhamos a nos deparar.

No que diz respeito ao princípio de integridade na deliberação judicial, Dworkin entende que esse princípio requer que os juízes tratem o sistema de normas públicas no qual estão inseridos como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas.

Importante destacar que, apesar de Dworkin defender que a integridade corresponde a uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, a integridade não é necessariamente, ou sempre, superior as demais virtudes, contudo destaca que o princípio da integridade na deliberação judicial, apesar de não possuir necessariamente a última palavra, “tem a primeira palavra, e normalmente não há nada a acrescentar àquilo que diz” (DWORKIN, 2003, p. 263).

Antes de explicar detalhadamente no que consiste o princípio da integridade nas deliberações judiciais, o autor analisa se há real diferença entre coerência e integridade. Para ele, se coerência for entendida como a simples repetição das próprias decisões pelo Judiciário de forma mais fiel possível, a integridade não pode ser considerada como sinônimo de coerência. De acordo com o autor:

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. (DWORKIN, 2003, p 264)

Em outras palavras, a integridade na deliberação judicial é uma integridade de princípio. Exige a coerência de princípios e não simplesmente a repetição de

decisões anteriores. A integridade incentiva os juízes a agirem de forma mais abrangente e imaginativa em sua busca de coerência.

Para a devida compreensão da aplicação do princípio de integridade nas deliberações judiciais, Dworkin se volta para sua teoria da interpretação. O referido princípio:

[...] instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. (DWORKIN, 2003, p. 271-272)

As proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica comunitária, vendo-a sob sua melhor luz (DWORKIN, 2003).

A interpretação criativa busca sua estrutura formal na ideia de intenção, não porque pretende descobrir os propósitos de qualquer grupo histórico específico, mas sim porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando.

Assim, a teoria de Dworkin rejeita a questão de se os juízes descobrem ou criam o direito, “*we understand legal reasoning, it suggests, only by seeing the sense in which they do both and neither*” (MAY, SNOW, BOLTE, 1999, p. 42).

Desta perspectiva, Dworkin (2003) entende que podemos tirar proveito da comparação entre a interpretação do direito e a interpretação artística (ambas interpretações criativas), compara o juiz com o crítico literário que destrinça várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo.

Os juízes, ao decidir um determinado caso, introduzem acréscimos na tradição que interpretam e, assim, os futuros juízes se deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito pelos juízes anteriores.

É possível dizer que decisões judiciais, em especial as que interpretam a lei, aplicam a lei e criam leis ao mesmo tempo. A principal teoria da decisão judicial de Dworkin seria a de que os juízes resolvem os casos por um teste de coerência por ele proposto (RAZ, 1986).

Dworkin defende que para melhorar nossa compreensão do Direito podemos comparar a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, em especial a interpretação da literatura (DWORKIN, 2005).

Minha sugestão aparentemente banal (que chamarei da “hipótese estética”) é a seguinte: a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte.

[...]

A interpretação de um texto tenta mostrá-lo como a melhor obra de arte que *ele* pode ser, e o pronome acentua a diferença entre explicar uma obra de arte e transformá-la em outra. (DWORKIN, 2005, p. 222-223)

Assim, para melhor ilustrar sua ideia de integridade judiciária, Dworkin faz uma analogia com o chamado romance em cadeia (DWORKIN, 2003). No romance em cadeia, um grupo de romancistas escreve um romance em série, sendo que cada um escreve um capítulo da obra devendo interpretar os capítulos que recebeu dos autores anteriores. Desta forma, teremos que “Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade” (DWORKIN, 2003, p. 276).

Desta forma, cada autor tentará criar um único romance a partir dos capítulos anteriores que recebeu e daquilo que ele próprio acrescenta, bem como daquilo que seus sucessores irão acrescentar. Todos os autores tentarão criar o melhor romance possível como se este fosse obra de um único autor. “Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve” (DWORKIN, 2003, p. 276-277).

Cada romancista irá trabalhar com a ideia de continuidade, não escrevendo como se estivesse elaborando um começo novo. Se o autor for um bom crítico, saberá lidar com questões, como personagens, trama, gênero, dentre outros, de forma complicada e multifaceta, tendo em vista que o valor de um bom romance não poder ser apreendido a partir de uma única perspectiva.

Dworkin diz que podemos dar uma estrutura a qualquer interpretação que o romancista venha a adotar, a partir da distinção de duas dimensões às quais a interpretação deve ser submetida à prova.

Uma destas dimensões é a dimensão de adequação, pela qual o romancista não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor que se põe a escrever um romance com diferentes leituras de personagem, trama, etc, que essa interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue. Ressalta, porém, que isso não quer dizer que a interpretação deva se ajustar a cada segmento do texto.

Este não será desqualificado simplesmente porque ele afirma que algumas linhas ou alguns tropos são acidentais, ou mesmo que alguns elementos da trama são erros, pois atuam contra as ambições literárias que são afirmadas pela interpretação. Ainda assim, a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedido se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto, uma trama secundária tratada como se tivesse grande importância dramática, ou uma metáfora dominante ou corrente. Se não se encontrar nenhuma interpretação que não possua tais falhas, o romancista em cadeia não será capaz de cumprir plenamente sua tarefa; (DWORKIN, 2003, p. 277)

A segunda dimensão da interpretação exige que o romancista julgue qual das leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de ter considerado todos os aspectos da questão. Nesse momento entram em ação seus juízos estéticos mais profundos. Contudo, nesta dimensão não se abandona as considerações formais e estruturais presentes na primeira dimensão, pois mesmo quando nenhuma das interpretações é desqualificada por explicar muito pouco, “pode-se mostrar o texto sob sua melhor luz, pois se ajusta a uma parte maior do texto ou permite uma integração mais interessante de estilo ou conteúdo” (DWORKIN, 2003, p. 278).

Esses dois tipos de convicções (interpretação que melhor ou pior se adequa ao texto e qual torna o romance substancialmente melhor) são inerentes ao seu sistema geral de crenças e atitudes, ou seja, ao tempo da seleção da interpretação, o intérprete sofre uma coerção subjetiva (coerção interior).

A análise de Dworkin se dá do ponto de vista do intérprete e, desse ponto de vista, a coerção que ele sente é real e genuína, como se todos sentissem a mesma força que ele sente.

Importante destacar que Dworkin não defende que qualquer romancista que se depara que uma questão interpretativa irá decidir da mesma forma, contudo dentre as decisões do romancista não está incluída a decisão de se deve ou não se deve afastar do romance que está sendo construído e a decisão de que até que ponto se afastar (DWORKIN, 2003).

A partir do romance em cadeia, podemos entender a ideia de direito como integridade. Quando o juiz se deparar com determinado caso, deve se considerar como um dos autores do romance em cadeia, devendo levar em consideração as decisões dos juízes do passado como parte da longa história que tem que interpretar e continuar, “de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à

história em questão (sem dúvida, para ele a melhor história será a melhor do ponto de vista da moralidade política, e não da estética)” (DWORKIN, 2003, p. 286). As conclusões pós-interpretativas do juiz devem ser extraídas de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique.

Quando os magistrados decidem casos do *common law*, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais princípios e regras orientaram as decisões anteriores sobre matéria semelhante, eles atuam como o romancista na corrente, devendo ler tudo o que os demais juízes produziram no passado para chegar a uma opinião acerca do que esses juízes fizeram coletivamente, da mesma forma que cada um dos romancistas formou sua opinião sobre o romance escrito coletivamente (DWORKIN, 2005).

Ele [juiz] *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então (DWORKIN, 2005, p. 238)

O mesmo é exigido dos magistrados ao tempo da interpretação de leis. Quando mais de uma interpretação for possível de um mesmo dispositivo de lei, o magistrado deve olhar para os “capítulos” anteriores do romance, objetivando escolher a interpretação ou interpretar a lei da forma que melhor se adeque aos princípios existentes nas decisões anteriores.

A concepção de direito como integridade pede aos juízes que admitam que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal e pede-lhe que os apliquem nos casos que julgam, fazendo com que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.

As decisões proferidas anteriormente (precedentes) possuem considerável relevante importância na teoria de Dworkin, pois para ele:

Uma interpretação tem por finalidade mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível, e uma interpretação de qualquer parte de nosso direito deve, portanto, levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias. (DWORKIN, 2003, p. 292)

Os juízes, mesmo quando inexistam leis ou precedentes vinculantes diretamente aplicáveis ao caso, não decidem com base em sua livre vontade e como

bem entenderem. Eles devem decidir a partir de princípios da comunidade extraídos de casos anteriormente julgados pelos tribunais.

Dworkin (2007) destaca que no vasto material de decisões jurídicas que o juiz deve consultar e justificar, podemos distinguir uma ordenação vertical e uma ordenação horizontal. A vertical é fornecida por diversas camadas de autoridade, ou seja, estratos nos quais as decisões oficiais podem ser consideradas como controles das decisões tomadas pelos níveis inferiores. A ordenação horizontal exige que os princípios que devem justificar uma decisão em um determinado nível devem ser também consistentes com a justificação oferecida para outras decisões no mesmo nível.

Importante destacar que Dworkin não iguala argumento jurídico com o argumento moral. Ele deixa claro que se inicia pela informação jurídica, o material jurídico pré-interpretativo e tenta-se extrair deste o melhor sentido moral, ou seja, os intérpretes do direito precisam referir-se a práticas jurídicas existentes (GUEST, 2010).

Assim, o juiz deve analisar quais são as interpretações possíveis e verificar, dentre elas, qual está de acordo com os princípios de decisões tomadas anteriormente e em conformidade com a totalidade da prática jurídica de um ponto de vista mais geral. O direito como integridade exige que o juiz avalie sua interpretação confrontando-a com a vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, “perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo” (DWORKIN, 2003, p. 294).

Neste contexto, resta clara a importância dos precedentes judiciais para que o princípio da integridade seja observado. Para decidir de forma íntegra, de forma coerente, tanto nos casos em que não haja regra prévia ou quando houver dúvida acerca da interpretação a ser adotada, deve-se olhar a história da comunidade jurídica, que possui como um de seus principais elementos as decisões judiciais anteriormente proferidas, mesmo que os precedentes não sejam vinculantes em sentido forte. Estes precedentes devem ser observados como forma de alcançar a integridade judicial. Cada decisão, cada precedente corresponde a um capítulo do romance que deve ser observado pelo juiz posterior que busca um direito íntegro.

Desta forma, é possível perceber que uma das ideias básicas que podem retratar bem as exigências fundamentais da noção de integridade é o valor da

coerência de princípio (que Dworkin chama de integridade), de modo que o jurista deve buscar:

[...] harmonizar o direito de forma a compreender e ordenar as regras jurídicas particulares de acordo com os princípios que lhes subjazem e que produzem e confirmam a integridade do sistema jurídico; de outro, a necessidade de se buscar, continuamente, um aperfeiçoamento racional desse ordenamento, de modo a exigir do intérprete sempre a melhor, mais racional, mais justa, mais coerente e mais adequada solução jurídica que estiver ao seu alcance. (BUSTAMANTE, 2012, p. 137)

Podemos perceber que desconsiderar a construção jurídica passada, em especial os precedentes, gera um Estado carente de integridade, sem coerência no tratamento de seus cidadãos. Ao tratar dos casos difíceis no *common law*, Dworkin afirma que as decisões anteriores exercem uma força gravitacional de imparcialidade, ou seja, o juiz seria obrigado a considerar os precedentes anteriores para determinar se, pela imparcialidade, ele teria ou não que decidir em conformidade com eles. Para o autor, apenas certas características de uma decisão anterior são relevantes para o caso presente, o que corresponderia a *ratio decidendi*. Nesse sentido, relevantes são as palavras de Guest (2010, p. 61):

Por que é relevante que, em um caso anterior, um juiz concedeu compensação por danos contra um fabricante final, mas irrelevante que o nome do réu fosse Smith ou que fosse negro? A relevância só pode ser a da imparcialidade ou, pode ser, uma virtude similar, tal como tratar as pessoas como iguais. Distinções com base no nome ou na pele são parciais (*unfair*).

De acordo com Ramires (2010), a expressão “força gravitacional” foi cunhada por Dworkin para descrever a extensão da influência do precedente. Por sua vez, os *leading cases* seriam aqueles casos decididos que exercem força gravitacional para toda uma matéria jurídica, devendo cada interprete verificar em cada caso examinado a sua inserção no “campo gravitacional” do precedente.

A imparcialidade que se recorre no argumento jurídico a respeito de casos anteriormente decididos significa que os argumentos jurídicos de valor são intrínsecos ao argumento jurídico e isso extrai bom sentido ao extenso uso de argumentos por analogia, pois tais argumentos não poderiam ser apenas de lógica. Seria apenas por recurso a argumentos de peso moral que podemos extrair sentido de argumentos que pretendem rejeitar características de precedentes como irrelevantes (GUEST, 2010).

Ao longo desta seção, visamos demonstrar a importância dos precedentes judiciais para a teoria do dworkiniana de direito como integridade. Como já dito, qualquer teoria do direito construída em um Estado Democrático de Direito precisa levar em consideração as decisões anteriores dos seus tribunais. Como foi possível perceber, uma teoria dos precedentes possui encaixe necessário nas três concepções de direito expostas por Dworkin.

Em especial, na teoria do direito como integridade, não é possível conceber o direito como romance encadeado sem levar em consideração os precedentes judiciais, tendo em vista que cada nova decisão, seja em casos simples seja em casos difíceis, corresponde a um novo acréscimo ao romance. Nesse sentido, relevantes são as palavras de Ramires (2010, p. 104):

Retomando a ideia de “romance em cadeia” [...], vê-se que a compilação dos precedentes judiciais pelo juiz obrigado a decidir uma causa poderá informar-lhe qual *o propósito e o tema da prática jurídica – como um todo – estabelecida até então*. A sutileza, aqui, é que se esse conhecimento, pelo juiz, não o desonera de seguir escrevendo o “romance”. Há duas coisas que ele não pode fazer: a primeira, simplesmente desconhecer o todo das práticas e decisões, prossequindo a obra coletiva como se tivesse total discricionariedade (o que equivaleria a escrever o seu capítulo de um modo *non sequitur*, completamente incoerente com os capítulos anteriores, com novos personagens e lugares e sem seguir as ações iniciadas previamente); a segunda, repetir mecanicamente o que já ficou dito pelos outros que o antecederam (que representaria que o escritor, ao invés de seguir a história do romance, simplesmente copiou o capítulo anterior, o que também é uma quebra de continuidade)

Desta forma, o juiz subsequente deve proferir a decisão que melhor se adequa aquele conjunto de precedentes anteriores (vinculantes ou persuasivos) de forma a possibilitar que o direito seja interpretado de forma a continuar a história da comunidade jurídica da melhor forma (“melhor luz”) do ponto de vista da moralidade política.

2.2 PRECEDENTES JUDICIAIS, COERÊNCIA E JUSTIÇA FORMAL A PARTIR DE UMA ABORDAGEM POSITIVISTA

O autor escocês, Neil MacCormick, também possui no cerne de seu trabalho uma teoria dos precedentes judiciais, não uma teoria do precedente pautada na simples autoridade do órgão do qual emana a decisão, mas sim em um misto de autoridade e racionalidade da argumentação.

Antes de adentrar na teoria defendida pelo referido autor, é relevante compreender alguns aspectos da teoria de H. L. Hart desenvolvida em seu livro “O conceito de direito”. Tal relevância se justifica porque, como o próprio MacCormick explica no preâmbulo do seu livro “Argumentação jurídica e teoria do direito”:

A explanação que faz (livro) sobre a argumentação jurídica é considerada essencialmente hartiana, baseada na análise jurídico-positivista que Hart faz do conceito de direito, ou pelo menos perfeitamente compatível com ela. A abordagem analítica positivista à teoria do direito adotada por Hart é aberta a questionamentos, e foi questionada, por uma suposta incapacidade de fornecer uma explanação satisfatória da argumentação jurídica, em especial da argumentação-na-decisão-judicial. Este livro aceitou esse desafio. (MACCORMICK, 2006, p. XVII)

Além disso, acreditamos ser de acentuada relevância a análise mais detalhada da teoria de Hart, devido às ideias deste autor terem contribuído de forma significativa para o desenvolvimento do *common law* e para a teoria do precedente judicial.

Hart inicia sua obra com uma tentativa de demonstrar os equívocos da teoria de John Austin. De forma bem sintetizada, a partir das lições de Morris (2002), podemos dizer que Austin defendia que das regras estabelecidas por homens para homens, algumas são estabelecidas por superiores políticos, pelo soberano para os súditos. Esse agregado de regras estabelecidas por superiores políticos é frequentemente denominado de lei positiva.

Para Austin, as regras ou leis são uma espécie de comando. Comando seria quando alguém expressa ou insinua o desejo de que outra pessoa ou outras pessoas façam ou deixem de fazer algum ato, infligindo um mal àquele que não obedecer ao desejo manifestado. O comando é a expressão ou intimação do desejo.

Mesmo quando um desejo é manifestado de forma imperativa, ele não será um comando se inexistir a infringência de um mal pelo não agir de acordo com o desejo manifestado. Será um comando quando aquele que manifesta o desejo é capaz e deseja causar um mal àquele que não obedecer. Desta forma:

Estando sujeito a que você me faça mal se não obedecer ao desejo que você expressa, sou *obrigado* ou *forçado* por seu comando, ou tenho o *dever* de obedecê-lo. Se, apesar desse mal em perspectiva, não obedecer ao desejo que você exprime, diz-se que desobedeci a seu comando, ou que violei o dever que esse comando impõe. [...]. O mal a que a desobediência estará sujeita é denominada, com frequência, *pena*. (MORRIS, 2002, p. 337) (grifo no original)

Hart, por sua vez, entende que os elementos a partir dos quais a teoria de Austin foi construída não incluem, e não podem produzir, a ideia de uma norma com a qual poderíamos elucidar ao menos as formas menos complexas do direito (HART, 2012).

Ele estabelece, como um dos elementos centrais de sua obra, a diferença entre normas primárias e normas secundárias. As normas primárias são aquelas que exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram quer não, enquanto que as normas secundárias (consideradas parasitárias com relação às primeiras) determinam que os indivíduos podem introduzir novas normas primárias, extinguir ou modificar normas antigas, determinar as formas de sua incidência, bem como controlar sua aplicação, ficando assim as primeiras caracterizadas por impor obrigações, enquanto que as secundárias são responsáveis pela outorga de poderes.

Na combinação desses dois tipos de normas reside a chave para a ciência do direito, pois: “Atribuimos a esse conjunto de elementos um lugar central devido a seu poder de explicar e elucidar os conceitos que constituem a estrutura do pensamento jurídico” (HART, 2012, p. 106).

Ao tratar das normas primárias e da ideia de obrigação, o autor parte da diferença entre as afirmações de que alguém foi obrigado a fazer alguma coisa e de que alguém tinha a obrigação de fazer algo. A primeira afirmação costuma ser utilizada no sentido de convicções e motivos envolvidos em determinado ato, ou seja, “a afirmativa de que uma pessoa foi obrigada a obedecer a alguém é, no essencial, uma afirmativa psicológica referente às convicções e aos motivos nos quais o ato se baseou” (HART, 2012, p. 108).

Por outro lado, a afirmação de que alguém tinha a obrigação de fazer algo permanece verdadeira mesmo que essa pessoa acreditasse que jamais seria descoberta e nada tinha a temer pela não obediência. E mais, caso seja considerada a obrigação com base na probabilidade de punição daqueles que não a observarem, nos casos em que o sujeito reduzisse ou eliminasse a possibilidade de punição no caso concreto, este indivíduo deixaria de ter uma obrigação. Além disso, Hart destaca que as infrações não são apenas motivos para a aplicação de sanções, mas na verdade também são razões ou justificativas para aplicação daquelas.

As normas são concebidas como preceitos que impõe obrigações, sendo que assim tratadas no discurso quando a exigência geral de obediência é insistente

e a pressão social incide de forma significativa sobre aqueles que as infringem ou ameaçam.

