



CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ

ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO-SENSU* EM DIREITO

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E  
DESENVOLVIMENTO REGIONAL

BERNARDO AUGUSTO DA COSTA PEREIRA

OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DA CRISE DE  
TEMPESTIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL BRASILEIRA: EM BUSCA DA  
RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

BELÉM - PA  
2015

BERNARDO AUGUSTO DA COSTA PEREIRA

OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DA CRISE DE  
TEMPESTIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL BRASILEIRA: EM BUSCA DA  
RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação *stricto-sensu* do Centro Universitário do Estado do Pará, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em direito.

Linha de pesquisa: Direito, políticas públicas e direitos humanos.

Orientador: Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo.

BELÉM – PA  
2015

BERNARDO AUGUSTO DA COSTA PEREIRA

OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DA CRISE DE  
TEMPESTIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL BRASILEIRA: EM BUSCA DA  
RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro  
Universitário do Estado do Pará – CESUPA

Orientador: Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo

**Banca Examinadora**

---

Orientador

Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo  
Centro Universitário do Estado do Pará

---

Avaliador interno

Prof. Dr. Jean Carlos Dias  
Centro Universitário do Estado do Pará

---

Avaliador externo

Prof.<sup>a</sup> Dra. Gisele Santos Fernandes Góes  
Universidade Federal do Pará

Belém, 09 de abril de 2015

Avaliação: APROVADO

BELÉM – PA  
2015

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO  
REGIONAL**

**ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO PARA CONCESSÃO DO GRAU DE MESTRE  
DO ALUNO BERNARDO AUGUSTO DA COSTA PEREIRA.**

Ao nono dia do mês de abril do ano de dois mil e quinze, realizou-se no Auditório do Centro Universitário do Pará – CESUPA, na Rua Alcindo Cacela nº 1523, nesta Capital, a sessão pública de defesa da Dissertação “OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FORMA DE SUPERACÃO DA CRISE DE TEMPESTIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL BRASILEIRA: EM BUSCA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.” do aluno BERNARDO AUGUSTO DA COSTA PEREIRA, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), que concluiu os créditos exigidos para obtenção do título de “MESTRE EM DIREITO”, segundo encaminhamento do Profº Jean Carlos Dias, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará e segundo os registros constantes dos arquivos da Secretaria da Pós-Graduação. Os trabalhos foram instalados pelo Prof. Dr. José Henrique Mouta Araujo, Presidente da Banca Examinadora, e orientador da Dissertação, que foi constituída pelos seguintes Professores: Profº. Dr. Jean Carlos Dias, Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará, Prof. Dr. José Henrique Mouta Araujo, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará e Profº. Dra. Gisele Santos Fernandes Goês, Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. A Banca Examinadora, tendo decidido aceitar a Dissertação, passou à arguição pública do candidato. Encerrados os trabalhos de arguição, os examinadores deram o parecer final sobre a Dissertação:

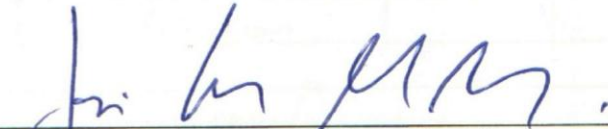
APROVADO

APROVADO COM RESTRIÇÕES – as exigências que constam na folha de modificações em anexo devem ser atendidas em prazo fixado pela banca (não superior a 30 dias).


REPROVADO

Proclamados os resultados pelo Prof. Dr. José Henrique Mouta Araujo, Presidente da Banca examinadora, foram encerrados os trabalhos e para constar eu, Maria do Socorro Cardoso dos Santos, confiro e assino a presente Ata juntamente com os membros da Banca Examinadora.

Belém, 09 de abril de 2015.



Prof. Dr. José Henrique Mouta Araujo  
Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará

  
Prof. Dr. Jean Carlos Dias

Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará

  
Prof. Dra. Gisele Santos Fernandes Goês

Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará



Secretária Maria do Socorro Cardoso dos Santos

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Augusto e Leida, por todo o apoio durante minha vida, e pelas valiosas lições e valores que me foram passados.

À Roselina, pela dedicação inabalável em cuidar de mim, nos últimos 25 anos.

À minha namorada, Liliana, pelo amor, carinho e companheirismo.

Ao professor José Henrique Mouta Araújo, pela orientação, e, principalmente, pelas várias oportunidades oferecidas ao longo destes últimos anos.

Aos professores do curso de mestrado em direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), pelas valiosas lições, apontamentos e críticas, sempre construtivas.

À secretaria do curso de mestrado, especialmente à Socorro (Help), pela grande atenção sempre dispensada a mim.

Aos amigos das diversas turmas, especialmente aos da minha, pelas produtivas discussões, pela espontaneidade e pelo companheirismo, que, sem dúvida, tornaram este árduo caminho mais prazeroso. Um agradecimento especial aos amigos Adilon Passinho Koury, Fabrício do Prado Nunes e Lorena Mesquita Silva pela constante parceria.

Ao Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), que, durante meus cursos de graduação e mestrado, forneceu o ambiente adequado para meu desenvolvimento pessoal e intelectual.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), que, por meio do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP), me concedeu bolsa de estudo, tornando mais tranquila a elaboração deste trabalho.

E a todos que contribuíram direta ou indiretamente, não apenas na elaboração deste trabalho, como também para meu aperfeiçoamento humano e jurídico.

*“Sometimes, pointing to a precedent was clearly a way of trying to be fair. But at other times I was sure it was the coward’s way out or an excuse for inertia”*

**(NEIL DUXBURY)**

## RESUMO

O presente estudo busca demonstrar a relevância dos precedentes judiciais para a superação da crise de tempestividade na prestação jurisdicional, pela qual passa o Judiciário brasileiro. Para tanto, as tradições jurídicas do *civil law* e do *common law* são brevemente analisadas, com maior foco nesta última, no intuito de demonstrar a aproximação que ocorre entre tais famílias jurídicas, e que não há entraves para a utilização de precedentes judiciais por países filiados à tradição romano-germânica. Estuda-se também a teoria dos precedentes judiciais, sendo defendida uma concepção hermenêutica e dialética destes institutos, além de argumentos favoráveis à sua utilização. Da mesma maneira, os elementos essenciais para uma adequada compreensão da teoria dos precedentes judiciais, além de técnicas de revogação, são alvo de análise específica. As concepções neoconstitucionalistas e o neoprocessualistas que passam a afetar o Judiciário brasileiro após o advento da Constituição da República de 1988 são alvo de atenção, da mesma forma que os argumentos contrários à adoção dos precedentes judiciais no direito brasileiro. Em seguida, em face da ampliação das técnicas de vinculação das decisões judiciais, entendidas como parte de uma política pública em prol da razoável duração do processo, os institutos da súmula vinculante, repercussão geral e o Novo Código de Processo Civil, com foco no incidente de resolução de demandas repetitivas, são objeto de estudo detido. Por fim, com o intuito de aprofundar a qualidade da aplicação dos precedentes judiciais no direito brasileiro, estuda-se a teoria de Ronald Dworkin, com maior foco no direito como integridade. Conclui-se que os precedentes judiciais, caso bem manejados, são aptos a promover um aumento de qualidade nas decisões judiciais, e também auxiliar o Poder Judiciário brasileiro a alcançar a razoável duração do processo e, conseqüentemente, o devido processo legal.

**Palavras-chave:** Civil law. Common law. Precedentes judiciais. Razoável duração do processo. Mecanismos de vinculação das decisões judiciais. Ronald Dworkin. Direito como integridade.



## ABSTRACT

This study aims to demonstrate the relevance of judicial precedents to overcome the timing crisis in adjudication, by which the Brazilian Judiciary goes by. Therefore, the legal traditions of civil law and common law are briefly analyzed, with greater focus on the latter, in order to demonstrate the approach that occurs between such legal families, and that there are no barriers to the use of judicial precedents by affiliated countries to the Roman-Germanic tradition. It is also studied the theory of judicial precedents, being defended a hermeneutic and dialectical conception of these institutions, as well as favorable arguments for their use. In the same way, the essential elements for a proper understanding of the theory of judicial precedents, besides the revocation techniques, are target of specific analysis. The neoconstitutionalist and neoprocessualist conceptions that start to affect the Brazilian Judiciary after the advent of the Constitution of the Republic of 1988 are target of attention in the same way that the arguments against the adoption of judicial precedents in Brazilian law. Then, due to the expansion of techniques of judicial decision's binding, understood as part of a public policy in favor of reasonable duration of the process, the institutes of binding summary, general repercussion and the New Code of Civil Procedure, with focus on the incident of resolution of repetitive demands, are object of careful study. Finally, in order to deepen the quality of application of judicial precedents in the Brazilian law, it is studied the theory of Ronald Dworkin, with greater focus on law as integrity. It is concluded that the judicial precedents, if well managed, are able to promote an increase in quality of judicial decisions, and also assist the Brazilian Judiciary to achieve the reasonable duration of the process and, hence, the due process of law.

**Keywords:** Civil law. Common law. Judicial precedents. Reasonable duration of the process. Binding mechanisms of judicial decisions. Ronald Dworkin. Law as integrity.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC – Apelação Cível;

ADC – Ação de Declaração de Constitucionalidade;

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade;

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental;

AgR/Ag. Rg./Ag. Reg – Agravo Regimental;

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações;

AR – Ação Rescisória;

art. – artigo;

arts. – artigos;

C. Civ. – Câmara Cível;

CF – Constituição Federal;

COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social;

CPC – Código de Processo Civil;

Desa. – Desembargadora;

DJe – Diário de Justiça eletrônico;

DT – Deutsche Telekom

ESV – Enunciado Sumular Vinculante;

EUA – Estados Unidos da América;

HC – Habeas Corpus;

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas;

j. – julgamento;

KapMuG – Kapitalanleger-mesterverfahrensgesetz (procedimento modelo);

LC – Lei Complementar;

n. – número;

NCPC – Novo Código de Processo Civil;

p. – página;

PEC – Proposta de emenda à Constituição;

RE – Recurso Extraordinário;

Rel. – Relator;

REsp – Recurso Especial;

RG – Repercussão Geral;

RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus;

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal;

RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência;

STF – Supremo Tribunal Federal;

STJ – Superior Tribunal de Justiça;

SV – Súmula Vinculante;

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul;

TST – Tribunal Superior do Trabalho;

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
<b>1. BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>.....</b>	<b>16</b>
1.1. A FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA: BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS DO <i>CIVIL LAW</i> .....	19
1.2. A FAMÍLIA ANGLO-SAXÔNICA: O <i>COMMON LAW</i> INGLÊS.....	24
1.2.1. A conquista dos normandos, os Tribunais Reais de <i>Westminster</i> e a estrutura dualista do direito inglês.....	24
1.2.2. A influência do direito romano sobre a Inglaterra.....	29
1.2.3. <i>Stare decisis</i> : a vinculação aos precedentes judiciais.....	32
1.2.4. O mito da ausência de legislação nos países de <i>common law</i> .....	38
1.2.5. Diferenças entre o <i>common law</i> britânico e o norte americano.....	43
<b>2. ASPECTOS CENTRAIS DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....</b>	<b>47</b>
2.1. O PRECEDENTE JUDICIAL, SEU CARÁTER HERMENÊUTICO E SUA CONCEPÇÃO COMO FONTE DO DIREITO.....	47
2.2. PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS, PERSUASIVOS E A VARIAÇÃO DA AUTORIDADE DO PRECEDENTE.....	55
2.3. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO USO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	62
2.3.1. Segurança jurídica, igualdade e coerência.....	63
2.3.2. Definição de expectativas: desestímulo à litigância e favorecimento de acordos.....	67
2.3.3. Celeridade processual e economia argumentativa.....	71
2.4. MECANISMOS PRÓPRIOS PARA A CORRETA COMPREENSÃO E UTILIZAÇÃO DA TEORIA.....	75
2.4.1. A importância da analogia.....	75
2.4.2. <i>Ratio decidendi</i> (ou <i>holding</i> ) e <i>obiter dicta</i> .....	78
2.4.3. <i>Distinguishing</i> .....	80
2.4.4. Técnicas de revogação: <i>overruling</i> , <i>overriding</i> ( <i>modifyng</i> ) e <i>transformation</i> .....	81
2.5. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO EM PAÍSES DE <i>CIVIL LAW</i> .....	83

<b>3. O JUDICIÁRIO BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....</b>	<b>86</b>
3.1. O(S) NEOCONSTITUCIONALISMO(S): O SURGIMENTO DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE CONSTITUIÇÃO, SUA RECEPÇÃO NO BRASIL E A AMPLIAÇÃO DO USO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO PAÍS.....	87
3.2. NEOPROCESSUALISMO: ACESSO À JUSTIÇA E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....	93
3.3. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ADOÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL.....	101
3.3.1. Engessamento do direito.....	102
3.3.2. Violação à independência dos magistrados de graus inferiores.....	104
3.3.3. A Separação entre os Poderes da República.....	107
<b>4. AMPLIAÇÃO DAS TÉCNICAS DE VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL: UMA POLÍTICA DE PRECEDENTES JUDICIAIS EM PROL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....</b>	<b>111</b>
4.1. SÚMULA VINCULANTE.....	116
4.2. REPERCUSSÃO GERAL.....	124
4.3. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR).....	131
<b>5. O DIREITO COMO INTEGRIDADE EM PROL DO APRIMORAMENTO NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....</b>	<b>153</b>
5.1. ASPECTOS CENTRAIS DA TEORIA JURÍDICA DE RONALD DWORKIN: PADRÕES JURÍDICOS, CASOS FÁCEIS E DIFÍCEIS E A TESE DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA.....	153
5.2. DIREITO COMO INTEGRIDADE: O ROMANCE EM CADEIA E O JUIZ HÉRCULES.....	169
5.3. IMPORTÂNCIA DA INTEGRIDADE PARA A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL.....	177
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>185</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>188</b>

## INTRODUÇÃO

Atualmente, o Judiciário brasileiro passa por uma crise de credibilidade. Diversos são os motivos para tanto, sendo um dos principais o grande número de demandas propostas, o que o impede de exercer sua função precípua de forma célere. Para superar tal entrave, os precedentes judiciais passaram a ter sua importância cada vez mais reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, tanto do ponto de vista teórico, como do ponto de vista prático.

No presente estudo, busca-se verificar se os precedentes judiciais são capazes de auxiliar na superação da crise de tempestividade da prestação jurisdicional brasileira, e, assim, materializar a garantia constitucional da razoável duração do processo.

Para tanto, é essencial estudar os precedentes judiciais, institutos caracterizadores da tradição jurídica do *common law*, compreender seus aspectos principais e verificar se sua utilização é possível em países da família jurídica do *civil law*. O estudo de tais famílias jurídicas se mostra, da mesma maneira, imprescindível.

A formação e o desenvolvimento da família romano-germânica, cuja inspiração inicial foi o próprio direito romano, deve muito aos estudos exercidos pelas universidades, e as diversas escolas jurídicas que se desenvolveram na Idade Média e Idade Moderna. Da mesma forma, o contexto histórico francês à época da Revolução Francesa, na qual os magistrados eram parte da aristocracia e apoiadores do rei, teve grande relevância, ao reduzir a proeminência de ambos na definição da norma jurídica.

Em face desta desconfiança nos juízes, buscou-se a segurança jurídica no texto legal, produzido pelo Parlamento, dando origem à teoria da Separação dos Poderes e ao juiz *bouche de la loi*, conforme proposto por Montesquieu, além do dogma da supremacia da lei. Na época de Napoleão, esta supremacia se tornou ainda mais proeminente, com a promulgação dos códigos legais.

Por sua vez, a família do *common law*, devido à sua origem histórica diversa, não seguiu o mesmo caminho. Em sua evolução histórica, a Inglaterra não teve nenhuma grande ruptura, considerando como marco inicial a conquista pelos Normandos em 1066. Em virtude desta continuidade, o *common law* pode se desenvolver de forma gradual e contínua, com o surgimento dos Tribunais Reais de *Westminster* e a convivência das cortes de *common law* com as de *equity*.

Não houve necessidade de reduzir o poder dos magistrados, cujas decisões sempre tiveram grande relevância para a sua cultura jurídica. A própria vinculação aos precedentes

judiciais, ou seja, a teoria do *stare decisis*, advém da evolução histórica da família jurídica anglo-saxônica. Todavia, apesar da relevância que os precedentes judiciais possuem na tradição do *common law*, a legislação não é inexistente nos países membros desta família.

A teoria dos precedentes judiciais é de grande valia para a superação dos entraves à prestação jurisdicional célere, pela qual passa o Judiciário brasileiro. O precedente judicial, entendido como uma decisão anterior, que por sua relevância tem o condão de ser aplicado em casos futuros, se constitui em verdadeira fonte do direito. Pode ser vinculante ou persuasivo, sendo sua autoridade variável, em virtude de uma série de fatores.

Vários são os argumentos favoráveis para a utilização dos precedentes judiciais, tais como o alcance de segurança jurídica, igualdade e coerência sistêmica, além de definir expectativas e contribuir para uma economia argumentativa na decisão judicial, permitindo que esta seja mais célere.

Uma vez que os precedentes se mostram como possíveis formas de ampliar a celeridade dos julgamentos, é essencial analisar os elementos fundamentais de sua teoria, como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, além das formas de superação de precedentes e como verificar as disparidades existentes ao compará-los com outro caso.

Da mesma forma, não se pode verificar a pertinência dos precedentes para o Judiciário brasileiro, sem analisar este último. A força e influência que a Constituição passou a exercer no Brasil após 1988, afetando inclusive o processo judicial, demonstram a relevância e importância da razoável duração do processo no ordenamento jurídico brasileiro, que passou a adotar cada vez mais os precedentes judiciais na fundamentação de suas decisões jurisdicionais. Todavia não se pode olvidar que existem aqueles que advogam pela não adoção de precedentes, apontando argumentos, tais quais: o engessamento do direito, a teoria da Separação dos Poderes e a violação da independência dos magistrados.

Independentemente destas críticas, não se pode negar que os precedentes judiciais ganham cada vez mais relevância no direito brasileiro, inclusive, pela constante criação de mecanismos de vinculação as decisões judiciais. Isto deixa patente a importância de estudar, não apenas os precedentes, mas os institutos que se baseiam na força vinculante dos primeiros. A atualidade do tema é visível, vez que, inclusive, o futuro Código de Processo Civil (lei n. 13.105/2015), que se encontra em *vacatio legis*, fornece grande relevância à temática dos precedentes judiciais vinculantes, no intuito de alcançar uma duração processual mais adequada.

A teoria do direito contemporânea, frise-se, já se debruçou sobre os precedentes judiciais, sendo uma das razões da relevância da teoria de Ronald Dworkin, a qual pode vir a

auxiliar o Judiciário brasileiro no melhor manejo dos precedentes. A teoria do direito como integridade prega que cada magistrado deve, antes de decidir, analisar o sistema jurídico para desenvolvê-lo com coerência e integridade. Trata-se da comparação com um romance em cadeia, que Dworkin utiliza.

Dada a importância cada vez maior que os precedentes judiciais adquirem no direito brasileiro, verificar se estes são instrumentos capazes de melhorar a prestação jurisdicional, acelerando-a, é de grande relevância, e eis a importância da presente dissertação. Por isto que, analisar os desdobramentos supracitados e os pontos polêmicos, todos fortemente relacionados à temática proposta, também é objetivo deste estudo.

Para fundamentar esta pesquisa foi utilizada moderna doutrina, nacional e estrangeira, a qual não ficou restrita à apenas um âmbito do direito. Diversos prismas foram analisados, permitindo uma análise histórica, constitucional, processual e filosófica. Não apenas livros, mas artigos científicos também fundamentaram este estudo. Da mesma maneira, a Constituição Brasileira e a legislação do país também foram analisadas, assim como se buscou apresentar precedentes judiciais, súmulas, informações quantitativas e o próprio futuro Código de Processo Civil, para fundamentar ainda mais a presente dissertação. Utilizou-se, inclusive, casos próprios do *common law* inglês. Pretende-se, ao analisar tema tão relevante, auxiliar a comunidade jurídica brasileira, que cada vez mais tem a necessidade de se debruçar sobre os precedentes judiciais.



## 1. BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*:

No âmbito do direito comparado, especialmente em termos históricos, as expressões *civil law* e *common law* são constantemente reiteradas. São as denominações, em língua inglesa, das duas maiores tradições jurídicas mundiais, sendo também tratadas como famílias jurídicas, cada uma com características próprias.

A tradição do *civil law* (romano-germânica), como o próprio nome aponta, surge a partir do direito romano e dos esforços que as universidades dos países latinos e germânicos envidaram para elaborar e desenvolver uma teoria jurídica apropriada ao mundo moderno. Por sua vez a família do *common law* (anglo-saxônica) é aquela advinda do direito inglês, a qual também sofreu influências diversas. Visto que tais países se tornaram colonizadores, na Idade Moderna, a sua tradição jurídica foi herdada pelas colônias<sup>1</sup> (DAVID, 2002, p.24).

Gustavo Zagrebelszy (2009, p.117) aponta elementos marcantes de diferenciação entre estas tradições jurídicas, os quais serão desenvolvidos adiante:

*(...) il Rule of law equivale all'effettività della tutela in giudizio, mentre, per esempio, nella Francia del suo tempo la Costituzione proclamava i diritti, lasciando aperta la questione dell'effettività della loro tutela in giudizio. Ciò significa, in breve, che la Costituzione inglese è una judge-made constitution, non un proclama di principi consacrati in un testo. Il diritto si forma dunque nel concreto della controversia e viene espresso nella decisione.*<sup>2</sup>

Mario Losano (2007, p. 336), por sua vez, apresenta três acepções da expressão *common law*, cada qual com sua respectiva contraposição, que, por sua vez, permite alcançar um sentido específico do termo:

*(...) Por isso, fala-se de Common Law como de um direito consuetudinário quando é contraposto ao Statute Law, entendido este último como o direito promulgado pelo parlamento na forma da lei. Assim, o termo “Common*

<sup>1</sup> Por este motivo se afirma que o Brasil, colonizado por Portugal, possui uma tradição romano germânica, enquanto que os Estados Unidos da América, colonizado pela Inglaterra detém uma tradição anglo-saxônica, apenas para citar alguns exemplos.

<sup>2</sup> “(...) o *Rule of law* equivale a efetividade da tutela em juízo, enquanto, por exemplo, na França do seu tempo a Constituição proclamava o direito, deixando aberta a questão da efetividade da sua tutela em juízo. Isso significa, em suma, que a Constituição inglesa é uma *judge-made constitution*, não uma proclamação de princípio consagrado no texto. O direito se forma portanto no concreto da controvérsia e vem expresso na decisão”. Traduzido pelo autor.

Law” tem ao menos três significados distintos, dependendo de sua contraposição ao Statute Law, ao Civil Law ou à *equity*. (grifos do autor)

A divisão do direito em famílias possui um cunho muito mais metodológico, didático e histórico, não sendo capaz de apontar as saliências jurídicas que cada país membro de uma mesma família possui<sup>3</sup>. De fato, existe uma pluralidade fortemente fragmentada de modelos jurídicos, o que impede que as comparações entre os grandes sistemas da atualidade tenham grande precisão. Neste sentido, comparações entre micromodelos, ou seja, entre países, se torna mais adequada.

Ainda assim, o uso das expressões *civil law* e *common law* são consagradas na doutrina. Vale frisar, ademais, que a família romano-germânica e a família anglo-saxônica não são as únicas existentes. René David (2002, p. 23-32) aponta outras famílias jurídicas, quais sejam: o direito dos países socialistas, o direito muçulmano, o direito indiano, os direitos do extremo oriente e os direitos da África e de Madagascar. Tal divisão, inclusive, pode variar dependendo do método utilizado para agrupar os sistemas jurídicos.

Hermes Zaneti Jr. (2015, p.37-38), prefere utilizar a expressão “tradição”, entendida esta como os elementos fundamentais arraigados acerca do direito em determinados países. Assim, é possível agrupar países que possuem normas jurídicas variadas acerca de determinado assunto, uma vez que compartilham tais elementos no cerne de sua história.

*Tradição é entendida aqui justamente como uma comunhão peculiar que permite falar de sistemas jurídicos muito diversos entre si (como o da França e o da Alemanha) como pertencentes ao mesmo grupo. Tradição, portanto, não se refere a um conjunto de regras de direito (sobre contratos, delitos etc.), servindo mais para identificar um conjunto de atitudes fundamentais, profundamente arraigadas, historicamente condicionadas, sobre a natureza do direito, sobre seu papel na sociedade e no corpo político, sobre as operações adequadas de um sistema legal, sobre a forma que se faz ou se deveria fazer, aplicar, estudar, realizar e ensinar o direito (...)* (grifos do autor)

Na presente seção é elaborada breve análise histórica acerca da evolução do *civil law* e do *common law*. Uma vez que o foco da presente dissertação não é realizar um estudo histórico exaustivo, nem pontuar o desenvolvimento da teoria constitucional dos países, optou-se por tratar apenas dos pontos principais da evolução das famílias jurídicas, ora

---

<sup>3</sup> O direito brasileiro possui profundas diferenças em relação aos direitos português, francês, italiano e alemão. Mas ainda assim, são agrupados em uma mesma família jurídica. O mesmo se aplica ao ordenamento jurídico inglês, o qual é diferente do norte-americano.

estudadas. Vez que a tradição anglo-saxônica se pauta nos precedentes judiciais, alvo deste trabalho, e que a própria teoria dos precedentes se confunde com a história dos países membros desta tradição, especialmente a da Inglaterra, sua abordagem histórica, neste estudo, será mais extensa, se comparado com a tradição do *civil law*.

Primeiramente, ao se tratar da tradição romano-germânica, se apresenta a influência que o direito romano teve na família jurídica, principalmente através da sua interpretação na Idade Média. Apresentou-se a construção do direito comum na Europa, e posteriormente, o surgimento dos Estados Nacionais e a Revolução Francesa, cuja importância na construção do dogma de que o juiz deve apenas aplicar friamente a lei criada pelo Poder Legislativo, é vital. Por fim se verifica como as codificações, especialmente o Código Civil de Napoleão, alcançaram ampla aceitação europeia, sendo consideradas um dos grandes marcos da doutrina do *civil law*.

Em um segundo momento, se realiza um estudo acerca da evolução do *common law*, essencial para a sua compreensão, vez que tal sistema jurídico se desenvolveu historicamente por meio do julgamento de casos pelos juízes (*judge made law*). Para fins metodológicos, a análise se concentrou especificamente no desenvolvimento do *common law* britânico, especialmente o da Inglaterra. Ainda assim, busca-se demonstrar que mesmo países de uma mesma família jurídica, possuem diferenças marcantes, como é feito ao realizar comparação com os Estados Unidos da América.

Tal análise se inicia com a conquista dos normandos no século XI, que permitiu uma centralização administrativa e posteriormente jurídica. A criação dos Tribunais Reais de *Westminster* e a estrutura dualista do direito inglês que possuía cortes específicas para a aplicação do *common law*, e outros tribunais exclusivos para a aplicação da *equity*, também são dignas de atenção. Da mesma forma, a influência do direito romano no direito inglês, a qual vai além da existência de expressões latinas. São análises necessárias para a compreensão da teoria do *stare decisis*, e conseqüentemente, do uso dos precedentes judiciais.

A teoria *stare decisis et non quieta movere* prega o respeito aos precedentes judiciais e a vinculação às cortes superiores. Dentro do tema é importante ter em mente que a teoria passou (e ainda passa) por mudanças que afetam, especialmente, a força vinculante dos precedentes judiciais, razão pela qual se apresenta esta evolução, inclusive com trechos de julgados britânicos.

O ponto seguinte se refere a um mito que precisa ser derrubado, qual seja, a ausência de legislação nos países de *common law*. Busca-se demonstrar que os *statutes* existem há muitos séculos na Inglaterra, e que vem se proliferando e ganhando impacto nas

decisões judiciais com o passar dos tempos, inclusive devido ao fato da Soberania Parlamentar ser aspecto central da Constituição Britânica (*Parliamentary Sovereignty of the British Constitution*).

Finalmente, encerrando a primeira seção desta dissertação verifica-se, de forma sucinta, que apesar de possuírem uma mesma família jurídica, os diversos países membros do *common law* possuem características por vezes bastante distintas.

A importância de desenvolver tal tema, do ponto de vista também histórico, se dá em virtude de ambos os sistemas jurídicos caminharem para uma aproximação. Em países de tradição romano-germânica os precedentes judiciais passam a gozar de uma maior importância normativa, caso comparado com a visão tradicional do sistema. O mesmo corre com países de tradição anglo-saxônica, que passam a utilizar a legislação para buscar a solução de seus problemas. A lição de Mario Losano (2007, p. 345) é pertinente, conforme se pode observar:

O Common Law anglo-americano e o direito europeu continental, que agora regem a maioria da população mundial, tendem a se aproximar: o Common Law está passando por uma extensão dos *statutes* e das *consolidations* em detrimento do puro “judge made law”, enquanto a jurisprudência vai assumindo importância crescente em muitos países de Civil Law. Por exemplo, naqueles países que têm um tribunal constitucional, o direito constitucional tende a cada vez mais se tornar um direito jurisprudencial. (grifos do autor)

Uma das razões desta aproximação é a tentativa de superar os entraves inerentes ao próprio sistema jurídico de dado país, que precisa lidar com situações cada vez mais variadas, e, inclusive, internacionalizadas/globalizadas.

### 1.1. A FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA: BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS DO CIVIL LAW

A recepção do direito romano é apontado como um dos elementos mais importantes para a diferenciação das tradições jurídicas do *civil law* e do *common law*. Enquanto que os textos do direito romano afetaram fortemente a tradição romano-germânica, isto não ocorreu da mesma forma com a Inglaterra.

Não se trata do direito romano como aplicado em Roma, mas sim de uma releitura dos textos romanos, especialmente do *Corpus Iuri Civilis*, redescoberto no norte da Itália no século XII.

Devido ao fortalecimento do comércio e das cidades, surgiu a necessidade de maior segurança jurídica. A eclosão do sistema romano-germânico nos séculos XII e XIII não dependeu de uma centralização política, o que permitiu que o direito concebido não ficasse limitado a fronteiras pré-definidas (DAVID, 2002, p. 40).

As universidades possuem papel fundamental para o desenvolvimento desse *Ius Commune*. Neste período, o direito feudal, consuetudinário, ainda era marcante na Europa Continental. As diversas tradições bárbaras ainda eram fontes do direito, e não poderiam ser ensinadas nas universidades, as quais consideravam o direito modelo de organização social.

Apesar disto, havia algo que diferia da diversidade dos costumes bárbaros, e que atraía os estudiosos: o direito romano. Tratava-se de direito redescoberto há pouco tempo, escrito em latim, língua mantida pela Igreja, além de modelo de unicidade.

O direito romano passou a ser, juntamente com o direito canônico, ensinado nas universidades da Europa, o que se manteve por vários séculos. Havia então, um pluralismo jurídico: a convivência do direito romano, direito canônico e direitos locais.

Com o passar dos tempos, diversas “escolas” surgiram, ministrando o direito com métodos e de forma própria. Entre estas, tem vital importância a escola dos glosadores, que objetivavam explicar o sentido originário do direito romano e a escola dos pós-glosadores, ou comentadores, já no século XIV, que passa a utilizar os textos romanos como fundamento para criação de novos institutos jurídicos, aplicáveis ao seu tempo. Note-se, então, que há uma distorção fortíssima do direito romano original (DAVID, 2002, p. 44).

A Escola dos Glosadores surgiu na Bolonha, a partir dos ensinamentos do monge Irnerius e de seus discípulos, que se espalharam pela Europa, especialmente pela Itália e França. As características iniciais mais marcantes deste método eram a fidelidade ao texto de Justiniano e o caráter analítico e não sistemático dos textos. O foco não era a utilização das normas interpretadas, mas sim demonstrar a racionalidade destes textos, o que não impediu a Escola de influenciar a vida jurídica e política da época (HESPANHA, 2012, p.188-190).

A Escola dos Comentadores surgiu em virtude da necessidade de interpretar o direito, levando em consideração as necessidades reais da sociedade. Com o desenvolvimento urbanístico e mercantil dos séculos XIII e XIV as necessidades práticas passaram a requerer uma solução que a rigidez do direito comum (romano e canônico) não ofertava. Os novos juristas, então passaram a exercer uma tarefa mais focada nos problemas reais. Ao se referir aos Comentadores, Hespanha (2012, p.199) afirma que:

São estes juristas que, debruçando-se pela primeira vez sobre todo o corpo do direito (direito romano, direito canónico [*sic*], direito feudal, estatutos das cidades) e orientados por finalidades marcadamente práticas, vão unificar o direito e adaptá-lo às necessidades normativas dos fins da Idade Média.

Nota-se, portanto, o papel importantíssimo das universidades na construção de um direito comum na Europa baseado no direito romano, e na unidade jurídica advinda desse processo. Unidade esta que não sobreviveu ao fortalecimento da escola do direito natural e ao surgimento dos Estados Nacionais. Independente disso, ambas as Escolas forneceram arcabouço essencial para o desenvolvimento do direito, seja no viés prático, seja no viés teórico.

A constituição dos Estados Nacionais, por seu turno, representou uma mudança de paradigma, vez que exaltava fortemente a razão iluminista. Pautados nos ensinamentos da escola jusnaturalista racional, que objetivava construir um direito sistemático e com características científicas, superando a visão do direito divino anteriormente defendida, o direito passou a ser desejado como universal e certo, ganhando cada vez mais foco a produção legislativa. Da mesma forma, o surgimento das igrejas protestantes e da revolução científica contribuíram para uma quebra do modelo religiosa da época.

Conforme bem explicam Cristiano Paixão e Renato Bigliuzzi (2008, p.48):

A teoria jurídica também reflete essa tendência, representada no surgimento das doutrinas usualmente agrupadas sob a denominação jusnaturalismo racional. Com a quebra da unidade espiritual do Ocidente, era preciso deslocar para o exterior da doutrina cristã a justificação para a vigência do direito. E isto foi possível com a modificação empreendida por vários autores dos séculos XVI, XVII e XVIII que, com numerosas orientações metodológicas e diversas inspirações antropológico-filosóficas, passaram a concentrar no indivíduo o centro de suas investigações (...)

Neste momento histórico, aquele que possuía capacidade de produzir leis era o Monarca Soberano. Paulo Drummond e Priscila Crocetti (2012, p. 64) expõem que “ao Estado (Príncipe) através da Lei por ele emanada cabia regular a totalidade da vida em sociedade (...) através de normas concebidas pela razão humana”.

Outro ponto que deve ser considerado nesta breve análise histórica acerca do *civil law* é a Revolução Francesa (1789-1799). Esta revolução burguesa objetivava retirar da Monarquia o poder, instituindo uma nova ordem jurídica. Neste aspecto foi uma verdadeira revolução. Winston Churchill (2009, p. 353), famoso estadista e historiador, afirma que:

A convulsão que sacudiu a França em 1789 foi totalmente diferente das revoluções ocorridas anteriormente pelo mundo. No século XVII, a Inglaterra vivera uma violenta mudança de poder entre a Coroa e o povo; mas as instituições básicas do estado permaneceram intocadas, ou pelo menos, foram logo restauradas (...)

Ocorre que não apenas o rei precisava ter seu poder reduzido, mas também aqueles que o apoiavam. E uma das principais classes que exerciam este papel era a dos magistrados. A solução foi reduzir o poder destes, tornando-os meras bocas da lei (juiz *bouche de la loi*).

Antes da Revolução, os magistrados constituíam parte da aristocracia, herdando ou comprando seus cargos, interpretando o direito existente a favor de seus interesses. A legislação deveria ser produzida pelo parlamento, representantes verdadeiros do povo, sobrando ao Judiciário a mera aplicação mecânica do texto legal.

Tal posição foi fortemente influenciada por Montesquieu, que defendia claramente o enfraquecimento do Judiciário ao conceber a sua teoria da separação entre os poderes. Para Montesquieu (2010, p. 172), o Judiciário seria um poder formado por seres inanimados, que seriam as bocas da lei, além de considerá-lo nulo em relação aos outros dois poderes teorizados (Legislativo e Executivo).

Montesquieu (2010, p.170) afirma que “(...) se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que não sejam jamais senão um texto preciso da lei (...)”. Não se vislumbra em sua teoria espaço para a livre interpretação judicial.

Isto levou ao dogma de que o magistrado não poderia interpretar o direito, devendo seguir objetivamente o previsto pelo legislador. A Revolução Francesa, portanto, trouxe em seu bojo a crença de que a lei seria capaz de gerar a igualdade e a liberdade, bandeiras tão almejadas pelo movimento revolucionário. Com o passar dos anos esta ideia passou a ser considerada por muitos como verdade absoluta, algo que se reflete até os dias atuais.

Pouco tempo após a Revolução Francesa, Napoleão Bonaparte se tornou imperador do país, e por intermédio das Guerras Napoleônicas fez com que a França se tornasse hegemônica em grande parte da Europa. Napoleão também foi responsável por uma reforma jurídica, através da promulgação de um Código Civil, que veio a ser conhecido como Código Napoleônico.

Tratava-se de um documento que, além de buscar a igualdade entre os cidadãos, já que os privilégios haviam sido abolidos com a Revolução, estipulava regras jurídicas de forma

mais clara. Apesar de não ter sido o primeiro código legal<sup>4</sup> a ser estabelecido por uma nação europeia, foi aquele que logrou maior êxito e aceitação, influenciando diversos países (inclusive aqueles vencidos pela França nas Guerras Napoleônicas) e a própria tradição do *Civil Law*. Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 107-108) aponta, acerca do Código Napoleônico, que:

Aprovado pela Assembleia em 1804, o Código Civil passa a ser visto e utilizado como expressão máxima do Direito, a lei por excelência gozando de presunção de legitimidade e justiça. E assim se estabelece o que alguns teóricos franceses registram como verdadeira “idolatria da lei”, que tinha como expressão máxima o Código Civil. A partir daí, estudar o direito era estudar o Código Civil, e começam a aparecer obras teóricas que, embora com pouca ou nenhuma criatividade, limitando-se quase sempre a comentários literais dos artigos do Código Civil, vão produzir a teoria jurídica civilista (...)

A importância dada a codificação foi tão grande, que até hoje a produção legislativa é tradicionalmente considerada o grande elemento diferenciador entre *civil law* e *common law*.

De fato, a codificação exerce papel essencial nos países de tradição romano-germânica até os dias atuais, mas um dos fatores que diferencia o *civil law* do *common law* é a pretensão exercida pelos códigos. No *civil law*, ele objetiva a completude das situações jurídicas possíveis, enquanto que no *common law* não há essa pretensão. O que diferencia as tradições jurídicas, no aspecto da codificação, é a ideologia subjacente ao direito legislado (MARINONI, 2011, p. 56). Enquanto que na tradição romano-germânica, os códigos buscam tutelar todas as relações humanas, a tradição anglo-saxônica os utiliza para regradar situações em que o direito não se desenvolveu por meio de casos, ou para alterar a jurisprudência acerca de determinado assunto.

Esta questão precisa ser levada em conta para que o uso dos precedentes judiciais, em países que não desenvolveram esta técnica ao longo do tempo, não seja falho. Uma vez que a ideologia subjacente aos códigos é diferente, a lógica de aplicação precisa ser diferente. Um país de tradição romano-germânica não pode buscar nos precedentes judiciais uma forma de solucionar todas as questões jurídicas, da mesma forma que se buscou com a lei. O resultado seria igualmente falho. Tal tema será desenvolvido no decorrer deste estudo, todavia, esta questão merece ser destacada desde logo.

---

<sup>4</sup> Antes do Código de Napoleão existiram os: *Codex Maximilianeus bavaricus civilis*, do Reino da Baviera, de 1756; o *Allgemeines Landrecht*, do Reino da Prússia, de 1792; e o *Código Galiciano Ocidental*, da Galícia que à época, 1797, era parte da Áustria.



## 1.2. A FAMÍLIA ANGLO-SAXÔNICA: O *COMMON LAW* INGLÊS

Neste tópico apresentar-se-á aspectos centrais do common law inglês, o qual serve de parâmetro para analisar os elementos estruturais desta tradição jurídica, neste estudo. Inicialmente a evolução histórica desta família jurídica será analisada a partir da conquista dos normandos, passando pela criação dos Tribunais Reais de *Westminster*, e a convivência das cortes de *common law* e de *equity* (estrutura dualista).

Após a breve análise histórica, propriamente dita, a teoria *stare decisis* passa a ser analisada de forma mais minuciosa, tratando dos *Judicature Acts*, os quais unificaram os tipos de jurisdições e permitiram que as bases para a teoria do *stare decisis* fossem criadas. Aponta-se, ademais, que da mesma forma que a teoria de vinculação aos precedentes não é elemento inato ao *common law*, a mesma veio a ter diversas intensidades de vinculação, passando de um rigor absoluto até a possibilidade de alteração do precedente judicial.

Em seguida, busca-se superar o mito de que não há legislação em países de *common law*. Trata-se de uma noção equivocada, pautada na errônea separação entre marcantes elementos do *common law* e do *civil law*, quais sejam os precedentes judiciais e a legislação.

Por fim, no intuito de demonstrar de forma clara que mesmo dentro da tradição jurídica anglo-saxônica existem peculiaridades, que diferenciam os elementos estruturais dos ordenamentos jurídicos dos países vinculados a esta tradição. Para tanto, apresentam-se diferenças entre o *common law* vigente no Reino Unido e aquele presente nos Estados Unidos da América.

### 1.2.1. A conquista dos normandos, os Tribunais Reais de *Westminster* e a estrutura dualista do direito inglês

Um marco na história europeia e inglesa é o ano de 1066, quando a Inglaterra, à época governada pelo Rei *Harold*, é conquistada pelos normandos, comandados por Guilherme, o Conquistador (*William, the Conqueror*), após a decisiva Batalha de *Hastings*. A importância deste momento não se deve a uma mudança de tradição jurídica, mas sim, pelo fato de ter constituído um poder central forte e administrativamente bem construído, já exercido no ducado da Normandia. Portanto, a partir desta data, inicia-se o processo de substituição da tradição tribal para o feudalismo, o qual difere fortemente daquele experimentado pelo continente.

Observe-se que os conquistadores e o próprio Guilherme, se localizavam em um reino estranho, com costumes diferenciados e língua própria, de modo que havia o receio de perderem seu poder recém-adquirido. Isto fez com que houvesse uma reunião do poder em torno de Guilherme, o Conquistador, de forma bastante organizada, com caráter militar. A relação entre o rei e seus súditos normandos estava regrada pelos costumes feudais do continente. Mas o mesmo não ocorria com os súditos ingleses.

A forma que Guilherme encontrou para evitar maiores choques foi a manutenção das leis saxônicas já existentes. Os costumes imemoriais do povo saxão, ou seja, a lei da terra – *the law of the land* – foi mantida. Sérgio Resende de Barros (2003, p. 297) trata do tema:

Destarte, a lei da terra se opôs ao rei invasor. A ele, os ilhéus contrapuseram práticas de liberdade, já tão entranhadas na terra pisada e repisada de invasões, que agora emergiam dela na forma de direitos. Nesta motivação peculiar a uma ilha curtida por invasões começou contra a ocupação normanda a oposição de direitos no mundo ocidental (...)

Mesmo assim uma análise mais cuidadosa permite vislumbrar um problema de continuidade. Surge com a conquista de Guilherme uma nova dinastia, a criação de uma sociedade mista e a deposição da aristocracia nativa, além da imposição de um novo idioma, valores e regras. Como é possível, então, afirmar que não houve alteração significativa na lei da terra, símbolo da identidade nacional?

Na verdade, houve sim diversas alterações, como a criação de xerifes para a coleta de tributos e execução da lei. Mas o interesse na manutenção de certas estruturas, como a tributária, era positiva para os novos governantes. Neste sentido a lição de Geary, Morrison e Jago (2013, p. 37-38) é pertinente:

*The traditional explanation, which preserves the identity of the common law from being seen as actually foreign, is a paradox: William was a political victor (he who 'gained' the throne) who left the law alone. But this is partly, at least, mythological. Of course, it was an important tool of ruling that one could present it as preserving an existing system, but there were many changes and introductions. The Anglo-Saxon system of administration had many features that we can see as more efficient than those in use on the continent – such as the use of a centralized system of money exchange with taxation – and so preservation of the main features of the system was efficient as well as good rhetoric. Yet the fact remains that the resulting system was a blend (...)*<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup>“A explicação tradicional, a qual preserva a identidade do *common law* de ser visto como realmente estrangeiro, é um paradoxo: William foi um vencedor político (aquele que 'ganhou' o trono) que deixou a lei em paz. Mas isso é parcialmente, ao menos, mitológico. Claro, foi uma importante ferramenta de governo que alguém pudesse se apresentar preservando um sistema existente, mas houve muitas mudanças e introduções. O sistema Anglo-

Note-se, então, que diversas estruturas cristalizadas na tradição do *common law* foram mantidas, pois se adequavam aos interesses dos conquistadores. O sistema resultante é, de fato, um misto, mas na manutenção das características tradicionais, levaram-se em conta, especialmente, os aspectos que beneficiavam os conquistadores.

Em termos judiciais, à época da conquista normanda, existiam as *County Courts* (Cortes dos Condados) e *Hundred Courts* (*Hundred* é uma subdivisão dos condados, logo, a corte responsável por esta localidade), assembleias de homens livres que decidiam os casos apresentados com base em costumes locais. Após a conquista, estas cortes foram mantidas, mas com o passar dos tempos substituídas por cortes senhoriais, as quais também decidiriam os casos com base nos costumes. Trata-se de outra mudança introduzida na estrutura local, mas percebe-se que não há nada de comum, ainda, nas decisões aplicadas. Elas se valem dos costumes locais e não do reino como um todo. Além dessas cortes, as jurisdições eclesiásticas aplicavam o direito canônico, comum à religião cristã.

O rei também exercia a justiça, contudo, apenas em situações excepcionais. A *Curia regis*, sua corte, era o local dos grandes debates, não sendo aberta para todos os interessados. Apesar disto, é este órgão que permitirá o surgimento do *common law*. Conforme ensina René David (2002, p. 360):

No interior da *Curia regis*, no século XVII, algumas organizações vão adquirir autonomia; é o caso do parlamento e também das diversas comissões com poderes jurisdicionais, que deixam de acompanhar o rei em suas viagens e fixam sua sede em *Westminster*. Estes Tribunais Reais de Justiça não adquirem entretanto uma competência universal. É necessário ter cuidado com as suscetibilidades dos senhores, que querem ser chefes nos seus domínios, e que não estão dispostos a submeter-se ao seu veredito (...)

Estes Tribunais Reais, juntamente com as *county* e *hundred courts*, além das jurisdições reais e eclesiásticas e as futuras jurisdições municipais ou comerciais exerciam a aplicação do direito na Inglaterra. Todavia os Tribunais de *Westminster* tinham uma característica diferenciada: sua jurisdição de caráter público, mesmo que limitada à certas causas, valia para todo o território, vez que era exercida pelo rei. Tratava-se de um direito comum, de uma *comune ley* ou *common law*.

---

Saxônico de administração tinha muitas características que podemos ver como mais eficientes do que aquelas em uso no continente – tais como o uso de um sistema centralizado de troca do dinheiro com tributação – e assim a preservação das principais características do sistema foi eficiente, bem como boa retórica. Ainda assim, o fato permanece de que o sistema resultante foi uma mistura (...)”. Traduzido pelo autor.

Neste ponto, é importante frisar que a administração judicial proporciona lucros, e que o embate entre as jurisdições senhoriais e reais seria questão de tempo. E assim foi.

Houve uma convergência de interesses do rei e da população. Apenas a jurisdição real possuía capacidade de garantir a efetiva execução da decisão, além do comparecimento de testemunhas e instituição de júris. Em suma, pelas características reais, fornecia maiores garantias para os interessados, de modo que estes passaram a preferir tal jurisdição, em detrimento da senhorial, vez que as primeiras possuíam regras processuais mais modernas. Por sua vez, tais jurisdições obteriam maiores ganhos, com mais julgamentos. Em obra específica acerca do Direito Inglês, René David (2006, p.5) afirma que:

O desenvolvimento da *common law* não se produziu sem atritos. Os senhores feudais, que haviam assumido, em seus domínios, a administração da justiça e que arrecadavam seus ganhos, opuseram-se à extensão da competência das Cortes Reais. Por isso o desenvolvimento dessa competência só se realizou gradativamente e sempre permanecendo, na medida do possível, no âmbito de normas processuais antigas (...)

Apesar de caso a caso, a competência das Cortes de *Westminster* foi se alargando. Este alargamento lento é marcante para o desenvolvimento do *common law* e retratado pelo brocardo *remedies precede rights*. Para cada *writ* pretendido, havia um procedimento com características próprias. O mais importante era conseguir que sua causa fosse admitida pelo tribunal, de modo que a preocupação com o viés processual era maior que com o material. Preocupação diferente da que existia no continente, onde o foco era nos direitos e obrigações (de caráter material) dos envolvidos.

As jurisdições senhoriais e locais perderam sua importância no século XV, vez que as Cortes Reais passaram a agir com maior competência, mas estas só deixaram de ser, teoricamente, jurisdições de exceção até a segunda metade do século XIX (DAVID, 2006, p. 5).

Neste momento já é possível perceber que o *common law* não seria capaz de, preso a um formalismo exacerbado, se desenvolver conforme as necessidades sociais. As dificuldades de acessar os Tribunais de *Westminster* geravam a necessidade de recorrer às jurisdições senhoriais e locais, que muitas vezes, não forneciam uma solução adequada. Além disso, as próprias decisões da jurisdição real poderiam ser injustas. Ocorre que o rei era a fonte maior de justiça, e era possível à parte perdedora recorrer diretamente a ele. A mesma lógica que criou os tribunais reais permitia este recurso. O rei poderia julgar, então, juntamente com seu conselho, conforme a equidade.

Ocorre que com o passar dos tempos estas petições se tornaram numerosas demais, e juntamente com as dificuldades da Guerra das Duas Rosas, surgiram motivos para delegar a competência para o Chanceler. O chanceler passa a atuar cada vez mais como um juiz, e as decisões baseadas na equidade acabam se tornando sistemáticas, com procedimento mais próximo do direito canônico e romano, que aquele do *common law*.

Na verdade a *equity* – como veio a ser chamada a jurisprudência do chanceler – não era contrária ao *common law*, limitando-se a complementá-la (DAVID, 2006, p. 8).

Ocorre que com o passar dos tempos as cortes de chancelaria começaram a se tornar preferíveis às de *common law*, vez que forneciam soluções mais modernas. As Cortes Reais de *Westminster* corriam o risco de perderem poder, da mesma forma que ocorreu com as cortes tradicionais e senhoriais. O fato é que as relações entre ambas as cortes não foram sempre harmoniosas, e uma grave crise ocorreu no século XVII.

As corte de chancelaria não tinham capacidade de auto executar suas decisões. Por sua vez, as cortes de *common law* entendiam que agia em legítima defesa aquele que se contrapusesse ao encarregado, inclusive matando-o, de executar determinada medida. O Rei Jaime I se manifestou favorável ao chanceler, gerando revolta no parlamento. Este, por sua vez, suprimiu a Câmara Estrelada, outra espécie de jurisdição criada no século XVI, amedrontando a Corte de *Equity*. Estabeleceu-se o entendimento de que a corte de chancelaria não alargaria sua competência, não mais intervindo em assuntos do *common law*, mas ainda assim agindo, conforme seus próprios precedentes (DAVID, 2002, p.374).

Outro momento marcante na história inglesa e que não pode ser esquecido é a Revolução Gloriosa, em 1688, que instituiu a soberania do parlamento frente ao rei, e a posterior criação do *Bill of Rights* no ano seguinte. A Revolução Gloriosa objetivava fazer com que o rei respeitasse a tradição jurídica inglesa, não sendo, portanto, uma revolução propriamente dita. Não houve ruptura jurídica e sim uma forma de fortalecimento do direito já existente, do *common law*, que deveria ser superior ao monarca e ao próprio legislador. Marcelo Ortolan (2012, p. 18) trata bem da supremacia do parlamento inglês, ao afirmar que:

Esse princípio não significou apenas a submissão do rei às leis emanadas do Parlamento, mas, de maneira mais ampla, a submissão do rei e do próprio conteúdo da produção legislativa do Parlamento ao direito inglês como um todo, ou seja a submissão ao *common law* (...)

A figura do magistrado teve vital importância na diferenciação entre as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*. É essencial ao buscar uma nova configuração política,

não apenas eliminar o núcleo central fundante da configuração anterior, mas também reduzir o poder daqueles que apoiam tal regime. Os magistrados ingleses não apoiavam o rei, e sim o parlamento, não havendo a necessidade de reduzir exclusivamente o poder dos juízes, como ocorreu com a Revolução Francesa (MARINONI, 2011, p.58).

Observa-se, por fim, que o direito inglês possuiu uma estrutura dualista, cortes de *common law* e cortes de *equity*, as quais foram unificadas apenas com os *Judicature Acts* de 1875, que admitia que todos os tribunais aplicassem tanto regras de *equity* como do *common law*.

### 1.2.2. A influência do direito romano sobre a Inglaterra

Conforme já mencionado, o direito romano teve papel no desenvolvimento histórico tanto do *common law* como do *civil law*, mas de forma diferente. Paralelamente ao desenrolar histórico que ocorreu no continente, e já tratado neste trabalho, o direito romano não teve o mesmo impacto na tradição jurídica inglesa. Um dos motivos para isto foi o fato de que não havia necessidade de se ter formação universitária para atuar na prática jurídica inglesa. René David (2006, p. 3) ensina que:

(...) As Universidades inglesas também ensinaram, é verdade, apenas o direito romano, mas sua influência foi desprezível, pois nunca se exigiu, na Inglaterra, que juízes ou advogados tivessem título universitário. Ao contrário do que aconteceu na França, onde as jurisdições que aplicavam os costumes locais caíram em desuso (...)

Desta forma, os ensinamentos das universidades passaram sem grande impacto na prática jurídica da Inglaterra, explicando porque não há o mesmo aprofundamento doutrinário na formação desta tradição jurídica.

É verdade também que quando a tradição jurídica romana alcançou a Inglaterra, ela já possuía um sistema desenvolvido e enraizado no julgamento de casos concretos, não sendo interessante, nem factível, a alteração de uma tradição já consolidada. Isto ficou claro quando do embate crítico entre as cortes de *common law* e de *equity*, o que culminou no enfraquecimento desta última.

Apesar disto, a influência existiu e precisa ser considerada na formação da tradição jurídica ora estudada<sup>6</sup>. Na verdade, se o direito romano, como concebido na idade média e moderna (as quais as críticas anteriores se referem), não foi capaz de influenciar o *common law* de fora, o fez de dentro, e isto não se deu apenas com o uso de expressões latinas consagradas até hoje<sup>7</sup>.

O império romano estabeleceu uma província chamada de Britânia, na região centro-sul da atual ilha da Grã-Bretanha, por volta do ano 55 A. C., que perdurou por 400 anos, até as legiões romanas abandonarem a região para defender o império das invasões bárbaras. No período de ocupação a presença do direito romano foi considerável, tendo, inclusive, casos concretos ocorridos na ilha discutidos por juristas romanos. Todavia, a Grã-Bretanha, como um todo, nunca foi conquistada por Roma, e as regiões dominadas ofereciam frequentes oposições, fato este que também contribuiu para uma menor influência do direito romano na região.

O direito romano retornou a Grã-Bretanha com a conversão dos invasores anglo saxônicos ao cristianismo, o que permeou a tradição jurídica e a própria *law of the land* com elementos romanos, os quais se mantiveram com o passar dos séculos. (SHERMAN, 1914, p.318-321).

Não se deve esquecer que a existência de uma Constituição, já na Idade Moderna, a qual obrigava o rei, era comum a ambas as tradições jurídicas, mas que em virtude, também, da postura religiosa inglesa, o direito continental era visto como papista e absolutista, logo, alvo de preconceitos. Outro fator que denota a semelhança entre a tradição do *common law* e o direito romano é apontada por Hespanha (2012, p. 254):

(...) Do ponto de vista estrutural, atenta a estreita margem de discricionariedade atribuída aos juízes perante o sistema de *writs* ou ações, a influência do direito régio era maior. No entanto, este direito não era o direito atual, mas o direito consuetudinário, enraizado numa tradição de julgar consubstanciada na regra do precedente e codificada nos registros (*records*) dos tribunais. Deste modo, o direito inglês acabava por se assemelhar bastante, na sua gramática formal, ao sistema de direito pretoriano dos romanos, constituído por regras de julgar, finalmente codificadas nos editos dos pretores.

<sup>6</sup> Para um estudo mais específico acerca da influência do direito romano no *common law*, vide: SHERMAN, Charles P. *The Romanization of English Law*. Yale law journal, n. 318, 1914; STANOJEVIC, Obrad. *Roman Law and Common Law – a difeferent point of view*. Loyola Law Review, n. 269, 1990.

<sup>7</sup> Entre as várias expressões latinas que permearam e ainda permeiam a tradição jurídica do *common law* tem-se: *ratio decidendi*, *obter dicta*, *jus commune* (*common law*) e *stare decisis et non quieta movere*.

Portanto não se deve esquecer que ao se afirmar que o direito romano não teve impacto no *common law*, este direito romano é aquele redescoberto na Idade Média, já que o direito romano original se encontra enraizado na tradição jurídica, desde tempos (quase) imemoriais, na própria *lei da terra*. Charles P. Sherman (1914, p. 329) aponta uma lista de elementos que demonstram a contribuição do direito romano para o *common law* contemporâneo:

*But the Romanization of English law has not been small: a summary of specific contributions from Roman to English law reveals the great indebtedness of our law to the law of Rome. Most of the basic principles of the English law of Admiralty, Wills, Successions, Obligations, Contracts, Easements, Liens, Mortgages, Adverse Possession, Corporations, Judgments, Evidence, come from the survival or revival of Roman law in English law. The fundamental conceptions of Habeas Corpus and Trial by Jury as well as many principles of the law of Torts are of Roman origin. That dearly cherished principle and familiar, palladium of English liberty, - "every man's house is his castle", - is not of Anglo-Saxon, but of Roman origin. It is first found in the era of the Roman Republic, when the barbarians in Britain or Germany had no houses worthy of the name: Digest 2, 4, 18 expressly prohibits forcing a man from his house to drag him to court, thus reaffirming Cicero's statement of the same prohibition. Finally, it is interesting to also note that our statutes resemble somewhat in form the Constitutions of the Roman emperors, and our reported cases the Responsa Prudentium as contained in the Digest<sup>8</sup>.*

Outro ponto que deve ser desmistificado é a crença de que o direito romano se baseava exclusivamente em leis escritas. O uso de casos era elemento marcante, e não havia uma sistematização das regras, como se observa nos países do *civil law* atual (STANOJEVIC, 1990, p. 271). A comparação feita por Stanojevic (1990, p.273) merece ser considerada:

*(...) After all the interpretations and additions made to the Roman law by medieval jurists, the pandectists, and others, civil law today resembles*

---

<sup>8</sup> “Mas a romanização do Direito Inglês não foi pequena: um resumo de contribuições específicas do direito romano para o inglês revela a grande dívida do nosso direito ao direito de Roma. A maioria dos princípios básicos do direito Inglês do Almirantado, Vontades, Sucessões, Obrigações, Contratos, Servidões de Passagem, Penhoras, Hipotecas, Usucapião, Corporações, Julgamentos, Evidências, vêm da sobrevivência ou renascimento do direito romano no Direito Inglês. As concepções fundamentais do Habeas Corpus e julgamento pelo júri, assim como muitos princípios do direito de atos ilícitos são de origem romana. Aquele princípio valorizado e familiar, paládio da liberdade inglesa, - "a casa de cada homem é seu castelo", - não é Anglo-Saxão, mas de origem romana. É encontrado pela primeira vez na era da República Romana, quando os bárbaros na Bretanha ou na Alemanha não tinham casas dignas do nome: Digesto 2, 4, 18 proíbe expressamente forçar um homem a sair de sua casa para arrastá-lo ao tribunal, assim, reafirmando a declaração de Cícero sobre a mesma proibição. Finalmente, é interessante notar também que os nossos estatutos se assemelham um pouco na forma das Constituições dos imperadores romanos, e os nossos casos relatados a *Responsa Prudentium* como contida no Digesto”. Traduzido pelo autor.



*Roman law much as the Broadway show My Fair Lady resembles the Greek myth of Pygmalion, on which Bernard Shaw based his play and Lerner and Lowe based their musical.*<sup>9</sup>

Tal comparação procura demonstrar que o *civil law*, como o concebemos hoje, pouco se assemelha ao direito romano.

### 1.2.3. *Stare decisis*: a vinculação aos precedentes judiciais

O marco da doutrina do *stare decisis* se deu com a unificação das jurisdições após os *Judicature Acts*, que permitiram uma hierarquia judiciária mais rígida. Antes disso se buscava uma coerência nos julgamentos, todavia não existia uma obrigatoriedade de seguir um entendimento pretérito.

A doutrina do *stare decisis et non quieta movere* prega o respeito aos precedentes, tanto no âmbito vertical como horizontal. Ou seja, os precedentes de determinada corte vincularão as cortes inferiores, sem que a recíproca seja verdadeira, e que os precedentes da própria corte a vinculará, partindo do princípio que o órgão judicial emanará decisões consistentes, em prol da segurança jurídica. Trata-se de teoria típica de países vinculados a tradição do *common law*, vez que umbilicalmente ligada aos precedentes judiciais.

Gustavo Nogueira (2011, p. 163) explana que:

Mantenha-se a decisão e mão mexa no que está quieto. É dessa forma que a expressão em latim revela a importância do respeito aos precedentes, e é a expressão utilizada para dar nome à teoria segundo a qual os juízes estão vinculados às decisões do passado, que aqui serão chamadas de precedentes (...) sem previsão normativa expressa acerca desse efeito vinculante (*binding effect*). É preciso, portanto definir um precedente, premissa fundamental para que se saiba o que vai vincular a resolução dos casos futuros.

Acerca do surgimento da força vinculante dos precedentes é importante a lição de Tiago Lima (2013, p. 100):

De toda sorte, nem sempre o precedente judicial no sistema inglês teve força vinculante, passando, na verdade, a auferir esse status definitivamente no ano de 1898, julgando o caso *London Tramways Ltd. v. London County*

<sup>9</sup> “Depois de todas as interpretações e adições feitas ao direito romano por juristas medievais, os pandectas, e outros, o *civil law* hoje se assemelha ao direito romano tanto quanto o show da *Broadway My Fair Lady* se assemelha ao mito grego de Pigmalião, sobre o qual Bernard Shaw baseou sua peça e Lerner e Lowe basearam seu musical”. Traduzido pelo autor.

*Council*, oportunidade na qual a *House of Lords* reconheceu a obrigatoriedade de seguir a sua anterior decisão. Na mesma ocasião, foi mais além e determinou também a obrigatoriedade de vinculação das cortes inferiores à sua decisão.

Mesmo que anteriormente já se tivessem decisões que tratassem acerca do carácter vinculante do precedente, a decisão supracitada é considerada o marco para a doutrina do *stare decisis*.

Após estas observações é possível perceber que a doutrina da vinculação aos precedentes não surgiu junto com o *common law*. Pelo contrário, é fruto do desenvolvimento histórico deste, uma característica moderna, advinda do respeito aos precedentes e da maior organização judiciária alcançada na Inglaterra.

Uma hierarquia funcional organizada é essencial para a correta utilização do precedente vinculante, conforme ensina José Rogério Cruz e Tucci (2012, p. 105):

O efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionada a posição hierárquica do tribunal que as profere. Normalmente, na experiência jurídica do *common law*, o julgado vincula a própria corte (eficácia horizontal interna), bem como todos os órgãos inferiores (eficácia vertical externa). Não se delinea possível, à evidência, a aplicação dessa regra em senso contrário.

Desta forma, vincular tal doutrina com o próprio *common law* é um erro. Trata-se de uma consequência advinda do carácter jurisprudencial do direito inglês, e não o contrário. O *common law*, considerado como o direito aplicável ao reino inglês pelas Cortes Reais de *Westminster* surgiu séculos antes da força vinculante dos precedentes. No mesmo sentido, Marinoni (2012, p. 33) afirma que:

Ademais não há que se confundir *common law* com *stare decisis*. Ora, o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rule of precedent*.

A Revolução Francesa, momento que marcou a submissão do Judiciário frente o Legislativo, é um expoente claro da tradição jurídica do *civil law* na busca de maior segurança jurídica e igualdade. O fato de o legislador conceber normas que seriam sempre aplicadas da mesma forma para o caso concreto denota este anseio.

Na verdade, ambas as tradições jurídicas buscaram (e ainda buscam!) alcançar a segurança jurídica e a igualdade nas decisões, mas por meios diferentes. O *civil law* através da

legislação, e o *common law* por meio da vinculação das decisões judiciais. O objetivo final é o mesmo, mas a evolução histórica dos países demonstra que os meios foram diferentes.

Apesar disto não se deve olvidar que mesmo em países de *civil law* há a utilização de precedentes judiciais, e que em países de *common law* há legislação produzida pelo Poder Legislativo. Na verdade, esta divisão é muito mais uma posição tradicional do que a realidade, segundo esta mesma demonstra.

Conforme mencionado, os *Judicature Acts* permitiram que a teoria dos precedentes vinculantes fosse construída graças a uma nova organização hierárquica, mais rígida, das cortes inglesas. Apesar disto, a teoria passou por alterações importantíssimas com o decorrer do tempo, iniciando com uma maior rigidez, a qual foi sendo reduzida com o passar do tempo e as decisões de novos casos.

O caso *London Tramways Ltd. v. London County Council* é considerado como aquele que criou as bases para a doutrina dos precedentes obrigatórios, vez que se determinou a *House of Lords* deveria seguir seus entendimentos pretéritos. Segue trecho do voto proferido pelo Lorde Chanceler Conde Halsbury (*Earl of Halsbury L.C.*):

*My Lords, for my own part I am prepared to say that I adhere in terms to what has been said by Lord Campbell and assented to by Lord Wensleydale, Lord Cranworth, Lord Chelmsford and others, that a decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and that it is impossible to raise that question again as if it was res integra and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision. That is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries, and I am therefore of opinion that in this case it is not competent for us to rehear and for counsel to reargue a question which has been recently decided. (REINO UNIDO, 1898)<sup>10</sup>*

O Lorde Chanceler Conde Halsbury continua:

*My Lords, it is totally impossible, as it appears to me, to disregard the whole current of authority upon this subject, and to suppose that what some people call an "extraordinary case," an "unusual case," a case somewhat different from the common, in the opinion of each litigant in turn, is sufficient to*

<sup>10</sup> “Meus Lordes, por minha própria parte estou preparado para dizer que eu adiro em termos com o que foi dito pelo Lord Campbell e assentado pelo Lord Wensleydale, Lord Cranworth, Lord Chelmsford e outros, que uma decisão desta Casa, uma vez dada sobre uma questão de direito é conclusiva sobre esta Casa posteriormente, e que é impossível levantar aquela questão novamente, como se fosse res integra e pudesse ser rediscutida, e assim a Casa fosse solicitada a reverter a sua própria decisão. Este é um princípio que tem sido, creio eu, sem qualquer real decisão em contrário, estabelecido agora por alguns séculos, e eu sou, portanto, de opinião que neste caso não é competente para nós ouvir novamente e reunir rediscutir uma questão que foi recentemente decidida”. Traduzido pelo autor.