Quando não há um sistema central e organizado de punição pelas infrações às normas, e a pressão social pode tomar apenas a forma de uma reação crítica ou hostil, geral ou difusa, não sendo aplicadas sanções físicas. Nesses casos, costumasse classificar como elementos do sistema moral do grupo social e as obrigações por elas estipuladas como obrigações morais.

Quando as sanções físicas são aplicadas de forma costumeira, mesmo que não sejam definidas nem impostas pelas autoridades, mas deixadas a responsabilidade da comunidade como um todo, costuma haver uma tendência de classificar as normas como uma forma primitiva ou rudimentar de direito.

Para Hart, as obrigações possuem três propriedades que as caracterizam. Primeiramente, a insistência na importância ou seriedade da pressão social em apoio às normas, que entende ser o principal fator que determina se elas são vistas como criadoras de obrigações. Em segundo lugar, as normas apoiadas por esta pressão mais forte são consideradas importantes porque se acredita serem necessárias à manutenção da vida social ou de alguma outra característica valorizada. Por fim, a conduta exigida por estas normas, embora beneficie aos outros, por vezes conflita com aquilo que a pessoa vinculada pela norma deseja fazer e, desta forma, considera que as obrigações e os deveres envolvem caracteristicamente o sacrifício ou a renúncia, e a possibilidade permanente de conflito entre a obrigação ou o dever e o interesse pessoal (HART, 2012).

Para o autor, existe diferença entre ter uma obrigação e ser obrigado, embora frequentemente concomitantes, e identificá-las seria desconsiderar o aspecto interno das normas. Hart defende que o direito não deve ser visto exclusivamente do ponto de vista externo, como se aquele que analisa fosse um mero observador da comunidade, devendo ser analisado também de seu ponto de vista interno, ou seja, como o sujeito integrante da sociedade vê o direito e interage com este.

Quando um grupo social dispõe de certas normas de conduta, isso dá azo a muitos tipos de afirmação, estreitamente relacionados embora diferentes: pois é possível que um indivíduo se relacione com as normas como um mero observador, que não as aceita ele próprio, ou como um membro do grupo que as aceita e as utiliza como orientação para sua conduta. Podemos chamar essas atitudes,

respectivamente, de “ponto de vista externo” e “ponto de vista interno”. (HART, 2012, p. 115)

O ponto de vista externo não tem condições de reproduzir a maneira como as normas funcionam na vida daqueles que constituem normalmente a maioria da sociedade. Os juristas e aqueles que não são juristas utilizam as normas em uma situação após a outra como orientação para sua vida em sociedade, “como base para as suas pretensões, exigências, consentimentos, críticas ou punições, isto é, em todas as transações costumeiras da vida ‘segundo a norma’” (HART, 2012, p. 117). Ou seja, a infração à norma não constitui um elemento que possibilita prever uma reação hostil, mas na verdade uma razão para a hostilidade.

Voltando a análise das espécies de normas existentes em uma sociedade, Hart afirma que ao imaginar uma sociedade primitiva que não possua poder legislativo, tribunais ou autoridades de qualquer espécie, estaríamos nos deparando com uma comunidade na qual existem apenas normas primárias de obrigação. Contudo, a existência apenas destas normas só seria possível em uma comunidade pequena e estreitamente unida por laços de parentesco, sentimentos e convicções comuns, sendo que sob quaisquer outras condições essa forma simples de controle social seria completamente ineficiente, pois as normas que orientam a vida do grupo não formam um sistema, consistindo apenas em um conjunto de padrões isolados. De acordo com Hart (2012), nesse contexto, três espécies de defeitos podem surgir em uma estrutura social que apenas possui normas primárias.

O defeito de incerteza, que corresponde às dúvidas sobre a essência das normas ou sobre o âmbito preciso de aplicação das mesmas, tendo em vista que inexistem procedimentos instituídos para dissolver incertezas por meio da referência de um texto autorizado ou por meio de uma autoridade cujas declarações sejam vinculantes a esse respeito. Isso porque a existência dos procedimentos e de pessoas autorizadas supõe a existência de normas que não se limitam a impor deveres ou obrigações.

Outro defeito é o caráter estático das normas primárias. Não existem normas que instituam procedimentos de modificação, criação ou extinção de normas primárias. A única forma de modificação das normas em sociedades que só possuam normas primárias é o lento processo de crescimento, nos quais as condutas antes vistas como opcionais, passam a ser habituais ou costumeiras e em

seguida obrigatórias, e o processo inverso de decadência quando o as infrações passam a ser toleradas e posteriormente passam despercebidas.

Por fim, o defeito de ineficiência da pressão social pela qual as normas são mantidas. Isso porque sempre haverá disputas para saber se uma determina norma foi ou não violada, as quais não serão solucionadas se não houver uma instância especialmente encarregada de estabelecer, em termos conclusivos, a resposta.

Esses três defeitos são solucionados pela suplementação das normas primárias por normas secundárias, que pertencem a uma espécie diferente. De acordo com o autor, a introdução das normas secundárias para solucionar os problemas existentes em sociedades estruturas apenas com normas primárias, corresponde à primeira etapa da transição do mundo pré-jurídico para o mundo jurídico e os três recursos combinados fazem com que o regime de normas primárias seja convertido em um sistema jurídico. Assim, “enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, todas as normas secundárias se referem as próprias normas primárias” (HART, 2012, p. 122).

A partir desta construção, Hart nos apresenta a ideia da norma de reconhecimento, de fundamental importância em sua teoria. De acordo com o autor:

A forma mais simples de solução para a *incerteza* própria do regime de normas primárias é a introdução de algo que chamaremos “norma de reconhecimento”. Essa norma especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce. [...]. Quando tal reconhecimento existe, verifica-se a existência de uma forma muito simples de norma secundária: uma norma destina à identificação conclusiva das normas primárias de obrigação. [...]. Pelo fato de opor às outras normas o selo da autoridade, ela introduz, embora de modo embrionário, a ideia de um sistema jurídico; pois as normas já não constituem um conjunto de elementos isolados e desconexos, mas se acham unificadas de uma forma simples. (HART, 2012, p. 122-123)

Nestes termos, o referido autor entende como fundamento do sistema jurídico a relação entre normas primárias e a norma de reconhecimento, ou seja, para a identificação de normas primárias é necessária a aceitação e a utilização de uma norma secundária de reconhecimento.

E mais, o conceito de direito determina que a regra de reconhecimento (que corresponde a uma prática social em si mesma) e qualquer outra prática identificada por ela, são práticas jurídicas (RAZ, 1986).

Visando solucionar o caráter estático das normas primárias, introduzem-se as chamadas normas de modificação, as quais indicam as pessoas encarregadas de legislar, bem como procedimentos mais ou menos rígidos que devem ser seguidos na atividade legislativa.

Quanto ao defeito de ineficiência, sua solução se daria por meio de normas que definem um grupo de conceitos jurídicos importante; os conceitos de juiz, de capacitar alguns indivíduos a solucionar de forma autorizada o problema de saber se uma determinada norma primária foi ou não violada.

Hart afirma que qualquer sistema que dispõe de normas de julgamento está inevitavelmente comprometido com uma norma de reconhecimento de caráter elementar e imperfeito, pois se os tribunais possuírem o poder de estabelecer peremptoriamente que uma determinada norma foi violada, os pronunciamentos deste tribunal não poderão deixar de ser consideradas determinações autorizadas sobre a natureza das próprias normas. Assim, de acordo com o autor inglês, no contexto do *common law*, “a norma que conferir jurisdição será também uma norma de reconhecimento, que identificará as normas primárias por meio dos julgamentos dos tribunais, e esses julgamentos se tornarão ‘fonte’ do direito” (HART, 2012, p. 126).

Admite, porém, que ao contrário de um texto vinculante ou de uma lei promulgada, as decisões de julgamento (precedentes) não podem ser vazadas em termos genéricos e sua utilização como orientações vinculantes sobre as normas depende de uma inferência precária a partir de certas decisões, sendo que a confiabilidade destas depende da habilidade do intérprete e da coerência dos juízes.

Em um sistema jurídico moderno, no qual existam várias fontes do direito a norma de reconhecimento possui certa complexidade, pois os critérios para a identificação das normas jurídicas são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais, havendo uma hierarquização entre estes critérios de acordo com uma ordem de subordinação e primazia relativa.

Além dos elementos expostos, Hart destaca que em sociedades complexas e numerosas as normas gerais e os padrões de conduta constituem o principal

instrumento de controle social e se não for possível transmitir esses padrões gerais de conduta de forma compreensível para multidões de indivíduos não existiria nada do que se pudesse entender por direito. Assim, o direito deve referir-se preferencialmente a classes de pessoas e a classes de condutas, coisas e circunstâncias “e o êxito de sua atuação sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade amplamente difusa de reconhecer certos atos, coisas e circunstâncias como manifestações das classificações gerais feitas pelas leis” (HART, 2012, p. 161).

As duas principais estratégias que são usadas para a comunicação desses padrões gerais de conduta são a legislação e o precedente, sendo que a primeira faz uma aplicação dos termos classificatórios gerais e a segunda faz uma aplicação mínima destes termos.

A transmissão por meio de precedentes (por meio de exemplos) pode deixar em aberto um amplo leque de possibilidades, e conseqüentemente de dúvidas, sobre o que se pretende. Isso porque surgem dúvidas acerca de até que ponto o comportamento apontado como exemplo deve ser imitado. Por outro lado:

Diante do caráter impreciso dos exemplos, a transmissão de padrões gerais de conduta por meio de fórmulas gerais linguísticas explícitas [...] parece clara, confiável e segura. Os aspectos que devem ser entendidos como orientações gerais de comportamento são identificados por meio de palavras; são distinguidas e separadas verbalmente, e não deixados mesclados com outros num exemplo concreto. [...]. Tem apenas que reconhecer exemplos concretos de enunciados verbais claros para “incluir” os fatos particulares dentro dos títulos classificatórios gerais e chegar a uma conclusão silogística simples. (HART, 2012, p. 163)

Nesse contexto, grande parte da teoria do direito consiste na gradativa compreensão do fato importante de que a diferença entre as incertezas da comunicação por exemplos dotados de autoridade (precedentes) e as certezas da transmissão feita por linguagem geral vinculante (legislação) é muito menos sólida do que sugere essa contraposição (HART, 2012).

Isso porque mesmo nos casos de utilização de normas gerais, podem surgir dúvidas em casos concretos específicos quanto ao tipo de comportamento exigido. De acordo com Hart, é certo que existem casos claros que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, nos quais as fórmulas gerais são claramente aplicáveis (casos simples), contudo haverá casos aos quais não está claro se a fórmula se aplica ou não.

Os casos simples são apenas aqueles familiares, que reaparecem continuamente em contextos semelhantes e a respeito dos quais existe um juízo consensual quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios e os termos gerais seriam inúteis como meio de comunicação se não houvesse esses casos geralmente incontroversos.

Por vezes, surgem variações sobre as quais não paira consenso, havendo razões tanto favoráveis quanto contrárias ao emprego da fórmula geral. Nesses casos, para dirimir tais dúvidas, aquele que proferirá a decisão deve realizar uma escolha entre alternativas abertas.

A linguagem da norma apenas assinala um exemplo vinculante (casos nos quais existe um juízo consensual), aquele constituído pelo caso evidente, o qual pode ser usado de forma similar a um precedente, embora a linguagem da norma limite os traços que exigem atenção e o faça de maneira simultaneamente mais permanente e mais rigorosa que o precedente.

Busca-se verificar se existe similaridade suficiente entre o caso analisado e o caso evidente (caso simples) sob aspectos pertinentes. “Assim, a discricionariedade que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha” (HART, 2012, p. 165). O sujeito decide acrescentar um caso novo a uma sucessão de outros, em decorrência de semelhanças que podem ser razoavelmente consideradas pertinentes do ponto de vista jurídico e suficientemente próximas do ponto de vista factual.

Tanto nos casos da legislação, quanto nos casos dos precedentes, a estratégia de transmissão de padrões de comportamento funcionará na grande maioria dos casos comuns, contudo poderá se mostrar frágil em algum ponto, quando a aplicação for posta em dúvida, devido à chamada “textura aberta”.

De acordo com o autor, os legisladores não podem ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer e isso acarreta em certa imprecisão dos objetivos das normas. Quando o caso imprevisto vier efetivamente a ocorrer, devemos confrontar o problema e então resolvê-lo pela escolha entre os interesses conflitantes da forma que melhor nos satisfizer. Ao decidir, teremos tornado nosso objetivo inicial mais claro e incidentalmente

solucionamos uma questão relativa ao sentido do termo genérico para os efeitos dessa norma.

Nos casos de imprecisão, a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve exercer sua discricionariedade e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta e não por uma solução que represente um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes (HART, 2012).

Quanto aos precedentes, Hart afirma que a especificação do padrão variável se assemelha muito ao exercício do poder de fixar normas outorgadas a um órgão administrativo, embora haja diferenças óbvias.

No direito anglo-americano, o exemplo mais famoso dessa técnica é o uso do padrão da devida precaução (*due care*) em casos de negligência. Sanções civis, e, com menos frequência, criminais, podem ser aplicadas aos que deixam de tomar precauções razoáveis para evitar infligir danos físicos a outras pessoas. Mas como definir a precaução razoável, devida ou adequada numa situação concreta? Podemos, evidentemente, citar exemplos típicos de precaução devida: praticar atos como “parar, olhar e escutar” em lugares onde se espera que haja tráfego. Mas todos sabemos que as situações que exigem precaução são enormemente variadas, e que muitos outros atos são agora necessários além de, ou em vez de, “parar, olhar e escutar”; na verdade, essas precauções podem não bastar e podem ser totalmente inúteis se o ato de olhar não ajudar a eliminar o perigo. (HART, 2012, p. 172)

O *status* dominante de algum ato, acontecimento ou situação facilmente identificável pode ser em sentido convencional ou artificial e não devido a sua importância natural ou intrínseca para nós. Não importa qual lado da estrada deve ser usado, nem quais as formalidades prescritas para a transferência de uma propriedade. O que é importante é um procedimento uniforme e facilmente identificável, o que acarreta, conseqüentemente, na existência de um procedimento correto e um procedimento errado em tais questões.

Tratando especificamente dos precedentes (transmissão de padrões de comportamento por meio de exemplos), o autor afirma que tal estratégia de transmissão de normas traz em si indeterminações de um tipo mais complexo do que as encontradas na legislação.

Afirma que as descrições da “teoria” inglesa do precedente são ainda altamente discutíveis: “na verdade, até as palavras-chave usadas na teoria, ‘*ratio decidendi*’, ‘fatos materiais’, ‘interpretação’ e outras, têm sua própria zona obscura

de incerteza” (HART, 2012, p. 174). Nesse sentido, entende que qualquer descrição do uso de precedentes no direito inglês deve reservar um lugar para alguns fatos contrastantes.

Primeiramente, não existe um método único para se determinar a norma derivada de certo precedente autorizado, mesmo que na vasta maioria das causas levadas ao Judiciário, existe pouca dúvida a esse respeito. Isso porque, geralmente, o resumo do caso é bastante correto. Em segundo lugar, não se pode extrair dos casos decididos nenhuma formula vinculante ou exclusivamente correta de qualquer norma. Contudo, muitas vezes existe um consenso quanto à adequação de uma determinada formulação, quando está em causa a pertinência de um precedente para um caso posterior.

Em terceiro lugar, independentemente da autoridade da norma derivada de um precedente, ela é compatível com o exercício de dois tipos de atividade, criadora ou legislativa, por parte dos tribunais sujeitos a essa norma. Por outro lado, os tribunais que julgam uma causa posterior podem chegar a uma decisão oposta à contida no precedente e para tal, restringem a norma extraída do precedente, admitindo exceções não consideradas anteriormente ou, no caso de terem sido consideradas, deixadas em aberto.

Esse procedimento de distinguir (*distinguishing*) o caso anterior envolve a descoberta de alguma diferença pertinente entre os casos analisados (o caso anterior e o caso atual). De forma contrária, ao seguir o precedente, o tribunal pode desconsiderar uma restrição encontrada na norma tal como foi formulada a partir do caso anterior, com a justificativa de que não é exigida por nenhuma norma estabelecida mediante lei positiva ou precedente judicial, o que equivale a ampliar o alcance da norma.

Assim, a textura aberta do direito significa que existem áreas de comportamento nas quais muitas coisas devem ser decididas pelas autoridades judiciais que buscam obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varie de caso para caso.

Entretanto, a vida do direito consiste em grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares através de normas precisas, que, diversamente das aplicações de padrões variáveis, *não* lhes exijam uma nova decisão a cada caso. Esse fato evidente da vida social permanece verdadeiro mesmo que possam surgir dúvidas quanto à aplicabilidade de qualquer norma (escrita ou

transmitida por precedente) a um caso concreto. (HART, 2012, p. 175)

Dessa forma, os tribunais desempenham um importante papel normativo e em um sistema no qual o *stare decisis* seja firmemente reconhecido, essa função dos tribunais se assemelha muito ao exercício, por parte dos órgãos administrativos, de poderes normativos delegados.

Neil MacCormick, partindo deste referencial, tem como objetivo construir uma teoria da argumentação jurídica para a teoria do direito de Hart. Para MacCormick, a argumentação jurídica é vista como ramificação da argumentação prática, que consiste na aplicação da razão por parte dos seres humanos para decidir qual é a forma correta de se comportarem em situações onde haja escolha.

Nesse contexto, a exigência de uma teoria de precedentes se dá pela necessidade de coerência e pela coerção da justiça formal. O autor defende que os juízes decidem casos jurídicos não de forma individual, mas sim em termos lógicos, considerando premissas universais como regras que se aplicam ao caso em apreço, mas que também se adequarão a casos semelhantes que surgirão posteriormente, sempre com atenção ao que já foi construído no passado (MACCORMICK, 2006).

Para o autor escocês, as ideais de justificação e justiça estão intimamente ligadas, ou seja, justificar um ato consiste em demonstrar que esse ato é justo. Para ele, a argumentação prática e a argumentação jurídica cumprem uma função de justificação e essa função está presente inclusive quando a argumentação visa uma finalidade de persuasão, “pois só se pode persuadir se os argumentos estão justificados, isto é – no caso da argumentação jurídica – se estão de acordo com os fatos estabelecidos e com as normas vigentes” (ATIENZA, 2006, p. 119).

Além disso, MacCormick parte da concepção de Estado de Direito, considerando este como uma virtude crucial das sociedades civilizadas. Ao tratar do Estado de Direito, afirma que:

Isso garante considerável segurança para a independência e dignidade de cada cidadão. Onde o Direito prevalece, as pessoas podem saber onde estão e o que são capazes de fazer sem se envolverem em processos civis ou terem que enfrentar o sistema de justiça penal. [...]. De um ponto de vista moral, a certeza e a segurança jurídicas têm valor considerável em razão da qualidade de vida que proporcionam aos cidadãos. (MACCORMICK, 2008, p. 17)

Assim, os juízes, no exercício de suas funções, não estão compelidos apenas a fazer justiça, mas sim fazer justiça de acordo com a lei.

Importante destacar que a afirmação de que o Estado de Direito possui relação direta com o fazer justiça de acordo com a lei não é incompatível com a tradição *common law*. Nesse sentido, esclarecedoras são as lições de Zagrebelsky (2009, p.24):

En la tradición europea continental, la impugnación del absolutismo significó la pretensión de sustituir al rey por outro poder absoluto, la Asamblea soberana; em Inglaterra, la lucha contra el absolutismo consistió em oponer a las pretensiones del rey los “privilégios y libertades” tradicionales de los ingleses, representados y defendidos por el Parlamento. No hay modo más categórico de indicar la diferencia que éste: el absolutismo régio fue derrotado, en un caso, como poder régio; en otro, como poder absoluto. Por eso, sólo en el primer caso se abrió la vía a lo que será el absolutismo parlamentario por medio de la ley se concebía solamente como uno de los elementos constitutivos de um sistema jurídico complejo, el “common law”, nacido de elaboración judicial de derecho de naturaliza y de derecho positivo, de razón y de legislación, de historia y de tradiciones.