*justify the rehearing and rearguing before the final Court of Appeal of a question which has been already decided. Of course I do not deny that cases of individual hardship may arise, and there may be a current of opinion in the profession that such and such a judgment was erroneous; but what is that occasional interference with what is perhaps abstract justice as compared with the inconvenience - the disastrous inconvenience - of having each question subject to being reargued and the dealings of mankind rendered doubtful by reason of different decisions, so that in truth and in fact there would be no real final Court of Appeal?*

*My Lords, "interest rei publicæ" that there should be "finis litium" at some time, and there could be no "finis litium" if it were possible to suggest in each case that it might be reargued, because it is "not an ordinary case," whatever that may mean. Under these circumstances I am of opinion that we ought not to allow this question to be reargued.<sup>11</sup> (REINO UNIDO, 1898)*

Tal posicionamento foi seguido pelos *Lord Macnaghten, Lord Morris, e Lord James Of Hereford*, sendo, portanto, posição unânime da *House of Lords* naquele momento histórico, e dando origem a uma teoria de rígida aderência aos precedentes judiciais.

Note-se a importância concebida à segurança jurídica, a qual supera em muito, conforme se observa pelos termos usados pelo Lorde, a preocupação com a garantia de uma decisão judicial justa. É “*interesse público*” que o “*litígio tenha fim*”, portanto a “*justiça abstrata*” de “*um caso incomum*” não pode permitir a “*desastrosa inconveniência*” de reanalisar casos pretéritos. São expressões bastante fortes.

Tal posicionamento só veio a se alterar em 26 de julho de 1966 com o *Practice Statement* (Declaração de Práticas) realizado pelo Lorde Chanceler Lorde Gardiner, o qual permitia que a *House of Lords* alterasse seu posicionamento, ou seja, não aplicasse um precedente anteriormente criado por ela. Indubitavelmente, trata-se de grande alteração, sendo que anteriormente apenas uma nova legislação criada pelo parlamento poderia alterar o posicionamento do Judiciário. A seguir, o inteiro teor da declaração:

---

<sup>11</sup> “Meus Lordes, é totalmente impossível, como me parece, desconsiderar todo o curso de autoridade sobre este assunto, e supor que o que algumas pessoas chamam de “caso extraordinário”, um “caso incomum”, um caso um pouco diferente do comum, na opinião de cada litigante por sua vez, é suficiente para justificar a nova audiência e nova discussão perante o Tribunal de última instância de uma questão que já foi decidida. É claro que eu não nego que os casos de dificuldades individuais podem surgir, e que pode haver uma corrente de opinião na profissão que tal e tal julgamento foi errôneo; mas o que é a interferência ocasional com o que é talvez a justiça abstrata, em comparação com a inconveniência - a inconveniência desastrosa - de ter cada questão sujeita a ser rediscutida e as relações da humanidade prestadas duvidosas em razão de decisões diferentes, de modo que na verdade e de fato não haveria verdadeiro Tribunal de última instância? Meus Lordes, “*interest rei publicæ*” que deva haver “*finis litium*” em algum momento, e não poderia haver “*finis litium*” se fosse possível sugerir em cada caso que se possa ser rediscutido, porque “não é uma caso comum”, o que quer que isso possa significar. Sob estas circunstâncias, eu sou da opinião de que não devemos permitir que esta questão seja rediscutida”. Traduzido pelo autor.

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

*Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.*

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

*This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.*<sup>12</sup> (GARDINER, *apud*, DUXBURY, 2005, p.12)

Note-se que ficou explícito, no trecho final, que as cortes inferiores à *House of Lords* ainda precisavam seguir o posicionamento desta. O *Practice Statement*, portanto, permitiu que apenas que a Corte Suprema dissentisse de seus precedentes. Não havia mais uma rígida e irrestrita aderência aos precedentes no Reino Unido, mesmo que ela ainda fosse a regra nas outras cortes do Poder Judiciário<sup>13</sup>.

Houve, então, uma alteração sensível na teoria do *stare decisis* inglês: se antes, em prol da segurança jurídica se permitia a eventual injustiça em certos casos, a *House of Lords* passou a reconhecer que a aderência irrestrita ao precedente poderia, não apenas engessar o direito, mas criar injustiça. Logo, a possibilidade de decisões errôneas passou a ser mais preocupante que a total previsibilidade e segurança jurídica. Ainda assim, esta modificação de posicionamento da Corte só poderia ocorrer em situações especiais.

---

<sup>12</sup> “Suas Senhorias consideram o uso do precedente como um fundamento indispensável sobre o qual decidir o que é o direito e sua aplicação em casos individuais. Ele fornece ao menos algum grau de certeza sobre o qual indivíduos podem confiar na condução de seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado das normas jurídicas.

Suas Senhorias no entanto reconhecem que aderência rígida demais ao precedente pode levar à injustiça em um caso particular e também restringir indevidamente o desenvolvimento adequado do direito. Eles propõem, portanto, modificar sua prática presente e, enquanto o tratar decisões passadas desta Casa como normalmente vinculantes, afastar uma decisão anterior quando parecer certo fazê-lo.

Nesta conexão, eles terão em mente o perigo de perturbar retrospectivamente a base na qual contratos, acordos de propriedade e arranjos fiscal foram celebrados e também a necessidade especial de certeza quanto à lei penal. Este anúncio não pretende afetar o uso do precedente em outro lugar que não nesta Casa”. Traduzido pelo autor.

<sup>13</sup> Acerca das críticas teóricas à validade do *Practice Statement*, e das respostas a estas críticas, vide: DUXBURY, Neil. *The Authority of Precedent: Two Problems*. Legal theory workshop series; Faculty of Law, University of Toronto, 2005.

Um desses casos foi *Miliangos v. George Frank Ltd.*, onde se discutiu, em 1976, a possibilidade de mudar posicionamento estabelecido em um precedente, onde as condenações de natureza civil seriam pagas em libras esterlinas.

*Miliangos* era um produtor têxtil suíço que vendeu e realizou a entrega dos produtos para *George Frank Ltd*, localizada na Inglaterra. A contraprestação não foi paga, o que levou *Miliangos* a demandar judicialmente a empresa, requerendo o pagamento dos bens em francos suíços, conforme estabelecido em contrato. O precedente da *House of Lords* estabelecia o pagamento em libras esterlinas, o que geraria perdas ao autor da demanda, vez que o franco suíço estava mais valorizado.

O Tribunal entendeu por bem modificar seu posicionamento, permitindo o pagamento em moeda diversa da libra esterlina. Acerca especificamente da alteração do posicionamento judicial é importante citar a postura do Lorde Wilberforce:

*The law on this topic is judge made: it has been built up over the years case to case. It is entirely within this House's duty, in the course of administering justice, to give the law a new direction in a particular case where, on principle and in reason, it appears right to do so. I cannot accept the suggestion that because a rule is long established only legislation can change it – that may be so when the rule is so deeply entrenched that it has infected the whole legal system, or the choice of a new rule involves more far-reaching research than courts can carry out. Indeed, from some experience in the matter, I am lead to doubt whether legislative reform, at least prompt and comprehensive reform, in this field of foreign currency obligation, is practicable. Questions as to the recovery of debts or of damages depend so much upon individual mixtures of facts and merits as to make them more suitable for progressive solutions in the courts. I think that we have an opportunity to reach such a solution here. I would accordingly depart from the Havana Railways case and dismiss this appeal.<sup>14</sup> (REINO UNIDO, apud, GEAREY, Adam; MORRISON, Wayne; JAGO, Robert, 2013, p. 131-132).*

Atualmente, o posicionamento da *House of Lords* (cuja atual denominação é *United Kingdom Supreme Court*) segue o *Practice Statement* de 1966, ou seja, a vinculação aos

---

<sup>14</sup> “O direito sobre o tópico é criação judicial: foi construído ao longo dos anos caso a caso. Está inteiramente dentro do dever deste Tribunal, no curso de administrar justiça, dar ao direito uma nova direção em um caso particular onde, em princípio e em razão, parece o certo a se fazer. Não posso aceitar a sugestão de que, porque uma regra é estabelecida há longo tempo apenas a legislação possa alterá-la – pode ser assim quando a regra está tão profundamente enraizada que infectou todo o sistema jurídico, ou a escolha de uma nova regra envolve uma pesquisa mais ampla do que os tribunais podem realizar. De fato, a partir de alguma experiência no assunto, eu sou levado a duvidar de que a reforma legislativa, pelo menos imediata e compreensiva reforma, neste campo de obrigação em moeda estrangeira, é praticável. Questões quanto à cobrança de dívidas ou de danos dependem tanto de misturas individuais de fatos e méritos que as tornam mais adequadas para soluções progressistas nos tribunais. Eu acho que nós temos uma oportunidade de alcançar uma solução deste tipo aqui. Eu consequentemente afastaria o caso Havana Railways e julgo improcedente este recurso”. Traduzido pelo autor.

precedentes não é absoluta, podendo ser afastada em casos específicos. Todavia, deve-se lembrar de que o ato não afeta as cortes inferiores que precisam continuar seguindo o posicionamento da Corte Suprema do Reino Unido.

#### 1.2.4. O mito da ausência de legislação nos países de *common law*

Um dos mitos que precisam ser derrubados ao se tratar da tradição jurídica anglo-saxônica é a ausência de legislação. A noção de que o ordenamento jurídico inglês é livre de leis escritas é uma falácia, típica da contraposição clássica entre *civil law* e *common law*, que precisa ser superada.

Há, sim, legislação na Inglaterra e sua importância não é pequena. De fato, a legislação inglesa não é uma inovação, remontando séculos. Um dos documentos mais importantes da história constitucional, a Magna Carta, de 1215, se trata de um documento escrito, que, apesar de não ter a pretensão da legislação, conforme concebida atualmente, pode ser considerado um *statute* (NOGUEIRA, 2011, p. 25), vez que buscava atestar a submissão do Monarca Inglês ao *common law*, à lei da terra.

Independente da divergência acerca da natureza da Magna Carta, o *Statute of Merton* (1235-1236) foi a primeira lei parlamentar, propriamente dita, a ser aprovada na Inglaterra, seguida das *Provisions of Oxford* (1258) e das *Provisions of Westminster* (1259). A Magna Carta só passou a ser considerada legislação em 1297 com o *confirmatis cartarum* (GREEN, 2001, p.15).

A própria noção de Constituição na Inglaterra não pode ser compreendida da mesma forma que em outros países, inclusive como nos Estados Unidos da América, colônia britânica, que herdou a tradição do *common law*. A Constituição Britânica não é escrita, no sentido de não existir, nem mesmo atualmente, um documento único com tais disposições. A própria Constituição Britânica, assim como o *common law*, é um construto histórico. Desta forma a concepção de constituição mista, do medievo, é útil para explicar a forma de desenvolvimento histórico-constitucional da Inglaterra. Acerca da Constituição Mista, Fioravanti (2001, p. 63-64) ensina que :

*Así, la constitución medieval es mixta, porque se refiere a una realidad política y social compuesta y plural, opuesta a todo intento de uniformización, dispuesta a reconocerse en una ley fundamental común sólo porque es consciente del hecho de que esa ley no viene de arriba, sino por el contrario es la síntesis de la pluralidad de pactos y acuerdos que las distintas partes, las distintas realidades territoriales, los distintos órdenes, han estipulado entre ellos. Esos pactos y acuerdos no sustituyen a la ley*

*fundamental. Por el contrario, están comprendidos en esa ley y por ello – en definitiva – son confirmados.*<sup>15</sup>

A contraposição e o conseqüente equilíbrio alcançado entre as forças dominantes da época medieval permitiram o desenvolvimento jurídico e social, através dos séculos. Este equilíbrio veio a ser abalado no século XVII, marcando um momento essencial para o desenvolvimento constitucional do país, e conseqüentemente, da própria família jurídica anglo-saxônica: a Supremacia do Parlamento. Maurizio Fioravanti (2001, p. 90) afirma que:

*Los acontecimientos sucesivos – que conducen primero a la restauración de la Monarquía en 1660 y después, en 1689, a una decisiva limitación de sus poderes con la Revolución Gloriosa y con la adopción del célebre Bill of Rights – confirman esta línea, según la cual Inglaterra se caracteriza por una fuerte y cada vez más irreversible primacía del parlamento, que se afirmaba de manera respetuosa con la tradición del gobierno mixto y del contrapeso de los poderes que caracterizaba profundamente la historia del país.*

*Ese contrapeso no sólo se refería a las relaciones internas del parlamento – que en el mismo Bill of Rights se concebía en su forma tradicional, con la presencia de los Lords y de los Commons –, sino también a las relaciones del parlamento con la restaurada monarquía y, así, del legislativo con el ejecutivo. De esta manera – precisamente sobre este último plano – la constitución inglesa estaba llamada a resolverse de manera particularmente estable y sólida, a partir de una situación en la que la reafirmación de un ejecutivo de titularidad monárquica se acompañaba – bajo las normas contenidas en el Bill of Rights – de una consistente reducción de los poderes del rey, al que se le negaba un poder autónomo de normación (...)*<sup>16</sup>

A noção de Soberania Parlamentar (*Parliamentary Sovereignty*) se mantém até os dias de hoje na Inglaterra, sendo considerada núcleo principal de sua Constituição. Esta Constituição não escrita é o conjunto de regras legislativas e jurisprudenciais que garantem os

<sup>15</sup> “Assim, a constituição medieval é mista, porque se refere a uma realidade política e social composta e plural, oposta a toda tentativa de uniformização, disposta a reconhecer-se em uma lei fundamental comum somente porque é consciente do fato de que essa lei não vem de cima, mas ao contrário é a síntese da pluralidade de pactos e acordos que as distintas partes, as distintas realidades territoriais, as distintas ordens, estipularam entre si. Estes pactos e acordos não substituem a lei fundamental. Pelo contrário, estão compreendidos nessa lei e por isto – definitivamente – são confirmados”. Traduzido pelo autor.

<sup>16</sup> “Os acontecimentos sucessivos – que conduzem primeiro a restauração da Monarquia em 1660 e depois, em 1689, a uma limitação decisiva de seus poderes com a Revolução Gloriosa e com a adoção do célebre *Bill of Rights* – confirmam esta linha, segundo a qual a Inglaterra se caracteriza por uma forte e cada vez mais irreversível primazia do Parlamento, que se afirmava de maneira respeitosa com a tradição do governo misto e do contrapeso dos poderes que caracterizava profundamente história do país. Esse contrapeso não só se referia às relações internas do parlamento – que no mesmo *Bill of Rights* se concebia em sua forma tradicional, com a presença dos *Lords* e dos *Commons* –, mas também às relações do parlamento com a restaurada monarquia e, assim, do legislativo com o executivo. Desta maneira – precisamente sobre este último plano – a constituição inglesa estava chamada a se resolver de maneira particularmente estável e sólida, a partir de uma situação em que a reafirmação de um executivo de titularidade monárquica se acompanhava – de acordo com as normas contidas no *Bill of Rights* – de uma redução consistente dos poderes do rei, ao que se lhe negava um poder autônomo de normatização”. Traduzido pelo autor.



direitos e liberdades fundamentais do indivíduo e limitam o Poder Público. É possível afirmar, inclusive, que dentro desta visão, o Parlamento não possui limites, salvo a opinião pública que o modifica mediante eleições (DAVID, 2002, p.433).

Cristiano Paixão e Renato Bigliuzzi (2008, p. 87) apontam que:

É nesse sentido, da afirmação de um ato, que a Revolução Gloriosa pode ser considerada “revolucionária”. O *Bill of Rights*, originário da Declaração de Direitos, é um ato que estipula uma determinada forma política – que consagra a soberania do Parlamento. A Constituição não pode repousar sobre bases tradicionais (como ocorrera com a idéia [*sic*] de constituição mista). É necessário *estabelecer, demarcar, limitar* de modo ativo – e mediante um texto escrito – os poderes da legislatura e do monarca (grifos dos autores).

Com o *Bill of Rights*, afirmou-se a superioridade do Parlamento inglês em face de outras instituições, além de outras determinações, tais como: a ilegalidade da suspensão das leis e de sua execução pelo rei sem o consentimento parlamentar; a livre eleição dos membros do Parlamento; o peticionamento ao rei e os processos e decisões advindas deste método são ilegais; cauções, multas e punições não devem ser excessivas; os debates parlamentares não serão retardados ou questionados por intervenção judicial; o parlamento deve se reunir frequentemente (DALLARI, 2010, p.190-191).

Nota-se, portanto, que a importância da legislação na história inglesa desmistifica a noção da ausência de leis escritas nos países vinculados à tradição anglo-saxônica. Não se trata de inovação recente, mas sim de instituto presente há séculos no país. De fato, a importância dos precedentes não foi eclipsada pela legislação; ambas as fontes do direito se desenvolveram concomitantemente.

Adam Smith (1982, p.240), importante economista escocês e pai do liberalismo econômico, ao tratar da jurisprudência em uma de suas aulas, ministrada no dia 10.03.1763, na Universidade de Glasgow, já demonstrava a importância que a legislação havia galgado, face aos precedentes judiciais:

*I had observed an other thing which greatly confirms the liberty of the subjects in England.-This was the little power of the judges in explaining, altering, or extending or correcting the meaning of the laws, and the great exactness with which they must be observed according to the literall [*sic*] meaning of the words, of which history affords us many instances (...)*<sup>17</sup>

<sup>17</sup> “Eu tinha observado uma outra coisa a qual confirma muito a liberdade dos sujeitos na Inglaterra.- Isto foi o pouco poder dos juizes em explicar, alterar, ou estender ou corrigir o sentido das leis, e a grande exatidão com que elas devem ser observadas de acordo com o significado literal das palavras, das quais a história nos proporciona muitas instâncias(...)”. Traduzido pelo autor.

O surgimento do mito que se pretende, neste momento, derrubar, surgiu da confusão entre a Supremacia do Parlamento, concebida na França, e a Supremacia do Parlamento criada na Inglaterra. Enquanto na França, a teoria deu origem à legislação no intuito de combater o Poder Real e anular a força do Judiciário, tradicional aliado do Monarca, na Inglaterra ela surgiu sem a necessidade de submeter os juízes à legislação. Isto permitiu que o *judge made law* se desenvolvesse juntamente com o direito legislado<sup>18</sup>. O objetivo também era outro: o parlamento complementaria o direito já existente, ou alteraria os precedentes, estabelecendo nova posição, esta sim, soberana.

Perceba-se que tal concepção constitucional ainda se mantém. No caso *McLoughlin v. O'brian and others*<sup>19</sup>, Lorde Scarman aponta a relação existente entre as duas instituições que “criam” o direito: os juízes e o parlamento.

*(...) Here lies the true role of the two law-making institutions in our constitution. By concentrating on principle the judges can keep the common law alive, flexible and consistent, and can keep the legal system clear of policy problems which neither they, nor the forensic process which it is their duty to operate, are equipped to resolve. If principle leads to results which are thought to be socially unacceptable, Parliament can legislate to draw a line or map out a new path.*

*The real risk to the common law is not its movement to cover new situations and new knowledge but lest it should stand still, halted by a conservative judicial approach. If that should happen, and since the 1966 Practice Direction of the House it has become less likely, there would be a danger of the law becoming irrelevant to the consideration, and inept in its treatment, of modern social problems. Justice would be defeated. The common law has, however, avoided this catastrophe by the flexibility given it by generations of judges. Flexibility carries with it, of course, certain risks, notably a degree of uncertainty in the law and the "floodgates" risk which so impressed the Court of Appeal in the present case.<sup>20</sup> (REINO UNIDO, 1982)*

<sup>18</sup> Note-se que o desenvolvimento histórico da Soberania do Parlamento se deu conjuntamente com a modificação/evolução da doutrina *stare decisis*, já tratada neste trabalho.

<sup>19</sup> Trata-se do mesmo caso que *Dworkin* utiliza para apresentar o seu juiz Hércules, e a sua teoria da integridade, no livro *O império do direito*, e que posteriormente será tratado neste estudo.

<sup>20</sup> “Aqui jaz o verdadeiro papel das duas instituições criadoras do direito em nossa constituição. Ao concentrar-se em princípio, os juízes podem manter o *common law* vivo, flexível e consistente, e podem manter o sistema jurídico livre de problemas de política que nem eles, nem o processo forense que é o seu dever operar, estão equipados para resolver. Se o princípio leva a resultados que são pensados a ser socialmente inaceitáveis, o Parlamento pode legislar para desenhar uma linha ou mapear um novo caminho.

O risco real para o *common law* não é o seu movimento para cobrir novas situações e novo conhecimento, mas manter-se parado, impedido por uma abordagem judicial conservadora. Se isso acontecer, e desde a Direção Prática da Casa de 1966 tornou-se menos provável, haveria o perigo do direito tornar-se irrelevante para a consideração, e inepto em seu tratamento, de problemas sociais modernos. Justiça seria derrotada. O *common law*, no entanto, tem evitado esta catástrofe pela flexibilidade dada a ele por gerações de juízes. Flexibilidade carrega consigo, é claro, certos riscos, notadamente um grau de incerteza no direito e risco "comportas" que tanto impressionaram o Tribunal de Recurso no presente caso”. Traduzido pelo autor.

A existência há séculos da legislação na Inglaterra leva à conclusão de que há uma aproximação com a tradição do *civil law*. Conforme tratado anteriormente, não é a presença de legislação que deve ser utilizado para diferenciar as tradições jurídicas, mas sim o papel da lei. Esta aproximação pode ser visualizada com a aprovação do Código de Processo Civil Inglês de 1998 (*Civil procedure Rules – CPR*), que, com um novo estilo de lei, agora codificado, “se adaptou (e precisa continuar se adaptando) para oferecer um atraente e moderno sistema de justiça civil (ANDREWS, 2009, p. 28)”.

Outros dois aspectos atuais precisam ser levados em conta para que se torne ainda mais patente que analisar o sistema jurídico de um país não é simples, vez que está em constante mutação, e tentando se adequar a nova realidade que se impõe frente a ele.

O primeiro é a aprovação do *European Community Act* (1972). A Inglaterra faz parte da União Européia, e sua entrada no bloco, que à época se chama Mercado Comum Europeu, ocorreu através da aprovação do ato supracitado. Com isto o direito da União Européia passa a fazer parte do direito britânico, sem a necessidade de aprovação pela Parlamento Britânico.

Ocorre que o Parlamento Europeu, assim como a própria União Europeia, é composto principalmente por países de tradição jurídica romano-germânica. As leis aprovadas, portanto, seguem esta tradição, de modo que a Inglaterra precisa se adaptar a esta nova realidade.

O segundo aspecto que precisa ser sucintamente tratado é a necessidade do Reino Unido se submeter à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Trata-se de um tratado internacional, que o reino Unido adotou com a aprovação do *Human Rights Act*<sup>21</sup> (1998), e que internalizou os direitos constantes no tratado. Ou seja, os direitos humanos estabelecidos, passaram a fazer parte do direito inglês, podendo ser alegados em qualquer instância judiciária do país.

A questão é que a Constituição Britânica prega a Supremacia do Parlamento, de modo que nenhum tribunal pode declarar seus atos nulos ou ineficazes. Todavia, com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, um corpo de leis passa a fazer parte do ordenamento jurídico inglês, sem direta aprovação do Parlamento, e mais, é capaz de anular leis inglesas em sentido oposto.

É possível verificar, portanto, conforme demonstram tais colocações, que, atualmente, o direito inglês passa por mudanças e discussões profundas, que não estão inseridas na visão

---

<sup>21</sup> O *Human Rights Act* trata como direitos humanos, entre outros, o direito à vida, o direito à liberdade, a proibição de tortura e tratamento degradante. Para acesso à íntegra do documento, vide: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>>.

clássica do *common law*. Tais discussões apresentam a necessidade de países adotarem mecanismos diferenciados de sua tradição, com o fito de alcançar a solução de diversas complicações inerentes ao desenvolvimento da sociedade e do direito.

Trata-se de necessidade geral, não ficando restrita apenas a países vinculados à tradição anglo-saxônica, mas também àqueles pertencentes à família jurídica do *civil law*. O próprio caso brasileiro será analisado de forma detida na presente dissertação.

### **1.2.5. Diferenças entre o *common law* britânico e o norte americano**

A dificuldade de analisar as tradições jurídicas é ainda maior, quando se analisa que países membros de uma mesma família possuem diferenças. Tal tema já foi mencionado anteriormente, e será alvo de sucinta análise neste momento. Busca-se comparar o *common law* inglês com o *common law* norte americano. Apesar de, metodologicamente, este trabalho utilizar o direito inglês como paralelo, é de suma importância apontar que alguns elementos são diferentes, e afetam, em maior ou menor medida, a teoria dos precedentes de cada um destes países.

Mario Losano (2007, p.344-345) afirma que:

A evolução mais notável se observa nos Estados Unidos, em decorrência de sua violenta separação da Coroa com a Revolução de 1775. As treze colônias, ao se tornarem independentes, continuaram a ter um Common Law de cunho feudal no direito privado, mas assumiram uma estrutura constitucional fundamentada no federalismo e na rígida divisão de poderes, desconhecida na Grã-Bretanha. Por isso, o estudo do direito positivo americano apresenta diferenças por vezes profundas em relação ao direito britânico: as prerrogativas de cada estado e as da federação estão rigidamente fixadas, a ponto de cada Estado ter duas ordens de tribunais, um para os problemas estatais, outro para os federais (...)

Peter Messite (2001, p.95) afirma que as teorias de precedentes aplicadas nos EUA e na Inglaterra são diferentes. Chama de regra estrita do precedente aquela aplicada na Inglaterra, cuja característica é a absoluta vinculação aos precedentes de cortes superiores e da própria corte que o emanou, sendo que a diferença entre os casos analisados e a alteração legislativa posterior são as únicas possibilidades de modificação do entendimento adotado. Já a teoria liberal do precedente, aplicada nos EUA, possui uma força vinculante menor, sendo mais uma questão de técnica, cujos valores de segurança e integridade norteiam o ordenamento jurídico norte-americano.

Acerca disto, importante citar a lição de Marinoni (2011, p.119), que afirma que:

No *common law*, a lógica da eficácia horizontal dos precedentes, isto é, do autorrespeito, sempre esteve presente na *House of Lords* e na Suprema Corte dos Estados Unidos. A diferença é a de que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte sempre teve o poder de revogar os seus precedentes diante de circunstâncias especiais, o que não foi possível à *House of Lords* até 1966. Ou seja, a *House of Lords*, ao contrário da Suprema Corte estadunidense, submeteu-se a um sistema de autovinculação absoluta até 1966, quando assumiu o poder de *overruling*. Note-se, porém, que este poder de revogar os próprios precedentes, presente na Suprema Corte dos Estados Unidos e agora na *House of Lords*, não nega o sistema de precedentes exatamente por restringir o poder de *overruling* a hipóteses especiais.

Na Suprema Corte Norte Americana, o *stare decisis* é uma *soft rule*, sendo vista mais como uma política do que um comando obrigatório. A força da vinculação horizontal varia entre as cortes, mas também acerca da matéria tratada no precedente. Nesta Corte, os precedentes são divididos em: precedentes legislativos, que possuem efeitos de vinculação forte; casos do *common law*, cuja vinculação tem força mediana; e precedentes constitucionais, de menor força vinculante e mais fáceis de superar (BARRET, 2013, p.1713)

A organização judiciária inglesa também é bastante diferente da norte americana<sup>22</sup>. Na Inglaterra, em termos cíveis, as duas cortes de primeira instância são as *County Courts* e a *High Court*, sendo esta composta de três divisões: *Queen's Bench Division*, *Family Division* e *Chancery Division*. Além destas tem-se a *Court of Appeal* e a Suprema Corte do Reino Unido (antiga *House of Lords*). No âmbito penal tem-se a *Magistrate's Court*, a *Crown Court* e a *High Court*. A *Court of Appeal* e a Suprema Corte do Reino Unido também tem competência para tratar de questões penais.

Já nos EUA a organização judiciária se divide em justiça federal e justiça estadual. Na justiça federal tem-se a divisão em *District Courts* (primeira instância), *Courts of Appeals* (segunda instância, a qual é dividida em 13 circuitos federais) e na Suprema Corte. Já no âmbito estadual tem-se a divisão em três instâncias, as Cortes de 1º. Grau (*State Court*), os Tribunais intermediários (*State Court of Appeals – que podem possuir nome diverso ou não existirem, dependendo do estado analisado*), a Suprema Corte estadual e a Suprema Corte dos EUA. Vale lembrar que existem 50 estados, além do distrito federal nos Estados Unidos da América.

---

<sup>22</sup> Uma vez que o objetivo é apenas esclarecer algumas diferenças estruturais, não se desenvolveu o tema com todas as minúcias existentes entre os dois países. A organização e estruturação da jurisdição e da competência são mais profundas do que o apresentado, não cabendo desenvolver o tema no presente estudo.

Portanto, é possível perceber de forma clara que o número de cortes judiciárias nos Estados Unidos é bem maior que na Inglaterra, e conseqüentemente, o número de precedentes judiciais. Desta forma, a eventual incompatibilidade entre os precedentes é mais presente que na Inglaterra, o que justifica, também, uma teoria que adote um menor grau de vinculação. Acerca do tema, a lição de Peter Messite (2001, p.94) merece transcrição:

(...) O tribunal de instância inferior está vinculado pela decisão de um tribunal de instância superior somente quando ambos estiverem em uma mesma linha hierárquica. Ou seja, o tribunal inferior não estará vinculado por um tribunal instância superior pertencente a uma outra hierarquia. Assim, as decisões da Suprema Corte norte-americana sobre questões de natureza constitucional vincularão todos os tribunais norte-americanos, tanto em nível federal como estadual. Entretanto, sentenças de um dos tribunais federais de apelações sobre um tema constitucional ou ainda, sobre uma questão referente a leis federais, somente vincularão as comarcas federais dentro daquela jurisdição. Nos Estados Unidos existem treze tribunais federais regionais de apelação. O Quarto Circuito abrange cinco Estados da Federação Norte-Americana, dentre os quais está Maryland – meu Estado. A menos que a Suprema Corte tenha decidido sobre uma determinada matéria de natureza constitucional ou sobre alguma lei federal, ou ainda, se o Quarto Circuito houver se pronunciado sobre qualquer um dos temas acima, eu não terei a minha atividade decisória vinculada ao que o primeiro, segundo, terceiro ou qualquer outro circuito de apelação houver decidido.

Outro elemento que pode ser apontado para demonstrar a diferença entre os países em estudo é a posição geopolítica ocupada pelos EUA, além de sua história enquanto país independente, bem mais recente que a da Inglaterra. Vez que o crescimento econômico-social dos EUA implica em fortes alterações político-sociais, a adoção de uma forte vinculação a decisões pretéritas não é a melhor forma de lidar com tais modificações. A Inglaterra, por sua vez, passou por um longo desenvolvimento histórico, conforme se observou, não podendo simplesmente alterar toda a dinâmica dos precedentes judiciais, que tradicionalmente possuem forte carga de vinculação.

Mas não se tratam apenas de diferenças atuais. Nos Estados Unidos no século XIX, após sua Independência, portanto, houve debates acerca da possibilidade da adoção de códigos, similares aos europeus. Diversos eram os objetivos daqueles que desejavam essa mudança, dependendo da sua posição, mais ou menos radical. A conclusão destes debates é apresentada por Polly J. Price (2000, p. 101-102):

*Thus, the codification debates resulted in an affirmation by all but the most radical elements that the American legal system should remain distinctively common law in its methodology. Legislatures considered and ultimately*

*rejected the idea of replacing entirely the common law's theory of case-by-case development of law and its doctrine of precedent with codes. The debates forced the conclusion of the positivist view that prior cases were themselves sources of law (...)*<sup>23</sup>.

Conforme já observado na evolução histórica britânica, tal discussão nunca foi aprofundada na região, seja pela suficiência que o precedente judicial representava, seja pela desnecessidade de se desvincular com eventual metrópole colonialista. Tais debates, ademais, resultaram, conforme já tratado, na presença da legislação em diversos estados membros dos EUA, e na própria normatização federal.

Verificar a diferença entre elementos jurídicos do ordenamento inglês e norte americano é essencial para se concluir, conforme já levantado neste estudo, que mesmo em países vinculados a uma mesma tradição jurídica, inclusive antigas metrópole e colônias, o desenvolvimento próprio do país leva a ordenamentos jurídicos com peculiaridades próprias. Portanto, ao falar de *common law*, não se tem uma uniformidade no grau de vinculação aos precedentes judiciais; este grau é próprio de cada ordenamento individualmente considerado.