Nestes termos, as normas do sistema jurídico fornecem uma concepção sólida da justiça que em circunstâncias normais (em casos que não se caracterizam como *hard cases*) é cumprida em termos suficientes pela aplicação de normas (pela justificação por dedução, de acordo com o autor) pertinentes e aplicáveis segundo seus termos (MACCORMICK, 2006).

MacCormick realiza a distinção entre concepções de justiça e o conceito de justiça. O conceito de justiça é abstrato e formal e a “exigência de justiça formal consiste em tratarmos casos semelhantes de modo semelhante e casos diferentes de modos diferentes; e dar a cada um o que lhe é devido” (MACCORMICK, 2006, p. 93).

Ocorre que nem sempre os casos levados ao Judiciário podem ser decididos pela justificação dedutiva devido a três problemas que podem surgir. O primeiro corresponde ao problema de interpretação; nem todas as normas jurídicas podem sempre dar uma resposta clara a cada questão prática que surja. “Quase qualquer norma pode se provar ambígua ou obscura em relação ao contexto questionado ou questionável litígio” (MACCORMICK, 2006, p. 83), sendo que tais normas somente podem ser aplicadas quando a obscuridade ou a ambiguidade for resolvida.

O segundo problema que pode surgir é o que o autor chama de problema de classificação, que possui certa similaridade com o problema de interpretação. O problema de classificação corresponde à necessidade de saber se determinados

fatos de um litígio podem ou não ser classificados em um determinado gênero contido em uma lei ou em um precedente.

Por fim, o problema de pertinência. Afirma que, especialmente dentre de um sistema de direito codificado, poderia ser considerado necessário submeter cada disputa e decisão a algum artigo ou artigos de um Código e, sendo considerado que o Código cobre de forma abrangente todo o campo do direito, então nenhuma decisão pode ser considerada justificada a menos que esteja prevista em um artigo da lei escrita (em alguma interpretação desse artigo).

Conduto, uma característica inevitável de um sistema de direito não codificado é que muitas questões de disputa e decisões surgem sem referência à lei estabelecida de qualquer forma que seja. Assim, o problema de pertinência pode ser entendido como uma disputa para a qual não haja nenhuma lei (codificada ou precedente) aplicável diretamente.

Quando a questão não pode ser decidida pela justiça de acordo com a lei devido a problemas de interpretação, de classificação ou de pertinência, devemos passar para a justificação secundária que é composta pela análise de argumentos consequencialistas e orientadas pela coesão e coerência, elementos diretamente ligados à justiça formal (MACCORMICK, 2006).

A justiça formal, por sua vez, não é vista como única justiça a ser observada, mas corresponde a forte razão para a observância de precedentes judiciais. Assim, se um caso for decidido de forma x , os casos futuros e suficientemente semelhantes devem ser decididos de forma x , o que corresponderia à observância a justiça formal.

O autor ressalva, porém, que pode haver boas razões para a não observância de precedentes, como, por exemplo, a decisão anterior ser, por algum motivo, significativamente injusta ou indesejável por alguma razão. Isso levantaria a discussão de se é melhor perpetuar uma injustiça substantiva para satisfazer a justiça formal, ou satisfazer a justiça substantiva no caso em análise sacrificando a justiça formal.

Apesar desse possível problema, MacCormick defende que a justiça formal estabelece uma razão presumível para a observância de precedentes:

Por banal que seja o fato de que as exigências de justiça formal estabelecem no mínimo uma razão presumível para a observância dos precedentes, não é menos verdadeiro, embora seja observado com menor frequência, que essas exigências impõe sobre a decisão

de disputas levadas a juízo, coerções tanto voltadas para o futuro como para o passado. (MACCORMICK, 2006, p. 95)

Assim, quando o tribunal decide um caso específico deve considerar o seu dever de decidir o caso em termos compatíveis com decisões anteriores sobre questões semelhantes. A justiça formal exige que o tribunal decida o caso atual da mesma forma dos casos anteriores, exceto se tiver fortes razões para não segui-los.

Esse dever implica também que o tribunal, ao decidir o caso atual, deve utilizar fundamentos que esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, tanto quanto a obrigação de observar as decisões passadas. “As duas implicações são implicações de adesão ao princípio da justiça formal; e quem quer que concorde quanto ao dever dos juízes de acatar o princípio da justiça formal está comprometido com essas duas implicações” (MACCORMICK, 2006, p. 96). O autor afirma ainda que:

Por minha própria conta, eu sem dúvida defenderia a opinião de que juízes deveriam aderir ao princípio da justiça formal, como requisito mínimo para fazer justiça, e mais ainda a “justiça de acordo com a lei”. Ademais, eu afirmaria que a exigência de pensar no futuro é ainda mais rigorosa que a exigência de contemplar o passado, só porque – como vimos – pode haver genuinamente um conflito entre a justiça formal de observância de precedentes e a percepção da justiça substantiva no caso atual. Esse conflito não pode na natureza do caso surgir quando, livre das peias de leis inequívocas ou de precedentes de diretamente vinculantes, eu decido o caso de hoje com o conhecimento de que com ele devo me comprometer a fixar fundamentos para a decisão de casos semelhantes de hoje e do futuro. (MACCORMICK, 2006, p. 96)

Esse corresponde ao critério de universalidade defendido por MacCormick, critério este existente tanto na justificação de primeira ordem quanto na justificação de segunda ordem, exigindo que para justificar uma decisão normativa, devemos contar com pelo menos uma norma geral ou um princípio (premissa maior do silogismo judicial). Dessa forma, ao justificar uma determinada decisão é preciso oferecer razões a favor da mesma, contudo razões particulares não são suficientes, sendo necessário demonstrar que sempre que presentes circunstâncias similares, as razões apresentadas justificarão a mesma decisão (ATIENZA, 2006).

A escolha de obedecer à justiça formal corresponde à escolha entre o racional e o arbitrário na condução das relações humanas e ao afirmar como princípio fundamental que os seres humanos deveriam ser racionais em lugar de arbitrários na condução de seus assuntos públicos e sociais.

[...] ou nossa sociedade é organizada de acordo com esse valor da racionalidade ou não, e não consigo contemplar sem repugnância a incerteza e insegurança de uma sociedade gerida arbitrariamente, na qual decisões de todas as espécies são tomadas de acordo com a veneta ou o capricho de alguém naquele momento, sem referência a processos decisórios passados ou futuros. (MACCORMICK, 2006, p. 98)

A racionalidade nos leva à necessidade de que uma resposta justificada à pergunta racional nos requeira uma resposta à pergunta universal. A decisão proferida no caso concreto deve ser passível de universalização, mesmo que seja proferida em termos estritamente particulares.

A justiça formal vai bem mais além da aplicação de leis ou precedentes a casos semelhantes. Ela também exerce coerção quando evidenciados os problemas de interpretação, classificação e pertinência. Mesmo quando não for claro se a lei se aplica, qual interpretação da lei deve ser aplicada ou quando não exista lei diretamente aplicável ao caso concreto, a justiça formal será o crivo para a seleção de qual decisão proferir.

MacCormick sustenta que quando o julgador se deparar com um desses problemas, não podendo decidir exclusivamente por meio da justificação dedutiva (justificação de primeira ordem), deverá decidir a partir da justificação de segunda ordem. Uma vez que justificar a decisão particular corresponde a enunciação de uma deliberação universal pertinente à questão particular, logicamente que a justificação de segunda ordem diz respeito a uma escolha entre deliberações universais.

Em outras palavras, a justificação de segunda ordem corresponde à justificação de escolhas entre possíveis deliberações rivais. Contudo, essas escolhas devem se dar e fazer sentido dentro de um contexto específico de um sistema jurídico operante que impõe limitações a essa escolha (MACCORMICK, 2006).

O primeiro elemento da justificação de segunda ordem corresponde ao fato de ela dizer respeito, primeiramente, ao que faz sentido no mundo, na medida em que, para o autor, envolve argumentos de natureza consequencialistas de caráter essencialmente avaliatórios e, portanto, em certo sentido subjetivo.

O segundo elemento diz respeito ao que faz sentido no sistema no qual se está inserido. "A ideia básica é de um sistema jurídico como um corpo coerente e coeso de normas cuja observância garante certos objetivos valorizados que podem

todos ser buscados em conjunto de modo inteligível” (MACCORMICK, 2006, p. 135). Desta forma, não importa o quanto desejável uma determina deliberação pode ser do ponto de vista consequencialista, ela não poderá ser adotada se estiver em contradição com alguma norma válida e de caráter obrigatório do sistema. Essa é a exigência de coesão.

A coerência também está inserida no segundo elemento da justificação de segunda ordem e possui um sentido menos estrito do que a coesão. “Pode-se imaginar um conjunto aleatório de normas no qual nenhuma esteja em contradição com as outras, mas que, vistas como um todo, não envolvem a busca de nenhum valor ou linha de ação inteligível” (MACCORMICK, 2006, p. 135).

As normas podem ser coesas sem que o sistema seja coerente como meio de ordenamento social, entendendo-se ordem como uma organização em relação a valores inteligíveis e mutuamente compatíveis.

A coerência pode ser de dois tipos, sendo o primeiro tipo chamado de “coerência normativa” e está relacionada à justificação de soluções jurídicas ou de proposições normativas no contexto mais geral de um sistema jurídico concebido como uma ordem normativa, enquanto que o segundo tipo diz respeito à “coerência narrativa” e se relaciona a justificação da descoberta de fato e a elaboração de inferências razoáveis a partir de provas.

Tanto no contexto da coerência normativa quanto no contexto da coerência narrativa, a falta de coerência no que é dito envolve uma falta de sentido. Pode ser que um conjunto incoerente de normas possa ter cada uma de suas normas cumprida sem infringir qualquer outra norma e mesmo assim o todo parecer não fazer sentido na constituição de uma ordem razoável de conduta (MACCORMICK, 2008).

Conforme as normas sejam, ou sejam tratadas como se fossem, manifestações de princípios mais gerais o sistema adquire coerência. Quando a justificação de primeira ordem não for suficiente para proferir a decisão, a exigência de coerência será um filtro para as deliberações possíveis, somente podendo ser adotada aquela que possa ser inserida no âmbito do corpo existente do princípio jurídico geral (MACCORMICK, 2006).

Dessarte, os juízes, mesmo quando não possam decidir exclusivamente pela justificação dedutiva a partir de normas válidas e estabelecidas, não podem escolher a deliberação, por mais aceitável e conveniência de uma perspectiva

consequencialista, se tal deliberação não for autorizada pela lei, o que, em certa medida, corresponde a uma exigência de justiça formal.

Os princípios possuem relevante função na análise de coerência da decisão, seja nos casos em que inexistente regra a ser aplicada ou quando não se sabe como a regra deve ser aplicada. Isso porque, um determinado conjunto de normas pode ser de tal natureza que todas elas sejam compatíveis com uma determinada norma mais geral, sendo assim consideradas como manifestações mais específicas daquela norma mais geral.

Se essa norma geral for considerada uma norma sólida e sensata, ou justa e desejável para condução das relações sociais, essa norma poderá ser considerada um princípio que ao mesmo tempo explica e justifica todas as normas mais específicas.

Para MacCormick, a inserção dos princípios no plano dos padrões normativos ocorre por meio da legislação ou por meio da jurisprudência (mais especificamente pelo precedente). “As duas estratégias sugeridas são, enfim, métodos de formalização dos princípios e seu enquadramento institucional, como regras de um sistema derivado dos modelos regulares de produção jurídica” (DIAS, 2014, p. 198).

A justificação se dá pelo fato de que: “se uma norma *n* for valorizada em si ou como meio para um fim almejado, demonstrar que uma norma específica pode ser subordinada a ela corresponde a demonstrar que se trata de uma norma a seguir” (MACCORMICK, 2006, p. 197). Já no que diz respeito à explicação, o autor afirma que:

[...] quando estamos em dúvida acerca do correto significado da norma num determinado contexto, uma consulta ao princípio pode nos ajudar a explicar como ela deve ser entendida; também de modo superficial, é possível explicar por que motivo se considera ser válido aderir à norma. Chamar uma norma de “princípio” significa, portanto, que ela tanto é relativamente geral como tem valor positivo. (MACCORMICK, 2006, p. 197-198)

Formular os princípios de um sistema jurídico, do ponto de vista de quem está dentro desse sistema, envolve uma tentativa de lhe dar coerência em termos de um conjunto de normas gerais que expressam valores justificatórios e explanatórios do sistema e isso faz com que o sujeito busque entender os valores aos quais deveriam servir a legislação e “as normas da jurisprudência conforme a interpretação judiciária de legisladores e juízes, como na imposição daquilo que

parece aos seus olhos uma base aceitável de valor para as normas” (MACCORMICK, 2006, p. 198).

Os valores não são apenas propósitos, objetivos ou fins de fato, perseguidos de tempos em tempos por pessoas individuais ou órgãos institucionais. São na verdade estado de coisas cuja busca é legítima, desejável, valiosa ou até mesmo obrigatória, na condição de propósitos, objetivos ou fins. MacCormick entende que existe uma sobreposição entre “valores” e “princípios” e assim para cada valor existe um princípio de acordo com o qual aquele princípio ou pode ou deve ser perseguido ou realizado. “A observância de tais princípios é um meio intrínseco, e não instrumental, de realizar valores” (MACCORMICK, 2008, p. 251).

No que diz respeito aos juízes, sua área de alcance da liberdade, do poder e do dever de buscar soluções justificáveis por meio de avaliações consequencialistas das necessidades do caso é limitada pela exigência de que demonstrem algum fundamento jurídico para o que fazem e os princípios gerais fornecem a orientação necessária, limitação para a decisão e expressam as razões subjacentes para as normas específicas que existem.

A aceitação de determinados princípios proporciona a racionalização e, portanto, uma razão justificatória para decisões jurisprudenciais e determinado conjunto ou conjuntos de normas jurídicas, proporcionando a coerência do sistema jurídico. Assim, é possível dizer que a coerência normativa é uma coerência de princípio. MacCormick (2008, p. 252) afirma:

[...] a coerência de normas (consideradas como um conjunto de algum tipo), depende de que elas “façam sentido” em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns. Pode-se, também, expressar isso como uma questão de satisfação de alguns princípios mais ou menos claramente articulados. Para que os princípios e valores sejam coerentes em si mesmos, exige-se que, na sua totalidade, eles possam expressar uma forma de vida satisfatória. Ou seja, uma forma de vida pela qual seria possível seres humanos, tais como são os seres humanos, viverem juntos em razoável harmonia e com alguma percepção de um bem comum do qual todos participam. Em resumo, a coerência de um conjunto de normas é função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomadas em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória.

A observância desta justiça formal e da coerência garante o tratamento igualitário, garante a igualdade perante a lei e o compromisso com o Estado de

Direito. Mais do que isso, o compromisso de igualdade perante a lei e a promessa de comprometimento com o Estado de Direito trazem consigo promessas de consistência e coerência na tomada de decisões judiciais (MACCORMICK, 1998). *“Those who come before the courts have a demand in the name of equality that the court shall not treat their cases differently, certainly not less favourably, than they have treated materially similar cases in the past”* (MACCORMICK, 1998, p. 175).

Aqueles que procuram viver sob a lei tem o direito de exigir que a aplicação da lei não seja arbitrária, variando de interpretação de caso a caso. *“The same law in a similar interpretation should apply to my case as to yours; there should not be special interpretations of the same law”* (MACCORMICK, 1998, p. 175).

Assim, entendemos que essas coerções de justiça formal e, conseqüentemente, de igualdade nos levam a necessidade de respeitar o precedente, pois não podemos racionalmente decidir um caso hoje sem nos convenceremos de que a base de nossa decisão poderá ser satisfatoriamente aplicada no futuro em situações similares, gerando desta forma uma coerência nas tomadas de decisões e afastando ao máximo a arbitrariedade.

Aqui podemos introduzir outra questão, ventilada anteriormente, de elevada importância na teoria do autor, a ideia de universalidade ou universalização (*universalisability*), que já foi brevemente ventilada no presente trabalho. Para MacCormick (2008), quando um julgador decide um determinado caso, ele deve fazê-lo tendo em mente que a mesma decisão deve ser aplicada a casos similares por ele julgados no futuro, em outras palavras, os argumentos aplicados no caso atual devem ser aplicáveis também a casos similares que venham a ser julgados. Essa exigência corresponde a um limite imposto pela racionalidade da argumentação.

Ainda que qualquer dilema ou problema prático em particular deva ser considerado a partir dos seus próprios méritos [...], devemos ter sempre em mente que aquelas proposições universais (*sempre que C, então D*) que utilizamos não podem ser consideradas como compromissos isolados que somente vinculam àquele caso particular. (MACCORMICK, 2008, p. 30)

Ao decidirmos questões, assim fazemos como parte de uma vida social continuada, na qual nos engajamos de forma interpessoal e as decisões ou dilemas são recorrentes por natureza.

Os princípios e regras de decisão e de conduta que são adotados por uma determinada pessoa têm que pertencer a um corpo de pensamento prático e de compromissos que sejam internamente consistentes, e que seja caracterizado por certa coerência geral.

De acordo com esse entendimento, para que um dado ato seja correto em virtude de uma determinada característica ou conjunto de características, o ato precisa ser materialmente correto em todas as situações em que materialmente as mesmas características se apresentam.

MacCormick further explores the requirement of universability and attributes to it the so-called *backward* and *forward-looking* effects. Backward-looking is a well-known notion: judges ought to decide in the same way as in similar previous cases. More challenging, however, is the forward-looking effect: "That I must treat like cases alike implies that I must decide today's case on grounds which I am willing to adopt for the decision of future similar cases". [...]. Therefore, formal justice as backward and forward-looking shows an inescapable connection with universalizability: backward and forward-looking effects are likely only when the ruling of the case, that is, the grounds that support a judicial decision, is enunciated in universal terms. (SORIANO, 2008, p. 35)

Assim, quando um juiz faz referência a uma decisão anterior, ele está fazendo referência à regra universal contida na decisão.

Excepcionalmente, características relevantes adicionais podem se apresentar de forma a alterar o resultado, mas a exceção é válida apenas se tiver a mesma qualidade universal. Qualquer compromisso com a imparcialidade entre diferentes indivíduos e diferentes casos exige que os fundamentos para o julgamento neste caso sejam tidos como repetíveis em casos futuros (MACCORMICK, 2008).

Voltando a questão específica acerca da coerência, devemos lembrar que a coerência nas normas e em sua aplicação, não é somente uma exigência lógica, mas também um conceito carregado de valor. A coerência é a coerência de regras e normas umas com as outras, porque sustentado por um esquema coerente e aceitável de valores básicos e princípios entendidos como tendo pesos variáveis contextuais.

MacCormick defende que todos os argumentos racionais são conduzidos em termos de uma construção de narrativas e uma busca por uma correspondência de padrão entre as narrativas. Assim, precedentes como forma de analogia são fundamentais para o pensamento pautado na razão prática; é elementar que o

modelo de analogia seja considerado em um sistema que considere a lei como um processo racional (MACCORMICK, 1998).

Para o autor, a percepção de similaridade entre o problema com o qual o tribunal se depara e problemas tratados em casos decididos anteriormente pode, por si mesma, levar a uma decisão envolvendo a formulação de um princípio satisfatório. Mesmo na falta de formulação de um princípio especificamente relevante para a área direito na qual o problema se localiza, existe um princípio de justiça segundo o qual os casos iguais devem ser tratados de forma igual e casos diferentes devem ser tratados de forma diferente e este princípio requer que se siga uma analogia uma vez que o juiz esteja convencido de que há semelhança, mesmo quando for difícil decifrar exatamente qual a relevância da semelhança (MACCORMICK, 2008, p. 272). MacCormick afirma que:

[...] my own theory of analogical reasoning essentially assimilate analogical reasoning to reasoning from general principles in the process of justification, though from the point of view of a process of rational discovery, they can admit a more exploratory and intuitionistic approach to the search for similarities as guides to decision. Theories of law that stress the inherent universalisability of good reasons for decisions are almost inevitably committed to reconstructing the particular analogy model as really a subset of the model of principle-exemplification. (MACCORMICK, 1998, p. 185)

Neste ponto, o autor admite a similaridade entre a sua teoria e a de Dworkin, no que diz respeito à ideia de que há uma necessidade, em uma dimensão global, do encaixe entre uma decisão em particular e o sistema como um todo, por conseguinte, a exemplificação dos princípios, e a construção de um equilíbrio perfeito entre os princípios operativos, é essencialmente a racionalidade na tomada de decisão.