---

<sup>23</sup> Assim, os debates de codificação resultaram em uma afirmação por todos menos os elementos mais radicais que o sistema legal americano deveria permanecer distintamente *common law* em sua metodologia. Legislaturas consideraram e ultimamente rejeitaram a ideia de substituir inteiramente a teoria do *common law* e sua doutrina de precedente por códigos. Os debates forçaram a conclusão da visão positivista de que os casos anteriores eram eles próprios fontes do direito (...).

## 2. ASPECTOS CENTRAIS DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Na presente seção deste estudo, buscar-se-á apresentar aspectos centrais da teoria dos precedentes judiciais, desde sua conceituação, seu caráter hermenêutico e seu papel como fonte do direito, passando pela classificação e a possibilidade de variação de sua autoridade.

Em seguida, se apresentam diversos argumentos favoráveis à utilização dos precedentes, tais como a possibilidade de alcançar segurança jurídica, igualdade e coerência sistêmica. Da mesma forma, o precedente permite definir expectativas, favorecendo acordos judiciais e extrajudiciais, além de desestimular a litigância, caso bem empregado. Em seguida, as questões da ampliação da celeridade processual e economia argumentativa são analisadas.

Os mecanismos essenciais para a utilização da teoria dos precedentes judiciais também são tratados. A analogia, tal qual elementos centrais como *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing*, e as próprias técnicas de revogação do entendimento pretéritos são alvo de análise. Tratam-se de elementos básicos para a compreensão de uma teoria que busque manejar precedentes, portanto, essenciais.

Por fim, uma vez já explicitada a teoria *stare decisis*, assim como o fato de sua vinculação não ser inata ao sistema anglo-saxônico, ou seja, não ser elemento constitutivo inicial dele, se verifica a possibilidade de sua aplicação em países vinculados à tradição do *civil law*, tal qual o Brasil. É análise essencial para o tema deste estudo.

### 2.1. O PRECEDENTE JUDICIAL, SEU CARÁTER HERMENÊUTICO E SUA CONCEPÇÃO COMO FONTE DO DIREITO

É de grande importância determinar qual o alcance da expressão precedente judicial para os fins da presente dissertação. De fato, não há dúvida que um precedente judicial é uma decisão anteriormente tomada por um órgão jurisdicional, em dado caso concreto a ele submetido. Todavia, possui outras características marcantes para que seu alcance seja devidamente apreendido.

Além da característica da anterioridade, deve-se ter em mente que o núcleo jurídico de tal decisão deve ter a possibilidade de ser aplicada no futuro, em casos análogos. Não se considera precedente judicial, portanto, uma decisão emanada que não tenha o condão de futuramente ser invocada para fundamentar um julgamento posterior.

Antônio Adonias Bastos (2012, p. 90) é bastante claro nesse sentido:



Não se trata, contudo, de qualquer decisão pretérita. Além da característica da anterioridade, ele deve possuir um núcleo essencial, apreensível por indução, que poderá ou deverá funcionar como premissa para decisões futuras de casos semelhantes.

Jaldemiro de Ataíde Júnior (2011, p. 62) conceitua precedente de forma similar: “(...) o precedente constitui-se numa decisão judicial, considerada em relação de anterioridade a outras, cujo núcleo essencial, extraível por indução, tende a servir como premissa para julgamentos posteriores de casos análogos”.

Portanto, a característica da anterioridade não é o único elemento a definir um precedente judicial, mesmo que seja um de seus elementos mais marcantes. A clássica lição de Henry Black (1968, p.1340) deixa isso claro, no momento em que o autor conceitua precedente como: “*An adjudged case or decision of a court of justice, considered as furnishing an example or authority for an identical or similar case afterwards arising or a similar question of law*”<sup>24</sup>.

Ronald Dworkin (2011, p.176) aponta também para a importância de decidir casos similares de maneira similar. Contudo, não se trata de seguir uma decisão apenas porque ela foi anteriormente tomada.

(...) A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro (...)

É neste ponto que a decisão judicial se difere do precedente judicial. Enquanto que a primeira não possui o condão de fundamentar casos futuros, o precedente é capaz de ter a sua relevância reconhecida de modo a transcender o caso concreto em que surgiu e ter o seu núcleo jurídico apto a embasar a fundamentação de um caso análogo futuro. Trata-se de uma possibilidade, vez que existem precedentes que podem ser vinculantes ou persuasivos, conforme se tratará em seguida.

E neste ponto, podem ser vislumbrados dois tipos de precedente: precedentes constitutivos e precedentes interpretativos. Enquanto os primeiros criam a regra a partir do

---

<sup>24</sup> “Um caso ou decisão julgado por uma corte de justiça, considerado como fornecendo um exemplo ou autoridade para um caso idêntico ou similar posteriormente surgido ou uma questão similar de Direito”. Traduzido pelo autor.

direito costumeiro, os últimos fixam a interpretação da norma legal (MARINONI, 2011, p. 194).

Percebe-se, então, que os precedentes constitutivos e interpretativos encontram-se presentes na tradição jurídica do *common law*. Todavia, na tradição romano-germânica, nota-se a presença formal apenas dos últimos. Uma vez que nestes países a lei possui tradicional proeminência, as decisões judiciais acabam por interpretar a norma jurídica, de modo que os precedentes judiciais seguem esta lógica.

Apesar disto, é possível conceber a presença de precedentes constitutivos no momento em que o tribunal determina, inclusive com base em princípios jurídicos não positivados, certo comando jurídico. Com a postura cada vez mais ativa de certos tribunais, a possibilidade de criação deste tipo de precedente não pode ser descartada.

É possível defender, neste sentido, que a diferença entre as famílias romano-germânica e anglo-saxônica se encontra mais no tipo de tarefa que os legisladores exercem em cada país, do que propriamente no tipo de precedente que eles elaboram, constitutivos ou interpretativos. Neste sentido, a lição de Thomas Bustamante (2012, p. 313) é pertinente:

(...) podemos dizer que nos sistemas de *civil law* há mais espaço para a *criação material (de normas) no caso concreto por meio da especificação de regras jurídicas preexistentes*, ao passo que no *common law* há uma maior frequência de *criação de regras particulares no caso concreto devido à não-existência de regras preestabelecidas (lacuna)*. Ou seja, no *civil law* há uma predominância do precedente *interpretativo* ao passo que no *common law* há mais espaço para o precedente que cria normas para suprir lacunas (precedente *integrativo*) (grifos do autor).

Da mesma forma que precedente judicial não se confunde com decisão judicial, também não pode ser tomado como sinônimo de jurisprudência, nem como sinônimo da própria norma que ele emana. A jurisprudência é a postura reiterada de determinada corte, acerca de dado assunto, que, em virtude de sua estabilidade e quantidade de decisões, adquire autoridade no sistema jurídico<sup>25</sup>. Por sua vez, a *legal rule* do precedente, ou seja, a parte que

<sup>25</sup> Esta concepção será a utilizada neste estudo, apesar de não ser a única existente. Entre as diversas acepções existentes, Francisco Rosito (2012, p. 96-99) aponta as seguintes: “Epistemologicamente, o termo jurisprudência pode representar diversos sentidos. Na sua origem, Jurisprudência, grafada em maiúsculo, designa ‘*Ciência do Direito*’, tal como a chamou Ulpiano no Direito Romano (*Jurisprudentia*). Os ingleses e americanos, na *Common law*, e os italiano e alemães, na *Civil law*, empregaram, respectivamente, as palavras ‘*Jurisprudence*’, ‘*Giurisprudenza*’ e ‘*Jurisprudenzs*’ nesse sentido. Da mesma forma, jurisprudência pode representar algumas escolas que se destacaram no pensamento jurídico. Outrossim, jurisprudência (*juris + prudentia*) pode significar ‘sabedoria’ ou ‘prudência’ do Direito, adquirida pela experiência e observação ao longo do tempo. Consistiria no conjunto das manifestações dos jurisconsultos (prudentes). Neste caso, a jurisprudência representa a racionalidade material, orientada ao seu conteúdo. Em termos aristotélicos, constitui a *phrónesis* ou, em termos

vinculará a decisão futura (*ratio decidendi*) está contida no próprio precedente judicial, conforme se estudará em momento oportuno deste trabalho.

A ementa de um acórdão também não se confunde com os institutos supracitados. A ementa, neste caso, oferece um breve resumo do caso julgado, com palavras-chave, que orientam no reconhecimento do tema tratado. Exatamente por conter apenas breves apontamentos, ela não possui o caráter de vincular decisões futuras, podendo, inclusive, não corresponder com exatidão ao julgado.

Saber diferenciar precedente, decisão judicial, jurisprudência, ementa e *ratio decidendi* é essencial para manejar uma teoria dos precedentes judiciais e seus elementos centrais. Conforme se verá na presente seção desta dissertação, são termos distintos, apesar de próximos. E é exatamente devido a esta proximidade que a importância da devida compreensão destes elementos é nuclear para um manejo adequado dos precedentes judiciais, especialmente em países que não tem tradição no uso de decisões pretéritas como fundamento judicial.

Independente da correlação entre o caso a ser julgado e o precedente judicial precisa-se atentar ao fato de que julgar não significa simplesmente se valer de decisões prévias. Trata-se de tarefa mais profunda, que requer a análise do caso concreto, para, se for o caso, verificar a distinção entre as situações, o que ocasionará decisão díspar ao precedente. Isto é natural, vez que as situações não serão semelhantes. Juraci Mourão Lopes Filho (2014, p.401), corretamente, trata da importância de considerar os precedentes judiciais da forma aqui defendida:

Considerar, no entanto, não significa seguir cegamente ou hiperintegrar o sistema. O magistrado não pode se esconder em julgamentos superiores para se furtar de seu dever constitucional de julgar os casos mediante análise contraditória do que foi efetivamente produzido. Se o precedente é suficiente, não basta citá-lo, há que demonstrar, adicionalmente, essa suficiência.

O precedente não deve ser seguido simplesmente por critérios de autoridade hierárquica. A hierarquia é um importante fator, mas se for o único a ser considerado, é possível que o resultado seja o mesmo que ocorreu com a lei.

---

escolásticos, a *ratio practica* orientada aos casos sob julgamento. Por fim, jurisprudência pode representar o ‘acervo de decisões’. Num sentido lato, pode referir-se ao conjunto de decisões dos tribunais, e abranger tanto a jurisprudência uniforme como a divergente. Em sentido estrito, significa o conjunto uniforme e constante das decisões judiciais sobre caso semelhantes. A *jurisprudência consiste, pois, em uma interpretação constante e uniforme da regra legal (...)* (grifos do autor)”.  
\_\_\_\_\_

Explica-se: a noção de lei como fonte jurídica por excelência, típica de um Estado Legislativo com características positivistas, se pauta na certeza e previsibilidade que estas normas possuem, ou melhor, que se acreditam possuir. Caso o precedente judicial seja tratado da mesma forma, o resultado final, qual seja, a descrença nesta fonte jurídica, se repetirá.

É por isso que o presente estudo defende uma análise hermenêutica dos precedentes<sup>26</sup>, pautada nos cânones do direito como integridade, teoria desenvolvida por Ronald Dworkin e que será alvo de estudo mais detido no presente trabalho, como parâmetro para aprimorar o uso dos precedentes judiciais no Brasil. Ademais, deve-se levar em conta o caráter dialético do precedente, advindo de amplo debate na sua criação.

O precedente judicial não é lei, e, portanto, não pode ser concebido ou aplicado como a lei. Ao aplicar precedentes, a argumentação jurídica ganha força, a partir de uma análise dialética de diversos fatores sociais, políticos, culturais, históricos. Eis a característica hermenêutica dos precedentes. É desta análise que as consequências benéficas do precedente devem ser extraídos, e não da mera observância hierárquica, que apesar de ser importante, não é absoluta.

A seguinte lição de Thomas Bustamante (2012, p.306) é importantíssima:

Uma teoria dos precedentes que contenha pretensões normativas - como a que tento elaborar - tem não apenas uma missão descritiva do passado, mas uma missão construtiva do futuro. Ela tem de orientar o intérprete não apenas na hora de determinar o significado das normas adscritas que lhe interessam, mas também - em medida pelo menos igual - no momento de decidir acerca do *peso* ou da *força* que essa norma vai assumir no futuro, quando vier a ser *aplicada* a um caso concreto, ou seja, quando vier a ser utilizada como um dos fundamentos ou razões para justificar uma decisão qualquer. Esse processo de determinação do peso ou importância das normas adscritas dos precedentes judiciais é, também, parte do processo hermenêutico que podemos denominar "interpretação *lato sensu*" de um precedente judicial, pois tal processo vai muito além da determinação do conteúdo de uma norma jurídica (...) (grifos do autor).

Da mesma forma, comunga-se da conclusão defendida por Juraci Mourão Lopes Filho (2014, p.306), que, pela clareza, merece transcrição:

Eis a função principal do precedente, repita-se: enriquecer o sistema jurídico. Fala-se principal ou primário porque não é uma função que decorra do uso

<sup>26</sup> Não é o fim do presente trabalho analisar hermeneuticamente os precedentes judiciais, e sim defender que a teoria do direito como integridade é capaz de auxiliar na compreensão e aplicação dos precedentes. Por tal motivo, a análise hermenêutica do precedente não se torna exaustiva, mas não pode ser olvidada menção a ela. Para uma análise mais aprofundada neste sentido, vide: LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPODIVM, 2014.

do precedente, mas de um papel próprio que desempenha em relação às demais partes do sistema. É com suporte nele que se detectam outras funções secundárias (acessórias). Com isso em mente, é possível se falar em segurança jurídica (na forma de coerência sistêmica e necessidade de detida análise do que leva à nova decisão); em economia processual (como economia hermenêutica e argumentativa) e em igualdade que lhe é própria (afastamento de desintegração e hiperintegração do Direito). Estas sim, são funções exercidas no uso do precedente. Em outras palavras: por se acrescentar um ganho hermenêutico no sistema, o adequado respeito (consideração) ao precedente produz segurança (coerência), economia e igualdade hermenêuticas. Quando se tem a ausência de ganho hermenêutico, observada quando uma decisão simplesmente assegura uma interpretação-padrão (*e.g.*, quando se julga pelo [*sic*] despejo pela falta de pagamento do aluguel), o julgado não se forma precedente, não tem função especificamente sua, pois é mera confirmação do sentido apriorístico da lei passível de ser obtido por cogitações abstratas.

A importância do precedente não é apenas definir dada interpretação, ou determinar significados. Tais funções são consequência e não causa. O valor principal do precedente está em “reinsérer continuamente em sucessivos jogos de aplicação/interpretação os significados apurados a fim de obter novos resultados mais adaptados à realidade” (LOPES FILHO, 2014, p, 321). É o que Dworkin chama de romance em cadeia, alegoria utilizada pelo autor para apresentar sua tese do direito como integridade, e que será alvo de estudo detido ao final da presente dissertação. No momento em que o precedente é invocado, ele gera um ganho hermenêutico, ao ser novamente analisado e aprimorado. Por isso é importante também prestigiar o aspecto argumentativo dos precedentes judiciais, durante e após sua construção. Tais concepções continuarão a ter seus desdobramentos analisados, com o desenvolvimento do presente estudo.

A noção de círculo hermenêutico<sup>27</sup> é bastante ilustrativa, neste aspecto. Prega que para compreender o todo de um texto é necessário fazê-lo a partir de suas próprias partes, e estas a partir do todo. Trata-se de uma tentativa de sistematizar o processo de compreensão e interpretação. Hans-Georg Gadamer (2008, p.385), acerca da regra, explica:

(...) É uma regra que procede da antiga retórica e que a hermenêutica moderna transportou da arte da retórica para a arte da compreensão. Tanto aqui quanto lá subjaz uma relação circular. A antecipação de sentido que visa o todo chega a uma compreensão explícita através do fato de que as partes que se determinam a partir do todo determinam, por sua vez, a esse todo.

---

<sup>27</sup> O círculo hermenêutico é um recurso utilizado e desenvolvido por diversos autores, tais como: Friedrich Schleiermacher, Wilhelm Dilthey, Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Frise-se, todavia, que não é objetivo deste trabalho desenvolver tais concepções, nem mesmo aprofundar o tema da hermenêutica.

Por fim, é essencial tratar de questão, que, apesar de naturalizada até este momento, precisa ser enfrentada para o adequado desenvolvimento desta dissertação. Trata-se da força jurídica do precedente judicial, ou seja, da capacidade deste em ser considerado fonte do direito.

Aparentemente sem maior importância, vez que nos países de tradição anglo-saxônica o precedente é um dos principais recursos que os juristas se valem na hora da decisão, e com a aproximação das famílias jurídicas, nos países do *civil law*, os precedentes passam a ser cada vez mais utilizados na fundamentação judicial, o tema requer atenção.

O primeiro passo é entender o que significa a expressão fonte do direito. Trata-se de expressão com forte conotação positivista europeia, própria do século XIX, quando se considerava a lei a principal fonte de produção jurídica. Consequentemente, possui as mesmas deficiências desta teoria jurídica.

Tradicionalmente, a doutrina apresenta dois principais sentidos para a expressão “fonte do direito”: a concepção formal e a concepção material. A primeira trata das condutas e procedimentos próprios para a criação do direito, ou seja, dos mecanismos autorizados para produção da norma jurídica. Enquanto que a concepção formal engloba os motivos ou razões que determinam o conteúdo do direito, sendo estes tanto os fatos sociais, como políticos e econômicos, além de valores que fundamentem a legislação; não são os atos jurídicos em si, mas os elementos pré-jurídicos que dão origem ao direito (BUSTAMANTE, 2013, p.302-303).

Apesar de tais definições, elas não são capazes de fornecer uma teoria satisfatória das fontes jurídicas. Perceba-se que nem os princípios jurídicos se encaixam nessas conceituações, nem os precedentes judiciais. Ou seja, os elementos jurídicos que tradicionalmente não se encaixavam no âmbito do positivismo europeu não foram levados em conta na hora da concepção de “fontes do direito”, ora criticada.

Por tais motivos, Thomas Bustamante (2013, p. 310-312) adota um conceito argumentativo de fontes do direito, sendo estas toda razão apta a justificar a interpretação jurídica, conforme as regras normalmente aceitas pela comunidade jurídica. Abandona-se a perspectiva do observador, passando a valorizar o contexto dialético em que os participantes sustentam pretensões de validade das normas jurídicas, sejam elas princípios, precedentes judiciais, ou a própria lei, em que eles pretendem basear seus argumentos. Desta forma, os precedentes judiciais são, sim, fontes do direito, não simplesmente por estarem definidas como tais, mas por serem razões capazes de fundamentar a argumentação jurídica.

Desta forma, não se pode negar que a argumentação jurídica está ligada à discussão acerca dos precedentes judiciais<sup>28</sup>. É por isto que certos precedentes possuem mais força que outros, sendo caracterizados como persuasivos ou vinculantes, vez que elementos, como a corte que proferiu o precedente, afetam a argumentação jurídica. Thomas Bustamante (2013, p.318) afirma que:

A força dos precedentes encontra fundamento tanto em razões morais como em razões institucionais em sentido estrito. Entre as primeiras cito o princípio da universalizabilidade – que está impregnado na filosofia prática a partir do imperativo categórico de Kant –, e entre as últimas podem ser citadas tanto *normas positivas* que dispõem sobre a força do precedente quanto a obrigação de *levar em conta* os precedentes, que decorre da própria estrutura escalonada do sistema jurídico (e em especial dos mecanismos de uniformização de jurisprudência e solução de divergência jurisprudencial que estão institucionalizados em cada sistema jurídico) (grifos do autor).

Esta noção argumentativa de fontes do direito permite conceber como fonte do direito em países de *common law*, não apenas o *judge made law*, mas também princípios e a própria legislação. Da mesma forma, em países de tradição romano-germânica, pode-se defender a presença destas mesmas fontes, como elementos aptos a fundar o discurso judicial.

Vale, desta forma, analisar de forma mais específica, o caso brasileiro. Se de um lado não se pode duvidar que os precedentes judiciais e a jurisprudência ganham cada vez mais força no direito brasileiro, seja com a inclusão constante de mecanismos de vinculação das decisões judiciais, seja com o próprio uso dos precedentes pelos operadores do direito, também não se pode esquecer que não há expressa menção da jurisprudência como fonte jurídica.

A lei n. 12.376/2010 alterou a nomenclatura do decreto lei n. 4657/42 (antiga lei de introdução ao código civil), que passou a ser denominado de lei de introdução as normas do direito brasileiro, mas não se pronunciou acerca do papel da jurisprudência, que já se mostrava cada vez mais relevante. Desta forma, perdeu-se a oportunidade de adequar de forma expressa o sistema jurídico a sua realidade atual.

No momento em que a supracitada lei de introdução (BRASIL, 1942), em seu art. 4º<sup>29</sup>, prevê como fontes subsidiárias à lei, “a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”, como elementos de orientação ao julgador para se vedar o *non liquet*, pode-se

<sup>28</sup> Apesar da importância e da correlação entre os temas, frisa-se que neste trabalho não será aprofundada a questão da argumentação jurídica.

<sup>29</sup> Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

acreditar que a jurisprudência, os precedentes judiciais e até mesmo os princípios jurídicos não são fontes do direito.

Esta conclusão não se sustenta, caso concebam-se as fontes do direito conforme se defendeu anteriormente. Apesar disto, mesmo que o legislador pátrio não tenha claramente considerado a jurisprudência e os precedentes como fonte jurídica, não criou óbice para isto, vez que a própria doutrina e os tribunais paulatinamente ampliaram a força jurídica destes elementos, assim como foi feito com os princípios jurídicos.

É válida, portanto, a postura de Tiago Lima (2013, p.124-125) ao defender que:

O que importa, todavia, para considerar a jurisprudência efetivamente como fonte do Direito num dado sistema jurídico é saber em que medida o Direito judicado pode ou deve ser considerado pelo julgador e pelo intérprete quando do processo de compreensão e aplicação das regras jurídicas. Esse pensamento deve levar em consideração ainda a força criadora da jurisprudência, uma vez que os magistrados em alguns casos formulam regra anteriormente inexistente e que por força da repetição se consolidam como entendimento de um tribunal.

Da mesma forma, Francisco Rosito (2012, p. 217), ao analisar o caráter normativo do precedente, conclui que:

(...) o precedente judicial tem caráter normativo-aplicativo, pois ocupa um lugar destacado entre os argumentos à disposição do juiz para justificar as suas decisões, inclusive nos sistemas continentais. Ainda que não seja formalmente vinculante, o precedente tem força e efeito, o que se toma evidente no sistema de recursos, principalmente perante os tribunais superiores, em razão da sua autoridade frente aos demais órgãos jurisdicionais.

Entendido o papel dos precedentes judiciais como fonte do direito, é necessário, em seguida, analisar as funções dos precedentes, além de sua autoridade e mecanismos de utilização.

## 2.2. PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS, PERSUASIVOS E A VARIAÇÃO DA AUTORIDADE DO PRECEDENTE

Uma vez compreendido que os precedentes judiciais são fontes do direito, entende-se que eles possuem autoridade, ou seja, força jurídica e capacidade de fundamentar decisões judiciais. Mas não se trata apenas disso, é preciso levar em conta o dever jurídico de respeito a estes precedentes. Portanto, se pode classificar os precedentes, de forma geral, em vinculantes



(ou obrigatórios) e persuasivos (ou não obrigatórios). Não se pode esquecer, da mesma forma, que o precedente possui como função primária um ganho hermenêutico.

Os precedentes obrigatórios são aqueles que devem ser seguidos, de modo que sua força independe do convencimento do magistrado que o aplicará. Neste caso a máxima *stare decisis et non quieta movere* encontra perfeita aderência. Normalmente tais precedentes vinculam as cortes inferiores à que pronunciou a decisão (eficácia vertical do precedente), sendo alvo de maior controvérsia a eficácia horizontal dos precedentes, ou seja, se o precedente vincula o próprio órgão jurisdicional que o emanou.

Já os precedentes persuasivos são aqueles que, mesmo não possuindo caráter cogente, podem ser considerados pelo magistrado na hora de decidir. Cabe, neste momento, relembrar que a concepção de precedente defendida neste trabalho, não se pauta apenas na anterioridade, mas sim da capacidade do precedente transcender o caso em que surgiu. Por isso, ao se rejeitar um precedente persuasivo, há a necessidade de fundamentar este entendimento.

Perceba-se que se os casos forem díspares não se trata de um precedente persuasivo, mas sim de um precedente inaplicável, devendo-se realizar o *distinguishing* entre as situações. Todavia, sendo casos análogos, a razão para não se seguir o entendimento pretérito é, principalmente, a discordância com o conteúdo da decisão. E, portanto, é necessário justificar a sua não aplicação. Acerca deste aspecto, Marinoni (2011, p.118):

Enfim, apenas há eficácia persuasiva quando o precedente deve ser considerado pelo órgão, o que significa poder rejeitá-lo, mas sempre com a adequada justificativa. Note-se que tal rejeição, devidamente justificada, pode consistir na negação do fundamento da decisão anterior, ao contrário do que ocorre quando o precedente tem eficácia vinculante.

Não se pode olvidar que o fato do país que irá aplicar o precedente ser enquadrado, tradicionalmente, como membro da família do *common law* ou do *civil law* afeta a eficácia desta fonte do direito. Conforme já tratado no presente trabalho, uma vez que os precedentes são adotados há menos tempo em países de tradição romano-germânica, sua eficácia é, em regra, menor nestas localidades, que ainda discutem a questão.

É importante ter em mente que para se alcançar uma unidade no direito, tanto retrospectivamente, como prospectivamente, é preciso que haja tanto uma eficácia vertical como horizontal do *stare decisis*. Todavia, isto não significa que os precedentes serão eternizados, engessando o direito. A própria teoria dos precedentes possui métodos, os quais serão tratados em momentos posterior deste estudo, para superação de precedentes não mais coerentes como o ordenamento jurídico.

Apontando esta importante relação, a lição de Mitidiero (2013, p. 105-106):

A combinação do *stare decisis* horizontal e vertical assegura a unidade do Direito em uma perspectiva *retrospectiva*, isto é, garante que uma *questão cuja solução era variável* na atividade dos tribunais seja resolvida *uniformemente* em um determinado período de tempo por força do precedente. Como, contudo, a unidade do Direito que deve ser promovida pelas Cortes Supremas também é *prospectiva*, vale dizer, deve ser suficientemente aberta para permitir o tratamento de *novas questões sociais e a contínua evolução do Direito*, a regra do *stare decisis* horizontal pode ser justificadamente deixada de lado pela *corte responsável pelo precedente*. Isso quer dizer que as Cortes Supremas podem, para promover a unidade do Direito prospectivamente, afastar-se *justificadamente* dos próprios precedentes, superando-os total (*overruling*) ou parcialmente (*overturning*) mediante transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*) do precedente (grifos do autor).

Ademais, por mais simples que a distinção entre precedentes vinculantes e persuasivos possa parecer, definir o nível de autoridade do precedente não é uma tarefa fácil. A classificação do precedente como vinculante ou persuasivo não é estanque. Da mesma forma que um precedente vinculante pode ser superado por outro entendimento, o persuasivo pode ganhar amparo doutrinário e jurisprudencial, tornando-se o posicionamento dominante e obrigatório.

Há uma gama de fatores que pode alterar a dinâmica argumentativa do precedente, fazendo com que sua autoridade seja considerada em maior ou menor medida pelo magistrado, que se valerá da decisão pretérita para fundamentar sua decisão. Trata-se de discussão que Neil Duxbury (2008, p.62) também levanta:

*The argument that the authority of judicial precedents is variable prompts an obvious question: what determines the degree to which any particular precedent is authoritative? The weight of a precedent can depend on many factors. Generally speaking, the higher the court the stronger the precedent: common-law judges in higher court may sometimes consider the precedents of lower courts persuasive, but they will not consider themselves constrained to follow them in the way that lower-court judges usually feel obliged to follow higher-court precedents. A precedent which represents the unanimous view of a panel of judges will probably be more authoritative than one which represents a majority view, or one which represents the view of a judge deciding alone. Decisions of highly-regarded judges may carry more weight than those of comparative lightweights<sup>30</sup>.*

<sup>30</sup> “O argumento de que a autoridade de precedentes judiciais é variável leva a uma pergunta óbvia: o que determina o grau em que qualquer precedente particular é autoritário? O peso de um precedente pode depender de muitos fatores. De um modo geral, quanto mais alta a corte mais forte é o precedente: juízes do *common-law* em cortes superiores podem, algumas vezes, considerar os precedentes dos tribunais inferiores persuasivos, mas eles não irão se considerar obrigados a segui-los da forma que os juízes de cortes inferiores geralmente se sentem

De igual modo, a advertência, mesmo que exemplificativa, de Jaldemiro de Ataíde Júnior (2012, p. 92) merece transcrição:

Contudo, é importante advertir que a classificação de um precedente quanto à sua autoridade é tarefa um tanto quanto complexa, porque pode depender de uma série de peculiaridades e relações dialéticas, tais como: i) relação entre a questão jurídica versada no precedente e no caso em julgamento; ii) a relação hierárquica entre o tribunal que produziu o precedente e o tribunal do caso em julgamento; iii) o fato de o precedente ser citado na própria Corte que o produziu ou em outra; iv) o fato de o precedente apresentar ou não fundamentação suficiente; v) o fato de o precedente encontrar-se em conflito com outro precedente da mesma Corte; vi) o fato de a questão de direito não ter sido decidida pela maioria dos membros do órgão julgador, em virtude de os diversos juízes terem apresentado variadas razões, tendo a questão sido julgada por voto médio.

Uma vez que não é o escopo do presente trabalho tratar exclusivamente da variação da autoridade dos precedentes judiciais, nem todas estas hipóteses serão cuidadosamente analisadas. Todavia, a seguir, apresentar-se-ão algumas situações em que o precedente judicial tem a sua autoridade considerada em maior ou menor medida. Tais situações se relacionam com as eficácias vertical e horizontal dos precedentes, sendo elas: a hierarquia do tribunal, julgamentos colegiados e monocráticos, a reputação do magistrado e a idade do precedente.

A primeira situação se refere à hierarquia do tribunal que emana o precedente em dado ordenamento jurídico. Quanto maior for o posicionamento do tribunal na organização judiciária de determinado país, maior será a eficácia vertical de seus precedentes. Ou seja, maior será o grau de vinculação das decisões judiciais deste órgão, e conseqüentemente, um maior número de seus precedentes judiciais serão seguidos por instâncias inferiores.

Já se apresentou no presente estudo a situação ocorrida na *House of Lords*, em 1966 com o *practice statement*. Antes dessa declaração todas as decisões da Corte Suprema Britânica possuíam caráter vinculante, inclusive sobre a própria corte. Com tal documento, permitiu-se à Corte Suprema realizar o *distinguishing* (que será estudado mais adiante) de suas próprias decisões, em certos momentos. Com isto, houve uma inegável alteração na força vinculante do precedente judicial, que anteriormente possuía tanto eficácia vertical como

---

obrigados a seguir precedentes de cortes superiores. Um precedente que representa a visão unânime de um painel de juízes será provavelmente mais autoritário do que um que representa uma visão majoritária, ou um que represente a visão de um juiz decidindo sozinho. Decisões de juízes altamente conceituados podem carregar mais peso do que aquelas de seus comparativos menos conceituados". Traduzido pelo autor.

horizontal, mas com o *practice statement* passou a não mais vincular obrigatoriamente a *House of Lords*.

Tomando como base a organização judiciária brasileira, pode-se concluir que os precedentes emanados pelo Supremo Tribunal Federal terão maior impacto sobre as cortes de 1º grau, que um julgamento emanado por um Tribunal de Justiça estadual. O oposto, por sua vez, não segue a mesma lógica. Neste sentido, Tiago Lima (2013, p.189):

Enquanto os órgãos inferiores devem se sentir obrigados ou, no mínimo, pressionados a aplicar precedentes das cortes superiores, estas talvez apenas levem em consideração os precedentes dos tribunais inferiores, mas nunca irão se considerar obrigadas a seguir os precedentes destes. Ademais, a própria estrutura do Judiciário, com o estabelecimento de hierarquia entre os órgãos judicantes e o poder de revisão dos superiores sobre os inferiores, não permitiria uma sujeição às avessas.

É preciso levar em consideração que os precedentes judiciais podem ser vinculantes ou persuasivos, de modo, que, mesmo existindo a lógica de obediência hierárquica, ela pode não ser seguida, vez que a autoridade dos precedentes pode ser aceita, em maior ou menor medida, naquele ordenamento jurídico. E isto se aplica tanto para tribunais de instâncias diferentes, como para aqueles que se encontram na mesma posição hierárquica, ou ainda dentro de um mesmo tribunal.

Da mesma forma que o grau de hierarquia da corte é relevante para definir o grau de autoridade do precedente, a composição do tribunal também possui impacto. Trata-se da eficácia horizontal do precedente, a qual segue a lógica de que decisões da maioria sobrepõem-se as decisões da minoria.

Em um julgamento colegiado, é possível existir unanimidade de votos a favor de dada tese jurídica. Mas também é possível existir divergência de entendimento, situação esta que gerará um precedente com menor força, comparado com a situação anterior. Quanto mais votos a favor de dada tese, maior a força, da decisão emanada, vez que um número maior de magistrados decidiu nesse sentido.

É ainda possível, em casos de decisão unânime, que os magistrados tenham decidido no mesmo sentido, mas com fundamentos diferentes. Neste caso tem-se uma maior dificuldade de estabelecer a *ratio decidendi* da questão, e como se verá adiante, de estabelecer qual parte do precedente judicial será vinculante.