Diz ainda que o peso colocado sobre o “precedente de interpretação” no pensamento jurídico contemporâneo na tradição francesa pode ser claramente assimilado como a concepção de Dworkin de direito como integridade (MACCORMICK, 1998).

Os precedentes estão ligados a questões fundamentais de valor na ordem jurídica. Qualquer teoria deontológica de justiça deve possuir algum grau de comprometimento com os precedentes. O valor principal ligado a estes é, como já dito, o da justiça formal tratando casos similares de forma similar, gerando, pelo menos no aspecto formal, a igualdade perante a lei.

A justiça formal é a primeira exigência de racionalidade e corresponde ao alicerce racional do precedente, e, nesse sentido, o precedente seria fundado em um princípio de justiça formal que contribui para a justificação da decisão judicial (a justiça formal é por si só uma forte razão para seguir precedentes). Desta forma, os precedentes podem ser considerados como argumentos para a decisão judicial, provendo um ponto inicial de argumentação e não seguir o precedente exige uma justificação para tal (SORIANO, 2008).

Onde as regras legais não são injustas em termos substantivos e onde elas são interpretadas de uma forma esclarecida, interpretação esta guiada por princípios que asseguram respeito às pessoas e elucidada por meio de precedentes de interpretação, temos fortes razões de justiça para aderir ao *stare decisis* (MACCORMICK, 1998).

Os precedentes que estabelecem interpretações legais garantem maior grau de previsibilidade, segurança e igualdade perante lei, pois garantem que as leis sejam aplicadas de forma igual em todos os locais do país.

This in turn consolidates security of expectation concerning legal duties and rights and the degree to which one can act in confident reliance on a settled understanding of the law. Moreover, to the extent that there is a uniformity of this kind there is a genuine achievement of the ideal of equality before the law to the extent that the law in the same interpretation applies everywhere in the jurisdiction. (MACCORMICK, 1998, p. 187)

Nestes termos, MacCormick defende que os precedentes possuem importância e devem ser observados em quaisquer sistemas jurídicos, *common law* ou *civil law*, pois correspondem a exigências de justiça formal e igualdade perante a lei.

[...] precedent does have real significance for any legal system, any country, in which human equality is respected. On that account, and perhaps despite first appearances, there will be lasting value in continuing to ponder over problems of meaning and interpretation in relation to case law and precedent. (MACCORMICK, 1998, p. 187)

A relevância dos “precedentes interpretativos” ganha maior força na teoria de MacCormick devido ao fato de que, para ele, as “regras morais reconhecidas como princípios jurídicos pelos órgãos que as aplicam passam também a fazer parte do Direito” (BUSTAMANTE, 2012, p. 143).

Ou seja, mesmo em países que não adotem o modelo de precedentes vinculantes, a decisão de um tribunal reconhecendo um determinado princípio

extraído de leis ou da Constituição, passa a integrar o conjunto de normas existente e, a partir da exigência de coerência, tal princípio deve ser aplicado a casos futuros.

Com a conclusão da presente seção, acreditamos que foi possível demonstrar a estreita relação entre igualdade, justiça formal, contenção se arbitrariedades e a observância de uma teoria dos precedentes. A observância e correta aplicação dos precedentes, a partir da correta compreensão de institutos como *ratio decidendi*, *distinguishing* e *overruling*, é de vital importância para um país Democrático de Direito, pois um país que tenha pretensões de tratar seus cidadãos de forma igualitária, sem distinções e diferenciações arbitrárias, bem como que seja regido e reja a vida de seus cidadãos por meio do direito.

A observância aos precedentes (seja como obrigatórios em sentido forte, em sentido fraco ou meramente persuasivos) possibilita o tratamento igualitário, fazendo com que casos similares sejam aplicadas as mesmas leis (e a mesma interpretação da lei), possibilita julgamentos e decisões similares para casos similares e casos decisões distintas para casos diferentes.

A teoria de MacCormick nos permite constatar diretamente o grande ponto de contato entre a observância de uma teoria estruturada dos precedentes judiciais (não necessariamente vinculante em sentido forte) e o Estado de Democrático de Direito.

2.3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

Como foi possível demonstrar, a observância aos precedentes judiciais corresponde à exigência democrática, principalmente no que diz respeito à igualdade, ou direito a igual consideração nos termos de Dworkin, correspondendo à importante instrumento de contenção de arbitrariedade, possibilitando o controle de racionalidade das decisões judiciais.

Isso porque, em síntese, a adoção de uma teoria dos precedentes judiciais determina que o julgador dê igual tratamento a sujeitos em situações similares, bem como exige que este julgador, caso não aplique o precedente, dê suas razões para o tratamento diferenciado.

Tal função é evidenciada em ambas as teorias da argumentação expostas, relacionadas com as respectivas teorias do direito expostas, seja pela exigência de universabilidade das razões (comprometimento com o passado e o futuro), seja pela exigência de igual consideração e a força gravitacional dos precedentes.

A noção de integridade, como foi exposta, exige que o governo tenha uma única voz, tratando todos os seus cidadãos de forma coerente, fundamentada e, conseqüentemente, como iguais. Para a efetivação da integridade é indispensável que cada juiz atue como um dos autores do romance em cadeia e continue a produção (criação) do direito a partir do direito existente.

Nesse contexto, a observância dos precedentes corresponde a exigência do direito como integridade, isso porque as decisões anteriores integram o direito existente e o juiz não pode ignorar o passado sob pena de faltar coerência, tratando situações iguais de formas diferentes, não observando o direito à igual consideração. Mesmo nos casos de *distinguishing*, os precedentes podem e devem ser considerados ao tempo da decisão, pois exercem força gravitacional por meio dos princípios constantes nas decisões.

Fica claro que a teoria da argumentação, ancorada na noção de interpretação criativa, existente na teoria do direito de Ronald Dworkin depende dos precedentes judiciais para ter viabilidade e concretude. Sem levar em consideração os precedentes, o juiz fica impossibilitado de confrontar sua interpretação com a rede de estruturas e decisões, em especial as decisões judiciais, de sua comunidade.

No que tange à teoria da argumentação de MacCormick, construída no contexto da teoria do direito de Hart, também pudemos evidenciar a importância de uma teoria dos precedentes judiciais. Isso porque, partindo do Estado de Direito, fica completamente inviabilizada a efetivação de valores como a igualdade.

Uma teoria da argumentação, no contexto de um Estado de Direito, precisa, nos termos expostos pelo autor escocês, de precedentes judiciais. Justificar uma decisão implica em oferecer razões em favor da mesma, porém tais razões devem ser universalizáveis, ou seja, as razões apresentadas justificarão a mesma decisão em casos futuros quando evidenciadas circunstâncias similares.

Assim, observar os precedentes corresponde a afirmar que a decisão passada foi devidamente justificada, justificada ao ponto de que as razões lá existentes são aplicáveis não só ao caso presente, mas também aos casos futuros. Essa universalibilidade das razões deve permear o decidir do magistrado que, além de se comprometer com o passado, compromete-se com o futuro, compromete-se a decidir da mesma forma sempre que evidenciadas circunstâncias similares. A

relação entre observar ou não o precedente corresponde à relação entre o racional e o arbitrário.

Desta forma, após análise dos dois autores, foi possível constarmos que a consideração aos precedentes judiciais, com seus respectivos institutos, corresponde, independentemente da teoria do direito adotada, à importante elemento de contenção de arbitrariedade e maximizador de igualdade.

A partir das teorias da argumentação expostas na seção anterior e com supedâneo nos institutos, inerentes a teoria dos precedentes, expostos no primeiro capítulo, passaremos a uma análise mais pormenorizada do tratamento dado aos precedentes em território brasileiro.

É notório que o Brasil não adota uma doutrina dos precedentes judiciais vinculantes em sentido forte, contudo é possível encontrar em nosso sistema jurídico mecanismos de reforço dos precedentes, ou seja, mecanismos que atribuem, em algumas situações específicas, vinculatividade (seja em sentido forte, seja em sentido fraco) a determinadas decisões proferidas por determinados tribunais, o que aparenta demonstrar uma aparente preocupação com a gradual consolidação de uma teoria dos precedentes.

Isso porque, como será demonstrado mais a frente, os precedentes judiciais possuem relevante relação com os direitos fundamentais. Dessarte, passaremos a analisar os referidos instrumentos de reforço de precedentes, para em seguida discutir a ligação entre precedentes e direitos fundamentais, tendo em vista a relação entre as teorias da argumentação presentes nas teorias do direito apresentadas e a efetivação dos direitos fundamentais, o que esta diretamente relacionado com as noções de integridade, coerência e justiça formal apresentadas ao logo do presente capítulo.

3. PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A partir do já exposto no presente trabalho, podemos passar para a análise sucinta do sistema jurídico brasileiro, visando situa-lo dentro de uma teoria dos precedentes judiciais, principalmente objetivando a compreensão da vinculatividade dos precedentes no Brasil. Podemos verificar mais de um grau de vinculatividade no Brasil, dependendo do instituto ou da área do direito que analisamos.

Primeiramente analisaremos de forma breve os aspectos formais, os mecanismos de reforço dos precedentes, ou seja, mecanismos que visam atribuir algum grau de vinculatividade para determinadas decisões proferidas por determinados órgãos. Importante destacarmos que tais ferramentas estão diretamente relacionadas aos institutos inerentes a teoria do precedente anteriormente analisados, a exemplo: *ratio decidendi*, *distinguishing* dentre outros.

Em seguida, abordaremos a perspectiva material do assunto, tentando demonstrar a relação entre teoria dos precedentes judiciais e determinados direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

3.1 ASPECTOS FORMAIS

3.1.1 Controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade corresponde a uma consequência das Constituições rígidas, pois no sistema de Constituição rígida existe uma distinção primária entre poder constituinte e poderes constituídos. A consequência é a “superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma” (BONAVIDES, 2007, p. 296).

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade no Brasil, podemos perceber uma clara influencia da tradição *common law* adotando desde 1831 o sistema difuso de *judicial review*, sendo que na Constituição de 1934 foi introduzida a possibilidade do Senado suspender a execução de leis ou atos declarados inconstitucionais, atribuindo força obrigatória as decisões (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

No sistema brasileiro, o controle de constitucionalidade pode ocorrer por meio de ação direta ou de forma incidental. “Chama-se de controle concreto, porque feito *a posteriori*, à luz das peculiaridades do caso; a ele se contrapõe o controle

abstrato, em que a inconstitucionalidade é examinada em tese, *a priori*” (DIDIER JR, 2007, p. 09).

Assim, o controle de constitucionalidade pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal e não somente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o que confere ao juiz brasileiro uma posição diferenciada no *civil law*, ao contrário do que acontece em grande parte do direito continental (MARINONI, 2013).

Com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 foi introduzido no Brasil o controle concentrado de constitucionalidade por meio da ação direta de inconstitucionalidade.

As decisões nessa espécie de controle possuem eficácia *erga omnes*. Entende-se que essa eficácia estaria restrita a parte dispositiva da decisão e o efeito vinculante seria um acréscimo à eficácia *erga omnes* obrigando “a Administração Pública e os órgãos do Poder Judiciário, excluindo-se o STF, a submeter-se à decisão proferida na ação direta” (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 209).

Bastos (2009) faz uma ressalva relevante, lembrando que para parte da doutrina apenas as decisões de procedência no controle abstrato de constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes*:

Consoante essa corrente doutrinária, a decisão que julga procedente a ADI funciona como um ato normativo negativo, na medida em que retira, via de regra, a norma impugnada do ordenamento jurídico. Todavia, o mesmo não se dará em face da decisão que rejeite ou não acolha os termos da ação. (BASTOS, 2009, p. 111)

Acerca do efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, Mendes (1999-a, p. 14) afirma que:

Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais.

Dessa forma, a decisão em ação direta de inconstitucionalidade possui eficácia vinculante apta a excluir do ordenamento jurídico um dispositivo que esteja em desconformidade com a Constituição e cujo descumprimento enseja a proposição de reclamação constitucional, sendo este o entendimento firmado pelo STF (MENDES, 2004) e posteriormente confirmado pela Emenda Constitucional nº 45, alterando a redação do artigo 102, §2º a Constituição da República (CR).

No Brasil, o controle de constitucionalidade concentrado pode se dar não apenas por meio da ação direta de constitucionalidade (ADIN), mas também pela ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e pela arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), introduzidas no ordenamento brasileiro em 1993 e 1999, respectivamente, sendo que as duas também possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destina ao controle por via principal – abstrato e concentrado -, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (BARROSO, 2007, p. 07)

Como bem nos lembra Maués (2008), a articulação entre o controle concentrado e o difuso no Brasil é regido pela ideia de que a jurisprudência constitucional deve ser uniforme e tal modelo é baseado em três elementos:

- a) limitação da possibilidade do juiz afastar-se dos precedentes estabelecidos pelos tribunais superiores;
- b) utilização de mecanismos para dissuadir ou vedar a não aplicação do precedente;
- c) crença na possibilidade de limitar a interpretação dos textos normativos. (MAUÉS, 2008, p. 87)

Questão importante é verificar se o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade se limitam ao dispositivo da decisão ou alcançam os motivos determinantes da decisão. Ou seja, se apenas a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade ou se também os motivos que deram causa a decisão serão estendidos a todos.

Mendes afirma que o entendimento majoritário é de que somente a parte dispositiva da decisão é que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante e, pela perspectiva processual, a questão não poderia ser levada novamente a julgamento pelo STF (MENDES, 2004).

Nesse sentido a eficácia *erga omnes* tem como limite objetivo que a Corte Suprema proceda a nova aferição de inconstitucionalidade, salvo quando existirem mudanças significativas das circunstâncias fáticas ou relevante alteração das concepções jurídicas dominantes. A eficácia *erga omnes*, tal qual a coisa julgada, abrangendo apenas a parte dispositiva da decisão, não cria a possibilidade de vincular o

legislador, impedindo que seja reeditada norma de teor idêntico àquela declarada inconstitucional. (ARRUDA, 2006)

Por outro lado, parte da doutrina entende que ambos os efeitos devem se estender aos motivos determinantes da decisão. De acordo com Marinoni, “A adequada tutela jurisdicional da Constituição e a autoridade do Supremo Tribunal Federal dependem da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão proferida no controle abstrato de normas” (MARINONI, 2013, p. 467).

A atribuição de efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão em controle concentrado acarreta em maior latitude à incidência da reclamação constitucional, pois esta pode ser manejada para combater a não observância do dispositivo e dos motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi* ou *holding*), sendo este o entendimento adotado pelo STF na Reclamação n. 1987 e confirmado pelo Plenário do Tribunal na Reclamação n. 2363 (MARINONI, 2013).

De forma semelhante ao que ocorre nos Estados Unidos da América, o STF pode limitar o efeito *ex tunc* das decisões em controle concentrado de constitucionalidade ou até mesmo atribuir-lhes efeito *ex nunc*, objetivando a proteção da segurança jurídica ou excepcional interesse social, devendo ser aprovada por dois terços dos membros (CARNEIRO JÚNIOR, 2012). Tal possibilidade está prevista na Lei 9.868/1999.

3.1.2 Repercussão geral

A repercussão geral corresponde a mais um requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário e foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004. O artigo 102, §3º passou a exigir a indispensabilidade de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso.

O Código de Processo Civil, ao disciplinar a repercussão geral, em seu artigo 543-A, §1º e §3º, considerou que esta estará configurada quando a questão discutida no recurso for relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico ou que ultrapasse os interesses subjetivos da causa e quando o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante no Tribunal.

A criação desse novo requisito de admissibilidade pela Emenda Constitucional n. 45, teve como um de seus objetivos conter o elevado número de Recursos Extraordinários interpostos perante o STF (BARROSO, 2007).

Ao tratar da criação do novo requisito de admissibilidade, Marinoni (2013, p. 471) afirma: “Trata-se de busca de unidade prospectiva e retrospectiva – na última hipótese a compatibilização das decisões e, na primeira, o desenvolvimento do direito de maneira constitucionalmente adequada aos novos problemas sociais”.

Por sua vez, Araújo (2013) entende que a Emenda Constitucional n. 45 criou um requisito de admissibilidade diferenciado, sendo apenas indiretamente relevante a discussão acerca da justiça ou injustiça individual e a ocorrência de frontal violação à Constituição da República.

Esse requisito de admissibilidade realça o papel do STF como guardião da Constituição, podendo selecionar os casos que devem ser conhecidos, pois somete os recursos extraordinários que discutam questões constitucionais e com repercussão geral é que serão julgados pelo Supremo (CARNEIRO JÚNIOR, 2012). Nesse sentido:

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, para poder desempenhar a sua função, deve examinar apenas as questões que lhe parecem de maior impacto para a obtenção da unidade do direito.[...]. O que está por detrás da repercussão é o interesse na concreção da unidade do direito: é a possibilidade que se adjudica à Corte Suprema de “*clarifier* ou *orienter le droit*” em função ou a partir de determinada questão levada ao seu conhecimento. Daí a necessidade e a oportunidade de instituir-se a repercussão geral da controvérsia constitucional afirmada no recurso extraordinário como requisito para a sua admissibilidade (MARINONI, 2013, p. 472).

O artigo 543-A, §5º do Código de Processo Civil estabelece a eficácia vinculante da decisão negativa de repercussão geral ao afirmar que se for negada a existência da repercussão geral a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, os quais serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese. “Por isso, a decisão que encerra repercussão geral assume novo *status*, qual seja, de precedente obrigatório ou vinculante” (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 249).

Quando a Corte entende que estão preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, passará ao julgamento da questão constitucional, de modo que a “eficácia vinculante advém da decisão sobre a própria questão que se reconheceu ter repercussão geral” (MARINONI, 2013, p. 474).

Quando a repercussão geral for reconhecida e o casos forem semelhantes ou relativos a idêntica controvérsia, também poderemos vislumbrar o efeito vinculante. Sobre esta questão, vale a esquematização de Marinoni (2013, p. 474):

[...] a vinculação, bem vistas as coisas, poderá derivar de uma das seguintes decisões: i) da mera admissão da repercussão geral, quando o recurso chegar ao Supremo Tribunal Federal após o seu reconhecimento no tribunal de origem e antes do julgamento do mérito da questão constitucional; e ii) da decisão que, após o reconhecimento da repercussão geral, analisar a questão constitucional. A diferença, portanto, está no objeto da vinculação: i) nos critérios para a definição da repercussão geral, não importando a questão constitucional; ii) na admissibilidade da repercussão geral da específica questão constitucional; e iii) na decisão a respeito da própria questão constitucional.

Podemos ver também o efeito vinculante no disposto do artigo 543-B que trata dos casos de multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia. Nestes casos, o tribunal de origem irá selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, ficando os demais recursos sobrestados até o pronunciamento definitivo da Corte Constitucional. O §2º determina que se o STF se manifestar pela inexistência de repercussão geral, os recursos que ficaram sobrestados devem ser automaticamente não admitidos, o que demonstra uma vinculação em sentido forte.

3.1.3 Cláusula de plenário

Como já dito, todos os juízes e tribunais brasileiros tem competência para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo, lei ou dispositivo de lei ao tempo do julgamento do caso concreto. Ocorre que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais só poderão exercer esse controle difuso de constitucionalidade com a instalação do incidente de inconstitucionalidade (ARRUDA, 2006).

Desta forma, arguida a inconstitucionalidade perante um destes tribunais, a decisão de inconstitucionalidade não poderá ser proferida pela câmara ou turma do respectivo tribunal, sendo exigência do artigo 97 da Constituição da República¹ que a declaração de inconstitucionalidade apenas se dê por decisão da maioria absoluta do pleno do tribunal ou de seu órgão especial (quando existir).