E esta dificuldade aumenta quando há o costume de não analisar o conteúdo da decisão, mas apenas a ementa (como no caso da prática forense brasileira), que inclusive,

pode estar incompleta, ou constando apenas um fundamento dos vários mencionados, o qual pode ser, ainda, uma *ratio* minoritária. Estas situações, obviamente, dificultam a extração da parte vinculante do precedente judicial, e conseqüentemente de qualquer tentativa frutífera de real ganho hermenêutico.

Outra situação que não pode ser olvidada se relaciona à estrutura das cortes judiciais. Um tribunal não é formado apenas pelo seu pleno, possuindo, turmas, seções, câmaras, e outras subdivisões. Quanto maior o número de membros da subdivisão, e maior a importância desta na composição do tribunal, maior será a força do precedente emanado. O pleno de um tribunal, por exemplo, vincula suas subdivisões, inclusive, por ser o órgão competente para pacificar a jurisprudência da corte. O exemplo que Francisco Rosito (2012, p. 104) traz sobre a situação brasileira merece transcrição:

Ilustrativamente, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, um precedente oriundo do Pleno se impõe a todas turmas. Um precedente da Seção, no caso do Superior Tribunal de Justiça, se impõe à própria Seção e as turmas que a integram. Já os precedentes das turmas obrigam as próprias turmas e os seus julgadores nos julgamentos monocráticos, não estando as turmas vinculadas aos precedentes de outras.

Da mesma forma que o julgamento monocrático pode se dar por um juiz que exerça sozinho a função em determinado órgão jurisdicional, pode ser emanado por um membro de um órgão colegiado.

Nos casos de decisões monocráticas de juízes de primeiro grau, vez que, normalmente, estão na localização mais baixa da estrutura judiciária, suas decisões possuem menores condições de se tornarem precedentes vinculantes. O que não significa que não possam possuir força persuasiva, seja para órgãos superiores, como para órgãos de mesmo grau, em virtude da particularidade da matéria tratada e/ou da reputação do julgador.

Nos casos de julgamentos monocráticos de membros de cortes colegiadas, apesar de tais posicionamentos não possuírem a mesma força que aqueles proferidos por um órgão colegiado, ou pleno, podem estimular que o mesmo posicionamento seja adotado, dada a posição do Tribunal na organização judiciária.

Não se pode esquecer que é possível, também, que o ordenamento jurídico conceda força especial ao julgamento monocrático. No Brasil é o que ocorre, por exemplo, quando a lei n. 9.882/99 (BRASIL, 1999) admite, em seu art. 5<sup>o</sup><sup>31</sup>, que o relator defira medida liminar

---

<sup>31</sup> Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, *ad referendum* do Pleno do Supremo Tribunal Federal. Tal decisão, conforme o §3º do mencionado artigo, pode determinar a suspensão de processos ou de efeitos de decisões relacionadas a matéria discutida.

Concomitantemente a todos estes fatores, a reputação do julgador deve ser levada em consideração na hora de analisar a força fornecida aos precedentes. Uma vez que o direito é aplicado por seres humanos, a reputação destes indivíduos acaba por influenciar a força de suas decisões. E esta reputação, apesar de ser avaliada subjetivamente, pode ser medida a partir de alguns parâmetros, como a sua carreira profissional e acadêmica, assim como a extensão e o impacto de suas publicações técnicas, tais quais livros e artigos científicos. Neste sentido, Tiago Lima (2013, p. 193) corrobora dito entendimento:

A representatividade e a qualificação do magistrado responsável pela decisão constituem elementos que, sem dúvida alguma, precisam ser considerados quando da avaliação de julgamentos unipessoais.

A idade do precedente também pode influencia a sua autoridade. Trata-se de critério que precisa ser cuidadosamente analisado. Não necessariamente o precedente mais atualizado, revogará o anterior. Diversos outros fatores devem ser considerados, como a hierarquia da Corte que emitiu os precedentes. Todavia, é natural concluir que precedentes mais recentes acabam por fornecer uma visão mais atualizada do direito.

Apesar disto, certas decisões passadas acabam por se tornarem verdadeiros marcos, sendo citadas, inclusive, frequentemente e muitos anos após a sua origem, e em diversos países.

É o caso, por exemplo, de *Marbury vs. Madison*<sup>32</sup>, que deu origem ao *judicial review* nos EUA. Trata-se da decisão mais citada nos estudos de controle de constitucionalidade, inclusive pela doutrina brasileira (KLAUTAU FILHO, 2003, p.105).

---

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

<sup>32</sup> Para maior aprofundamento acerca da importante decisão, vide: KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso. *A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury V. Madison*. In. SIMÕES, Sandro Alex de Souza (Org.). *Ensaio sobre direito constitucional: estudos em homenagem ao professor Orlando Bitar*. Belém: CESUPA, 2003.

Mas a idade do precedente não o sustenta *per se*. A autoridade dele se mantém, em virtude da compatibilidade do julgamento com a conjuntura atual, vez que o tema continua a ter relevância jurídica. É nesse sentido a lição de Gustavo Nogueira (2011, p.178):

Algumas vezes o precedente tem vida longa. *Marbury v. Madison* é o maior exemplo, porém ele só se mantém até hoje porque continua refletindo uma questão de direito (*judicial review*) plenamente aceita na sociedade moderna. Nem todos os precedentes, entretanto, gozam dessa invejável longevidade, e a técnica do *overruling* contribui exatamente para essa adaptação da regra de direito estatuída no precedente se alterar, mantendo vivo e atualizado o direito.

Amy Barret (2013, p. 1734-1735) aponta outros casos que seguem esta mesma lógica, dentro do direito norte americano, em virtude de sua aceitação:

*The following cases are included on most hit lists of superprecedent: Marbury v. Madson. Martin v. Hunter's Lessee, Helvering v. Davis, the Legal Tender Cases, Mapp v. Ohio, Brown v. Board of Education, and the Civil Rights Cases. These opinions are invoked as evidence that there are at least some occasions on which stare decisis undeniably and absolutely constrains the Court*<sup>33</sup>.

Por fim, deve-se ter em mente, que, em prol de uma racionalidade dos precedentes, devem os órgãos jurisdicionais (sejam colegiados ou monocráticos) seguir seus precedentes, caso não haja nenhuma razão para modificar o entendimento acerca da matéria discutida. Isto gera segurança jurídica e uma maior isonomia no julgamento dos casos, sendo estes alguns dos fundamentos alegados em prol da adoção de uma cultura de precedentes (os quais serão tratados a seguir). Na verdade, tratam-se não apenas de argumentos, propriamente ditos, mas de consequências diretas do uso de precedentes judiciais.

### 2.3. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO USO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Diversos são os argumentos que advogam pela adoção de uma cultura de precedentes judiciais, seja no Brasil, seja em outros países. Neste trabalho tratar-se-á da igualdade, da

---

<sup>33</sup>Os seguintes casos são incluídos na maioria das listas de sucesso de superprecedente: *Marbury v. Madson. Martin v. Hunter's Lessee, Helvering v. Davis, Legal Tender Cases, Mapp v. Ohio, Brown v. Board of Education, e Civil Rights Cases*. Estas opiniões são invocadas como evidência de que há ao menos algumas ocasiões nas quais *stare decisis* inegavelmente e absolutamente obriga o Tribunal". Traduzido pelo autor.

segurança jurídica, da definição de expectativas e da celeridade processual. Mas antes disto, é preciso deixar algo claro, e, que muitas vezes, passa despercebido.

Tais argumentos são utilizados para justificar o uso de precedentes judiciais, mas não podem ser considerados dissociados deste. Explica-se: tais valores só serão alcançados, caso se maneje bem os precedentes judiciais. Já se tratou neste estudo que o precedente deve ser concebido como um instrumento hermenêutico, capaz de gerar ganhos interpretativos ao ser utilizado, pois permite o diálogo entre as decisões passadas com os julgadores do presente. Esta noção precisa ser considerada, pois, caso se vislumbre o precedente apenas no seu viés autoritário, as mesmas deficiências que a lei enfrenta serão óbice ao sucesso dos precedentes judiciais.

A lei não é precedente judicial, logo não pode ser aplicada da mesma forma. Tradicionalmente, a lei também seria capaz de gerar igualdade, coerência, segurança jurídica, celeridade, previsibilidade, entre outros elementos. Mas exatamente por não ser capaz de alcançá-los em níveis desejados, o precedente ganha importância em países enquadrados na tradição do *civil law*, como no Brasil.

Portanto, caso não se considere o precedente como uma forma de ampliar o debate, através de sua característica dialética, os argumentos a seguir expostos não serão alcançados. Eles são consequências da aplicação adequada do precedente judicial, por conseguinte, caso o precedente não seja bem aplicado, eles também restam prejudicados.

Não haverá celeridade processual, definição de expectativas, coerência, igualdade, ou qualquer dos outros aspectos a seguir delineados, ao menos não como concebidos nesta dissertação, caso o precedente seja incorretamente manejado.

Por fim, é importante ressaltar que apesar de separados em tópicos, para fins de organização, tais temas estão profundamente interligados, de maneira que sua análise não deve ser realizada de forma isolada.

### **2.3.1. Segurança jurídica, igualdade e coerência**

É indubitável a importância da segurança jurídica para um Estado Democrático de Direito. Independente do país e da tradição jurídica, esta segurança é considerada um elemento base do ordenamento, que permite a previsibilidade das normas jurídicas e a estabilidade das decisões judiciais. A previsibilidade e a estabilidade, pois, são elementos marcantes desta segurança jurídica.



Em países de tradição romano-germânica a previsibilidade de suas normas advém da legislação, enquanto que em países de *common law*, os precedentes judiciais se encarregam, ao menos tradicionalmente, de alcançar esta segurança. Trata-se de valor muito caro a ambas as famílias jurídicas. Ainda assim, atualmente, com a aproximação dos sistemas jurídicos esta distinção se torna cada vez menos real.

A importância em tornar o direito previsível é grande especialmente para o cidadão, que, devido a ela, pode tanto planejar suas ações, como ter a certeza de que não terá seus direitos violados. Neste sentido, Marinoni (2011, p.122) afirma que:

O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. 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 das suas atividades.

No Brasil, a Constituição da República considera tanto a igualdade como a segurança valores fundamentais, ao incluí-las, em seu art.5º<sup>34</sup>, *caput*, juntamente com a vida, a liberdade e a propriedade (BRASIL, 1988). Apesar de não tratar expressamente da segurança jurídica, esta é vislumbrada quando a Carta Magna brasileira se refere ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Ao tratar de precedentes, a igualdade e a segurança podem ser vistas como a certeza de que determinada decisão será seguida de forma reiterada, em casos similares. E de fato, a doutrina do *stare decisis* prega que casos similares tenham decisões similares, mas a questão não se exaure apenas com isto.

Sem dúvida, a aplicação de um entendimento jurisprudencial de uma corte superior permite que haja segurança jurídica, no sentido acima tratado. Mas caso a análise dos elementos constituintes do precedente judicial, quais sejam *ratio decidendi* e *obiter dicta*, seja feita erroneamente, os prejuízos serão ainda maiores, vez que além de uma decisão errônea, ter-se-á um precedente para casos futuros.

Observe-se a seguinte lição de Marinoni (2011, p.126):

---

<sup>34</sup> 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.

Curioso é que o direito legislado, ao contrário de constituir um pressuposto, representa um obstáculo para a segurança jurídica. Isso se dá não apenas em razão da hiperinflação legislativa ou em virtude de ser impossível o pleno conhecimento das regras legais, mas substancialmente porque o sistema de direito legislado não liga a previsibilidade e a confiança a quem define o que é o direito.

O autor explicitamente defende que a questão da incapacidade da lei não alcançar a segurança jurídica se deve ao fato dela não ser produção judiciária. Ou seja, a segurança advém da interpretação da lei, e não da lei propriamente dita. Uma vez que a lei pode ter diversas interpretações, a segurança só é alcançada quando o Judiciário determina seu alcance no caso concreto. Trata-se de uma defesa da autoridade do precedente judicial.

Seguindo esta linha de raciocínio, quanto mais alto se encontrar o tribunal que definir o alcance da norma, em dada estrutura organizacional, melhor será para a segurança jurídica, já que seu precedente terá maior vinculatividade.

Já foi reiterado neste estudo, que isto por si só, não basta. Não existe segurança jurídica se o precedente for mal interpretado e aplicado. Neste caso, haverá uma decisão, cuja norma não se coaduna com o substrato fático. Estar-se-á trocando um problema, por outro.

Não se pode negar que existem casos, especialmente em demandas repetitivas, em que é simples aplicar um precedente, pois a tese jurídica será reaplicada em um contexto praticamente igual a aquele em que o precedente surgiu. Mas existem outros casos, em que esta aplicação é muito mais difícil. E aceitar a aplicação inadequada de um precedente, simplesmente por ser ligeiramente semelhante ao caso em análise, e por ser oriundo de um tribunal hierarquicamente superior é um verdadeiro risco. Esta prática não permitirá alcançar a segurança jurídica tão almejada.

A segurança que deve ser buscada não é a certeza da aplicação de um pronunciamento de um tribunal superior, e sim, a certeza de que os precedentes serão considerados na argumentação jurídica, e ainda, mais, que serão devidamente explicadas as razões para sua aplicação, ou não. É a mesma linha de pensamento de Juraci Lopes Filho (2014, p.322):

A segurança que se pode esperar e exigir é que o juiz sempre considere os precedentes e argumente detalhadamente por que o segue ou não, justificando por que sua decisão é a correta. A expectativa de que se repita o entendimento é, pois, um *a priori*, que para se confirmar ou não deve haver explicado o motivo. Se não for aplicado o precedente, deverá ser indicada a distinção essencial do jogo de-e-para presente em relação o passado. Também deverá ser justificado porque se aplica um precedente a casos distintos daqueles que deram ensejo ao caso-paradigma. Nesses termos,

previsibilidade situa-se, no primeiro momento, possível de ser chamada pré-interpretativa, mas sua confirmação ou rejeição depene de motivação suficiente.

A segurança jurídica e a previsibilidade não podem ser ligadas unicamente à hierarquia jurisdicional. Isto, por si só, desconsidera a importância de diversos tribunais e das cortes de primeira instância, que também contribuem para o ganho hermenêutico do direito.

Um fator que permite afirmar a previsibilidade dos precedentes é o conhecimento destas decisões judiciais, o que ocorre, principalmente, através do acesso aos sítios eletrônicos dos tribunais, os quais permitem a pesquisa livre de seus pronunciamentos judiciais, o que também gera expectativa. Todo tribunal merece ter suas decisões respeitadas, e isso passa pela análise de sua fundamentação pela corte que reanalisa o caso.

Uma vez que no direito brasileiro as cortes de 1º grau analisam as provas, e tem um contato mais direto com as partes envolvidas, sua argumentação não pode ser desconsiderada, especialmente no tocante a delimitação dos aspectos próprios do caso concreto. Não considerar sua fundamentação decisória, significa, no mínimo, não levar em conta elementos essenciais para a determinação dos contornos fáticos e a consequente escolha do precedente judicial a ser aplicado ou rejeitado.

Outro aspecto vital para alcançar a segurança jurídica é a estabilidade de normas aplicáveis e consequentemente da interpretação destas normas. A estabilidade pode ser alcançada com a obediência hierárquica dos precedentes. Contudo, muito mais estável, e nesse sentido, estável tanto do ponto de vista de decisões iguais, como na certeza de um efetivo diálogo entre o caso precedente e o caso presente, é a decisão judicial que foi devidamente analisada e debatida.

A igualdade que se busca com o uso dos precedentes, portanto, não é a mera reaplicação de decisão prévia em um novo caso. Isto nada mais é do que aplicar a lei no caso atual, da mesma forma que foi aplicada anteriormente. Isso é isonomia legal.

Ao se buscar isonomia na aplicação de precedentes, os elementos para essa aproximação devem ser do próprio precedente, e não da lei que foi usada no caso paradigma (aproximação indireta). Com base em uma teoria do precedente com viés hermenêutico, a lei é apenas um dos fatores que influenciaram o precedente. A igualdade buscada deve ser na resposta institucional, ou seja, em situações similares, o Judiciário precisa levar em consideração os argumentos jurídicos que fundamentam o caso anterior. É por isso que se pode aceitar, por exemplo, que um princípio jurídico aplicado em uma esfera jurídica, possa ser usado para fundamentar um caso de outro ramo do direito (LOPES FILHO, 2014, p. 360).

### 2.3.2. Definição de expectativas: desestímulo à litigância e favorecimento de acordos

Antes mesmo de ingressar com uma demanda judicial, já existem expectativas em jogo. A importância da previsibilidade, anteriormente tratada, se reflete fortemente nestas expectativas. Ao saber que sua pretensão não será judicialmente acolhida, o indivíduo, de antemão, evitará a propositura da demanda.

Yeon-Koo Che e Jong Goo Yi (1993, p. 418) afirmam que: *“Since an initial court decision has long-term effects, it still remains true that the repeat player will try to avoid litigation whenever an unfavorable precedent is likely to be set in an early stage”*<sup>35</sup>.

No mesmo sentido, Jean Carlos Dias (2009, p.100):

Quando o cenário é transformado, isto é, quando passamos a um modelo institucional em que as decisões judiciais tendem a uma maior uniformidade, o efeito óbvio é que a informação a respeito do valor da pretensão/resistência torna-se mais claramente perceptível e, com isso fica facilitado o juízo de revisão de expectativas.

A aplicação dos precedentes, desta forma, permite ao jurisdicionado condições mais efetivas de prever o desfecho de seu caso. Desta maneira, pode-se agir de forma a maximizar os lucros e minimizar os prejuízos, com base em uma análise econômica do direito. Isto reflete, imediatamente, na abstenção de proposituras de novas demandas e na ampliação de acordos.

Neste último caso, por mais que a parte possua um precedente a seu favor, pode não ser benéfico continuar a relação jurídica processual, dado o desgaste financeiro, e emocional, além do lapso temporal até o seu encerramento. O acordo, assim, passa a ter também parâmetros financeiros, já que existe uma condenação prévia em valor específico. Conforme leciona Marinoni (2011, p. 183):

É certo que a previsibilidade da decisão a ser dada ao litígio, à primeira vista, beneficia uma parte em detrimento da outra. Ou seja, é possível pensar que a parte em cujo favor o precedente milita pode ser estimulada a litigar. No entanto, a previsibilidade permite às duas partes a racionalização das vantagens e desvantagens da litigiosidade. Naturalmente, a parte cuja pretensão está de acordo com o precedente tem vantagem sobre a outra, já

---

<sup>35</sup> “Uma vez que a decisão de uma corte inicial tem efeitos em longo prazo, continua sendo verdade que o litigante habitual vai tentar evitar a litigância sempre que um precedente desfavorável provavelmente vier a ser definido em um estágio inicial”. Traduzido pelo autor.

que em seu desfavor operam apenas a demora e os custos do processo. Não obstante, a parte que sabe que provavelmente terá decisão contrária sentir-se-á propensa a evitar o litígio, oferecendo vantagens que sejam capazes de desestimular o seu oponente de propor a ação. Quer isso precisamente dizer que a previsibilidade acomoda a situação de conflito, desestimulando ambos o litigantes de contender e favorecendo os acordos.

Da mesma forma, mas mais lentamente, é possível alterar o padrão de comportamento da pessoa física ou jurídica. Ao se ter condições de presumir o desfecho judicial negativo de uma demanda, os envolvidos, e neste caso, especialmente os litigantes habituais, alteram seus comportamentos para evitar futuras condenações.

Todavia, para se alcançar esta previsibilidade e conseqüentemente racionalização de expectativas é essencial conhecer os precedentes judiciais, o que ocorre, principalmente, através do acesso aos sítios eletrônicos dos tribunais, os quais permitem a pesquisa livre de seus pronunciamentos.

E neste caso, é importante saber qual precedente possui maior força, não apenas em virtude da corte que proferiu, mas sim pelo debate e desenvolvimento da decisão pretérita. Todas as cortes possuem posicionamentos e isto gera expectativa. A dificuldade ocorre quando as cortes mais relevantes, hierarquicamente falando, possuem posições divergentes.

No caso brasileiro, duas cortes chamam a atenção. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. A primeira tem a função primordial de interpretar a Constituição do Brasil, enquanto que o STJ visa uniformizar a interpretação infraconstitucional. Tratam-se de dois tribunais que frequentemente são citados pelas cortes inferiores, e conseqüentemente, possuem seus precedentes constantemente analisados e aplicados.

Ocorre que tais tribunais também possuem posicionamentos divergentes entre si, em algumas situações, o que dificulta sobremaneira a definição das expectativas dos envolvidos. É o que ocorreu em dissidência jurisprudencial acerca da isenção de COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social) para sociedades civis prestadoras de serviço, a qual foi instituída pela lei complementar n. 70/1991, e revogada pela lei ordinária n. 9.430/96<sup>36</sup>.

A discussão se pautava acerca da hierarquia entre as leis complementar e ordinária, supracitadas, de modo que a discussão era exclusivamente jurídica, e não fática. O STJ analisou a matéria e depois de reiteradas discussões e pacificação de sua jurisprudência, exarou a súmula 276/STJ (BRASIL, 2003), no ano de 2003, que determinava que: “as

---

<sup>36</sup> O presente caso é discutido com maiores minúcias por Juraci Mourão Lopes Filho. Para maiores aprofundamentos, vide: LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPODIVM, 2014. Para acesso à íntegra do julgamento, vide: <<http://www.stf.jus.br/>>.

sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado”.

A matéria veio a ser discutida pelo Supremo Tribunal Federal, em 2008, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 377.457<sup>37</sup>. A Corte decidiu pela inexistência hierárquica entre a lei complementar e a lei ordinária, aqui discutidas, pois a primeira seria formalmente complementar, mas materialmente ordinária, em relação ao dispositivo impugnado (BRASIL, 2008a). Portanto, a alteração legislativa teria efeitos jurídicos. Ou seja, a postura do STF foi diametralmente oposta da do STJ<sup>38</sup>.

Não é possível negar que com esta virada jurisprudencial as expectativas de muitos interessados foram rompidas, vez que existia a seu favor súmula, precedentes, e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o qual tem o dever de uniformizar a interpretação de norma infraconstitucional. Tais expectativas eram legítimas, sem dúvidas, inclusive, devido ao posicionamento e importância da corte no organograma institucional brasileiro. O Ministro Celso de Mello deixa isto claro em seu voto, cujo trecho relevante, transcreve-se:

Essa diretriz jurisprudencial consolidada na Súmula 276/STJ veio a prevalecer no âmbito do Superior Tribunal de Justiça após ampla discussão sobre a controvérsia jurídica em questão.

Esse dado assume, a meu juízo, Senhor Presidente, extrema importância, pois coloca em pauta a questão relevantíssima da segurança jurídica, que há de prevalecer nas relações entre o Estado e o contribuinte, em ordem que as justas expectativas destes não sejam frustradas por atuação inesperada do Poder Público, como sucederia em situações, como a ora em exame, em que se registra clara ruptura de paradigmas, com a prolação de decisão que evidentemente onera a esfera jurídica do sujeito passivo da obrigação tributária.

Não se desconhece que a cláusula constitucional que contempla o direito à segurança, inclui-se a positivação do direito à segurança jurídica, sob pena de ignorar, com grave lesão aos cidadãos, o atributo da previsibilidade das ações estatais, que norteia e estimula a adoção de padrões de comportamento por parte de pessoas em geral (e dos contribuintes em particular).

---

<sup>37</sup> Eis a ementa da decisão, para fins ilustrativos: “Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento”.

<sup>38</sup> Vale apontar que julgando a AR 3.761-PR, na sessão de 12/11/2008, a Primeira Seção do STJ deliberou pelo cancelamento da súmula n. 276.

Os cidadãos não podem ser vítimas da instabilidade das decisões proferidas pelas instâncias judiciárias ou das deliberações emanadas dos corpos legislativos.

Assume relevo, desse modo, a asserção segundo a qual "o princípio da segurança jurídica supõe o direito seja previsível e que as situações jurídicas permaneçam relativamente estáveis".

A instabilidade das decisões estatais, motivada pela ruptura abrupta de critérios jurisprudenciais que, até então, pautavam o comportamento dos contribuintes – cujo planejamento fiscal na matéria em causa traduzia expressão direta do que continha a súmula 276/STJ –, não pode nem deve afetar ou comprometer a esfera jurídica daquele que, confiando em diretriz firmada pelos Tribunais e agindo de acordo com esse entendimento, ajustaram de boa-fé, a sua conduta aos pronunciamentos reiterados do Superior Tribunal de Justiça a propósito da subsistência, no caso, da isenção da Cofins (BRASIL, 2008a).

Não está se defendendo aqui que o STF precisa respeitar o posicionamento do STJ, simplesmente pelo entendimento estar pacificado. Isto iria contra a visão hermenêutica do precedente defendida, e como se verá, contra a noção de Dworkin, do direito como integridade.

O que se está afirmando é que o STF não pode ignorar decisões anteriores acerca do tema, como se estivesse decidindo um tema inovador, jamais debatido, especialmente quando advindo do STJ. Isto gera, também, uma quebra de expectativas bastante relevante. Deve, isso sim, ampliar o debate, discutindo sobre a jurisprudência e os precedentes já firmados, no intuito de exarar uma decisão mais fundamentada o que, no caso, foi feito. É a posição de defendida por Juraci Mourão Lopes Filho (2014, p.325):

Certamente, pode julgar diferentemente, mas deve considerar, analisar e justificar, confrontando e refutando o posicionamento inferior. Também deve analisar, no corpo do julgado, a guinada jurisprudencial e considerar os efeitos dela. Repita-se: os demais tribunais também compõem o Judiciário, suas manifestações são manifestações de um poder da República. Não é correto exigir que as pessoas devam sempre esperar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal para, então, começar a considerar os preceitos judiciais a fim de orientar suas condutas. Isso sequer seria razoável.

A questão da expectativa foi levada em conta, inclusive, quando se discutiu a questão da modulação de efeitos, a qual não foi admitida. Caso fosse, as expectativas seriam ainda mais preservadas, ainda assim, a não admissão não reduz o mérito de ter se debatido tal assunto.

Portanto, a análise de expectativas não pode ser reduzida a simples observância de decisões de graus superiores. Ela deve ser compreendida, também, como a garantia de que as decisões serão mais bem fundamentadas, em virtude de um debate entre as decisões

precedentes mais relevantes, sejam elas da mesma corte, ou não, e principalmente de cortes com postura divergente, objetivando, assim, uma decisão mais fundamentada e discutida.

Quanto mais fundamentado for o precedente, menor será o risco de ser desafiado. Uma fundamentação robusta é, inclusive, capaz de convencer os jurisdicionados, de modo que não haverá nem mesmo demandas judiciais contrárias ao entendimento defendido. É o que ocorre quando Amy Barret (2013, p. 1735) afirma que a força de superprecedentes não deriva do grau de deferência devido à corte que o proferiu:

*(...) The force of so-called superprecedents, however, does not derive from any decision by the Court about the degree of deference they warrant. Indeed, Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey shows that the Court is quite incapable of transforming precedent into superprecedent by ipse dixit. The force of these cases derives from the people, who have taken their validity off the Court's agenda. Litigants do not challenge them. If they did, no inferior federal court or state court would take them seriously, at least in the absence of any indicia that the broad consensus supporting a precedent was crumbling (...)*<sup>39</sup>

Como consequência de um precedente constantemente fortalecido, o desestímulo à litigância e a ampliação de acordos judiciais serão ainda mais fortalecidos. Não se trata apenas da questão de reverência hierárquica que estimulará tais resultados, mas também à argumentação jurídica, cada vez mais robusta, acerca dos temas diretamente relacionados aos casos concretos.

### 2.3.3. Celeridade processual e economia argumentativa

Outro aspecto que rapidamente é percebido ao tratar da aplicação de precedentes é a possibilidade de ampliar a velocidade dos julgamentos das demandas apresentadas. Com o uso de uma decisão judicial prévia, é possível imbuir de maior celeridade o julgamento da questão discutida.

Esta celeridade pode advir da simples aplicação de um entendimento prévio, por meio de uma citação, afirmando que tal posicionamento é a postura de um tribunal superior. Mas

---

<sup>39</sup>cc(...) A força dos chamados superprecedentes, no entanto, não deriva de qualquer decisão do Tribunal sobre o grau de deferência que eles merecem. De fato, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* mostra que o Tribunal é bastante incapaz de transformar em precedente e, superprecedente por *ipse dixit*. A força desses casos deriva do povo, que tomou sua validade da agenda do Tribunal. Litigantes não os desafiam. Se o fizessem, nenhuma *federal court* inferior ou *state court* os levariam a sério, ao menos na ausência de quaisquer indícios de que o amplo consenso apoiando um precedente estava desmoronando (...). Traduzido pelo autor.



esta não é a melhor forma de realizar a aplicação do precedente, conforme se advoga neste estudo.

É neste ponto que pode surgir uma aparente contradição. A necessidade de argumentar, conforme se defende, conseqüentemente acarretará um maior esforço jurisdicional, e, por conseguinte, um tempo maior de maturação da decisão judicial. Desta forma, como o precedente permite uma celeridade processual?

Trata-se de uma aparente contradição, repete-se. Não se pode confundir argumentação jurídica, esforço na ampliação do ganho hermenêutico do precedente, e análise deste, com ausência de fundamentação das decisões judiciais. Quanto menor a fundamentação, menor o tempo gasto para produzir a decisão judicial, seja em qual grau de jurisdição for.

A economia argumentativa se dá pela desnecessidade de repetir toda a construção institucionalmente já realizada. É por isto que “quanto maior for a força hermenêutica de um precedente, maior será a economia (LOPES FILHO, 2014, p.375)”.

Um exemplo brasileiro acerca disto se refere ao reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da união homoafetiva, ao julgar a ADI n. 4277 e a ADPF n. 132, gerando, assim, um precedente neste sentido. Com isto, diversas ações previdenciárias com o intuito de reconhecer o direito do(a) companheiro(a) à pensões por morte, por exemplo, passaram a ser propostas.

Os tribunais não tem necessidade de, novamente, analisar toda a questão da constitucionalidade da união entre pessoas do mesmo sexo. Podem, assim, analisar a questão jurídica que é levantada, qual seja, a concessão ou não das pensões. Eis o ganho hermenêutico, gerando uma economia argumentativa.

Dois casos podem ilustrar esta situação de forma clara. O primeiro se trata de um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>40</sup>, em que a corte, de forma unânime, se posicionou acerca da impossibilidade do companheiro do segurado receber o benefício de pensão por morte, vez que não havia comprovação de dependência econômica. Note-se que

---

<sup>40</sup> Para fins ilustrativos, eis a ementa da decisão: “Rio Grande do Sul - Apelação cível. Previdência pública. IPERGS. Benefício de pensão por morte. Companheiro. União estável homoafetiva. Interpretação conforme à constituição. Possibilidade. O companheiro de segurado falecido tem direito à pensão. Inteligência do julgamento de procedência da adi 4277 e da adpf 132 pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de dar interpretação conforme à constituição ao art. 1.723 do Código Civil, reconhecendo a proteção jurídica da união estável entre pessoas do mesmo sexo observadas as mesmas regras e conseqüências da união estável heteroafetiva. Dependência econômica. Prova insuficiente. Inadmissibilidade do pensionamento. Para a concessão do benefício de pensão por morte de segurado do IPERGS aos companheiros, de qualquer gênero, é necessária, além da comprovação da convivência, a da dependência econômica. Caso concreto em que não comprovada a dependência do autor em relação ao segurado. Apelação desprovida. (TJRS, AC 309063-83.2011.8.21.7000, 22ª C. Civ., Rel. Desa. Denise Oliveira César, j. 18/08/2011)”.

não houve debate acerca da possibilidade de recebimento de benefício por membro de um casal homoafetivo, pois se reconheceu que esta discussão já havia sido superada pelo STF, no julgamento das ADI n. 4277 e ADPF n. 132 (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

A relatora Desembargadora Denise Oliveira Cézar reconheceu este ganho hermenêutico, conforme se observa em seu voto (RIO GRANDE DO SUL, 2011):

Registro que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, com efeitos vinculantes, lacuna normativa no ordenamento jurídico pátrio, admitindo, à unanimidade, a união estável homoafetiva como instituto jurídico digno de proteção, como entidade familiar, inclusive previdenciária, ao julgar procedentes a **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277** e a **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**, dando ao art. 1.723 do Código Civil “*interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva*” (grifos do autor).

A segunda decisão é do próprio STF<sup>41</sup>. Trata-se de caso em que a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil interpôs agravo regimental no recurso extraordinário, alegando que a decisão monocrática proferida foi contrária a dispositivos constitucionais. Esta decisão monocrática, por sua vez, havia negado seguimento ao RE interposto em face de acórdão que reconheceu o direito do companheiro do segurado a

---

<sup>41</sup> Eis a ementa da decisão, para fins ilustrativos: “Agravo regimental no recurso extraordinário. Benefício de pensão por morte. União homoafetiva. Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união civil entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Possibilidade. Aplicação das regras e consequências jurídicas válidas para a união estável heteroafetiva. Desprovemento do recurso. 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 05/05/2011, consolidou o entendimento segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo merece ter a aplicação das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva. 2. Esse entendimento foi formado utilizando-se a técnica de interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. 3. O direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro restou decidida. No julgamento do RE nº 477.554/AgR, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe de 26/08/2011, a Segunda Turma desta Corte, enfatizou que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. (...) A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas”. (Precedentes: RE n. 552.802, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 24.10.11; RE n. 643.229, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11; RE n. 607.182, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.08.11; RE n. 590.989, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24.06.11; RE n. 437.100, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 26.05.11, entre outros). 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, Ag. Reg. no RE 687.432, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/09/2012)”.

receber benefícios previdenciários decorrentes de plano de previdência privada (BRASIL, 2012).

Não se rediscutiu o direito do companheiro sobrevivente a receber o benefício previdenciário em questão, em virtude da homoafetividade, pois tal tema já havia sido debatido e superado nos casos paradigmas anteriores, razão pela qual o recurso de agravo regimental teve seu provimento negado, unanimemente. O relator Ministro Luiz Fux fundamentou sua decisão em precedentes judiciais, reconhecendo sua importância para o ganho hermenêutico de casos futuros e a consequente celeridade advinda de sua utilização (BRASIL, 2012).

*In casu*, a Turma Julgadora não divergiu do entendimento que se pacificou nesta Corte, ao julgar-se a ADI 4.277 e a ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 05/05/2011, onde se fixou que o preceito constante do art. 1.723 do Código Civil – “*é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*” – não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal.

Anote-se, que neste julgamento, deu-se interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento este, que deve ser feito segundo as mesmas regras e com **idênticas consequências** da união estável heteroafetiva (grifos do autor).

Não se pode olvidar, e isso precisa ficar claro, que as uniões tratadas pelo STF e pelos tribunais que buscam a aplicação do precedente, não podem possuir disparidades substanciais. Por isto que é necessária a análise do caso concreto, e não mera citação de decisões passadas. Caso haja diferença contundente nas questões tratadas, o precedente não é aplicável.

Desta forma, aprofundar a discussão acerca do conteúdo de um precedente, se em um primeiro momento requer um esforço maior, posteriormente significa uma maior economia argumentativa e celeridade no julgamento da demanda. E tão importante quanto, uma decisão judicial cada vez mais fundamentada. A razoável duração do processo não pode ser buscada

apenas através de uma rápida solução de um caso, mas mediante uma solução célere e de qualidade. E para tal, o precedente judicial precisa ser bem construído e aplicado.

## 2.4. MECANISMOS PRÓPRIOS PARA A CORRETA COMPREENSÃO E UTILIZAÇÃO DA TEORIA.

Uma vez que a teoria dos precedentes judiciais se originou em países do *common law*, não se trata de doutrina devidamente estudada no Brasil, razão pela qual é importante apresentar os conceitos básicos dos elementos principais na definição e aplicação da teoria dos precedentes, inclusive na delimitação dos trechos que possuem característica vinculante. Desta maneira, é essencial estudar o papel da analogia em relação aos precedentes, para então, sucintamente, tratar os conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing* e de diversas técnicas de revogação.

### 2.4.1. A importância e papel da analogia

Há uma profunda relação entre a técnica dos precedentes judiciais e a analogia, já que aplicar um precedente judicial a um caso posterior pressupõe um ponto em comum que serve de base para a solução de casos futuros. Ou seja, ao utilizar precedentes judiciais, os magistrados utilizam uma interpretação por analogia, vez que decidem que certos argumentos foram adequadamente utilizados para fundamentar uma decisão anterior, e, portanto, devem ser utilizados para embasar outra decisão em caso semelhante. É neste sentido a afirmação de Neil Duxbury (2008, p.02): “*to follow a precedent is to draw an analogy between one instance and another; indeed, legal reasoning is often described – by common lawyers at least – as analogical or case-by-case reasoning*”<sup>42</sup>.

A analogia legal é um método de integração do direito. Trata-se de um raciocínio que aplica uma regra jurídica a um caso, que apesar de não estar enquadrado no âmbito de aplicação desta regra, se assemelha a outros que estão. Ou seja, aplica-se a norma a uma situação não regulada estritamente por ela, por possuir semelhanças. Acerca do argumento por analogia, Thomas Bustamante da Rosa (2012, p.510-511) leciona que:

---

<sup>42</sup>“Seguir um precedente é desenhar uma analogia entre uma instância e outra; de fato, a argumentação jurídica é muitas vezes descrita – por membros do *common law*, pelo menos – como argumentação analógica ou caso a caso”. Traduzido pelo autor.

O argumento por analogia compreende, portanto, um cotejamento entre a situação descrita na *fattispecie* da norma jurídica-paradigma e os fatos do caso ainda carente de solução. Ele se funda, em última análise, em um *conceito comparativo* que estabelece uma conexão entre as propriedades essenciais ou relevantes da regra de partida e do fato *sub judice* (grifos do autor).

Tanto na analogia baseada em lei aprovada pelo parlamento como naquela baseada em precedentes judiciais aplica-se uma norma jurídica e suas consequências, a um caso não acobertado pela norma, seja por ausência de disposição legal, seja porque a decisão judicial se deu em outra demanda jurídica. Eis o primeiro aspecto a ser constatado: há necessariamente a ausência de uma norma jurídica específica para o caso em questão, ou seja, neste sentido, uma lacuna jurídica (a qual também precisa ser justificada). Apesar disto, não se deve esquecer que a lei contém uma disposição abstrata, enquanto que o precedente paradigma contém uma disposição concreta.

A analogia tem o papel de criar uma norma jurídica para preencher esta lacuna, a partir de outra norma anterior, seja legislativa ou um precedente. É por isto que não se pode aceitar a interpretação analógica em ramos jurídicos em que vigora a estrita legalidade.

No direito brasileiro isto fica claro nas searas tributária e penal, onde a Constituição da República (BRASIL, 1988) estabeleceu, respectivamente, a estrita legalidade tributária<sup>43</sup> e estrita legalidade penal<sup>44</sup>. Caso um precedente judicial venha a ser utilizado, por meio de analogia, para criar novo tributo, aumentar o valor de um existente, ou ainda, estabelecer ou ampliar a punição de um crime, tal decisão judicial é flagrantemente inconstitucional, não podendo servir de precedente para casos futuros.

A analogia, então, é um argumento produtivo, inovador, que escapa da mera interpretação de enunciados legislativos. Logo, é preciso determinar qual o significado do enunciado já estabelecido, podendo aplicá-lo analogicamente, caso se advogue pela existência

---

<sup>43</sup> Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

(...)

<sup>44</sup> 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:

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

(...)

de lacuna no caso concreto. No campo dos precedentes se trata de uma premissa fundamental e senso comum inegável (BUSTAMANTE, 2012, p.513-514).

O passo seguinte, verificada a lacuna, é identificar se existe caso semelhante, ou seja, precedente aplicável. Não se pode olvidar que quanto maior o número de precedentes judiciais existentes, maior será a dificuldade para identificar a decisão judicial mais pertinente para o raciocínio analógico. Além da quantidade de precedentes, o número de distinções (*distinguishing*) feitas pelas cortes influencia e dificulta esta tarefa de encontrar a característica comum entre os casos.

Verificado o precedente semelhante, deve-se analisar se os fundamentos centrais da decisão (*ratio decidendi*, conforme se verá a seguir) também são semelhantes. Tanto os fatos do caso concreto como os fundamentos jurídicos da decisão precisam ser considerados. É neste sentido a lição de Thomas Bustamante (2012, p.517):

Passa-se, nesse estágio, a uma nova fase em que entra em cena a *comparação da ratio* da regra escolhida com a *ratio* de cada uma das possíveis regras que derivarão da decisão do caso vertente. Nesse terreno entra em cena, com toda força, a máxima *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*. Não basta mais aduzir uma “semelhança de casos”, mas é preciso justificar a nova solução analógica com base em uma “identidade de razões” (grifos do autor).

Resta clara, após esta breve explanação, a importância da analogia para a compreensão da teoria dos precedentes judiciais. Tal importância fica ainda mais patente ao observar a lição de Francisco Rosito (2012, p.273-274), a qual relaciona didaticamente a analogia com os diversos elementos típicos dos precedentes.

Com efeito, na *Common Law*, o *judicial reasoning* baseia-se em um juízo de semelhanças e diferenças relevantes entre os casos (*test of similarity*) e, portanto, de escolhas de aspectos, elementos, características e perfis que servem como termos de referência. A análise comparatística ou de similaridade (*reasoning by analogy*), selo característico da doutrina *stare decisis*, permite identificar se é caso de aplicação, ou não, dos precedentes mediante um juízo baseado na analogia. Para esse fim, a *ratio decidendi* é essencial, pois somente se pode determinar a idoneidade do precedente ao conhecer a norma que o contém, diferenciando-a do *obiter dictum*. Nesse caso, a *ratio decidendi* representa o nexo entre o caso sob julgamento e o precedente possivelmente existente. Em última análise, a *ratio decidendi* permite decidir se dois casos são essencialmente iguais (...)

Sem a correta compreensão da *ratio decidendi*, tanto do ponto de vista teórico, como do trecho do julgado que possui esta característica, não é possível manejar adequadamente

precedentes judiciais. O mesmo vale para o *obiter dictum* e os outros elementos vitais para essa prática, os quais serão tratados a seguir.

#### **2.4.2. Ratio decidendi (ou holding) e obiter dicta**

A decisão judicial, em regra, é composta por dois elementos primordiais, quais sejam os fundamentos de fato e os fundamentos de direito. Entre estes elementos existem aqueles que são essenciais para a decisão, e aqueles que não são primordiais, possuindo a função de exemplificar algo ou tratar de aspectos secundários, os quais não constituem justificativa central para a decisão judicial.

No *common law*, busca-se descobrir quais trechos do julgado terão força vinculante e se constituirão em precedentes para a futura aplicação. Estes elementos, principais, constituem a razão de decidir. Enquanto no direito americano a expressão é denominada *holding*, no direito inglês se utiliza o termo *ratio decidendi*, conforme aponta Francisco Rosito (2012, p.106). Os elementos secundários, que não possuem força vinculante são denominados, por sua vez, *obiter dicta* (no singular, *obiter dictum*). Note-se que são conceitos bastante próximos, vez que em uma decisão os elementos ou serão *ratio decidendi* ou *obiter dicta*. A importância da determinação destes trechos no julgado existe para se definir quais elementos deverão ser seguidos em futuras decisões judiciais.

De fato, para aqueles que estão habituados com a tradição jurídica do *civil law*, tais conceitos são diferentes. Isto é natural, vez que não há correspondência destes elementos no direito brasileiro: nem o relatório, nem o dispositivo e nem a fundamentação, elementos constitutivos da sentença judicial, equivalem à *ratio decidendi* ou *obiter dictum*. Marinoni (2011, p. 222) pontua que:

É preciso saber sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondência no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é “algo mais”. E isso simplesmente porque, na decisão do *common law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material –, mas também a segurança dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados.

É exatamente na *ratio decidendi* que se encontra a regra ou princípio de direito que será utilizado como precedente judicial, em casos futuros, e que é construído a partir do caso paradigma. Compreender tal elemento é essencial, inclusive, para entender de que maneira a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin é capaz de aprimorar a experiência prática brasileiro, no uso dos precedentes judiciais. Isto é natural, vez que sem identificar o elemento central, vinculante, do precedente, não se pode buscar aplicá-lo em um caso futuro.

Acerca da razão de decidir, Francisco Rosito (2012, p. 107-108) aponta que:

Por conseguinte, a *ratio decidendi* é a resolução específica sobre determinada matéria decidida no tribunal, na qual estão contidos três elementos: a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*). Em outras palavras, constitui-se na razão jurídica ou nos fundamentos determinantes da decisão, o que não representa um preceito abstrato, senão uma regra ou princípio jurídico ditado pela controvérsia concreta. Trata-se, portanto, da norma concretizada em face dos fatos objeto do conflito de interesses, sendo fundamental à extração da *ratio decidendi* interpretar o núcleo fático da decisão sobre o qual incide a norma de direito. É da fusão desses elementos inseparáveis, de fato e de direito, que se extrai a *ratio decidendi*, mediante um método de análise voltado ao caso concreto.

Por sua vez, o *obiter dictum* não possui aspecto central na decisão proferida, não tendo o condão de gerar a vinculação de casos futuros. Acerca do conceito, Tiago Lima (2013, p.171) ensina que:

Isso porque podem existir questões que conquanto mencionadas no corpo de uma decisão judicial não tenham sido consideradas pelo juiz quando da sua atividade cognitiva (denominadas *obiter dictum*). São meras reflexões que ali constaram por decorrência do raciocínio lógico desenvolvido pelo julgado, mas que não podem ser consideradas, isoladamente, como justificativa para a conclusão judicial.

Nos países de *common law*, a cada nova demanda apresentada ao juiz, ele deverá verificar se já houve pronunciamento judicial anterior, com características de precedente, acerca do tema. Em caso afirmativo, deverá decompor esta decisão, localizando quais elementos se caracterizam como *ratio decidendi* e quais como *obiter dictum*, e aplicar a primeira neste novo caso, mantendo uma congruência com os julgados pretéritos. Tarefa esta que nem sempre é simples.

A lição de Mitidiero (2013, p.104) é pertinente:



(...) o respeito ao precedente pressupõe *em primeiro lugar* o seu reconhecimento pelo juiz encarregado de aplicá-lo e em *segundo lugar a individualização dos pressupostos fático-jurídicos* que tornam os casos idênticos ou similares e que justificam a aplicação do precedente. O raciocínio judicial aí é eminentemente analógico. O respeito ao precedente pressupõe, desse modo, juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos e capazes de empreender sofisticados processos de *apreensão e universalização* de razões e comparação entre casos – um *papel nada autômato e certamente decisivo* para a promoção da tutela do direito (grifos do autor).

Manejar os precedentes judiciais sem ter conhecimento dos termos, ora tratados, culminará em fracasso. Definir corretamente qual a parcela vinculante do precedente, e, portanto, a que será aplicada em casos futuros, é essencial para alcançar uma aplicação adequada de precedentes e da própria tutela jurídica, seja em países do *common law* ou do *civil law*. Não se pode aceitar que tais erros sejam cometidos, especialmente neste momento em que os estudos acerca dos precedentes se tornam cada vez mais robustas e relevantes para a prática jurisdicional brasileira, e para a própria teoria do direito nacional. Isto poderia levar a uma prática incorreta no reconhecimento e na aplicação dos precedentes judiciais, ocasionando verdadeiro desrespeito ao devido processo legal, o que deve ser combatido com seriedade.

### **2.4.3. Distinguishing**

Nota-se que no *common law*, a importância dada aos casos já julgados é grande, razão porque se fala muitas vezes em *case law*, o direito que é construído com os casos já julgados. Além da análise dos elementos constitutivos da decisão, primários e secundários, é essencial identificar a proximidade entre o caso proposto e o caso que determinou a *ratio decidendi*, ou seja, do caso precedente, cuja decisão será vinculante.

Eis a importância do *distinguishing*, qual seja, permitir a análise das similitudes e distinções entre os casos, vislumbrando o quão semelhantes são as situações, e se a decisão pretérita deve ser utilizada como fundamento, precedente, do caso apresentado.

A questão é que existem elementos que nunca permitirão o julgamento de dois casos idênticos. Algo mudará, sejam as partes, os pedidos, a causa de pedir, ou algum elemento fático, sob pena de litispendência. Deste modo, a questão é definir se os casos em cotejo são suficientemente semelhantes. E a técnica do *distinguishing* tem exatamente esta função: realizar a distinção entre os elementos dos casos, e demonstrar que o núcleo jurídico central

da demanda atual é suficientemente diferente do precedente, sendo este inaplicável. Neste sentido, se mostra pertinente a lição de Luiz Volpe Camargo (2012, p. 565):

Para que dois casos sejam iguais *não* é necessário que a igualdade seja absoluta, isto é, em todos os aspectos, em todos os detalhes. Diante de um novo caso, é preciso identificar o *ponto efetivamente nuclear* do precedente invocado de modo a possibilitar ou não o seu enquadramento ao caso em exame, pois, como sempre há uma ou outra minúcia a distinguir dois processos, a imposição da condição de ocorrência de exata, total e irrestrita similitude entre novo caso e caso paradigma, inviabilizaria totalmente o sistema de respeito aos precedentes. Como há diferenças que são irrelevantes para a comparação da questão jurídica, estas devem ser desprezadas. Esse juízo de valor será sempre feito pela parte no ato de postular com base em precedente ou no ato do juiz de decidir com base em antecedente judiciário. (grifos do autor)

Compreender a técnica do *distinguishing* é vital para utilizar precedentes judiciais. Não se pode conceber uma teoria em que não haja mecanismo apto a demonstrar a incompatibilidade entre dois casos em cotejo. É através desta técnica de distinção que se verifica se o núcleo central e vinculante do precedente judicial é aplicável a um caso futuro. Se os casos forem diferentes, se os aspectos jurídicos tratados não forem os mesmos, não se pode aplicar um precedente judicial, sob pena de violação ao devido processo legal.

#### **2.4.4. Técnicas de revogação: *overruling*, *overriding* (*modifyng*) e *transformation***

Juntamente com a importância de reconhecer quais elementos possuirão aspecto vinculante, e quais casos são suficientemente semelhantes para a vinculação do julgado, há a necessidade de reconhecer que além da mudança que o direito sofre com o passar do tempo, existe a possibilidade de erro por parte dos magistrados.

Por estes motivos, as técnicas de revogação de precedentes são essenciais. É preciso decidir se o precedente anteriormente constituído, muitas vezes há anos, ainda se coaduna com a realidade jurídica e social daquela sociedade, para, se necessário, proceder à sua modificação. Note-se que não se trata de distinguir os elementos constitutivos de dois casos, mas sim de modificação da *ratio decidendi* em alguma medida.

O *overruling* constitui técnica que visa à superação do precedente anterior. Trata-se da rejeição do precedente, ou seja, a *ratio decidendi* anteriormente estabelecida é abandonada. Há um rejuízo da matéria, com nova orientação sendo firmada. Conforme Fransisco Rosito (2012, p. 301-305):

A técnica do *overruling* (revogação) consiste na rejeição do precedente, sendo um juízo negativo sobre a sua *ratio decidendi*. É utilizada para reconhecer a existência de fundamento jurídico para abandono do precedente anteriormente estabelecido. Cuida-se da hipótese em que o precedente se revela ultrapassado ou equivocado, sendo substituído por decisão que adota diferente orientação.

É possível também que não haja a necessidade de revogação total da posição anteriormente adotada, mas sim de uma adequação. A superação parcial do precedente (*overturning*) pode ocorrer por mediante reescrita (*overriding*) e transformação (*transformation*) (MITIDIÉRO, 2013, p.106).

Através do *overriding*, também conhecido como *modifying* fora dos Estados Unidos da América, é possível limitar a incidência do precedente, vez que não mais se aplica em sua totalidade no caso.

É possível conceber que com o passar do tempo surja entendimento que determinada teoria jurídica possa ser excepcionada em certas situações. O entendimento original, de que a teoria seria sempre aplicável sofreu alteração. Este precedente original, que criou a tese, não precisa ser completamente superado, vez que a teoria ainda possui respaldo jurídico, mas ela sofreu uma modificação, com a inclusão de exceções. Thiago Lima (2013, p. 209), acerca do tema, pontua que:

Por sua vez, o *overriding* refere-se à prática de restringir o âmbito de aplicação de um precedente judicial em julgamento posterior. Muitas vezes, tal técnica se aproxima de uma revogação parcial da pretérita orientação jurisprudencial. É uma maneira que o tribunal possui de analisar a nova questão, que parece relativamente distinta do precedente sem ter que revogá-lo inteiramente. Limita-se, portando, o alcance da *holding* extraída do primeiro caso.

Perceba-se que tanto com o exercício do *overruling*, como do *overriding*, há a revogação de todo ou parte do entendimento jurisprudencial pretérito. Esta revogação permite que o precedente não seja aplicado para decidir a nova demanda. Há uma revogação expressa, que fundamenta a não aplicação. Isto, todavia, não ocorre com a *transformation*.

Esta técnica permite a transformação do entendimento jurisprudencial sem a revogação do precedente. Existe uma superação da *ratio decidendi* anterior, mas a corte não o afirma expressamente, pois se tenta compatibilizar o resultado obtido no precedente revogado com a nova decisão; não se admite erro no julgado anterior. Acerca do tema, a lição de Marinoni (2011, p. 345):

Contudo, se a distinção entre *overruling* e *transformation* é mais formal que substancial, surge ao menos a curiosidade de indagar o motivo pelo qual a Corte pode preferir a *transformation* ao *overruling* (...). A *transformation* admite equívoco na tese então sustentada, mas não aceita que a Corte tenha cometido impropriedade ao julgar o caso anterior. O *overruling* constituiu confissão de que não apenas a tese está equivocada, mas também de que a Corte errou ao decidir em favor de uma das partes e não da outra. A *transformation*, por sua vez, não aceita a ideia de que a decisão deveria ter sido favorável ao autor e não ao réu ou vice-versa (...)

Apesar da técnica não revogar o precedente, mantendo artificialmente a estabilidade do sistema de precedentes, ela dificulta a delimitação da “nova” *ratio* pelos tribunais que terão de aplicar a tese. Vez que não ocorreu o *overruling* passam a conviver dois entendimentos acerca do tema

## 2.5. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO EM PAÍSES DE *CIVIL LAW*

É possível perceber que a doutrina da vinculação aos precedentes não surgiu junto com o *common law*. Pelo contrário, é fruto do desenvolvimento histórico deste, uma característica moderna, advinda do respeito aos precedentes e da maior organização judiciária alcançada na Inglaterra. Esta hierarquia funcional organizada é essencial para a correta utilização do precedente vinculante. Conforme ensina José Rogério Cruz e Tucci (2012, p. 105):

O efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionada a posição hierárquica do tribunal que as profere. Normalmente, na experiência jurídica do *common law*, o julgado vincula a própria corte (eficácia horizontal interna), bem como todos os órgãos inferiores (eficácia vertical externa). Não se delinea possível, à evidência, a aplicação dessa regra em senso contrário.

Não se pode vincular tal doutrina com o próprio *common law*. É uma consequência advinda do caráter jurisprudencial do direito inglês, e não o oposto. O *common law*, considerado como o direito aplicável ao reino inglês pelas Cortes Reais de *Westminster* surgiu séculos antes da teoria que determinou a força vinculante dos precedentes.

Tanto a tradição jurídica do *civil law* como do *common law* buscam alcançar a segurança jurídica e a igualdade nas decisões, mas por mecanismos diferentes. O *civil law* através da legislação, e o *common law* por intermédio da vinculação das decisões judiciais. O

objetivo final não é diferente, mas a evolução histórica dos países demonstra que os meios não foram os mesmos.

Portanto, uma vez que o objetivo é a busca da igualdade e da segurança jurídica, é bastante plausível que países de tradição romano-germânica, que forneçam grande importância para a jurisprudência, como é o caso do Brasil nos últimos anos, possam instituir a doutrina do *stare decisis*. Não há impedimento lógico para isto; pelo contrário, é uma forma real de buscar o fim almejado. Uma possível discussão a ser travada é se este é o melhor meio para tal.

Já existem diversos mecanismos no ordenamento jurídico brasileiro que concedem grande importância aos precedentes judiciais, tais como a repercussão geral, a súmula vinculante, a súmula impeditiva de recurso de apelação, entre outros. Neste sentido, José Henrique Mouta Araújo (2013, p.164) aponta que:

A preocupação quanto ao *tempo do processo* aponta, ademais, para a ampliação da *verticalização e horizontalização das decisões dos Tribunais Superiores em causas repetitivas*. Os Tribunais Superiores, neste sentido, não devem ser tratados como mais uma instância de julgamento, mas, sim, como órgãos de uniformização interpretativa federal e constitucional (grifos do autor).

O próprio futuro código de processo civil brasileiro pretende conceder ainda mais importância para a doutrina ora estudada, seja criando novos mecanismos, seja ampliando o caráter vinculante dos já existentes. O objetivo não é apenas acelerar o julgamento das demandas existentes, mas sim, também, evitar a propositura de novas. Trata-se da definição de expectativas que se tratou anteriormente, seja desestimulando a litigância, seja favorecendo um maior número de acordos. Jean Carlos Dias (2009, p. 100) aponta esta questão:

Quando, em um sistema jurídico, são permitidos, de forma ampla e irrestrita, julgamentos divergentes a respeito do mesmo tema, o efeito do ponto de vista do cálculo das expectativas é que nenhuma das partes terá condições reais de prever o desfecho de sua demanda.

A aproximação do direito brasileiro, tradicionalmente vinculado ao *civil law*, com os institutos próprios do *common law* é uma realidade e tendência imutável. Trata-se de uma tentativa de superar a chamada “Crise do Judiciário”, impingindo celeridade ao julgamento das demandas, com base em precedentes vinculantes, especialmente nos casos de demandas repetitivas, como previdenciárias e consumeristas.

As dificuldades que os países de *civil law* enfrentam, assim como a ampliação dos poderes do Judiciário, não passaram despercebidas por Jon Komárek (2013, p.170):

*Today, this conceptualization of the legislative model, based on the Continental European experience, faces several problems. Courts have become much more important for the production of legal norms. The highest tribunals, both ordinary supreme courts and constitutional courts, self-consciously make law, and legal doctrine does not seem able to play the same part as in the past. "Adversarial legalism", a regulatory style that relies on courts and judicial processes, contributes to the significant rise of courts in the production of legal norms. This suggests that the continental method of reasoning with previous decisions is in crisis. The question is whether, in light of the experience of the common law tradition, the adoption of the latter's "case law technique" and the case-bound model is the right cure (...)<sup>45</sup>.*

O fato da doutrina do *common law* ter sido desenvolvida em países de tradição anglo-saxônica, não impede a aplicação no direito brasileiro, ou em outros países de tradição romano germânica, pelo simples fato de serem famílias jurídicas diversas.

A mesma situação é apontada por Hermes Zaneti Jr. (2015, p.41), que observa o papel cada vez mais marcante dos Tribunais Constitucionais em países de *civil law*.

Importante apontar que atualmente a perspectiva metodológica da Europa continental sofre novos influxos, principalmente pela valorização da jurisdição constitucional, em países como a Alemanha e a Espanha, sendo notável a doutrina que se forma no entorno aos precedentes dos Tribunais Constitucionais desses países, bem como, os “modelos” que deles exsurgem para a aplicação prática(...)

Lembre-se que os ordenamentos jurídicos evoluem e a recepção de técnicas de sistemas diferentes é outra forma de demonstrar as tentativas de superação das crises internas de um sistema. Tanto é verdade, que a influência entre o *common law* e o *civil law* é recíproca, sendo produzidas cada vez mais leis escritas nos países filiados ao primeiro.

---

<sup>45</sup>“Hoje, essa conceituação do modelo legislativo, baseado na experiência Europeia Continental, enfrenta diversos problemas. Tribunais se tornaram muito mais importantes para a produção de normas jurídicas. Os mais altos tribunais, tanto as cortes supremas comuns e os tribunais constitucionais, conscientemente criam o direito, e a doutrina jurídica não parece capaz de desempenhar o mesmo papel que no passado. "Legalismo contencioso", um estilo regulatório que se pauta em tribunais e processos judiciais, contribui para o aumento significativo dos tribunais na produção de normas jurídicas. Isto sugere que o método continental de argumentação com decisões passadas está em crise. A questão é se, à luz da experiência da tradição do *common law*, a adoção da técnica do “*case law*” deste último e do modelo de vinculação a casos é a cura certa (...). Traduzido pelo autor.

### **3. O JUDICIÁRIO BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.**

Na presente seção se busca analisar o impacto que os precedentes judiciais exerceram no Judiciário brasileiro após a Constituição de 1988. Para tanto se analisa a teoria neoconstitucionalista, desde o seu surgimento até sua chegada e influência em terras brasileiras, o que culminou, conforme se demonstra, em uma ampliação do uso de precedentes judiciais.

Especificamente acerca do neoconstitucionalismo é importante frisar que não se tem uma uniformidade de entendimento acerca de seu alcance. Por esta razão é possível se falar de vários neoconstitucionalismos, vez que os seus elementos constitutivos possuem maior ou menor impacto, dependendo da concepção defendida. Elementos como a judicialização da política, ativismo judicial, relação entre os Poderes da República, força normativa e alcance da Constituição, entre outros, são compreendidos de formas diferentes por distintos doutrinadores, o que acaba por pautar concepções díspares acerca destas teorias.

No presente estudo utilizar-se-á a expressão neoconstitucionalismo, no singular, com o objetivo de demonstrar que as características básicas das visões neoconstitucionalistas estão presentes, e influenciam a postura do Judiciário brasileiro. Ainda assim, se faz essencial apresentar esta ressalva.

A influência neoconstitucionalista no processo também é analisada, com foco nos princípios da razoável duração do processo e acesso à justiça. É patente a dificuldade que o Judiciário brasileiro possui para julgar todas as demandas propostas em tempo hábil. A crise de tempestividade na prestação jurisdicional brasileira é uma realidade, que precisa ser combatida, sendo a mera inclusão de garantias fundamentais, como a razoável duração do processo, insuficiente para materializar suas disposições. Os precedentes, então, surgem como possíveis maneiras de superar tal entrave ao acesso à justiça.

Em seguida, são apresentados diversos argumentos contrários à adoção de precedentes judiciais, e mais especificamente de uma teoria dos precedentes, no Brasil, quais sejam: o engessamento do direito, a possível violação à independência dos magistrados de graus inferiores, e a desestruturação da separação entre os Poderes da República. São críticas sem êxito, caso considerada a concepção de precedentes, com viés hermenêutico e dialético, defendida neste estudo.

### 3.1. O(S) NEOCONSTITUCIONALISMO(S): O SURGIMENTO DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE CONSTITUIÇÃO, SUA RECEPÇÃO NO BRASIL E A AMPLIAÇÃO DO USO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO PAÍS

Com o final da 2ª Grande Guerra ficou provado, por meio dos regimes totalitários, que a lei poderia ser utilizada de forma contrária aos princípios de justiça, e bem estar social. Tais princípios começaram, então, a serem inculcados nas Constituições, as quais passaram a ter como característica uma maior rigidez, não podendo ser alteradas pela legislação ordinária. Da mesma forma se fortaleceu a Jurisdição Constitucional. Marinoni (2011, p.67-68) afirma que:

A lei passa a encontrar limites e contornos nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.

De fato, Pedro de Vega Garcia (1998, p.85) aponta duas características marcantes dessa nova visão constitucionalista, a qual denomina de positivismo jurisprudencial, quais sejam: o desenvolvimento de técnicas e mecanismos com a função de controlar e racionalizar o poder, e o estabelecimento e universalização de um constitucionalismo rígido. Tais características permitiram que a Constituição ganhasse um verdadeiro valor normativo, com a mesma validade e eficácia que os outros preceitos jurídicos, e o surgimento de princípios jurídicos constitucionais dotados de força normativa, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

A Constituição passa a ser considerada o topo do ordenamento jurídico dos países, um conjunto de normas superiores e de aplicação imediata, capaz de vincular todos os Poderes do Estado. Passa a possuir elementos morais, princípios com forte carga axiológica, além de conceitos jurídicos indeterminados. Dalmo de Abreu Dallari (2010, p.313) ensina que:

A partir de então surge um novo constitucionalismo, de orientação humanista, que busca o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais de todos os seres humanos, sem admitir qualquer espécie de discriminação e sem excluir qualquer direito fundamental, considerando o ser humano, concomitantemente, tanto e sua dimensão individual quanto social (...)



Com o aumento da força e importância jurídica da Constituição, aumenta, naturalmente, a importância concedida ao seu intérprete, o Poder Judiciário, e especialmente ao Tribunal Constitucional, que exerce o controle de constitucionalidade. E neste ponto é necessário cautela ao louvar tal postura indiscriminadamente.

O aumento do poder da Corte Constitucional acaba por permitir que a Constituição seja determinada pelo Judiciário. A Corte Constitucional passa a definir os limites e contornos constitucionais, podendo inclusive alterar seu conteúdo, sob a justificativa de interpretação da norma suprema. Desta forma, o direito constitucional passa a ser definido não mais pelo legislador ordinário, mas em última análise, pelo próprio Poder Judiciário. Consequentemente, não há mais necessidade de um campo de debate político para a definição do alcance constitucional. Dominique Rousseau (1990, p.18) chega a afirmar inclusive que *“la logique du travail juridictionnel fait de la Constitution non plus un acte fermé, clos, mais un espace ouvert à la création continue de droits”*<sup>46</sup>.

Eis a razão da expressão positivismo jurisprudencial também ser utilizada para designar este novo momento. A jurisprudência passa a ser utilizada como a própria norma positiva, vez que possui, inclusive, maior força jurídica, por já ter passado pelo crivo interpretativo. Neste sentido, não há dúvida que a teoria dos precedentes judiciais assume importante relevância.

É possível, inclusive, criticar a concepção tradicional de constituição rígida. Uma vez que é necessária a mera modificação de interpretação acerca de determinada norma constitucional para que haja uma alteração jurídica do alcance da própria norma, é possível defender a flexibilidade da constituição, especialmente caso o uso das técnicas de precedentes, que garantem maior congruência nas decisões, não seja bem feito. Vislumbra-se uma espécie de Poder Constituinte permanente.

Pedro de Vega Garcia (1998, p.87), aponta, de forma crítica, uma incongruência própria desta nova visão constitucional:

*Nos enfrentamos, no obstante, ahora ante una situación en la que la desvertebración democrática del Estado conduce directamente a convertir a la Constitución, como gran programa político de la libertad, en el único criterio legitimador de la vida pública. Pero se trata de una Constitución que alejada de los presupuestos históricos y de las bases sociales en los que debería de encontrar su fundamentación, tiene que buscar en sí misma y en*

---

<sup>46</sup> “A lógica do trabalho constitucional faz da Constituição não mais um ato fechado, cerrado, mas um espaço aberto à criação continua de direitos”. Traduzido pelo autor.