Tal procedimento apenas é necessário quando o órgão fracionário acolhe a alegação de inconstitucionalidade. Caso o órgão fracionado entenda pela

¹ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

constitucionalidade não é preciso que o julgamento seja realizado perante o plenário ou o órgão especial.

Ocorre que a Lei 9.756/1998, que alterou o parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil², autorizou que as câmaras ou turmas não submetam o caso ao pleno ou órgão especial para declarar a inconstitucionalidade do ato normativo ou da lei quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do STF.

O dispositivo atribuiu eficácia vinculante aos precedentes do STF sobre os demais tribunais. A decisão proferida pelo plenário de STF declarando a inconstitucionalidade da norma derruba a presunção de constitucionalidade, permitindo que os órgãos fracionários dos tribunais declarem a inconstitucionalidade pautada na decisão anterior do STF, não mais precisando submeter o caso ao plenário ou ao órgão especial do tribunal. Carneiro Júnior (2012) afirma que esse entendimento vem evoluindo dentro do STF, passando a se equiparar, neste aspecto aos efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto.

O órgão fracionário, ao mesmo tempo em que não estará obrigado a submeter a arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, estará obrigado a adotar o precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso, seja pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 236)

Marinoni (2013, p. 510) entende que “uma vez decida a questão constitucional pelo plenário ou órgão especial, os órgãos fracionários do tribunal não podem tomar decisão em sentido contrário”. Mais que isso, para o autor:

[...] uma vez decidida a questão constitucional no tribunal, as Câmaras ou Turmas não mais podem submeter arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial. Até porque estes estão proibidos de voltar a tratar da questão constitucional sem que presentes os requisitos hábeis a justificar a revogação de precedentes, como a transformação dos valores sociais ou da concepção geral do direito

[...]

Frise-se que todos os juízos – inclusive os de 1º grau de jurisdição – subordinados ao Tribunal de Justiça ou Regional Federal ficam vinculados à decisão tomada pelo Plenário ou pelo Órgão Especial. Ademais, o julgamento monocrático pelo relator e o julgamento liminar de ação idêntica devem se pautar, obviamente que na ausência de precedente de tribunal superior, pelos precedentes

² Art. 481. [...] Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

firmados em incidente de inconstitucionalidade nos Tribunais de Justiça e Regionais Federais. (MARINONI, 2013, p. 510).

Por esse entendimento, a decisão proferida em incidente de inconstitucionalidade corresponde a precedente que deve ser seguido tanto pelos órgãos fracionários do respectivo tribunal, quanto pelos juízes de 1º grau a ele vinculados.

Questão também relacionada e de relevância para o presente trabalho é o reconhecimento pelo STF dos efeitos impositivos em relação ao raciocínio jurídico firmado em seus precedentes, admitindo que os relatores julguem os recursos extraordinários de forma monocrática quando existir precedente do pleno no sentido da inconstitucionalidade de norma semelhante.

Carneiro Júnior (2012) afirma que se evidencia o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão (que equivaleria à *rule da ratio decidendi*) proferida pelo STF no controle difuso via recurso extraordinário. Desta forma, a Corte Constitucional tem determinado a transcendência dos motivos determinantes de suas decisões não apenas no controle concentrado, mas também no controle difuso de constitucionalidade.

Nesse sentido, destaca que o STF, ao tempo dos julgamentos das ações de inconstitucionalidade n. 3345 e n. 3365, decidiu quanto à transcendência dos motivos determinantes do julgamento do recurso extraordinário n. 197.917, determinando a vinculação das decisões das ações diretas aos motivos determinantes do recurso extraordinário, por conter o mesmo fundamento jurídico, ficando evidenciada uma aproximação entre o modelo difuso e o modelo concentrado de controle de constitucionalidade “ao conceder efeitos transcendentais à decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma [...], pois os fundamentos da decisão dimanada do Recurso Extraordinário transcendem transcenderam o caso concreto” (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 241).

3.1.4 Súmulas

A palavra súmula tem sua origem da palavra latina *summula*, que significa sumário, resumo. No âmbito jurídico, súmula diz respeito a:

[...] teses jurídicas solidamente assentes em decisões jurisprudenciais, das quais se retira um *enunciado*, que é o preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem e

pode ser utilizado para orientar o julgamento de outros casos. (SIFUENTES, 2005, p.237-238)

Sifuentes (2005) afirma que apesar das palavras súmulas e enunciados possuírem significados diversos, costumam ser usados de forma indiscriminada, de modo que a palavra súmula atualmente vem sendo usada para se referir ao próprio enunciado.

As primeiras 370 súmulas do STF foram aprovadas na sessão plenária de 13 de dezembro de 1963 e quando foram concebidas em sua origem possuíam caráter exclusivamente persuasivo, sendo mera orientação aos magistrados. Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1973 permitiu que os demais tribunais brasileiros editassem suas próprias súmulas e estas súmulas também teriam apenas caráter persuasivo (SIFUENTES, 2005).

Um dos motivos para a criação das súmulas foi o acúmulo de processos pendentes de julgamento pelo STF e versando sobre matérias idênticas, o que levou a alteração do seu regimento, possibilitando a criação das súmulas (CARNEIRO JÚNIOR, 2012), como citado a cima.

Outro motivo foi “a necessidade de conferir maior certeza ao Direito, pois, por intermédio dela [súmula], se identifica rapidamente a jurisprudência firme, cristalizada do Tribunal, trazendo segurança jurídica a todos” (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 254). Destaca-se ainda a previsibilidade e a igualdade, bem como a celeridade processual (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

Em sentido contrário, Marinoni (2013) entende que a criação das súmulas no Brasil teve como única preocupação a elaboração de mecanismos visando facilitar a resolução de casos fâcies repetidos, sem qualquer preocupação com a garantia de coerência, igualdade ou previsibilidade.

As súmulas no nosso país nasceram por força do Regimento Interno do STF, devendo ser vinculantes para o próprio Tribunal, o qual deveria seguir o entendimento consubstanciado na súmula (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

Pelo Código de Processo Civil, os tribunais poderiam editar súmulas em caso de reconhecimento de divergência sobre o entendimento de matéria de direito entre as turmas ou seções do mesmo tribunal, que correspondem aos casos de uniformização jurisprudencial, nos quais o tribunal irá estabelecer a tese que prevalecerá dentre as conflitantes; e quando houver entendimento pacífico no

tribunal acerca de determinada matéria (entendimento uniformizado) (SIFUENTES, 2005).

Importante destacar que mesmo existindo diferenças entre súmula e o conceito de jurisprudência dominante no Brasil:

[...] cuja compreensão não se amolda exatamente à doutrina do *stare decisis* ou *holding* do *Common Law*, a adoção de tais institutos representa, em certo ponto, uma ruptura com a dogmática tradicional que sempre gravitou nos países do sistema *Civil Law*. Aliás, a súmula representaria o *holding* da decisão, em termos singelos (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 253)

Marinoni (2013) entende que os precedentes, quando obrigatórios, tem como objetivos garantir a unidade da ordem jurídica, a segurança jurídica e a igualdade; nesta dimensão são decididos com olhos para o futuro. Já as súmulas, vistas como enunciados gerais e abstratos destinados a regular casos futuros, fazem com que esqueçamos que sua origem está nos casos concretos.

[...] as súmulas são calcadas em precedentes e, portanto, não podem fugir ao contexto dos casos que por eles foram solucionados. Bem por isso, para se saber se uma súmula é aplicável a outro caso, é necessário verificar o contexto fático dos casos que lhe deram origem, assim como as proposições sociais que fundamentaram os precedentes que os solucionaram. (MARINONI, 2013, p. 481)

Ramires (2010), neste ponto, faz uma relevante observação, no que sentido de que a súmula é por definição um pronunciamento judicial com pretensão de abstração e generalidade, ou seja, os enunciados sempre se autonomizam dos fatos que lhe deram origem. Desta forma, ao contrário do que se pensa, a publicação de súmulas pelos tribunais não aproxima a prática jurídica brasileira da tradição do *common law*, pois é parte vital daquele sistema que os tribunais não possam exarar regras gerais em abstrato, mas sim regras em função dos fatos da disputa que são trazidos a exame, sendo as súmulas uma invenção luso-brasileira.

Essa falta de compreensão acerca do que consistem as súmulas e como aplica-las pode acarretar na mazela que o autor chama de “hiperintegração”.

O todo da prática é formado de partes distintas, que cobram a sua diferenciação. Há hiperintegração na interpretação quando os fatos de um caso com alguma especificidade e restrição acabam se tornando um parâmetro geral para casos subsequentes que guardam suficientes padrões de identificação com ele. (RAMIRES, 2010, p. 109)

A súmula acaba por desestimular a apreciação das circunstâncias do caso concreto, apreciação esta necessária para a aplicação do direito de forma coerente com a Constituição. De acordo com Maués (2008, p. 88):

Ao conter a sistematização da parte dispositiva de um conjunto de decisões, o enunciado das súmulas não é suficiente para conhecer as razões que as fundamentaram. Isso vem a dificultar o exercício correto da função judicial, tendo em vista que é impossível, sem analisar os critérios que presidiram as discriminações feitas em um caso determinado, decidir se o juiz deve aplicar o precedente a casos semelhantes.

Desta forma, se não buscarmos a origem das súmulas na história, não poderemos tê-las como auxiliares para o desenvolvimento do direito, uma vez que não teremos critérios “racionais capazes de permitir a conclusão de que determinada súmula pode, racionalmente, ter seu alcance estendido ou restrito (*distinguishing*) para permitir a solução do caso sob julgamento” (MARINONI, 2013, p. 481-482).

Ao tempo da análise das súmulas, não se pode deixar de analisar os precedentes que lhe deram origem, bem como “os fundamentos e os valores que os explicam num certo ambiente político e social” (MARINONI, 2013, p. 482). Como as súmulas não foram criadas no Brasil com olhos no amplo contexto dos precedentes, os tribunais não tem a oportunidade de confrontá-las com os casos que são submetidos, pois se a súmula é vista como um enunciado abstrato e geral a sua leitura pode aproximá-la ou afastá-la do caso sob julgamento sem qualquer critério racional para tal, tornando-se difícil constatar se os precedentes que lhe deram origem estão superados ou não. Desta forma é possível dizer que a súmula: “transformou-se, melhor dizendo, num ‘guia interpretativo estático’ e sem qualquer compromisso com o desenvolvimento do direito e com a realização da justiça nos casos concretos” (MARINONI, 2013, p. 483).

Podemos perceber que as súmulas acabam por não proporcionar decisões igualitárias, o que, como visto, é visto por alguns autores como um dos principais objetivos daquelas. O tribunal, após decidir vários casos similares de forma similar, elabora a súmula que deve orientar a decisão de casos futuros. Ou seja, a súmula deveria ser o tribunal orientando àqueles abaixo dele que decidam casos similares aqueles de determinada forma.

Ocorre que a súmula é estruturada de forma abstrata, passando a ideia de que aquele enunciado deve ser aplicado como um novo artigo de lei, quando, na

verdade, deveria ser tratado a partir da teoria dos precedentes com seus institutos que lhe são inerentes.

Quando um juiz for aplicar uma determinada súmula, deveria olhar os casos que deram origem a mesma e verificar a similaridade a partir da *ratio decidendi* (ou *rationes*) dos casos decididos com o caso que se pretende decidir.

3.1.4.1 Súmulas vinculantes

As súmulas vinculantes foram instituídas pela Emenda Constitucional n. 45 de 08 de dezembro de 2004, que introduziu na Constituição da República o artigo 103-A e parágrafos³ que disciplinam tal instituto, pelo qual o STF pode, 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.

O §1º afirma que as súmulas vinculantes terão como objeto 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.

De acordo com José Afonso da Silva (2009), a questão de adotar uma interpretação fixa e oficial que se imponha a todos não é nova já tendo sido objeto de larga discussão durante o Império.

No projeto original da Emenda Constitucional n. 45, as súmulas vinculantes poderiam ser editadas pelo STF, pelo STJ e Tribunal Superior do Trabalho (TST),

³ 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.

porém a Emenda foi aprovada possibilitando apenas o STF de editá-las (SIFUENTES, 2005). A Emenda Constitucional deixou a disciplina completa das súmulas vinculantes para lei infraconstitucional, o que foi feito pela Lei 11.417/2006.

Somente o STF pode editar súmulas vinculantes e apenas em matéria constitucional e depois que a matéria já tenha sido reiteradamente decidida pela Corte Constitucional. A súmula deve ser aprovada por dois terços dos membros do STF. As súmulas não vinculantes podem passar a ter efeito vinculante desde que aprovado pelos referidos dois terços (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

Carneiro Júnior afirma que apesar do §1º do artigo 103-A falar em objetivo, este seria uma impropriedade, pois o correto seria dizer que “tem como objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais exista controvérsia atual, entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública” (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 256), o que acarretaria em insegurança e multiplicação de processos sobre questões idênticas.

As súmulas vinculantes foram criadas para uniformizar a jurisprudência constitucional, bem como por fim as demandas múltiplas, em especial as que envolvam a Administração Pública. O crescimento do número de processos fez com que a edição de súmulas não fosse o suficiente para resolver o acúmulo de processos. “Daí a necessidade de atribuir caráter vinculativo à súmula, ao menos para os tribunais e a Administração Pública, com medida de política judiciária, a fim de diminuir o número de demandas em curso nos tribunais” (SIFUENTES, 2005, p. 258).

Assim, a Administração Pública e seus agentes estarão vinculados aos enunciados das súmulas vinculantes, sendo esta uma medida de fundamental importância tendo em vista que o Poder Público é o principal litigante nacional. O cumprimento da súmula vinculante deve ser exigido pelas vias administrativas e caso o cumprimento não ocorra, o prejudicado poderá ingressar com Reclamação Constituição diretamente ao STF. A súmula não vincula o Poder Legislativo que poderá agir e decidir de forma contrária ao enunciado.

Quanto à natureza jurídica da súmula vinculante, Carneiro Júnior (2012, p. 262), entende que:

Por ser extrato da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consagrando o seu entendimento acerca de determinada tese jurídico-constitucional, ela se aproxima da jurisprudência, sendo ligada a precedentes da Corte, relacionados a situações concretas.

Por outro lado, possui eficácia *erga omnes*, ou seja, sua destinação é geral, extrapolando as fronteiras dos julgados; e vinculante, no sentido de ser obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração. Possui, portanto, conteúdo normativo, aproximando-a da lei, em sentido estrito.

Importante notar que, de acordo com o §1º do artigo 103-A da Constituição, a súmula vinculante somente pode ser editada quando houver controvérsia atual. Nesse sentido:

A controvérsia é atual quando há discussão, contemporânea, acerca da precisa *ratio decidendi* dos precedentes que dizem respeito a uma mesma questão constitucional. Controvérsia, portanto, não é sinônimo de objeto sobre o qual se discute judicialmente, mas pertine à dúvida sobre a *ratio decidendi* dos precedentes respeitantes a tal objeto.

Ora, se os precedentes, uma vez proferidos, não geram dúvida quanto à *ratio decidendi*, não há razão para editar súmula. Quando os precedentes, ou o precedente do Plenário, têm *ratio decidendi* claramente decifrável, inexistente motivo para temer por insegurança jurídica. (MARINONI, 2013)

A edição de súmula vinculante quando não houver controvérsia acerca da *ratio decidendi* corresponde a supor que toda e qualquer *ratio decidendi* depende da edição de uma súmula vinculante para ter eficácia vinculante (MARINONI, 2013).

De acordo com Marinoni (2013), não há diferença ontológica entre as súmulas e as súmulas vinculantes, não havendo distinção em essência entre elas, pois, no atual contexto e diante da função do STF, “é impossível entender que as suas decisões, proferidas em sede de controle difuso, possam não ter eficácia vinculante ou obrigatória” (MARINONI, 2013, p. 487). De acordo com o autor, não há como ter unidade do direito, por meio da Constituição, quando as decisões do STF podem ser desrespeitadas pelos demais tribunais.

[...] não há como pensar que as súmulas, quando pensadas como enunciados elucidativos dos precedentes que tocam em determinada questão, possam não ter eficácia vinculante. A verdade é que ordenamento jurídico não precisa dizer que as súmulas do Supremo Tribunal Federal têm eficácia vinculante, Elas têm esta eficácia pela simples razão de enunciarem o entendimento derivado de um conjunto de precedentes da Corte cuja missão é dar sentido único ao direito mediante a afirmação da Constituição. (MARINONI, 2013, p. 487)

O instituto da súmula vinculante sofre consideráveis críticas acerca de seu papel como mecanismo de reforço de precedentes. Dentre as críticas, destacamos as considerações de Maués, que entende que as súmulas correspondem a

sistematização da parte dispositiva de um conjunto de decisões e que isto não é suficiente para conhecer as razões que fundaram tais decisões. Afirma ainda que:

Do ponto de vista da proteção do direito à igualdade, isso vem dificultar o exercício correto da função judicial, pois é impossível, sem analisar os critérios que presidiram as discriminações feitas em um caso determinado, decidir se o juiz deve aplicar o precedente a casos semelhantes. (MAUÉS, 2008, p. 95)

Em países com uma teoria do precedente bem estrutura e compreendida, vislumbramos a imposição do conhecimento da *ratio decidendi* que a norma jurídica em discussão, o que leva a um constante exame das circunstâncias fáticas e jurídicas que justificam a aplicação do precedente ou demonstram a inadequação do precedente ao caso sob análise (*distinguishing*). Nesse contexto, a adoção de súmulas com efeito vinculante no Brasil pode desvalorizar o processo hermenêutico que forjou os precedentes (MAUÉS, 2008).

Além disso, Ramires (2010) afirma que a decisão de um caso não corresponde a decisão automática em outro caso e, conseqüentemente, não seguir um precedente não é o mesmo que descobrir uma decisão, como se estivesse desrespeitando a coisa julgada. Em países de tradição *common law*, quando determinado precedente não é aplicado em um determinado caso ou é aplicado quando a parte contrária entende que não deveria ser, o mais comum é que a parte prejudica recorra da decisão, para que seja rediscutido na instância superior se há ou não aplicabilidade do precedente.

No Brasil, o sistema de súmula vinculante possui força superior aos precedentes vinculantes em sentido forte adotados em países de direito costumeiro. Isso porque a não aplicação de uma súmula vinculante acarreta em imediata reclamação constitucional para a mais alta Corte.

E mais, como bem lembra Ramires (2010), as súmulas vinculantes, e todos os demais institutos que recebem efeito vinculante, acabam por possuir proteção maior que a própria lei em sentido formal. Se um juiz decidir violar diretamente um preceito legal ou até mesmo constitucional, a parte prejudicada irá buscar a reforma da decisão por meio de recurso ordinário dirigido para o respectivo tribunal de segunda instância, enquanto que no caso deste mesmo juiz violar uma súmula vinculante, a parte poderá buscar a reforma da decisão por meio de reclamação constitucional dirigida diretamente para o STF.

3.1.5 Precedentes no Superior Tribunal de Justiça

Na última década podemos perceber a afirmação do dever estatal de tutelar os direitos fundamentais (tema que será visto com maior profundidade mais afrente), ficando evidenciado que os direitos fundamentais deveriam ser tutelados pelo Estado e dentre estes direitos o Direito Fundamental à Segurança Jurídica. Assim os Poderes Legislativo e Judiciário possuem o dever tutelar esse direito por meio de normas e por meio de posturas que garantam aos cidadãos a legítima expectativa de confiança que depositam nas leis e nas decisões judiciais (MARINONI, 2013).

Para Marinoni (2013), nesse raciocínio de proteção do direito à Segurança Jurídica está situado o dever de unificação da interpretação das leis federais pelo STJ. Este órgão tem como um de seus principais objetivos impedir decisões discrepantes sobre a mesma questão federal e assim as suas decisões, quando pacificadas em seu âmbito, devem constituir precedentes obrigatórios.

É completamente absurdo imaginar que, tendo o Superior Tribunal de Justiça o dever de uniformizar a interpretação da lei federal, possam os Tribunais de Justiça e Regionais Federais aplicá-la de modo diferente. Tal possibilidade constituiria agressão à coerência do direito e à segurança jurídica, impossibilitando a previsibilidade e a racionalização do acesso à justiça (MARINONI, 2013, p. 492)

O STJ é a Corte que tem a função de definir o sentido mais adequado, de acordo com os fatos e valores, para expressar o significado de um texto legal, não devendo ser visto como uma Corte de correção de decisões judiciais, mas sim como uma Corte de interpretação.

A eficácia obrigatória dos precedentes do STJ é algo natural e lógico, pois “a função de uma Corte de interpretação não é garantir a unidade de direito objetivo, mas propiciar a *igualdade* perante o direito judicial” (MARINONI, 2013, p. 495).

Em contra partida, o STJ sofre com o problema da baixa coerência interna, em outras palavras o Tribunal sofre quanto à eficácia horizontal, pois é composto por um número elevado de ministros, os quais não se reúnem em plenário para julgar Recursos Especiais, fazendo com que, por vezes, duas ou mais turmas diverjam quanto a determina questão, o que se tenta resolver por meios dos embargos de divergência.

Contudo, Marinoni (2013) entende que não é necessária a decisão em embargos de divergência para que a uma determinada decisão do STJ seja considerado como um precedente vinculante, pois os precedentes das turmas teriam

eficácia vertical, mesmo que não exista eficácia horizontal. Caso haja embargos de divergência, a decisão destes passará a constituir o precedente.

Entendemos, porém, que, no caso de interpretações divergentes dentro do próprio STJ, não haveria a possibilidade de considerar as decisões contrárias como precedentes obrigatórios, sendo apenas precedentes meramente persuasivos. Não vemos a possibilidade lógica de considerar duas decisões diametralmente apostas como precedentes obrigatórios. A obrigatoriedade do precedente somente surgiria após a decisão dos embargos de divergência fixando apenas uma interpretação para determinada questão.

Questão interessante diz respeito ao chamado julgamento de recursos repetitivos, introduzido no Código de Processo Civil pela Lei 11.672/2008, mas especificamente o artigo 543-C⁴ e parágrafos, os quais autorizam o sobrestamento de recursos especiais que tenham fundamento em idêntica questão de Direito.

Nestes casos, o presidente do Tribunal de origem deverá admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, sendo apenas estes encaminhados ao

⁴ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

STJ e o andamento dos demais ficará suspenso até a decisão definitiva do STJ. É necessário demonstrar a identidade de questão de Direito e a multiplicidade de recursos tratando desta idêntica questão.

Importante considerar que o julgamento de casos repetitivos exige que os recursos sobrestados sejam similares (nos aspectos relevantes), que tenham fundamentos idênticos. Os casos devem ter identidade quanto a questão jurídica discutida, mas não apenas. A similaridade é no direito relacionado aos fatos. O que se discute é se os fatos ocorreram ou não, mas os fatos envolvidos nos casos em grau de recurso devem ser similares nos aspectos relevantes.

Dessa forma, percebemos que a correta aplicação do julgamento de recursos repetitivos depende de uma teoria dos precedentes judiciais bem estruturada e bem compreendida, para que se possa, a partir das noções de *ratio decidendi* e *distinguishing*, identificar os casos similares a serem sobrestados.

Uma vez julgados os Recursos Especiais selecionados, teremos as seguintes possibilidades: se a decisão do STJ for no mesmo sentido da decisão do Tribunal, este denegará seguimento ao Recurso Especial; caso a decisão seja em sentido contrário a decisão do Tribunal recorrido, este poderá manter a decisão, situação na qual o recurso terá sua admissibilidade examinada e caso conhecido será encaminhado ao STJ, ou poderá retratar-se, revendo a decisão recorrida no sentido decidido pelo STJ nos recursos representativos da controvérsia (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

Como é possível perceber, o artigo 543-C não prevê a efeito vinculante da decisão dos recursos representativos da controvérsia no caso de decisão divergente da do tribunal *a quo*, atuando do STJ como uma espécie de corte de cassação, definindo a tese jurídica a ser aplicada pelo tribunal *a quo* no exame da decisão recorrida (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

Nestes últimos casos, entretanto, Marinoni (2013, p. 501) defende que:

O tribunal de origem apenas pode deixar de se retratar quando pode demonstrar que o precedente firmado não se aplica ao caso que deu origem ao acórdão recorrido. Portanto, o tribunal de origem não pode manter a sua posição após o Superior Tribunal de Justiça ter fixado entendimento diverso, pois seus precedentes são obrigatórios em relação aos tribunais de justiça e regionais federais, cabendo apenas à Corte incumbida da uniformização da interpretação da lei federal o poder de revogá-los.

Assim, para o autor, a única possibilidade do tribunal de origem não se retratar é por meio do *distinguishing* do caso, não podendo negar a retratação por simplesmente não concordar com a decisão do STJ (MARINONI, 2013). Acreditamos, porém, que seria por demais complicado demonstrar esse *distinguish*, pois ao tempo do sobrestamento dos recursos, estes já foram apontados como similares nos aspectos relevantes.

3.1.6 Julgamento monocrático nos tribunais

A Lei n. 9.139/1995 alterou o artigo 557⁵ do Código de Processo Civil, introduzindo a possibilidade do Relator do recurso negar seguimento a este quando contrário a súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior, dentre outros motivos. A Lei 9.756/1998 veio ampliar mais ainda o alcance de tal permissão legal, possibilitando a negativa do seguimento de recurso quando este estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF, ou de tribunal superior.

A referidas lei também introduziu o §1º-A, o qual admite o provimento do recurso pelo relator quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com jurisprudência dominante do STF ou do STJ.

De acordo com Lima (2013) essas permissões (negativa ou provimento liminar) reconhecem e valorizam a autoridade das orientações jurisprudenciais dos tribunais, em claro prestígio ao direito judiciado com o fortalecimento aos precedentes judiciais fixados pelas instâncias especiais.

Tanto nos casos de provimento quanto de improvimento liminar, o relator deverá decidir pautado nos motivos determinantes do precedente (*ratio decidendi*).

Na verdade, o julgamento monocrático, ao pautar-se em precedente, sempre estará baseado em seus fundamentos determinantes. Isso porque, como é obvio, não há como o julgamento monocrático se

⁵ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

basear no dispositivo de acórdão. Aliás, mesmo no caso de súmula ou jurisprudência dominante, em muitos casos será necessário investigar os fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem à súmula ou à jurisprudência dominante. (MARINONI, 2013, p. 513)

3.1.7 Julgamento liminar

A Lei 11.227/2005 inseriu o artigo 285-A⁶ no Código de Processo Civil determinando que nos casos em que a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, o juiz poderá dispensar a citação e proferir sentença no mesmo sentido das decisões anteriormente proferidas.

Esse ato processual corresponde a legítima sentença que extingue o feito com resolução de mérito, sendo costumeiramente denominado de “julgamento liminar de improcedência” ou “improcedência *prima facie*” (LIMA, 2013).

Lima (2013) entende que ocorreu descuido do legislador ao não vincular o conteúdo de mérito da decisão às orientações firmadas pelas instâncias superiores, pois, se assim não for, a celeridade buscada pelo dispositivo não seria alcançada, visto que a sentença em divergência ao entendimento jurisprudencial teria que ser reformada ao tempo da análise do recurso, com o posterior retorno dos autos ao juízo *a quo* para processamento da causa.

Assim, o autor defende que, para que o dispositivo seja utilizado de forma segura, possibilitando a efetiva celeridade, faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos, sendo que apenas alguns deles estão expressamente previstos no artigo 285-A do Código de Processo Civil:

[...] i) a matéria controvertida deve ser unicamente de Direito; ii) já terem sido proferidas outras sentenças de improcedência no mesmo órgão julgador; iii) o conteúdo das sentenças já proferidas não podem divergir da orientação dominante nas instâncias superiores; e iv) deve existir considerável segurança jurídica (estabilidade e previsibilidade da jurisprudência) do magistrado na adesão de sua tese pelos juízo *ad quem*. (LIMA, 2013, p. 364)

⁶ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Por esse raciocínio, para que essa técnica seja empregada, é indispensável uma segurança jurídica mínima da tese a ser aplicada no julgamento de improcedência liminar, o que exige que a tese jurídica se encontre com estabilidade e previsibilidade pelas instâncias finais do Poder Judiciário (LIMA, 2013).

Carneiro Jr. (2012) observa que apesar da tentativa de celeridade com o desafogando os juízes de primeiro grau, o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal será sobrecarregado.

O autor da ação que não concordar com a improcedência liminar poderá apelar em 15 dias, sendo admitida retratação pelo juiz que proferiu a decisão no prazo de cinco dias, ordenando o prosseguimento do processo. “O autor poderá alegar que o seu caso não se amolda ao precedente ou que este deverá ser revogado, seja por ser anacrônico ou por estar desgastado ou estar dissonante de uma nova concepção de Direito” (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 290).

O julgamento liminar mais uma vez demonstra a necessidade de uma teoria do precedente judicial bem estruturada. É necessária uma devida compreensão da noção de *ratio decidendi* por realizar a adequada identificação de casos semelhantes por julgamento liminar. Além disso, o autor da demanda que se sentir prejudicado, também precisará desta noção para demonstrar que seu caso não é similar aos casos anteriormente julgados (*distinguishing*) devendo ter decisão diversa.

3.1.8 Súmula impeditiva de recurso

O artigo 518, §1^o7 do Código de Processo Civil estabelece que o recurso de apelação não deve ser recebido quando a sentença esteve em conformidade com súmula do STJ ou do STF. Esse dispositivo também tem como objetivo propiciar uma solução eficaz e célere de ações que tenham como resultado a aplicação de enunciados sumulares do STF e do STJ. Lima (2013) afirma que em determinados casos eliminou-se a ideia de direito constitucional ao duplo grau de jurisdição. Afirma ainda que:

⁷ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1^o O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

§ 2^o Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.

A inadmissão já na origem de recursos de apelação interpostos contra a sentença que estiver em conformidade com verbete de súmula dos referidos tribunais é também resultado do prestígio alcançado pelo Direito jurisprudencial no sistema jurídico brasileiro, que cada vez mais empresta mais força e autoridade ao Direito judicante. (LIMA, 2013, p. 368)

Tal dispositivo pode ser visto como complemento do artigo 557 do Código de Processo Civil, pois evita a subida do recurso de apelação que possui grande probabilidade de ser alvo de julgamento monocrático pelo relator.

Ressalva importante é a de que em algumas situações o magistrado não poderá negar a subida da apelação, como nos casos de alegação pelo recorrente de *erro in procedendo* objetivando invalidar indiretamente a sentença, no caso de tentativa de afastar a incidência da súmula no caso concreto (*distinguishing*), no caso do apelante apresentar argumento novos que possam justificar o *overruling*, no caso de súmulas do STF e do STJ conflitantes referentes a mesma questão e por fim no caso da súmula estar em contradição com a jurisprudência dominante de outro tribunal superior (LIMA, 2013).

3.1.9 Mecanismos de reforço de precedentes e teoria dos precedentes judiciais no Brasil

Após a análise dos mecanismos expostos as seções anteriores, podemos vislumbrar a clara preocupação com a vinculatividade de algumas decisões, ou seja, a preocupação com proximidade com uma doutrina dos precedentes (por vezes vinculante em sentido forte), não havendo, porém, qualquer preocupação com uma teoria dos precedentes.

Não há qualquer aparente preocupação com a estruturação de uma teoria dos precedentes judiciais com seus respectivos institutos. Por vezes, os mecanismos de reforço do precedente acabam por afastar a análise do precedente da análise dos referidos institutos, como o *ratio decidendi*, por exemplo.

A título de exemplificação, podemos citar as súmulas (seção 3.1.4) que refletem um afastamento do instituto da *ratio decidendi*, inerente à teoria dos precedentes, e ao mesmo tempo fixam uma vinculatividade a tais enunciados, até mesmo em sentido forte quando tratamos das súmulas vinculantes (seção 3.1.4.1).

As súmulas correspondem a enunciados gerais e abstratos que acabam por esconder a decisão, mas especificamente as decisões que lhe deram origem. Ao

formular um enunciado que representa o entendimento do tribunal no que diz respeito a uma determinada questão, acaba-se por estruturá-lo e tratá-lo como um novo dispositivo legal que é aplicado e reinterpretado sem que sejam considerados os casos concretos e as decisões que deram origem à súmula, o que acaba por nos afastar de uma teoria do precedente, ignorando completamente os institutos da *ratio decidendi*, *distinguishing*, *overruling*, etc. Apesar das súmulas estarem estribadas nos precedentes, elas acabam por fugir ao contexto dos casos que lhe deram causa (MARINONI, 2013).

Ao invés de nos aproximar de uma tradição *common law* com o respeito as decisões anteriores, prezando pela coerência e o igual tratamento, as súmulas correspondem a verdadeiras regras gerais e abstratas (RAMIRES, 2010).

Ao longo da seção 3.1, ficou claro que apesar dos vários mecanismos de reforço do precedente, estes não tem qualquer pretensão de estruturar uma teoria dos precedentes judiciais, com a consolidação dos institutos próprio da mesma.

3.2 ASPECTOS MATERIAIS: PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os precedentes possuem uma relação direta e estreita com vários direitos fundamentais, o que já pode ser percebido pela exposição feita no capítulo anterior. Doravante, analisaremos a relação dos precedentes judiciais com alguns direitos fundamentais, em especial os diretamente ligados ao Estado de Direito, visando verificar se a observância dos precedentes, seja em caráter obrigatório em sentido forte, seja obrigatório em sentido fraco ou ainda de forma meramente persuasiva, corresponde à exigência para efetivação desses direitos.

A noção de direitos fundamentais aparece na história a partir da era moderna.

Os direitos fundamentais afloram inicialmente em três âmbitos: o debate sobre a tolerância, o debate sobre os limites do poder e a humanização do processo penal. São essas três formas históricas iniciais dos direitos fundamentais que, cristalizadas nas primeiras declarações de direitos de direito das revoluções liberais, corresponderão às liberdades individuais, aos direitos políticos e de participação, e às garantias processuais. Esse afloramento se deu em resposta às mudanças sociais, econômicas, políticas e religiosas da transição da idade média para a idade moderna. (AMARAL, 2001, p. 50)

Para os fins do presente trabalho, sustentamos a concepção de direitos fundamentais defendida por Ingo Sarlet. O referido autor inicialmente destaca a importância da distinção entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” e apesar de alguns autores entenderem as expressões como sinônimos, Sarlet defende que a “distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (SARLET, 2009, p. 29).

A expressão “direitos humanos” ficaria adstrito aos documentos de direito internacional, “por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram validade universal” (SARLET, 2009, p. 29).

Os direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições, sendo que “muitas constituições promulgadas sobretudo nas últimas décadas, além das Constituições da Alemanha, de Portugal e da Espanha, contêm disposições acerca da proteção de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais” (SILVA, 2009, p. 202). Assim, os direitos humanos referem-se ao ser humano como tal, ou seja, pelos simples fato de ser pessoa humana, enquanto direitos fundamentais dizem respeito às pessoas como membros de um ente público concreto.

O critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado. (SARLET, 2009, p. 31)

Concordamos também com o autor no que diz respeito a incorreção da equiparação de direitos humanos com direitos naturais, pois a própria positivação em normas internacionais, já revelou de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos.

No que diz respeito a distinção entre as expressões “direitos humanos” e “direitos do homem”, estes últimos seriam direitos naturais não positivados (podendo vir a sê-lo) e os primeiros seriam direitos positivados na esfera internacional, ambos diferentes da expressão “direitos fundamentais”, tendo em vista que estes são direitos positivados na Constituição de um determinado Estado.

Sem embargos, relevante destacar que independentemente do substrato que informa o conjunto de direitos fundamentais, este não é apenas operativo, se apresentando como “prescrições positivas simultaneamente oponíveis aos indivíduos, à sociedade e ao Estado, sendo dotados dos mesmos fatores de eficácia e efetividade dos demais direitos reconhecidos pela ordem jurídica” (DIAS, 2007, p. 112).

Os direitos fundamentais estão diretamente ligados a ideia de democracia e Estado de Direito. Esses direitos podem ser considerados ao mesmo tempo como pressupostos, garantias e instrumentos do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade, de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal forma que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática (SARLET, 2009, p. 61).

Marcelo Neves (2013), ao tratar da indissociável relação entre Estado Democrático de Direito e direitos fundamentais, destaca que, a partir de uma concepção sistêmica, os direitos fundamentais servem a uma ordem diferenciada de comunicação e relaciona-se com o perigo da indiferenciação, sendo que a diferenciação funcional da sociedade reingressa por via constitucional no direito, assegurando o livre desenvolvimento da comunicação.

Dessa forma, a institucionalização dos direitos fundamentais imuniza a sociedade “contra uma simplificação totalitária incompatível com o caráter hipercomplexo da modernidade. [...]. Essa tendência expansiva e hipertrófica de Leviatã sofre, com os direitos fundamentais, um freio ativo de Têmis” (NEVES, 2013, p. 103).

Esses direitos se caracterizam por sua universalidade, indisponibilidade, seu viés constitucional e, por isso, supra-ordenado aos poderes públicos como parâmetros de validade do seu exercício. Devido a estas características, os direitos fundamentais se configuram, diversamente dos outros direitos, como outros tantos vínculos substanciais normativamente impostos, a garantia de interesses e necessidades de todos estipulados como vitais, ou exatamente como fundamentais, tanto às decisões de maioria quanto ao livre mercado.

A forma universal, inalienável, indisponível e constitucional desses direitos se revela, em outras palavras, como a técnica – ou garantia – apresentada para a tutela disso que no pacto constitucional vem configurado como “fundamental”: ou seja, daquelas necessidades substanciais cuja satisfação é condição de convivência civil e também causa ou razão social daquele artifício que é o Estado. (FERRAJOLI, 2011, p. 25-26)

Os direitos fundamentais correspondem ao aspecto substancial do Estado de Direito e da democracia constitucional, delimitando, não só a forma, mas o conteúdo das decisões. As regras sobre a representação e sobre o princípio da maioria são as normas formais sobre aquilo que é decidido pela maioria, enquanto que os direitos fundamentais delimita aquilo que pode ser chamado de esfera do indecidível (FERRAJOLI, 2011).

Especificamente quanto aos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade, Neves (2013) entende que sem tais direitos não é possível construir uma esfera pública pluralista, nem haveria condições de emergência do dissenso. Isso porque a supressão das regras materiais que constituem precondições dos procedimentos que possibilitam o dissenso, procedimentos abertos à diversidade de valores, expectativas, interesses e discursos presentes na esfera pública. “Nesse sentido, a igualdade e as liberdades fundamentais tornam-se princípios do Estado Democrático de Direito” (NEVES, 2013, p. 154).

Os direitos fundamentais são inseparáveis da noção de cidadania. Primeiramente, surgem os direitos humanos como exigência moral valorativa do reconhecimento e satisfação de expectativas normativas que emergem e são avaliadas como imprescindíveis à integração dos indivíduos e grupos.

Em seguida, os direitos humanos passam a ser reconhecidos pelos estados e incorporados pelo sistema constitucional na forma de direitos fundamentais, o que corresponde a uma resposta dos sistemas jurídico e político às exigências de integração social, tornando-se conteúdo de normas constitucionais.

Por fim, a força normativa da Constituição, ou seja, a integração ao vivenciar e agir dos cidadãos e agentes públicos na forma de direitos e deveres, pois a cidadania exige a concretização das normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais. Somente quando a Constituição é um reflexo da esfera pública a cidadania existe e se desenvolve como mecanismo político-jurídico (NEVES, 2013).

Compreendida essas questões teóricas e terminológicas, passaremos a analisar alguns direitos fundamentais que possuem ligação complementariedade com os precedentes judiciais.