*su condición de gran programa político de la libertad la propia razón de su existencia (...)*<sup>47</sup>

Fica bastante claro, portanto, que a Constituição passa a ser interpretada de forma diversa, razão pela qual alguns doutrinadores consideram verdadeira quebra de paradigma, nomeando tal momento de neoconstitucionalismo. Segundo Dalmo de Abreu Dallari (2010, p.315):

Aí esta o registro claro e objetivo de uma das características básicas do neoconstitucionalismo, que é a abrangência ampla da Constituição, atingindo praticamente a totalidade dos atos humanos, assim como a própria pessoa humana, concebida individualmente ou na sua vida associativa. Naquilo que lhe diz respeito direta ou indiretamente, pela simples circunstância de ser uma pessoa humana (...)

Na mesma linha, Eduardo Cambi (2011, p. 29):

O neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Aposta no caráter *transformador* das Constituições modernas, pois, como *utopias de direito positivo*, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais (...) (grifos do autor)

O neoconstitucionalismo não poderia surgir no Brasil até o final da Ditadura Militar. Da mesma forma que na Europa, onde esta nova visão constitucional se contrapôs a regimes totalitários o mesmo ocorreu no Brasil. Todavia, é importante perceber que não foi uma instalação imediata, e sim uma construção. A Constituição da República de 1988 permitiu o surgimento do neoconstitucionalismo, mas, por si só, não esgota tal processo. A própria expressão *positivismo jurisprudencial* denota certos aspectos da doutrina neoconstitucionalista, conforme já analisado, dando maior ênfase para certos elementos.

Daniel Sarmiento (2013, p. 85) aponta que:

O processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição de 88. É verdade que já tínhamos controle de constitucionalidade desde a proclamação da República. Porém na cultura

---

<sup>47</sup> “Enfrentamo-nos, não obstante, agora ante uma situação em que a desvertebração democrática do Estado conduz diretamente a converter a Constituição, como grande programa político da liberdade, em o único critério para legitimador da vida pública. Mas se trata de uma constituição que afastada dos pressupostos históricos e de suas bases sociais nos quais deveria encontrar a sua fundamentação, tem que buscar em si mesma e em sua condição de grande programa político da liberdade a própria razão de sua existência(...)”. Traduzido pelo autor.

jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas (...)

De fato, diversos outros fatores contribuíram e ainda contribuem para o desenvolvimento desta visão constitucional. Um deles é o desenvolvimento da teoria acerca da eficácia imediata da norma constitucional, a qual passou a afetar a realidade de forma imediata, sem a necessidade de regulamentação legislativa. Isto denota a concepção da norma constitucional como efetivamente jurídica, e aplicável da mesma forma que a legislação ordinária.

Outro elemento de extrema importância foi o desenvolvimento doutrinário e a recepção por parte do Judiciário das teorias jurídicas pós positivistas, especialmente as de Ronald Dworkin e Robert Alexy, e de forma específica suas teorias acerca das normas jurídicas. Ambos os autores advogam a existência de princípios jurídicos, normas de caráter mais abstrato que possuem força jurídica.

Entre os princípios jurídicos mais aplicados estão os da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana. O problema é que muitas vezes tais preceitos são aplicados de forma diversa da elaborada pelo autor que os concebeu, ou sem o cuidado de justificar tal postura, permitindo que qualquer decisão seja tomada. Isto contribui para que membros de um órgão colegiado decidam de forma diversa, fundamentando seu posicionamento no mesmo princípio jurídico.

Tais normas precisam ser aplicadas de forma consciente, e embasadas em robusta argumentação jurídica. Quanto mais abstratos forem os princípios, característica imanente deste padrão jurídico, maior deve ser o esforço do órgão jurisdicional em fundamentar a decisão. Caso contrário se instalará a insegurança jurídica, no sentido apontado neste estudo.

Outro elemento que pode ser apontado como estimulador desta nova realidade é a descrença da população no Legislativo, marcado por diversos escândalos de corrupção. Com a perda do suporte popular, o Poder Legislativo perdeu força e legitimação social. Na verdade, este descrédito é extensivo a todos os atores políticos, incluindo aqueles do Poder Executivo. Desta forma, o Judiciário passa a gozar de amplo apoio popular, especialmente quando suas decisões seguem a opinião geral.

É preciso compreender, portanto, que diversos fatores favoreceram o surgimento e o atual desenvolvimento deste positivismo jurisprudencial ou neoconstitucionalismo. Todavia, o mais importante é a aplicação prática desta doutrina, que se concretiza através das decisões

judiciais tomadas. Desta forma, é essencial analisar a nova postura, mais ativa, que o Judiciário brasileiro adotou, com base nestes novos postulados constitucionais.

Ao desenvolver a sua célebre Teoria de Separação dos Poderes, Montesquieu (2010, p. 172) reduziu o Judiciário a um poder quase nulo, em relação ao Executivo e ao Legislativo, cuja função não seria outra, a não ser repetir a lei produzida pelo parlamento. Eis o juiz boca da lei, impossibilitado de interpretar a norma legislada.

Atualmente, a postura do Judiciário brasileiro é muito diferente, sendo, inclusive, estimulada a interpretação judicial, decisões fundamentadas em princípios constitucionais, e o uso da técnica da ponderação ou sopesamento, a qual muitas vezes é mal aplicada. Marcelo Neves (2013, p. 171) explica que:

No final do século XX e início do século XXI, a doutrina constitucional brasileira foi tomada por um fascínio pela principiologia jurídico-constitucional e, nesse contexto, pela ponderação de princípio, uma atitude que, com destacadas exceções, tem contribuído para uma banalização das questões complexas referentes à relação entre princípios e regras. Esse fascínio poderia ser associado simplesmente aos processos de democratização e constitucionalização que, no último quartel do século XX, ocorreram na América Latina em geral e no Brasil, em especial após um período de regimes autoritários (...)

Como normas abertas que são, os princípios jurídicos requerem um maior esforço interpretativo para terem seus conteúdos delimitados, e quanto maior é a importância da interpretação, maior é a importância do intérprete.

Luís Roberto Barroso (2013, p.227-228) aponta o papel de destaque do Judiciário, ao ensinar que:

(...) No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

Entre as consequências desta nova postura, pode-se citar a judicialização da política e o ativismo judicial. A judicialização da política é uma expressão que pretende demonstrar que questões políticas, tradicionalmente debatidas pelos representantes eleitos pelo povo, passam a ser decididas pelo Judiciário, órgão contra majoritário, cujos membros não são definidos por meio de uma eleição popular.

Exemplo comum de judicialização de questões políticas é a que ocorre quando se discute direito à saúde. Note-se que, em tese, é papel da Administração Pública definir o montante financeiro a ser revertido para a Saúde Pública. Apesar disto, o Judiciário, muitas vezes, determina a concessão de remédios, tratamento fora de domicílio, internações e cirurgias, o que acaba por afetar o orçamento público. Entre os temas debatidos, encontra-se a Separação dos Poderes, a discricionariedade administrativa do Ente público, a reserva do possível e o mínimo existencial.

Entre tantas outras situações de relevância política já discutidas perante o Supremo Tribunal Federal estão: pesquisa com células tronco-embrionárias (ADI n.3105/DF), sopesamento entre a liberdade de expressão e racismo (caso Ellwanger- HC n.82424/RS), ações afirmativas (ADI n.3330), vedação ao nepotismo (ADC n.12/DF), interrupção da gravidez em casos de fetos anencéfalos (ADPF n.54/DF).

Por sua vez, o ativismo judicial, conceito de difícil delimitação, denota a participação ativa do Poder Judiciário com o fito de concretizar os princípios e valores constitucionais, assumindo destaque ainda maior nos casos de controle de constitucionalidade. Frise-se que esta maior atividade não desrespeita o princípio da inércia jurisdicional. Não pode o Judiciário iniciar sua atividade sem provocação.

Trata-se de fenômeno mais amplo que a judicialização de temas políticos, que também denota um ativismo judicial. A aplicação direta da norma constitucional, característica típica do neoconstitucionalismo, não deixa de ser uma demonstração desta postura, a qual dificilmente seria adotada em qualquer viés do paradigma positivista.

Entendido isto fica ainda mais clara a razão de também denominar tal momento de positivismo jurisprudencial, assim como sua origem. Neste sentido, a lição de Luís Roberto Barroso (2013, p.234) é pertinente:

A Judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (...)

Com a ampliação das decisões judiciais em questões políticas relevantes, o maior número de demandas sendo propostas, a maior atenção popular, e a nova visão constitucional, o papel da jurisprudência tende a ser potencializado, passando a servir inclusive como uma

norma, com influência superior à própria lei. Neste cenário, a necessidade de ampliar a eficiência dos julgamentos para cumprir a função jurisdicional concede ainda mais importância aos precedentes judiciais. Para suprir tais demandas, típicas do paradigma positivista jurisprudencial, se faz necessário uma maior celeridade no julgamento das causas propostas. É exatamente por isto que é necessário verificar se os precedentes judiciais realmente podem contribuir para a superação dos entraves da duração razoável do processo.

Para alcançar tal objetivo, nos últimos anos diversos mecanismos têm sido introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, baseados em técnicas de precedentes judiciais, para alcançar tal objetivo. Pode-se citar, entre outras, a súmula vinculante, a repercussão geral, a súmula impeditiva de recurso de apelação. O próprio futuro Código de Processo Civil ampliará ainda mais a importância destas técnicas típicas do sistema do *common law*.

O uso da jurisprudência, como fonte do direito altamente persuasiva também é característica marcante do positivismo jurisprudencial, assim como a busca pela igualdade e segurança jurídica das decisões. Trata-se de fenômeno presente em todas as profissões jurídicas, sejam os aplicadores advogados, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, magistrados dos mais diversos graus de jurisdição, entre outros.

Essa clara ampliação das funções do Poder Judiciário é uma demonstração inequívoca do paradigma neoconstitucionalista, ao estimular o uso das decisões judiciais como base jurídica para novas decisões. Deste modo, pode-se afirmar que as bases do positivismo jurisprudencial estimulam o uso de técnicas de vinculação das decisões judiciais, vez que são considerados mecanismos aptos para (tentar) suprir a demanda jurisdicional, cada vez maior. Tal fato ocorre, pois a Constituição afeta o próprio sistema processual, conforme se explanará a seguir.

Por fim, é válido lembrar que não há uma uniformidade de entendimento acerca do alcance do neoconstitucionalismo, podendo-se falar de neoconstitucionalismos. Os elementos básicos deste paradigma, tratados acima, são interpretados de forma a dar maior ou menor contundência a certos aspectos da teoria, dependendo do doutrinador, culminando em diversas teorias. A expressão foi utilizada no singular com o fito de demonstrar que as características básicas das visões neoconstitucionalistas se encontram presentes, e influenciam a postura do Judiciário brasileiro.

### 3.2. NEOPROCESSUALISMO: ACESSO À JUSTIÇA E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Conforme tratado anteriormente, o neoconstitucionalismo estimula a ampliação de técnicas baseadas em precedentes judiciais, tanto vinculantes, como não vinculantes. Essa nova concepção constitucional não afeta apenas o direito material, mas também o sistema processual brasileiro, razão pela qual se fala, inclusive, em um neoprocessualismo.

O neoconstitucionalismo, ao propor uma nova metodologia jurídica, e o neoprocessualismo, ao incorporar a necessidade de compreender e utilizar as técnicas processuais, a partir de bases constitucionais, trazem novas ideias que permitem revisitar posições tradicionais, incapazes de transformar a realidade pela via jurídica (CAMBI, 2011, p.21)

O processo, agora entendido a partir das disposições e valores constitucionais, passa a demonstrar cada vez mais a sua vertente publicista. O neoprocessualismo, também tratado como constitucionalização do processo, nada mais é do que a concepção de um processo pautado pelos valores neoconstitucionais, onde os códigos processuais, outrora fontes jurídicas maiores e de inspiração individualista, perdem espaço frente às disposições da Constituição. Assim, é pertinente a lição de Eduardo Cambi (2007, p.26):

Desse modo, os fins públicos buscados pelo processo, como instrumento democrático do poder jurisdicional, transcendem os interesses individuais das partes na solução do litígio. Esta visão publicística, imposta pela constitucionalização dos direitos e garantias processuais (neoprocessualismo), não se esgota na sujeição das partes ao processo.

Da mesma forma, a lição de Antônio Adonias Aguiar Bastos (2012, p. 60-61), acerca da constitucionalização do processo:

(...) Daí falar-se, no campo de nosso estudo, numa [*sic*] matriz constitucional do processo, que é composta pelo princípio do devido processo legal e pelas garantias que ele informa, compondo um complexo de direitos fundamentais processuais, que sofrem influências e refletem as mudanças culturais ocorrentes na sociedade, sobressaindo e norteadando a interpretação do texto infraconstitucional, das decisões jurisdicionais e dos demais atos jurídicos, por terem sido consideradas pelo constituinte como requisitos mínimos e indispensáveis para a existência e a validade do processo e para a garantia dos direitos fundamentais protegidos pelo Texto Maior. Trata-se da conformação do processo no ordenamento brasileiro, que, não atendida, coloca em risco todos os demais direitos fundamentais (...)

Entre os direitos e garantias fundamentais que demonstram a busca por um novo paradigma processual estão o acesso à justiça e a razoável duração do processo. São normas

caríssimas ao direito brasileiro, sendo, inclusive, princípios fundamentais da ordem jurídica nacional, necessários para alcançar o devido processo legal.

A garantia do acesso à justiça também sofreu efeitos do movimento neoconstitucionalista. Se anteriormente, na época dos Estados Liberais, se defendia um acesso meramente formal à justiça, com o surgimento e fortalecimento de novos valores constitucionais, tais como a igualdade material, esta concepção teve de ser alterada. Neste sentido, Cappelletti e Garth (2002, p.9):

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão e uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*.

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva (grifos dos autores).

Diversos são os obstáculos ao alcance de um efetivo acesso à justiça. Os custos do processo, o valor dos honorários advocatícios, a orientação jurídica inadequada, a necessidade de ampliação de reconhecimento de direitos coletivos *lato sensu*, a demora excessiva para o julgamento das lides, a disparidade entre os grandes litigantes e os litigantes eventuais, além do formalismo exacerbado são alguns dos elementos que impedem um acesso à justiça efetivo.

Com o passar do tempo, diversos mecanismos foram criados para minorar os males de um acesso à justiça ineficiente. Cappelletti e Garth (2002, p. 31) tratam de três “ondas” de acesso à justiça, as quais emergiram mais ou menos em ordem cronológica, a partir de 1965: a primeira “onda” foi a da assistência judiciária, a segunda trata da representação jurídica para direitos difusos (ambiental e do consumidor, por exemplo) e a terceira, denominada, de



“enfoque de acesso à justiça” inclui os posicionamentos prévios, mas reconhece a necessidade de maior esforço articulado para superar os entraves próprios ao acesso à justiça.

Ciente desta necessidade, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preceitua em seu art. 5º, XXXV<sup>48</sup> (BRASIL, 1988) o princípio do acesso à justiça. Tal enunciado afirma que tanto a lesão já consumada, como a ameaça de lesão serão apreciadas pelo Poder Judiciário. Trata-se de princípio que possui caráter tanto preventivo, como repressivo. Por tal motivo, é também denominado de princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Todo o sistema jurídico brasileiro e o próprio Estado Democrático de Direito se apoiam nesta norma, uma vez que todos os princípios constitucionais processuais visam sua concretização. Ao permitir o amplo e efetivo acesso à jurisdição, respeitando o devido processo legal, ou seja, todas as regras e princípios que compõe o sistema processual, torna-se possível que as partes interessadas participem ativamente na formação do convencimento do magistrado, culminando em uma decisão mais fundamentada.

A importância concedida ao acesso à justiça pela Constituição brasileira é tamanha, que foi incluído no rol do artigo 5º, o inciso LXXIV, que prevê o direito à assistência jurídica integral e gratuita<sup>49</sup>. Note-se que a disposição constitucional foi além da assistência judiciária gratuita, já prevista anteriormente na lei n. 1060/50.

As lições de Fredie Didier Jr e Rafael Oliveira (2010, p. 11-12) são elucidativas acerca de alguns termos essenciais na compreensão do tema:

A despeito de serem constantemente utilizados como sinônimos, os conceitos de justiça gratuita, de assistência judiciária e de assistência jurídica são distintos:

a) Justiça gratuita, ou benefício da gratuidade, ou ainda gratuidade judiciária, consiste na dispensa da parte do adiantamento de todas as

---

<sup>48</sup> 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:

(...)

XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

(...)

<sup>49</sup> 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:

(...)

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos,

(...)

despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem assim na dispensa do pagamento dos honorários de advogado;

b) Assistência judiciária é o patrocínio gratuito da causa por advogado público (ex.: defensor público) ou particular (entidades conveniadas ou não com o Poder Público, como por exemplo, os núcleos de prática jurídica das faculdades de direito);

c) Assistência jurídica compreende, além do que já foi dito, a prestação de serviços jurídicos extrajudiciais (como, por exemplo, a distribuição, por órgão do estado, de cartilha contendo os direitos básicos do consumidor) – trata-se, como se vê, de direito bem abrangente.

Portanto, assistência judiciária, justiça gratuita e assistência jurídica são termos diferentes, com alcances diferenciados, de modo que, inclusive, a concessão de um não vincula e nem está vinculado à concessão dos demais. Mas independente disso são formas de buscar um maior acesso à justiça.

A busca pela efetiva materialização deste princípio jurídico é uma tarefa constante da comunidade jurídica e do Poder Legislativo, vez que “o acesso real e efetivo à justiça ainda constitui objetivo a ser alcançado” (BEDAQUE, 2011, p.61).

Um dos maiores desafios, para tal, se refere à razoável duração do processo. O Poder Judiciário brasileiro, atualmente, enfrenta uma crise de credibilidade. Um dos fatores que leva a essa crise é a incapacidade dos órgãos jurisdicionais de prestarem seus serviços em um tempo célere. Isto ocorre pelos mais diversos fatores, sendo um dos principais a grande quantidade de processos a serem julgados.

A “Crise do Judiciário” surgiu devido à incapacidade deste, de julgar em tempo hábil todas as demandas a ele submetidas. O grande número de demandas, a grande quantidade de recursos, as dificuldades na fase/processo de execução, além da presença constante dos chamados “grandes litigantes”, tais quais bancos e o próprio Estado, impediam (e ainda impedem) o Poder Judiciário, com seus poucos profissionais, de solucionar todas as crises apresentadas em tempo adequado. Trata-se de crise tanto interna, pelos motivos supracitados, como externa, uma vez que a demora da prestação jurisdicional leva a sociedade a um estado de descrença.

Visando superá-la, aprovou-se a Emenda Constitucional n. 45/2004 que buscava acelerar a solução das lides apresentadas ao Poder Judiciário. Desta forma, ofertar-se-ia a sociedade uma resposta aos problemas oriundos da massificação das demandas.

Diversas modificações foram introduzidas com o objetivo de imbuir, às decisões judiciais, celeridade. Algumas destas inovações serão tratadas em momento posterior do trabalho, tal qual a inclusão da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, e a previsão de súmulas vinculantes.

A grande bandeira principiológica da chamada “Reforma do Judiciário” foi a inclusão do inciso LXXVIII, ao art. 5º<sup>50</sup> da Constituição brasileira (BRASIL, 1988), o qual institui o princípio da razoável duração do processo como cláusula pétrea.

De fato, tal noção já se encontra, implicitamente, disposta no art. 5º, LIV<sup>51</sup>, da Carta Magna brasileira (BRASIL, 1988), ao se tratar do devido processo legal. Este entendimento advém do fato de que um processo devido é aquele que, entre outras características, é capaz de solucionar a crise de direito material apresentada em tempo hábil. Este elemento também faz parte do princípio da inafastabilidade da jurisdição, uma vez que não apenas se deve permitir o amplo acesso dos indivíduos ao Poder Judiciário, como também permitir que seus interesses sejam analisados de forma adequada. O processo não pode ser concebido de outra maneira, e esta diretriz está constitucionalmente protegida, conforme já exposto.

Vale frisar, inclusive, que o princípio já se encontrava expresso no ordenamento brasileiro, de forma ainda mais direta com a incorporação do Pacto de San José Da Costa Rica, desde 06.11.1992, por meio do decreto n. 678. Todavia, não se pode negar que a inclusão do tema na Constituição de forma expressa, retirou qualquer dúvida acerca do valor constitucional do princípio.

Acerca da razoável duração do processo, o primeiro desafio é compreender o alcance da expressão. Não há dúvida que a necessidade de se obter uma decisão judicial de forma célere é essencial para alcançar um acesso à justiça real, todavia não se deve esquecer que o tempo é necessário para a maturação do processo. É necessário tempo hábil para apresentação de defesa, de recursos, de manifestações diversas. Da mesma forma é imperioso que o juiz reflita verdadeiramente sobre o caso concreto, aprofundando a cognição judicial, especialmente nas questões mais complexas. Caso não haja o tempo adequado para o correto trâmite processual, o devido processo legal é desprestigiado, o que culmina com uma má prestação jurisdicional. É nesse sentido a lição de Frederico Koehler (2013, p.33-34):

---

<sup>50</sup> 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:

(...)

LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

(...)

<sup>51</sup> 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:

(...)

LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

(...)

Não se pode perder de vista, por exemplo, que o direito das partes a um *fair hearing* exige um sistema eficiente de publicação das decisões, prazos suficientes para apresentação dos argumentos de cada uma das partes, o direito à prova e à impugnação das provas adversas, bem como o direito de impugnar as decisões judiciais por meio de recursos. Tudo isso demanda um determinado espaço de tempo, além do próprio período de reflexão do magistrado para proferir a decisão. Assim, o processo justo não é necessariamente o que é mais célere, mas sim aquele no qual há o mais fino equilíbrio entre o tempo requerido e a segurança jurídica obtida. Em suma, não se pode confundir duração razoável do processo com rapidez a todo custo, sob pena de pôr-se e risco a segurança jurídica e a própria justiça das decisões. Exemplo disso são os regimes ditatoriais, onde a prestação jurisdicional (especialmente a criminal) é prestada de forma bastante rápida, mas sem a observância do devido processo legal, o que prejudica a equidade dos julgados.

De fato, não é possível precisar o tempo razoável para o encerramento de um processo. É preciso analisar o caso concreto, as circunstâncias fáticas, além dos elementos jurídicos trazidos à baila, que influenciam fortemente o lapso temporal necessário para uma decisão devida. Mesmo sem considerar as condições organizacionais do órgão julgador. Trata-se de conceito jurídico indeterminado. Apesar disto, é fácil vislumbrar uma demora excessiva em certos casos, como aqueles que já possuem 20 anos e ainda não há previsão de desfecho.

A mera somatória dos prazos processuais também não fornece um critério ideal para aferir o tempo ideal de duração de um processo, vez que elementos, como a complexidade das provas a serem produzidas, da atuação das partes e do próprio órgão jurisdicional ampliam o número de atos processuais a serem produzidos.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), também criado a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, objetivando fomentar o julgamento de processos, entre outras atitudes, determinou o cumprimento de diversas metas pelo Judiciário brasileiro. Os magistrados passaram a ter que cumprir diversas metas de julgamento, para que não fossem punidos pelo Conselho supracitado. A crítica a ser feita reside no fato de que o CNJ apenas se preocupou em quantidade de julgamentos, e não em qualidade. Não se trata apenas de julgar muito (perspectiva quantitativa), mas julgar bem (perspectiva qualitativa), de forma fundamentada, conforme já se defendeu ao tratar dos precedentes judiciais em momento anterior deste estudo.

Entende-se, portanto, que não é possível estabelecer um lapso temporal adequado para todo e qualquer processo. A análise precisa ser realizada caso a caso, respeitando as garantias

fundamentais e as particularidades próprias de cada relação jurídica processual. No mesmo sentido, Antônio do Passo Cabral (2014, p.108) defende que:

(...) A duração razoável do processo é aquela em que, atendidos os direitos fundamentais, permita uma tratativa da pretensão e da defesa em tempo adequado, sem descuidar da qualidade e se, que as formas do processo representem um fator de prolongamento imotivado do estado de incerteza que a litispendência impõe às partes.

Por tais motivos, adota-se no Brasil a teoria do não prazo. Ainda assim, é válido saber que existem alguns critérios que permitem, com certa adequação, ter um parâmetro para julgar a celeridade processual. É o caso do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), sediado em Estrasburgo, que estabeleceu 4 critérios, conforme assevera Frederico Koehler (2013, p. 91).

O TEDH, ao longo dos vários julgamentos proferidos sobre o tema, assentou alguns critérios objetivos utilizados para determinação da duração razoável do processo, mediante o cotejo com as particularidades do caso concreto, nomeadamente:

- 1) a complexidade do litígio;
- 2) a conduta pessoal da parte lesada;
- 3) a conduta das autoridades envolvidas no processo; e
- 4) o interesse em jogo para o demandante da indenização.

Entendemos que o modelo criado pela jurisprudência da corte europeia [*sic*] é de fato bastante avançado, sendo de inestimável valia a sua adoção no Brasil.

Tal classificação é seguida, dentre várias outras, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela Corte de Cassação da Itália, pelo Tribunal Constitucional da Espanha, e, em geral, por todos os Tribunais que apreciam a matéria, tamanha é a influência atingida pelo TEDH (...)

No Brasil, a preocupação com a tempestividade da resposta jurisdicional direcionou a atividade legislativa a criar meios para garantir um processo sem dilações indevidas, tais como o estabelecimento de diversos ritos e adequações procedimentais, a valorização das decisões de tribunais superiores, a ampliação dos poderes dos relatores, entre outros (BASTOS, 2012, p. 82-83).

A ampliação de técnicas de vinculação de decisões judiciais baseadas em precedentes é uma outra forma de tentar alcançar a prestação jurisdicional adequada, célere e efetiva, garantida pela norma constitucional. José Henrique Mouta Araújo (2010, p. 56) aponta que a ampliação da verticalização e horizontalização das decisões dos Tribunais Superiores em causas repetitivas está fortemente relacionada a preocupação dos efeitos nocivos do tempo no processo, especialmente nas últimas reformas processuais.

Todavia, para que tais alterações alcancem seus escopos, é necessário compreender os precedentes judiciais conforme defendido neste trabalho, e não apenas como mecanismos de autoridade judicial, visando apenas a celeridade das decisões. A qualidade do precedente precisa ser prestigiada, sob pena de infringir o devido processo legal e o próprio acesso efetivo à justiça. Neste caso, a razoável duração do processo será pouco relevante, vez que o próprio processo foi malversado.

### 3.3. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ADOÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

Apesar dos nobres objetivos que a adoção dos precedentes judiciais vinculantes no direito brasileiro busca alcançar, não se pode negar a existência de argumentos contrários à sua adoção<sup>52</sup>. Paralelamente à discussão acerca dos benefícios que uma maior vinculação das decisões judiciais pode trazer ao direito pátrio, tais como maior acesso à justiça, celeridade processual, igualdade nos julgamentos, desestímulo à litigância e razoável duração do processo, existe o debate acerca dos possíveis males que tal prática acarretaria.

Conforme aumentam os estudos acerca dos benefícios de uma teoria do precedente judicial, aumenta a preocupação com suas consequências negativas. Não se deve esquecer que o Brasil, país tradicionalmente vinculado aos ideais do *civil law*, possui toda uma teoria e prática jurídicas pautadas nos ditames desta última família jurídica. É natural, portanto, que surjam críticas à adoção dos precedentes vinculantes.

Apesar do direito brasileiro, inclusive com o NCPC, fortalecer sobremaneira os precedentes judiciais, tais críticas não são absolutamente inovadoras. Conforme já exposto, a Emenda Constitucional n. 45/2004 inseriu no ordenamento jurídico brasileiro as figuras da súmula vinculante e da repercussão geral, as quais, por sua vez, também foram alvos de críticas.

---

<sup>52</sup> Marinoni (2011, p. 190-212) apresenta as seguintes críticas à utilização dos precedentes judiciais obrigatórios: “obstáculo ao desenvolvimento do direito e ao surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais”; “óbice à realização da isonomia substancial”; “violação do princípio da separação dos poderes”; “violação à independência dos juízes”; “violação ao juiz natural”; “violação da garantia de acesso à justiça”. Por sua vez, Rosito (2012, p.161-174) aponta como argumentos contrários à adoção desta teoria: equiparação indevida do precedente à lei; violação do princípio da separação entre os poderes; enrijecimento do direito; perda de independência dos juízes; funcionalidade prática da teoria dos precedentes; incapacidade da teoria de gerar segurança jurídica; possibilidade de seguir precedentes errôneos.

Da mesma forma, é importante salientar que tais discussões não são exclusivas da família romano-germânica, mas também fazem parte da tradição do *common law*, em maior ou menor medida.

A seguir, analisar-se-ão, de forma breve, os argumentos acerca do possível engessamento do direito, da violação da independência dos magistrados que não compõem a cúpula do Poder Judiciário, e da quebra da separação entre os Poderes da República. Juntamente com as críticas, apresentar-se-ão contra-argumentos baseados na visão de precedentes apresentada neste estudo, aptos a elidir a força persuasiva de tais críticas.

### 3.3.1. Engessamento do direito

A discussão acerca da possibilidade dos precedentes impedirem o desenvolvimento do direito não é uma discussão exclusiva do *civil law*. Conforme já apresentado neste estudo, na própria Inglaterra em 1898, no caso *London Tramways v. London County Council*, foram assentadas as bases para uma teoria de rígida aderência aos precedentes judiciais. Tal teoria veio a ser superada em 1966 com o *Practice Statement*, permitindo que a *House of Lords* dissentisse de sua prévia posição.

Não se pode esquecer também que a teoria adotada nos EUA, também país de tradição anglo-saxônica, não é a mesma da Inglaterra, nem a mesma de outros países filiados a esta tradição. Nos EUA a revogação dos precedentes judiciais, conforme já estudado, ocorre com maior frequência que na Inglaterra, de modo a ser possível chegar à conclusão de que a maior ou menor superação (*overruling*) dos precedentes depende das peculiaridades de cada ordenamento jurídico, o que não seria diferente com o Brasil.

A preocupação com o engessamento do direito é o próprio temor de fortalecer em demasia a segurança jurídica, impedindo que novas teses sejam adotadas, mesmo com a alteração do panorama social e jurídico do país. Teme-se que a postura judicial se cristalice no tempo, não admitindo a sua evolução e desenvolvimento, acarretando injustiças.

Tal temor não se justifica, ao observar-se que até mesmo a Inglaterra, que adotou inicialmente uma teoria rígida do *stare decisis*, com o passar do tempo mudou de postura. De fato, o próprio sistema dos precedentes possui a solução para este problema, qual seja, a aplicação das técnicas próprias do *common law*, como o *distinguishing* e o próprio *overruling*. Além, é claro, das críticas doutrinárias e do desenvolvimento de novas teorias jurídicas.

Marinoni (2011, p.194-195) aponta o papel da doutrina na mutabilidade dos precedentes judiciais:

Assim, como é evidente, as normas criadas pelo Judiciário, longe de restarem petrificadas ou eternizadas, estarão em constante adaptação aos novos tempos e à evolução da dogmática e da teoria jurídicas. Ora, se o precedente serve para definir o horizonte da juridicidade, sem o qual o exercício da jurisdição não teria como ser coerente, não há como deixar de ver que o desenvolvimento da doutrina pode interferir sobre a linha do horizonte, podendo fazê-la recuar. Em outras palavras: a ausência de precedente com força obrigatória torna impossível a coerência das decisões judiciais – e, assim, do direito –, mas a evolução da doutrina pode demonstrar que o precedente, cuja força dava coerência ao sistema e ao direito, deve ser revogado para permitir a constituição de uma coerência capaz de espelhar o novo ou, em outros termos, um horizonte redefinido. De modo que respeitar precedentes não significa absolutizar a estabilidade e a certeza da jurisprudência.

De fato, a utilização de precedentes permite uma maior coerência entre as decisões judiciais, evitando a chamada justiça lotérica, em que órgãos jurisdicionais diferentes tratam de casos isomórficos com soluções distintas. Todavia não é o uso de precedentes apenas baseados em autoridade que garante, *per se*, isto.

Uma vez que existe na tradição do *common law* a possibilidade de modificação de posicionamento judiciais, com o *overruling*, a teoria do *stare decisis* possui as ferramentas para impedir um engessamento do direito. Deste modo, a crítica de que o uso de precedentes judiciais vinculantes impediria o desenvolvimento da cultura jurídica de dado país não procede. Na verdade, a crítica está focando o ponto errado.

Eis a lição de Francisco Rosito (2012, p. 168-169):

Registra-se, a propósito, que o risco de enrijecimento do direito não é somente da teoria dos precedentes. Ora, a norma jurídica, posta em texto legal, também está sujeita à perpetuação, até que outra a modifique ou revogue, conforme regra elementar de direito intertemporal. Isso demonstra que o problema não está na natureza das normas, senão na concepção da tarefa de aplicação do direito, seja da norma legal, seja da norma jurisprudencial. O enrijecimento que se deve evitar, portanto, é o da atividade do intérprete, para que o direito não se divorcie da realidade, ao dar as costas à mudança das condições (...)