3.2.1 Precedentes judiciais e segurança jurídica

A segurança jurídica está intimamente ligada ao Estado de Direito, tendo em vista que corresponde à estabilidade e à continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinadas condutas (MARINONI, 2013). De acordo com Canotilho (2014) o cidadão precisa de segurança para conduzir e planejar sua vida de forma responsável. Por isso, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança são considerados elementos constitutivos do Estado do Direito. Quanto à segurança jurídica da perspectiva das decisões judiciais, muito esclarecedoras são as palavras de Canotilho (2014, p. 264):

As ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) *estabilidade* ou *eficácia ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) *previsibilidade* ou *eficácia ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.

Apesar da Constituição brasileira não prever expressamente a segurança jurídica como direito fundamental, a doutrina nacional aponta tal direito como expressão do Estado de Direito, sendo que alguns autores entendem que a segurança jurídica pode ser extraído do princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CR) e do direito à inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI, da CR), princípio da legalidade e anterioridade penal (artigo 5º, inciso XXXIX, da CR) e irretroatividade da lei penal (artigo 5º, inciso XL, da CR) (MARINONI, 2013, p. 120).

O cidadão precisa ter a segurança de que o Estado e terceiros se comportarão de acordo com o direito, bem como precisar saber os parâmetros estabelecidos para orientar seu comportamento e suas ações. De acordo com Marinoni (2013, p. 120):

O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e têm o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser de suas atividades.

Um elemento indissociável da segurança jurídica é a chamada previsibilidade no que diz respeito às consequências das ações dos cidadãos. Para que seja possível a previsibilidade, é indispensável acordo acerca da qualidade da situação em que está inserida a ação capaz de produzi-la, bem como a possibilidade de sua compreensão em termos jurídicos e da confiabilidade naqueles que detêm o poder para afirmá-la. Ou seja, a previsibilidade exige a possibilidade de conhecimento das normas a partir das quais a ação poderá ser qualificada, contudo a previsibilidade não ignora que a norma deve ser interpretada, fazendo surgir a preocupação com a efetividade do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de possibilitar a previsibilidade (MARINONI, 2013, p. 122).

Nesse contexto, é de grande importância os precedentes. Enquanto o conhecimento das normas está ligado ao conhecimento das leis a observância dos precedentes está ligado ao conhecimento da interpretação destas pelos tribunais.

Marinoni (2013) chega a afirmar que o advogado de um país de tradição *common law* tem a possibilidade de aconselhar seus clientes porque pode se valer dos precedentes, enquanto que os que atuam em países de tradição *civil law* são obrigados a advertir seus clientes que determinada lei pode ser interpretado em seu favor ou não, a depender do juiz sorteado e tal fato acaba por estimular a propositura de ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Judiciário.

Para o autor, o direito legislado representa, na verdade, um obstáculo para a segurança jurídica, tendo em vista que a hiperinflação legislativa, a impossibilidade de termos pleno conhecimento das regras legais e principalmente porque o sistema de direito legislado não relaciona a previsibilidade e a confiança a quem define o que é o direito. As normas podem ser analisadas de formas diferentes e as interpretações podem ser as mais variadas possíveis. Os precedentes, por sua vez, podem minimizar divergências interpretativas acerca das normas, o que colabora com a proteção da previsibilidade necessária para alcançar a segurança jurídica (MARINONI, 2013).

Ainda nesse sentido, Carneiro Júnior (2012) entende que a doutrina do *stare decisis*, ao determinar que os tribunais sigam, em casos semelhantes, os *holdings*

presentes nas decisões de casos anteriores, assim o faz em total coerência com a segurança jurídica, não concebendo que a mesma regra jurídica possua mais de uma interpretação, o que de fato acarreta na incerteza quanto ao comportamento a ser adotado pelo cidadão, ou seja, a variedade de interpretação influencia a conduta da sociedade.

A segurança jurídica ainda pode ser analisada a partir de outra perspectiva, uma perspectiva objetiva, chamada também de estabilidade. A ordem jurídica deve ter um mínimo de continuidade, para que o Estado seja capaz de se impor como ordem jurídica dotada de eficácia e potencialidade diante dos cidadãos. Nessa esteira, é possível dizer que os tribunais não apenas devem respeitar (diríamos considerar) o que já fizeram, mas também as decisões dos tribunais que lhe são superiores, principalmente, de acordo com Marinoni (2013), quando estes decidirem conferindo interpretação a lei ou atribuindo qualificação jurídica à determinada situação.

A segurança jurídica pela observância dos precedentes, o que também poderíamos chamar de coerência nas decisões proferidas no âmbito do judiciário, é exigida mesmo nos casos em que não haja um precedente diretamente aplicável. Na seção 3.2, pudemos vislumbrar a coerência de princípio exigida por MacCormick como garantidora de segurança jurídica e do Estado de Direito, determinando que os juízes limitem suas decisões pelo conteúdo principiológico dos precedentes existentes, buscando a decisão que melhor se adeque aos princípios consubstanciados em decisões anteriores e sem violar leis existentes.

Observar decisões anteriores que tratem de situações fáticas similares, aplicando a mesma regra (mesma interpretação), promove o desenvolvimento do direito de forma coerente e consistente.

A República Federativa do Brasil, além de ter o dever de tutelar a segurança jurídica, deve pautar-se em condutas que não a reneguem, por exemplo, valorizando-se cada vez mais a jurisprudência produzida pelos Tribunais Superiores, seja sumulada, seja dominante (ou não vacilante). [...]. Deve existir um comprometimento por parte do juiz, no sentido de se manter fiel às decisões do próprio tribunal de que faz parte, mesmo que em contraposição às suas convicções pessoais. (CARNEIRO JUNIOR, 2012, p. 328-329)

Cada decisão deve levar em consideração os capítulos anteriores do romance em cadeia, cada decisão deve observar a história institucional que está inserida, a história da comunidade jurídica na qual é proferida, garantindo assim um

direito íntegro, um direito coerente em seus princípios, o que indubitavelmente garante o direito à segurança jurídica.

Dworkin (2007) tem como um de seus objetivos a contenção de discricionariedade judicial em sentido forte, o que de certa forma pode ser alcançada por um direito íntegro em seus princípios, tendo em vista que o direito da parte mesmo em um *hard case* pode ser “descoberto” pela análise, dentre outros, das decisões judiciais anteriores, buscando os princípios manifestados naquelas. Mesmo que não seja possível encontrar uma única resposta certa sempre alcançada por todos os julgadores, o direito como integridade indiscutivelmente contribui significativamente para o direito à segurança jurídica.

Ainda nesse sentido, MacCormick (2008) deixa claro que a segurança jurídica, obtida por meio da lei e pela observância aos precedentes, permite que os cidadãos possam seguir suas vidas sem o temor constante de se envolverem em processos civis ou criminais, motivo pelo qual a segurança jurídica possui valor considerável em razão da qualidade de vida proporcionada aos cidadãos.

Dessarte, as decisões proferidas pelos juízes livremente sem a observância ou pelo menos sem levar em consideração os precedentes anteriores acarretaria na violação do direito fundamental a segurança jurídica e do Estado de Direito.

3.2.2 Precedentes e igualdade

A igualdade é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito, podendo ser considerado como núcleo da cidadania (NEVES, 2013). O referido direito fundamental está destacado na Constituição da República no *caput* do artigo 5^o⁸ e o tratamento desigual apenas é autorizada quando necessário para a realização da própria igualdade.

O princípio da igualdade é de observância obrigatória pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário, sendo imposto ao administrador que regule sua atuação pela igualdade, ao legislador que não edite leis que estabeleçam distinções infundadas e ao Judiciário para que de tratamento de forma igualitária as partes no interior do processo, devendo também observar a igualdade ao tempo de proferir suas decisões (MARINONI, 2013).

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

A Constituição da República instituiu o princípio da igualdade como um dos seus pilares estruturais. Por outras palavras, aponta que o legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza. Assim, o princípio da isonomia deve constituir preocupação tanto do legislador como do aplicador do direito. (ARAUJO e NUNES JÚNIOR, 2008, p. 131)

O princípio da igualdade pode ser compreendido no seu aspecto formal e no aspecto material, sendo o primeiro a ideia de que todos são iguais perante a lei e o segundo o ideal de justiça social distributiva e justiça enquanto ideal de identidades. A igualdade não possui apenas um conteúdo negativo impedindo que pessoas sejam tratadas de forma desigual pela lei, possuindo também um conteúdo positivo que seria um direito à diferença, que seria um direito a igualdade considerando-se a diversidade (PIOVESAN, 2008).

[...] em paridade de situações, ninguém deve ser tratado excepcionalmente. Todavia, evidenciada a *desigualdade* entre as pessoas – sejam físicas, sejam jurídicas ou formais – , deverão ser consideradas as *condições desiguais*, para que possa haver igualdade (TUCCI, 2011, p. 126)

Carvalho (2008, p. 732), partindo da noção de justiça distributiva, destaca também que “a igualdade se relaciona com a da própria justiça, quando se trata de exigir de cada um aquilo que sua capacidade e possibilidade permitirem, e conceder algo a cada um, de acordo com os méritos”.

A igualdade também pode ser entendida no sentido de um dever de igualdade na aplicação do direito, o que corresponde a uma das dimensões do Estado de Direito. Isso porque: “a igualdade perante a lei, declarada em nossa Constituição (art. 5º, I), significa uma limitação ao legislador e uma regra de interpretação” (CARVALHO, 2008, p. 733). Como nos lembra Carneiro Júnior (2012, p. 334):

A desigualdade profunda e persistente verificada na sociedade brasileira esgarça laços sociais, causa invisibilidade, demonização e imunidade, prejudicando o respeito aos parâmetros do Estado de Direito. Estará potencializada se for levada para o processo, oferecendo decisões desiguais para situações iguais.

Os precedentes possuem íntima ligação com o direito a igualdade, como foi detalhadamente demonstrado nas seções 2.1 e 2.2. Tanto Dworkin quanto MacCormick trabalham com a ideia de igualdade nas decisões judiciais, seja pela observância do direito a igual consideração, seja pela observância da igualdade

formal ao tempo das decisões proferidas nos casos fáceis (justificação de primeiro grau) e nos casos difíceis (justificação de segundo grau, mas especificamente pela limitação de coerência e coesão).

A decisão que leva em consideração o precedente, seja para aplicá-lo, seja para afastá-lo, tende a observar o direito fundamental da igualdade, pois casos similares recebem o mesmo tratamento, sem distinções discriminatórias (discriminação negativa).

O princípio da igualdade possível considerável peso na teoria de Dworkin, chegando a afirmar categoricamente que nenhum governo é legítimo senão demonstrar a igual consideração pelo destino de todos os seus cidadãos sobre os quais afirme o seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. Mas que isso, Dworkin defende que a igual consideração é a virtude soberana da comunidade política e que sem ela o governo não passa de tirania (DWORKIN, 2011).

Em boa parte, seguir os precedentes judiciais atua como elementos garantidores de isonomia e de igual consideração, tendo que possibilita que juízes em todo país decidam casos similares de modo similar, não havendo distinções arbitrárias ou discriminatórias aos cidadãos.

Por sua vez, ao se perguntar: “Por que juízes pensam poder justificar decisões mostrando que elas são compatíveis com precedentes, ou pensam não poder justificar uma decisão porque ela contradiz um precedente firmado?” (MACCORMICK, 2008, p. 191), MacCormick afirma que parte da resposta a essa pergunta é uma razão de justiça, a exigência de tratamento igualitário.

Para o autor a observância desta justiça formal (tratar casos semelhantes de forma semelhante) e da coerência garante o tratamento igualitário, garante a igualdade perante a lei e o compromisso com o Estado de Direito. O compromisso de igualdade perante a lei e a promessa de comprometimento com o Estado de Direito trazem consigo promessas de consistência e coerência na tomada de decisões judiciais, o que ganha força pela observância à teoria dos precedentes (MACCORMICK, 1998).

Se devemos tratar de forma igual casos iguais e de forma diferente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem, regra geral, ser decididos de maneira igual ou análoga a casos passados. O direito à igualdade, desta forma:

[...] impõe ao juiz um duplo papel: não discriminar as situações iguais, aplicando os precedentes, e discriminar as situações desiguais, deixando de aplicar os precedentes. A falha em cumprir com a primeira obrigação viola o *direito a um tratamento igual*, em que não devem ser consideradas as diferenças entre os sujeitos; a falha em cumprir a segunda viola o *direito a um tratamento desigual*, em que devem ser levadas em consideração determinadas diferenças (MAUÉS, 2008, p. 94).

Aliado a isso, temos a ideia de imparcialidade, a ideia de um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem está julgando.

Seguindo este raciocínio, MacCormick (2008) entende que em um estado moderno, com inúmeros juízes e várias cortes com uma estrutura de recursos hierarquizada, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão independentemente do juiz do caso, sendo uma exigência do Estado de Direito que se evite variações frívolas no padrão decisório de um juiz ou corte para outro.

Nesse contexto, a delimitação da *ratio decidendi* permite que os julgadores constatem se os casos (anterior e presente) são similares nos aspectos pertinentes e relevantes para que recebam o mesmo tratamento ou se possuem diferenças relevantes, demonstrado de forma devidamente fundamentada e justificada, para serem tratados de forma distinta (*distinguishing*).

A *ratio decidendi* é a regra ou princípio de decisão para o qual um dado precedente empresta autoridade, seja essa regra ou princípio da decisão tratado como vinculante ou como persuasivo em maior ou menor grau em relação às decisões posteriores de questões semelhantes. (MACCORMICK, 2008, p. 193)

O que faz com que alguns fatos sejam considerados juridicamente relevantes, no sentido de servirem para a justificação de uma decisão, e outros não é o ato de o juiz os representar como fatos em razão dos quais ele chegou àquela decisão e é essa máxima da decisão que é universalizada, não apenas a máxima que poderia emergir dos fatos comprovados (MACCORMICK, 2008).

Até mesmo nos casos de *overruling* o princípio da igualdade tende a ser observado. Isso porque mesmo para superar um precedente o tribunal deve leva-lo em consideração e justificar o motivo de sua superação, ou seja, justificar porque o caso presente e os futuros não mais serão tratados como os casos passados.

Dessa forma, o direito fundamental à igualdade é observado quando os julgadores observam os precedentes.

Um comando normativo interpretado judicialmente de maneira diferente no interior de um mesmo sistema jurídico é característico de ordenamentos jurídicos que reflexamente violam a isonomia e que guardam respeito à previsibilidade e estabilidade de suas decisões. (LIMA, 2013, p. 454)

Porém, não basta a mera referência a decisões anteriores, sendo necessária a devida compreensão da teoria dos precedentes com os institutos que lhe são inerentes.

Maurício Ramires (2010) bem nos lembra que a questão da identificação/diferenciação dos dois casos não se limita a ver se o texto da decisão passada sobre um determinado assunto garante ou não uma determinada decisão, mas na verdade passa pela pergunta sobre se o Estado, tendo agido de uma forma no primeiro caso pode proferir decisão diversa no segundo, considerando que ambas as decisões devem se basear em princípios, e, por consequência, estão obrigadas a tratar casos semelhantes de forma semelhante.

O fundamento de toda uma teoria dos precedentes é o de que o direito rejeita os casuísmos, e tende à integração e coerência. Ainda que um julgador histórico tenha pretendido decidir fora da história – produzindo uma decisão com ambição expressa de absoluta individualidade e unicidade, que não tenha história, que não faça época e que fique no presente, sem atravessar o futuro -, sua tarefa será frustrada, porque ele está desde-já-sempre jogado no mundo. (RAMIRES, 2010, p. 93)

Importante destacar também que considerar os precedentes não quer dizer a simples aplicação, mas também a não aplicação. O precedente pode ser invocado e não aplicado, sendo necessário, porém, que o julgador dê as razões para não dar o mesmo tratamento aos casos, demonstrando a não violação ao direito a igualdade.

3.2.3 Legalidade e precedentes judiciais

A exigência da legalidade está prevista expressamente no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República⁹, bem como no inciso XXXIX¹⁰ (legalidade penal) do mesmo artigo. A lei é um instrumento de regulação das relações jurídicas e sociais e se manifesta como um documento escrito resultante de atividade típica do Poder Legislativo, após observância do procedimento constitucionalmente previsto e corresponde ao ato normativo que submete tantos os cidadãos quanto os administradores (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

⁹ “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹⁰ “XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados”.

A legalidade corresponde a preceito multifuncional, cujo núcleo central se espalha e se especifica pelo ordenamento jurídico. Assim, Coelho afirma que a legalidade se espalha:

[...] dando origem a múltiplas expressões – processo legislativo, devido processo legal, supremacia da lei, perante a lei, reserva de lei, reprimenda da lei, lacunas da lei, legalidade administrativa, legalidade penal e legalidade tributária, entre outras – as quais, embora distintas em sua configuração formal, substancialmente traduzem uma só e mesma idéia, a de que a lei é o instrumento por excelência de conformação jurídica das relações sociais. (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 180)

Os comandos de proibição e de obrigação somente podem ser veiculados por meio de lei e a inexistência desta significa que o comportamento é permitido, ou seja, a permissão, ao contrário da proibição pode derivar de uma lei ou da ausência de lei (ARAUJO e NUNES JÚNIOR, 2008).

Podemos nos referir à lei, tanto em sentido amplo, quanto em sentido estrito, sendo a primeira toda a produção normativa que não é necessariamente proveniente do Poder Legislativo, incluindo atos normativos do Poder Executivo e até mesmo regimentos internos dos tribunais. Lei em sentido estrito é a lei em sentido formal, ou seja, emanadas pelo Poder Legislativo (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 323).

O princípio da legalidade está intimamente ligado à noção de constitucionalismo e estado de direito. Isso porque, nas palavras de Barroso (2014, p. 110-111): “*Constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*)”.

De acordo com Canotilho (2014), a prevalência da lei sofreu certa relativização com a concretização da forma normativa da Constituição. A Constituição passou a ser considerada hierarquicamente superior e a legalidade, de certa forma, teria perdido espaço para o princípio da constitucionalidade, sendo a Constituição o principal parâmetro interpretativo que deve ser observado por todos os Poderes.

Como bem nos lembra Tucci (2011, p. 233): “[...] no ditame da *legalidade* se afirma o Estado de Direito”. No Estado Democrático de Direito a única fonte a que se reconhece legitimidade é aquela constituída pelos representantes políticos do povo, que operam soberanamente, subordinados apenas à Constituição (TUCCI, 2011).

Horta (2010) nos lembra que a relevância da lei não é exclusiva nos países de tradição *civil law*. “No sistema jurídico anglo-saxão, o direito inglês, não obstante

a extensão do direito jurisprudencial e das convenções constitucionais, a soberania do Parlamento enlaça a soberania incontrastável da lei” (HORTA, 2010, p. 525).

No contexto da *civil law*, após a Revolução Francesa, a legalidade era vista como uma concepção rígida de que a vontade do povo estava na lei, portanto esta deveria ser respeitada literalmente, pois o império e a submissão à lei, em sua forma rígida, conduziria a uma situação de segurança jurídica.

Mesmo com a preocupação com a limitação do poder do Estado e a segurança dos cidadãos, um governo da lei também pode ser arbitrário, gerando insegurança e instabilidade devido às interpretações variadas e à aplicação não uniforme ou equivocada das leis (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

Apesar da importância da lei para a existência do Estado de Direito, importante lembrar os ensinamentos de Karl Engisch (2001, p. 367):

A lei não é uma grandeza apoiada sobre si própria e absolutamente autônoma, algo que haja de ser passivamente aceite como mandamento divino, mas antes, estratificação e expressão de pensamentos jurídicos aos quais cumpre recorrer a cada passo, sempre que pretendamos compreender a lei correctamente, ou ainda eventualmente restringi-la, completá-la e corrigi-la.

A cada decisão, essa estratificação e expressão de pensamentos jurídicos são interpretados e restam consubstanciados nos precedentes. Ainda nesse sentido, Carneiro Júnior (2012, p. 325) ensina que:

Devido a complexidade da sociedade atual, a lei formal ou sentido estrito é incapaz de prever todas as situações passíveis de questionamento judicial, devendo o juiz valer-se de outros parâmetros para resolver os conflitos que lhe são submetidos. Nesta situação, é perfeitamente possível e coerente que o juiz se utilize de princípios e regras contidos em precedentes, em especial daqueles produzidos pelos Tribunais Superiores relacionados a direitos e garantias individuais e coletivas.

Assim, concordamos com o autor no sentido de que a interpretação judicial da lei deve ser uniforme, tendo em vista que a diversidade de decisões e interpretações afeta princípios basilares do Estado de Direito, afetando, reflexamente, Direitos Fundamentais que gravitam em torno de um princípio maior, o da dignidade da pessoa humana. O autor afirma ainda que:

O respeito a precedentes interpretativos ou criativos, relacionados às discussões envolvendo Direitos Fundamentais, por exemplo, interpretando de forma não vacilante o conteúdo da lei ou da Constituição da República, não afeta negativamente o princípio da legalidade. (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 325)

De fato, a criação de uma cultura do precedente, o “levar em consideração” o precedente contribui para a consolidação do Estado de Direito. Como já visto na seção 2.2, MacCormick, ao tratar do Estado de Direito, deixa claro que seguir a lei, bem como a interpretação manifestada no precedente:

[...] garante considerável segurança para a independência e dignidade de cada cidadão. Onde o Direito prevalece, as pessoas podem saber onde estão e o que são capazes de fazer sem se envolverem em processos civis ou terem que enfrentar o sistema de justiça penal. [...]. De um ponto de vista moral, a certeza e a segurança jurídicas têm valor considerável em razão da qualidade de vida que proporcionam aos cidadãos. (MACCORMICK, 2008, p. 17)

Após a presente explanação, entendemos que é evidente a relação do princípio da legalidade com os princípios da igualdade e da segurança jurídica, estando todos conectados entre e si e ao mesmo tempo conectados com os precedentes judiciais.

A legalidade, regra geral, é elemento maximizador de igualdade, pois quando as leis são válidas para todos os casos semelhantes e estas leis são interpretadas e aplicadas de forma uniforme (o que é possibilitado por uma teoria dos precedentes judiciais bem estruturada).

Da mesma forma, o princípio da legalidade possibilita a segurança jurídica, determinando os parâmetros de decisão. A legalidade é o que permite que os cidadãos orientem suas vidas sem medo de represálias estatais, sem medo de sofrerem processos civis e criminais, contudo a segurança jurídica somente é possível quando o cidadão, ou pelo menos o seu advogado, sabe qual a interpretação da lei será aplicada pelos tribunais e tal conhecimento só é possível a partir dos precedentes judiciais.

A concretização desses direitos fundamentais depende da devida compreensão da teoria dos precedentes judiciais com seus respectivos institutos. Não basta a simples citação de ementas ou referências vagas a decisões anteriores para que tais direitos sejam observados e respeitados.

Ramires (2010, p. 49) muito bem nos lembra de que: “A ementa de um julgado deve ser vista como não mais que um instrumento para proporcionar a catalogação da decisão nos repertórios jurisprudenciais, facilitando o acesso à informação nela contida”. Nesse mesmo sentido, Tiago Lima (2013, p. 438):

[...] a leitura de mero resumo (ementa de acórdão) de anterior julgamento não é suficiente para se extrair a exata compreensão do alcance do *decisum* utilizado como paradigma. Essa “técnica” é

bastante traiçoeira, na medida em que a ementa do precedente judicial invocado pode refletir com clareza e exatidão a *ratio decidendi* da norma julgada, comprometendo a força e a autoridade do próprio precedente citado, dada a possibilidade de ser aplicado de maneira equivocada.

O juiz não pode decidir simplesmente pela aplicação de uma ementa ou verbete jurisprudencial, devendo observar a similaridade entre o caso anteriormente decidido e o presente caso. A aplicação do precedente apenas pode ocorrer após os casos serem comparados, identificados e distinguidos.

Não basta invocar decisões anteriores para que os direitos fundamentais sejam observados. Para tal, faz-se necessário considerar os precedentes a partir de uma teoria dos precedentes judiciais bem estruturada, com a devida compreensão de seus institutos, identificando similaridades e diferenciações.

3.2.4 Precedentes judiciais e efetivação de direitos fundamentais

Fica evidenciado que os precedentes judiciais, quando estruturados em uma teoria dos precedentes, correspondem à importante instrumento de efetivação e proteção dos direitos fundamentais, em especial o direito à segurança jurídica, o direito a igualdade e o direito a legalidade, como foi possível analisar nas seções anteriores.

Pudemos demonstrar também que tais direitos são amplamente considerados nas teorias argumentativas de Ronald Dworkin (seção 2.1) e de Neil MacCormick (seção 2.2) e que em ambas as teorias os referidos direitos estão diretamente relacionados com a observância dos precedentes. Por meio destes, podemos possibilitar a igual consideração, com o Estado, em especial o Estado julgador, atuando como uma única voz, tratando todos os cidadãos de forma igualitária.

Foi possível perceber que seguir os precedentes é, ao mesmo tempo, uma exigência e uma garantia de igualdade, pois observar os precedentes corresponde a tratar casos iguais (similares) de forma igual e os casos diferentes de forma diferente, sendo vital, para tanto, buscar as similaridades relevantes.

Além disso, vislumbramos que os precedentes judiciais, quando devidamente compreendidos em uma teoria estruturada, possibilitam que os cidadãos direcionam e organizem suas vidas de forma segura, sem serem submetidos a processos judiciais, inclusive criminais, de forma inadvertida

(MACCORMICK, 2008). Isso porque, sem uma teoria dos precedentes, não há uma aplicação uniforme das leis, uma vez que a interpretação e a aplicação das leis variam de julgador para julgador.

O cidadão fica impossibilitado de saber previamente se sua conduta será considerada lícita ou ilícita ou qual a consequência jurídica de seus atos, pois tal resposta dependerá do acaso, dependerá de qual o julgador que analisará o seu caso, não podendo olhar as decisões do Judiciário e compreender com um mínimo de segurança como este se manifestará sobre o seu caso.

Nesse mesmo sentido, fica comprometida a legalidade, pois não basta por si só a existência de uma lei. É indispensável para a observância da legalidade que os precedentes judiciais sejam efetivamente considerados. Mesmo um Estado de Direito, guiado pela lei, pode ser arbitrário quando as interpretações são variadas e incertas.

Assim, para termos as leis proporcionando igualdade, segurança e racionalidade, precisamos de uma teoria dos precedentes que possibilite um mínimo de uniformidade e coerência na aplicação das referidas leis aos casos concretos, sendo que tal teoria dos precedentes ainda não pode ser vislumbrada no ordenamento jurídico brasileiro como demonstrado ao longo da seção 3.1.

Desta forma, temos que a teoria da argumentação, situada em um Estado Democrático de Direito, precisa de uma teoria dos precedentes judiciais. A análise das teorias do direito e das respectivas teorias da argumentação de Dworkin e MacCormick nos permitiu observar essa relação indissociável, bem como a relação entre os precedentes judiciais e a observância de valores democráticos constitucionalmente previstos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção de uma teoria dos precedentes judiciais corresponde à verdadeira exigência democrática em um Estado de Direito e possui relevante papel no sistema jurídico, independentemente da teoria do direito adotada, tendo em vista que estas se relacionam com uma teoria da argumentação jurídica, a qual é ancorada, em alguma medida em uma teoria dos precedentes judiciais.

Restou evidenciada a inexistência de consenso quanto à doutrina do precedente a ser adotada, inclusive em países de direito costumeiro, que possuem tradição secular na utilização de precedentes. Dentre as discussões mais acaloradas nos países de tradição *common law* vimos as discussões acerca da definição da *ratio decidendi* do caso, que corresponde a elemento central de qualquer teoria dos precedentes.

Está patente também que, atualmente, vislumbramos a paulatina ascensão de teorias do precedente alicerçadas em alguma teoria da argumentação jurídica e o gradual declínio daquelas baseadas exclusivamente na autoridade do órgão que profere a decisão.

Ficou evidenciado ainda que atualmente não podemos mais falar em sistemas jurídicos pautados exclusivamente no precedente e em sistemas jurídicos alicerçados exclusivamente em leis e códigos. O que presenciamos é o gradual sincretismo da tradição *common law* e da tradição *civil law*. Tal fato nos permite concluir que surge a necessidade da devida compreensão da teoria dos precedentes judiciais, não apenas em países de direito costumeiro, mas também em países de direito continental.

Mais que isso. Chegamos à conclusão de que a adoção de uma teoria dos precedentes, não necessariamente vinculantes em sentido forte, corresponde a elemento existente e indispensável em diversas teorias do direito. Seja em uma teoria do direito interpretativista, seja em uma teoria do direito positivista, não é possível alcançarmos um direito íntegro em seus princípios, um direito coerente e coeso, sem uma teoria dos precedentes judiciais bem estruturada e bem compreendida pelos aplicadores do direito.

A partir da análise das teorias de Ronald Dworkin e Neil MacCormick, das quais tiramos as referidas conclusões, podemos observar também a relação entre precedentes judiciais e a contenção da discricionariedade em sentido forte, bem como a contenção da arbitrariedade judicial e, conseqüentemente, podemos

evidenciar um dos aspectos da relação entre teoria dos precedentes judiciais e Estado Democrático de Direito.

A observância aos precedentes judiciais corresponde a exigência de qualquer Estado Democrático de Direito, principalmente no que diz respeito à igualdade, ou direito a igual consideração nos termos de Dworkin, correspondendo a importante instrumento de contenção de arbitrariedade, possibilitando o controle de racionalidade das decisões judiciais.

A adoção de uma teoria dos precedentes determina que o juiz ou tribunal de igual tratamento a sujeitos em situações similares, bem como exige que este julgador, caso não aplique o precedente, dê suas razões para o tratamento diferenciado.

Tal função é evidenciada tanto na teoria da argumentação contida na obra de Ronald Dworkin, quanto na teoria da argumentação inerente à teoria de direito de Neil MacCormick, seja pela exigência de universabilidade das razões, seja pela exigência de igual consideração e a força gravitacional dos precedentes.

A noção de integridade de Dworkin exige que o governo tenha uma única voz, tratando todos os seus cidadãos de forma coerente, fundamentada. Para a efetivação da integridade é indispensável que cada juiz atue como um dos autores do romance em cadeia e continue a produção (criação) do direito a partir do direito existente.

Pudemos concluir também que a teoria da argumentação, ancorada na noção de interpretação criativa existente na teoria do direito de Ronald Dworkin, depende dos precedentes judiciais para ter viabilidade e concretude. Sem levar em consideração os precedentes, o juiz fica impossibilitado de confrontar sua interpretação com a rede de estruturas e decisões de sua comunidade.

No que tange à teoria da argumentação de MacCormick também pudemos constatar a importância de uma teoria dos precedentes judiciais. Isso porque, partindo do Estado de Direito, fica completamente inviabilizada a efetivação de valores como a igualdade.

Uma teoria da argumentação, no contexto de um Estado de Direito, precisa de precedentes judiciais. Justificar uma decisão implica em oferecer razões em favor da mesma, porém tais razões devem ser universalizáveis, ou seja, as razões apresentadas justificarão a mesma decisão em casos futuros quando evidenciadas circunstâncias similares.

Assim, observar os precedentes corresponde a afirmar que a decisão passada foi devidamente justificada, justificada ao ponto de que as razões existentes não são aplicáveis apenas ao caso presente, mas também aos casos futuros.

Após análise dos dois autores, foi possível constatar que a consideração aos precedentes judiciais, com seus respectivos institutos, corresponde, independentemente da teoria do direito adotada, à importante elemento de contenção de arbitrariedade e maximizador de igualdade.

A relevância dos precedentes não passou despercebida no Brasil, onde encontramos vários mecanismos de reforço do precedente, atribuindo algum grau de vinculatividade para algumas decisões proferidas por determinados órgãos jurisdicionais, como pudemos observar na primeira parte do terceiro capítulo.

Ficou evidenciado, contudo, que estes mecanismos falham na tentativa de incorporar, mesmo que parcialmente, uma doutrina dos precedentes. Isso porque não temos as bases de uma teoria dos precedentes judiciais, não possuindo conhecimento de institutos elementares, como *ratio decidendi*, *distinguishing*, dentre outros.

Tais mecanismos de reforço do precedente apenas estimulam julgadores a considerarem o dispositivo de decisões anteriores, sejam decisões isoladas (controle de constitucionalidade concentrado) ou decisões reiteradas (súmulas, por exemplo), como novos artigos de lei, a serem aplicados de forma não uniforme, sem qualquer preocupação em analisar se o caso a ser julgado possui similaridade, no que diz respeito aos aspectos relevantes do caso, com o julgado que deu origem ao precedente, ou ao conjunto de casos que deram origem a determinada súmula.

Parte da doutrina nacional vem demonstrando considerável preocupação com o esforço de incorporar a teoria dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, e essa parte da doutrina vem conquistando relativa vitória nesta empreitada. Isso pode ser evidenciado pela atual redação do Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n. 8046/2010), atualmente no Senado Federal para revisão final do texto, que claramente tenta introduzir no Brasil a vinculatividade em sentido forte para uma série de decisões judiciais e principalmente tenta introduzir, pela via legislativa introduzindo um capítulo intitulado

“Do Precedente Judicial”, conceitos relacionados à teoria do precedente, como *ratio decidendi*, *distinguishing* e *overruling*¹¹.

¹¹ CAPÍTULO XV

DO PRECEDENTE JUDICIAL

Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

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

§ 2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade;

b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

§ 1º O órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, § 1º, na formação e aplicação do precedente judicial.

§ 2º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

§ 3º O efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

§ 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo os fundamentos:

I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;

II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

§ 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

§ 6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se:

I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante;

II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;

III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do *caput*.

§ 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.

§ 8º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 9º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

§ 10. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

Essa preocupação esta diretamente relacionada com a necessidade de conter arbitrariedades e parcialidade estatal em especial do Poder Judiciário, bem como a preocupação com a eficácia e proteção dos direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito e consubstanciado na Constituição da República Federativa do Brasil.

Ao final do trabalho, pudemos concluir que a observância ao precedente é elemento indispensável para a efetivação dos direitos fundamentais, em especial os direitos a igualdade, a segurança jurídica e a legalidade.

Não é possível termos tratamento igualitário se casos similares forem tratados de forma diferente e se casos diferentes forem tratados da mesma forma. O mesmo pode ser dito da interpretação da lei. A legalidade não terá real eficácia se casos similares receberem interpretações diferentes da mesma lei, além do que interpretações diferentes acarretam em desigualdade de tratamento e insegurança nas relações sociais.

Se os precedentes judiciais não forem considerados, os cidadãos não terão como saber qual interpretação da lei será aplicada, não possuindo segurança para desenvolver suas atividades cotidianas sem o temor de ser alvo de um processo civil ou criminal.

Além do que, o não conhecimento da interpretação a ser aplicada ou até mesmo da lei a ser aplicada em determinado caso, estimula a litigância, estimula acusações criminais levianas e desestimula o acordo e a resolução pacífica de conflitos.

Por fim, foi possível concluir pela total indispensabilidade de estruturação de uma teoria dos precedentes judiciais, independentemente da teoria da argumentação e da teoria do direito consolidada em um determinado país, para a efetivação e proteção dos direitos fundamentais em questão e, conseqüentemente, a proteção do Estado Democrático de Direito.

§ 11. A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Henry J. **The judicial process**: an introductory analysis of the Courts of the United States, England and France. New York: Oxford University Press, 1993.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Estudos de direito processual**. Belém: Editora Paka-tatu, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARRUDA, Paula. **Efeito vinculante**: ilegitimidade da jurisdição constitucional estudo comparado com Portugal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o trunfo tardio do Direito Constitucional brasileiro). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C70-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em 21/01/2014.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A garantia jurisdicional da Constituição brasileira**: Análise e propostas para seu aprimoramento. São Paulo: Editora Método, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

_____; MAIA, Antonio Cavalcanti. Argumentação como justificação: em busca de uma definição comum para as Teorias da Argumentação Jurídica contemporâneas. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do direito e decisão racional**: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2014.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar. **A contribuição dos precedentes judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald; MANNING, Kenneth L.. **Judicial process in America**. 7 ed. Washington, DC: CQ Press, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do estado e da constituição. 14 ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **O direito inglês**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

DENT, Chris; COOK, Ian. **Stare decisis, repetition and understanding common law**. In: Griffith L. Rev., n. 16, 2007.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

_____. Argumentos de política no controle judicial: uma análise a partir das teorias de Ronald Dworkin e Neil MacCormick, In: DIAS, Jean Carlos e GOMES, Marcus Alan de Melo. **Direito e desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2014.

DIDIER JR, Fredie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro**. Disponível em: http://www.academia.edu/1771097/Recurso_extraordinario_e_objetivacao. Acessado em: 22/01/2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. ed. 6. São Paulo: Malheiros, 2009. v.3.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

_____. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

EISENHOWER, James J. **Four theories of precedents and It's role in judicial decisions**. In: Temple Law Rev, n. 61, 1988.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8 ed. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkia, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOODHART, Arthur L. **Determining the ratio decidendi of a case**. In: Yale Law Journal, v. XL, n. 2, december 1930.

_____. **The ratio decidendi of a case.** In: *The Modern Law Review*, v. 22, n. 2, march 1959.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GUTHRIE, Neil. **Stare decisis revisited.** In: *Advoc. Q.*, n. 31, 2006.

HART, H. L. A. **O conceito de direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional.** 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MACCORMICK, Neil. **The significance of precedent.** In: *Acta Juridica*, v. 174, 1998.

_____. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Retórica e o Estado de Direito.** São Paulo: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento.** 7 ed, São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

MAUÉS, Antônio Moreira. Ensaio sobre a harmonização da jurisprudência constitucional. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de, et al. **Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAY, Larry; SNOW, Nancy E.; BOLTE, Angela. **Legal philosophy: multiple perspectives.** California: Mayfield Publishing Company, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas.** *Revista jurídica virtual*, vol. 1, n. 4, agosto de 1999. Disp. em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm. Acesso em 19.01.2014.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- MONTROSE, J. L. **The ratio decidendi of a case.** In: Mod. L. Ver, n . 20, 1957.
- MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito:** leituras escolhidas em direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- NEUBAUER, David W.. **Judicial process:** law, courts, and politics in the United States. 2 ed. Belmont: Wadsworth, 1997.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviafã:** uma relação difícil. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro** In: Revista de Processo, v. 161, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIPHANT, Herman. **A return to stare decisis.** In: The American Law School Review, vol. 6, n. 05, 1930.
- PECZENIK, Aleksander. **Taking law seriously.** In: Cornell Law Review, vol. 68, 1983.
- PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: **Igualdade, diferença e direitos humanos.** SARMENTO, Daniel, IKAWA; Daniela; PIOVESAN, Flávia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre o common law, civil law e o precedente judicial.** In: Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- RAZ, Joseph. **Dworkin:** A new link in the chain. In: Cal. Law Review, vol. 74, 1986.
- RÁZ, Martin. **Inside the Precedent.** In: Common Law Review, n. 03, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SCOFIELD, Robert G.. **Goodhart's concession:** defending ratio decidendi from logical positivism and legal realism in the first half of the twentieth century. In: K.C.L.J, v. 16, 2005.
- SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante:** um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 32 ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SIMPSON, A. W. B.. **The ratio decidendi of a case**. In: *The Modern Law Review*, vol. 22, n. 05, 1959.

SORIANO, Leonor Moral. **Precedents**: reasoning by rules and reasoning by principles. In: *Northern Ireland Legal Quarterly*, n. 59, 2008.

STONE, Julius. **The ratio of the ratio decidendi**. In: *The Modern Law Review*, vol. 22, n. 06, 1959

TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. In: *Rivista Trimestrale Diritto e procedura civile*. a. 61, n. 03. Milano: Giuffrè, 1996.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VONG, David. **Binding precedent and english judicial law-making**, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009.