A observação do autor é bastante pertinente. O enrijecimento que se deve temer é o do intérprete. As ferramentas para impedir a estagnação jurídica existem dentro da própria teoria dos precedentes, de modo que a sua correta utilização impede tal cenário. Todavia, caso estas ferramentas não sejam bem manejadas existe o risco de decisões inadequadas, seja aplicando o precedente a caso distinto, seja não sendo realizada uma análise jurídica capaz de alterar a postura judicial sobre determinado tema. E esta crítica é, sim, pertinente ao caso brasileiro.



No Brasil não há a tradição de utilizar precedentes judiciais. Tal prática, bastante recente, considerando a história jurídica do país, ainda precisa amadurecer. Os operadores do direito precisam reconhecer este novo momento e aprofundar os estudos em institutos como *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *overruling*, *distinguishing*, entre outros.

Com a correta compreensão e a consequente utilização adequada destes conceitos, cumulada com uma concepção do precedente argumentativa, não há que se falar em engessamento do direito. A devida identificação da *ratio decidendi*, juntamente com o *distinguishing*, permitirá ao intérprete aplicar o precedente vinculante aos casos compatíveis, reconhecendo as diferenças entre as situações.

Da mesma forma, reconhecer a alteração da realidade social e jurídica, assim como as alterações legislativas e críticas doutrinárias, permitirá ao Poder Judiciário realizar o *overruling* dos entendimentos anteriores, permitindo o constante desenvolvimento jurídico.

Por fim, o amadurecimento das causas jurídicas, através do caráter dialético do processo judicial, permitirá que a decisão judicial seja mais bem debatida e mais bem fundamentada, esclarecendo as peculiaridades do caso concreto, e facilitando a identificação de sua *ratio decidendi*.

### **3.3.2. Violação à independência dos magistrados de graus inferiores**

Outra crítica levantada é que com a obrigatoriedade do magistrado seguir o entendimento vinculante superior, este perderia sua independência, vez que não mais poderia decidir da forma que considera adequada. O livre convencimento motivado é norma cara ao direito brasileiro, pregando que o magistrado poderá decidir a causa proposta, com base em seu livre convencimento, desde que fundamente a sua decisão nas fontes jurídicas existentes. Uma vez que precisaria obedecer aos precedentes de cortes superiores, haveria o fim do livre convencimento motivado. A crítica é bem sintetizada por Alex Ponte (2012, p.93):

Os opositores da adoção do instituto dos precedentes pela jurisdição brasileira também defendem, com muito vigor, que tal sistema acabaria por atentar contra a independência do juiz, na medida em que este, ao ser obrigado a seguir os precedentes dos tribunais superiores, teria prejudicada a liberdade de julgar de acordo com a sua própria convicção. Em outras palavras, é como se a qualidade de independente só fosse possível de ser alcançada quando conferida ao juiz total liberdade para interpretar a lei, mesmo que a respeito dela já haja interpretação consolidada pelos tribunais superiores. A independência seria uma outorga funcional, intrínseca à atividade judicante, permitindo-se ao juiz, inclusive, divergir (estar livre de

seguir) do posicionamento jurídico de qualquer outro órgão julgador, inclusive daqueles que lhe sejam hierarquicamente superiores.

Em um sistema como o brasileiro em que Poder Judiciário tem o dever de prestar de forma racional e isonômica a solução as demandas jurídicas, é natural ocorrer o escalonamento de funções e de competências das cortes. Deste modo, com o fortalecimento dos precedentes judiciais em prol de uma maior celeridade no julgamento de demandas, e na busca de maior uniformidade nas decisões judiciais de casos semelhantes, aceitar que os graus inferiores sigam a orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores não fere a garantia do livre convencimento motivado. Pelo contrário, prestigia outros princípios jurídicos, igualmente relevantes e almejados pelo ordenamento jurídico.

A presença de precedentes vinculantes não denota perda da independência de juízes. São questões distintas, não relacionadas diretamente. No *common law* não se discute independência judicial, quando há a necessidade de seguir um precedente superior. A independência do juiz é uma garantia que veda a interferência na sua função jurisdicional, imunizando a sua atuação de influências externas, para que possa realizar seu mister de forma devida. Uma vez que o juiz se subordina ao ordenamento jurídico, se subordina aos precedentes judiciais, da mesma forma que se submete à legislação (ROSITO, 2012, p.170).

A discussão acerca do dever de respeito aos precedentes superiores não é tema recente. O próprio STF já se manifestou acerca da independência dos juízes, frente aos precedentes da Corte Suprema. A seguir, acerca do tema, trecho do voto do Ministro Francisco Rezek, em questão de ordem, da Ação declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 1, julgada em 1994.

Insiste-se em que um dos aspectos sedutores do nosso sistema é o livre convencimento do Juiz ante o caso concreto e sua prerrogativa de dizer o direito conforme sua consciência, à revelia, se necessário, do que tenham dito tribunais a ele superiores. Isso faz algum sentido na medida em que é ilimitado o índice de variedade das situações concretas: não há um processo igual ao outro no âmbito do confronto entre interesses individuais. Mas pergunto-me se há algum respeito pelo interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia a decisões de cortes superiores. Houve uma época – membros mais antigos desse Tribunal o recordam – em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado (um tema, por sinal, menor: a representatividade da ofendida em caso de crime contra os costumes). O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a tal respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferentemente, dava-se à prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a camada liberdade de convencimento, própria de todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na

origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas. E quando acontecia de a jurisprudência do Supremo acabar não prevalecendo, e de a decisão do tribunal rebelde encontrar seu momento de glória? Quando o réu, porque assistido por advogado relapso, ou porque carente de outros meios, não apresentava recurso... Só nessa circunstância infeliz a rebeldia contra a jurisprudência do Supremo dava certo. Com todo o respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar. De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com o seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo às hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia [*sic*] de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público eis que esse tipo de política prospere? (BRASIL, 1995, p.45-46)

A necessidade das cortes inferiores respeitarem a decisão do Tribunal Supremo fica patente no voto do Ministro. De fato, não há sentido em defender que um juiz de 1º grau decida um caso divergindo de uma orientação jurisprudencial superior, acerca do mesmo assunto. E neste ponto, se torna cada vez mais relevante o papel dos juízos inferiores.

A crítica ora apresentada leva a crer que o juiz não mais poderá decidir os casos apresentados, sem depender de um entendimento já consolidado. Todavia, não é tão simples. O papel do juiz se torna mais relevante, pois passa a ser seu papel compreender tanto o caso concreto, como o precedente vinculante, de forma a aplica-lo de forma correta. Caso o magistrado entenda se tratar de tema diverso, cuja *ratio decidendi* não se coaduna ao caso pretérito, terá o dever não apenas de decidir o caso, motivando sua postura, mas também de deixar explícita a razão de não seguir aquele dito entendimento anterior, ou seja, realizar o *distinguishing* entre os casos.

Esta tarefa deixa ainda mais clara a relevância dos tribunais, e ampliação da importância de suas funções. O que não se pode admitir é que em um mesmo tribunal, determinada demanda seja decidida de formas diametralmente opostas, quando distribuídas para juízos diferentes. Não se trata de analisar individualmente os juízes, mas sim o Poder Judiciário como um todo, tal qual ente que deve guardar coerência entre as suas decisões.

É evidente que o juiz inferior não é um subalterno do tribunal, sabido que todos os juízes exercem e possuem o mesmo poder, diferenciando-se na medida de suas competências. Isso não quer dizer, entretanto, que o Judiciário não tenha o dever de tratar de modo igual casos iguais, do que é corolário lógico a necessidade de se vincularem os juízos inferiores aos

superiores. Note-se que o problema não é, exatamente, subordinar o juiz inferior ao superior, mas sim fazer com que o Judiciário respeite as decisões pretéritas, ou melhor, os precedentes que se formaram no passado. São todos os juízes, e não somente inferiores, que devem respeito aos precedentes. Quem deve respeito aos precedentes é o Judiciário. E isso, simplesmente, porque o Judiciário tem o dever de expressar de modo coerente a ordem jurídica. (MARINONI, 2011, p.207-208)

A revogação dos precedentes existe, sim. Caso a decisão não mais se adeque à realidade é papel do Judiciário, especificamente das Cortes Superiores, analisar tais alterações. Da mesma forma, a corte inferior deve analisar os casos, presente e pretérito, para verificar sua potencial vinculação. Assim, maneja de forma adequada os precedentes, e prestigia a celeridade processual, razoável duração do processo, acesso à justiça, entre outros princípios jurídicos.

### **3.3.3. A Separação entre os Poderes da República**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe em seu art. 2º, que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988)”. Desta forma encontra-se claramente expressa na Constituição brasileira a teoria de Separação entre os Poderes.

Em virtude disso, critica-se a aplicação de precedentes vinculantes no direito brasileiro, pois o Judiciário, com a elaboração de decisões de seguimento obrigatório, estaria usurpando a função do Poder Legislativo, democraticamente eleito por meio da vontade popular. Uma vez que a função do Poder Legislativo é elaborar as leis, e do Judiciário aplicar tais normas, ocorreria uma superposição de funções, gerando, assim, crise entre os Poderes da República. Tal crítica, apesar de aparentemente pertinente, se pautava em uma visão estanque da Separação de Poderes, considerando-os absolutamente independentes entre si.

É preciso compreender que, conforme já explicado em momento inicial deste trabalho, a Revolução Francesa teve o objetivo de retirar o Monarca do poder, juntamente com a redução da função de seus apoiadores, os magistrados. Por esta razão, a teoria da Separação dos Poderes, conforme concebida por Montesquieu, buscava reduzir o papel do Judiciário, em comparação com os outros dois Poderes teorizados. Não houve esta necessidade na tradição jurídica do *common law*, onde os precedentes vinculantes possuem grande relevância.

Com a aproximação entre as tradições jurídicas, o surgimento de críticas que se relacionam com o modo de ser do sistema, é natural, quando elementos de outra família são incorporados.

A eventual quebra da independência dos Poderes já foi direcionada ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, alegando-se que seria uma usurpação no sistema de equilíbrio entre as funções do Estado. Tal crítica veio a ser derrubada com uma nova interpretação da teoria dos poderes, que se apresentará a seguir (ROSITO, 2012, p.165).

A mesma crítica se fez presente novamente quando a EC n. 45/2004 instituiu a súmula vinculante, alegando-se que o Poder Judiciário estaria assimilando as funções do Poder Legislativo. À época, Lênio Streck (2004, p.18-19) expôs sua preocupação:

Ninguém ignora que até no sistema em vigor – ao editarem uma súmula, o STF, o STJ e o TST passam a ter o poder maior que o Poder Legislativo. Com o poder constitucional de vincular o efeito das Súmulas do Supremo Tribunal Federal, *o Poder Judiciário, por sua cúpula, passará a legislar, o que, à evidência, quebrará a harmonia e a independência que deve haver entre os Poderes da República. Daí é urgente que se indague acerca da legitimidade do Poder Judiciário para tal.* Essa talvez seja a mais grave objeção que pode ser colocada contra a criação jurisprudencial *stricto sensu* em um ordenamento filiado à família romano-germânica. Esse obstáculo está calcado no fato de que tal criação não se compactua com a democracia (...) (grifos do autor)

Novamente esta crítica volta a ganhar força com o NCPC e suas disposições que ampliam o caráter vinculante dos precedentes judiciais brasileiros. Conforme se busca demonstrar, tal visão se pautava em uma noção não mais prevalente da teoria de Separação dos Poderes.

No Brasil sabe-se que os três Poderes possuem suas funções típicas: o Legislativo cria as leis, o Executivo administra e o Poder Judiciário julga as demandas propostas. Todavia, não se deve esquecer que os três poderes também possuem funções atípicas, de modo a não vigorar uma separação absoluta entre as funções do Estado.

O Poder Judiciário possui regimento interno dispondo sobre a administração de seus órgãos, e a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de leis. O Poder Executivo pode editar Medida Provisória, elaborando disposição com força normativa, além de vetar leis elaboradas pelo Legislativo. O Legislativo por sua vez também administra seus órgãos, e por meio do Tribunal de Contas fiscaliza a Administração Pública. Nota-se, portanto, a existência de funções atípicas entre as incumbências de cada Função do Estado.

Mas não se trata em apenas verificar que existem funções típicas e atípicas. Não há absoluta independência entre os Poderes, pois eles se controlam mutuamente, reduzindo assim, a força de cada um. Os Poderes são interdependentes, e dentre desse âmbito, devem buscar sua harmonia. Trata-se do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que, por meio da checagem recíproca entre os Poderes, busca evitar que algum deles venha a preponderar de forma absoluta sobre os demais. Acerca do tema, Andréa Gozzeto (2008, p. 398-399):

Quando se afirma que o STF, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada lei, suspende-a fazendo com que desapareça do ordenamento jurídico, os especialistas parecem confundir atribuição precípua, ou seja, independência dos poderes, com capacidade de checagem. Estariam eles dizendo que as ações diretas de inconstitucionalidade (Adins) representam a extrapolação de atribuição do Poder Judiciário em relação ao Legislativo? Se aceitarmos esse argumento como legítimo, seremos obrigados a entender o veto presidencial como uma extrapolação dos poderes do Executivo, e não como sua capacidade de checagem, o que propicia o funcionamento do sistema de freios e contrapesos.

Com esta possibilidade de checagem busca-se maior equilíbrio entre o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Trata-se de roupagem diversa daquela dada por Montesquieu para a Teoria de Separação entre os Poderes. Portanto, a crítica de que a utilização dos precedentes judiciais viola esta teoria se encontra perdida temporalmente, vez que a teoria da Separação de Poderes de Montesquieu não é a utilizada no Brasil, ao menos não da forma originalmente concebida.

Atribuir força vinculante às decisões judiciais é uma forma de potencializar a capacidade do Judiciário de solucionar as demandas apresentadas, em tempo célere. Não se pode esquecer, ademais, que o Judiciário deve solucionar tais demandas com base no ordenamento jurídico. A lei não é a única fonte do direito; os princípios jurídicos e os precedentes judiciais também se enquadram nesta categoria, de modo que segui-los não faz com que o Judiciário extrapole seus limites. Ele continua atuando dentro de suas balizas, apenas utilizando nova fonte jurídica.

Derzi e Bustamante (2014, p.453-454), ao criticarem a preponderância das súmulas em relação aos precedentes no NCPC, apontam que para que não haja efeitos negativos na Separação dos Poderes, uma vez que tal cenário incentiva o pragmatismo judicial exacerbado e uma alta praticidade no Judiciário, deve-se formar “uma cultura argumentativa de precedentes judiciais”.

Com a razão os autores supracitados. Não se pode admitir a criação e aplicação indevida de precedentes judiciais. Há a necessidade de alcançar os escopos de razoável duração do processo e devido processo legal, permitindo ao Judiciário atuar de forma devida, mas para tal os precedentes precisam ser bem elaborados e utilizados, sob pena de má realização da função jurisdicional.

Interpretando os precedentes, através da verificação de sua *ratio decidendi* e *obiter dicta*, juntamente com a realização do *distinguishing*, e aceitando a possibilidade de aplicar o *overruling* quando necessário, não há que se falar em conflito entre os Poderes da República, mas sim em uma atuação adequada do Poder Judiciário, em face de sua nova realidade, a qual inclusive, dada a ampliação de técnicas de vinculação de decisões judiciais, é reconhecida pelo legislador.

#### **4. AMPLIAÇÃO DAS TÉCNICAS DE VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL: UMA POLÍTICA DE PRECEDENTES JUDICIAIS EM PROL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

Com o objetivo de superar a chamada “Crise do Judiciário”, além de prestigiar diversos princípios constitucionais como o devido processo legal, o acesso à justiça e a razoável duração do processo, o Estado brasileiro passou a adotar comportamentos, coordenando os meios a sua disposição, para alcançar este fim social e politicamente relevante.

Muitas são as estratégias adotadas pelo Estado para alcançar uma maior celeridade processual: realização de mutirões de audiências pelo Poder Judiciário, o fomento à prática de acordos judiciais e de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, a criação e ampliação quantitativa de juizados especiais, entre outras.

Entre as medidas adotadas pelo Estado, mais especificamente via atuação legislativa, está a criação de mecanismos de vinculação das decisões judiciais. Estes mecanismos se baseiam em maior ou menor medida em precedentes judiciais, institutos tradicionalmente caracterizadores da tradição jurídica do *common law*.

De fato, no Brasil se está vivenciando um momento de massificação das demandas judiciais, conforme já tratado. Uma das formas utilizadas pelo Estado para superar a chamada “Crise do Judiciário” é o fortalecimento dos precedentes no direito brasileiro, que permitem uma maior celeridade de julgamento.

A lição de Tiago Lima (2013, p. 44) é pertinente:

É sabido que, nos últimos anos, tanto o constituinte originário como o próprio legislador infraconstitucional perceberam a utilidade da adoção, ainda que timidamente, dos precedentes judiciais como instrumento que pode não apenas acelerar o julgamento de algumas demandas mas, muito mais do que isso, promover um verdadeiro reajuste no Judiciário brasileiro, imprimindo-lhe maior segurança e ofertando ao jurisdicionado minimamente uma sensação de tratamento isonômico.

Percebe-se, portanto, que o Estado busca de diversas maneiras, inclusive com o uso dos precedentes judiciais, alcançar o direito fundamental à razoável duração do processo e conseqüentemente, o acesso à justiça efetivo. O uso de precedentes com este escopo constitui, portanto, verdadeira política pública em prol do efetivo acesso à justiça, ampliando a celeridade processual e buscando a razoável duração do processo.



Para verificar se, de fato, os precedentes judiciais são capazes de auxiliar o Judiciário brasileiro na superação dessa crise de tempestividade na prestação jurisdicional, não basta analisar apenas os precedentes propriamente ditos, mas também os mecanismos que os utilizam como base, o que será realizado na presente seção.

Conceituar políticas públicas não é uma tarefa fácil, uma vez que diversos elementos afetam esta tarefa. Estes elementos podem se apresentar através de questionamentos (SECCHI, 2013, p. 2) para os quais diversas espécies de respostas podem ser fornecidas. Uma vez que as respostas para tais perguntas são diferentes, o conceito também pode sofrer alterações mais ou menos profundas e isso culmina na existência de diversas conceituações díspares.

Leonardo Secchi (2013, p.2) afirma que uma política pública é uma diretriz elaborada com o fito de combater um problema público. E continua:

Uma política pública possui dois elementos fundamentais: intencionalidade pública e resposta a um problema; em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante.

Por sua vez, Bárbara Dias (2010, p. 176) trata que:

As políticas públicas necessitam de um programa, não se reduzem a uma ação pública isolada e sim a um conjunto de ações, mais ou menos coerentes entre si, cujos objetivos se reúnem para alcançar o mesmo resultado final. É a integração daquelas ações governamentais dentro de um determinado setor de ação governamental que compõem um programa que pode ser designado com política pública.

Ignacio Molina (2008, p. 98) ao conceituar políticas públicas diz que:

*Se denomina así en español, al no existir un término específico como el inglés policy, a los programas sectoriales y a las acciones concretas que emanan de las instituciones de gobierno como resultado de la interacción política (...)*<sup>53</sup>

Nota-se, portanto, que diversos são os elementos, cuja análise é necessária para a construção de um conceito de políticas públicas. Apesar disto, pode-se dizer que as políticas

---

<sup>53</sup> “Se denomina assim em espanhol, ao não existir um termo específico como o inglês *policy*, aos programas setoriais e as ações concretas que emanam das instituições de governo como resultado da interação política (...)”. Traduzido pelo autor.

públicas são um conjunto de ações (ou omissões) realizadas por atores políticos, especialmente os ligados ao Estado (Poderes Legislativo e Executivo), que objetivam manter ou alterar determinado âmbito da realidade social, combatendo uma situação coletivamente problemática, ao traçar estratégias e objetivos e direcionar recursos neste sentido.

Podem ser citados exemplos de políticas públicas nas mais diversas áreas e com as mais diversas finalidades: instalação de Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) nas comunidades carentes do Rio de Janeiro (política de segurança pública), ampliação do número de leitos em hospitais públicos (política de saúde pública), construção de novas escolas públicas (política de educação pública), o Programa Bolsa Família (política pública na área de Assistência Social) entre tantos outros.

Não é diferente no caso da busca por uma prestação jurisdicional mais célere. A excessiva demora no julgamento das demandas se caracteriza como um problema público, e, indubitavelmente, medidas vem sendo tomadas com o fito de superar este entrave ao acesso efetivo à justiça. Tais instrumentos podem ser entendidos como políticas públicas em prol da razoável duração do processo.

Medidas para reduzir o número de demandas no Poder Judiciário não vêm sendo tomadas apenas pelo Legislativo, através da elaboração de novos mecanismos legais. A jurisprudência defensiva é um claro exemplo de que o próprio Poder Judiciário busca alcançar uma redução no número de demandas, sendo utilizada por diversos Tribunais Superiores do Brasil.

A jurisprudência defensiva deve ser identificada como instrumentos que foram desenvolvidos originariamente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para diminuir a quantidade de recursos e tornar mais célere seu julgamento. Foi um mecanismo de reação da Suprema Corte ao horizonte de inviabilização absoluta de suas atividades jurisdicionais. Instrumentos que acabaram sendo incorporados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho. (VIANA, 2011, p.25)

Conforme já tratado, a Emenda Constitucional n. 45/2004 foi realizada com o intuito de superar os entraves da prestação jurisdicional inadequada, e para tanto, entre as inovações trazidas, duas serão tratadas a seguir, quais sejam a repercussão geral no recurso extraordinário e as súmulas vinculantes. Ambos os institutos se baseiam em precedentes judiciais com caráter vinculante e promoveram a sua valorização.

Estas preocupações apontam, ademais, para a ampliação da verticalização das decisões do STF. Ao consagrar a repercussão geral, objetivou a Emenda Constitucional n. 45/2004 e posteriormente a Lei 11.418/06, a criação (ou o restabelecimento) de um filtro restritivo de acesso ao STF. A mesma EC consagrou no texto constitucional a Súmula Vinculante, posteriormente regulamentado pela Lei 11.417/2006.

Analisando os dois institutos (RG e ESV) é razoável concluir que a pretensão do constituinte reformador foi ampliar o conceito de manutenção e verticalização dos precedentes do Supremo, mantendo-os com clara vinculação aos demais órgãos do Judiciário. (ARAÚJO, 2008a, p.3)

Apesar de ambos os institutos prestigiarem uma valorização dos precedentes judiciais, é importante ter em mente que possuem profundas diferenças, as quais serão tratadas no decorrer desta dissertação. Esta colocação é importante, pois demonstra que se busca, através dos precedentes, mesmo de formas diversas, alcançar uma duração razoável no trâmite judicial.

A eficácia das súmulas não é a mesma conferida aos efeitos da repercussão geral, mas ambos promoveram a valorização do precedente judicial no Brasil. Enquanto que nas súmulas a ideia é extrair dos próprios precedentes do STF uma regra comum, uma *ratio* que servirá como normal geral e abstrata para a decisão de outros casos futuros, a repercussão geral envolve a utilização de uma decisão particular que repercutirá na resolução de conflitos em outras instâncias. Entretanto, há que se observar que a decisão de mérito proferida para questão dotada de repercussão geral não possui efeito vinculante, como possui o enunciado de súmula vinculante. (VOJVODIC, 2012, p.196-197)

Ainda mais recente é a discussão acerca do Novo Código de Processo Civil (NCPC)<sup>54</sup>. Uma de suas bandeiras também é superar a demora na prestação judicial, e para tanto busca fomentar uma cultura de precedentes judiciais vinculantes. O instrumento mais indicador desta tendência é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o qual também será alvo de análise neste estudo.

Na verdade, o que se tem de diferente no projeto de NCPC é um reforço ainda maior à figura do precedente judicial, que tem paulatinamente alterado o modo de ser da ciência processual e da atividade julgadora, a qual nunca esteve tão preocupada com seguir entendimento dos Tribunais Superiores. (LIMA, 2014, p.738)

---

<sup>54</sup> Denominado de Projeto de Lei do Senado n. 166/2010, no Senado Federal; e de Projeto de Lei n. 8.046/2010, na Câmara dos Deputados.

Verifica-se, portanto, que diversos são os mecanismos criados com o fito de superar a “Crise do Judiciário”, ao longo dos últimos anos, com base em precedentes judiciais vinculantes. Trata-se de verdadeira política pública, que não se exaure com a adoção de tais mecanismos próprios da família da *common law*, mas outros tantos elaborados pelo Poder Judiciário, como mutirões de audiência e maior incentivo à conciliação, os quais não são o foco da presente dissertação.

Não se pode defender, entretanto, que apenas o viés quantitativo seja levado em consideração. É preciso atentar para a qualidade dos julgados, sob pena de desrespeito ao Estado Democrático de Direito. Os precedentes judiciais não podem ser invocados apenas com o objetivo de rapidamente reduzir o número de demandas que foram submetidas à apreciação estatal. Trata-se de postura comungada por Coutinho e Caterina (2014, p.279):

No mais, não é admissível e nem razoável, em se tratando de modelo constitucional de processo e Estado Democrático de Direito, conceber que uma decisão seja tão somente eficiente do plano *quantitativo*. Não é possível admitir que tenhamos técnicas que visem tão somente o desafogamento dos tribunais mediante alta profusão numérica de julgados, e sem que persistam maiores preocupação com a qualidade e a legitimidade das decisões proferidas (grifo dos autores).

Deste modo, frise-se que todas as tentativas de alcançar uma melhor prestação jurisdicional não dependem apenas de alterações legislativas.

Simples mudanças legislativas são incapazes, por si, de promover as alterações necessárias para que o Direito brasileiro passe a operar com precedentes. Há necessidade de mudança de comportamento dos profissionais. Impõe-se o desenvolvimento de uma nova política judiciária de respeito às decisões superiores. E nada disso se corrige apenas com alterações legais. A ideia de um sistema de precedentes envolve um trabalho muito mais complexo (LIMA, 2013, p. 57).

Há a necessidade de uma mudança de posição dos profissionais do direito, sejam magistrados, advogados, ou outros profissionais. Trata-se de ponderação já levantadas por José Henrique Mouta Araújo (2008b, p. 83), ao apontar não apenas a responsabilidade do Poder Legislativo, mas frisando que uma mudança das partes e de seus advogados, os quais muitas vezes buscam prolongar deslealmente o processo, é essencial para alcançar um processo devido.

Da mesma forma, é essencial a correta compreensão de palavras-chaves no manejo de uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil. Por este motivo, vale rememorar tais termos, já desenvolvidos no decorrer deste estudo.

Inicialmente, precedente judicial não é sinônimo de decisão judicial pretérita. Enquanto esta tem apenas a característica da anterioridade, o precedente, além de ser um caso já julgado, possui tamanha relevância a ponto de transcendê-lo, e ter seu núcleo jurídico capaz de fundamentar outra situação proposta. Todo precedente judicial é uma decisão dada por um órgão jurisdicional, mas nem toda decisão é um precedente. Ademais não é a totalidade do precedente que pode ser base para nova decisão judicial. É preciso reconhecer e extrair sua parte vinculante (*ratio decidendi*), da sua parcela não vinculante (*obiter dictum*).

Jurisprudência é outro termo que precisa ser compreendido devidamente. O fato de uma decisão judicial ser emanada por dado órgão, não significa que este posicionamento é a jurisprudência do tribunal. Esta é a postura reiterada que adquire autonomia no sistema jurídico, em virtude de sua estabilidade e quantidade de decisões em um mesmo sentido. Note-se, então, que um precedente judicial pode indicar o entendimento reiterado do órgão jurisdicional, mas isto não é necessariamente verdadeiro.

A ementa de uma decisão, por sua vez, é um breve resumo dos principais pontos tratados em um dado caso, mas que não revela sua totalidade, razão pela qual não pode ser considerada fonte do direito. A *ratio decidendi* não se encontra necessariamente na ementa de uma decisão, sendo, no mínimo, temerário utilizá-la como fundamento. Nenhum destes termos se confunde com súmula ou enunciado sumular vinculante, conforme se estudará a seguir.

Defende-se neste trabalho, portanto, que a mudança de posição dos operadores do direito, no âmbito de um sistema de precedentes, não deve se limitar à obediência meramente hierárquica desta fonte jurídica, seja como precedente invocado *per se*, seja como núcleo de um instrumento jurídico criado pelo legislador. Desta forma, é possível que os precedentes judiciais contribuam efetivamente para superar a crise de tempestividade na prestação jurisdicional.

#### 4.1. SÚMULA VINCULANTE

A súmula vinculante, conforme já mencionado, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional n. 45/2004. Foi uma das medidas criadas para superar a crise de tempestividade da prestação jurisdicional que se objetivou combater com a referida

Emenda. Especificamente acerca da súmula vinculante, acrescentou-se na Constituição Brasileira o art. 103-A<sup>55</sup>, e o tema veio a ser regulamentado pela lei n. 11.417/2006.

Apesar da súmula vinculante ter sido uma inovação no ordenamento em 2004, o mesmo não se pode falar das súmulas persuasiva. A primeira vez que estas foram adotadas no Brasil foi em 1963, mediante emenda no regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. No início do ano de 1964 foram instituídos 370 enunciados da “Súmula da jurisprudência dominante” do STF. Em termos legislativos o termo só veio a ser utilizado com a edição do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973), em seu art. 479<sup>56</sup> (ROSITO, 2012, p.372-373).

Note-se que o termo súmula, atualmente, é empregado de forma terminologicamente inadequada. O termo se refere ao conjunto de enunciados, que contém proposições ou teses jurídicas reiteradas de um tribunal, e não aos enunciados propriamente ditos. Todavia, com o decorrer do tempo, o rigor terminológico foi abandonado, ao ponto do próprio legislador, ao criar a súmula vinculante, incorrer no “erro”. Da mesma forma, a doutrina e a jurisprudência utilizam muitas vezes o termo súmula com o significado de enunciado sumular, o que também ocorrerá no presente trabalho, tendo em mente as considerações já feitas.

É possível distinguir as súmulas em vinculantes, criadas pela EC supracitada, e as súmulas persuasivas, logo não vinculantes, criadas em 1963. Os tribunais brasileiros podem, portanto, elaborar enunciados descritivos de seus entendimentos, os quais, por sua vez, não têm o condão de vincular nem o Poder Judiciário, nem a Administração. É o caso, por exemplo, das súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Tribunal Superior do

---

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

Trabalho (TST) e do próprio Supremo Tribunal Federal (STF), o qual possui enunciados tanto vinculantes como persuasivos.

Em todos estes órgãos a elaboração de enunciados não é tarefa rara. Até o final de 2014, o Superior Tribunal de Justiça havia elaborado um total de 515 enunciados<sup>57</sup>; o Tribunal Superior do Trabalho havia elaborado um total de 458 enunciados<sup>58</sup>; por sua vez o Supremo Tribunal Federal havia elaborado um total de 37 enunciados vinculantes<sup>59</sup> e 736 enunciados não vinculantes<sup>60</sup>. Vale frisar, que na contagem de todos estes casos, incluíram-se os enunciados já cancelados.

A súmula vinculante, nos termos da Constituição (BRASIL, 1988), é de competência exclusiva do STF, o qual, seja de ofício, seja mediante provocação, pode aprovar, mediante quórum de 2/3 de seus membros, súmula, que, após publicada na imprensa oficial, vinculará os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, nas 3 esferas do Poder (municipal, estadual e federal). Tais enunciados devem advir de reiteradas decisões acerca de matéria constitucional, e devem tratar de questões controversas entre órgãos judiciais ou entre estes e a Administração Pública, aptas a acarretar insegurança jurídica e multiplicação de processos acerca da mesma questão.

As súmulas vinculantes podem ser criadas, modificadas ou canceladas de ofício pelo STF, o qual também pode realizar tais procedimentos, com base em provocações daqueles aptos a propor ação direta de inconstitucionalidade. A lei n. 11.417/2006 (BRASIL, 2006), em seu artigo 3º<sup>61</sup>, especificou outros legitimados, tais como o Presidente da República e as

---

<sup>57</sup> Conforme informações disponíveis em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

<sup>58</sup> Conforme informações disponíveis em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

<sup>59</sup> Conforme informações disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

<sup>60</sup> Conforme informações disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

<sup>61</sup> Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:  
 I - o Presidente da República;  
 II - a Mesa do Senado Federal;  
 III - a Mesa da Câmara dos Deputados;  
 IV - o Procurador-Geral da República;  
 V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;  
 VI - o Defensor Público-Geral da União;  
 VII - partido político com representação no Congresso Nacional;  
 VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;  
 IX - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, reconhecendo a importância do tema, ao permitir que os outros Poderes do Estado atuem nesta seara.

Da decisão que contrariar súmula vinculante ou aplicá-la erroneamente cabe Reclamação ao STF, o qual, julgando procedente a Reclamação, cassará o ato (administrativo ou judicial) e determinará que nova decisão seja proferida.

Após estas breves considerações, verifica-se que são 5 requisitos para a correta edição de um verbete sumular vinculante: legitimidade adequada para a criação da súmula; quórum qualificado para aprovação do enunciado; discussão acerca de um tema constitucional; reiteradas decisões acerca deste tema; divulgação na imprensa oficial do verbete.

Nota-se que a legitimidade para proposição de criação de súmula vinculante é relativamente restrita, mesmo que o art. 3º da lei 11.417/2006 amplie os legitimados na Constituição. Não poderia ser diferente, vez que um dos objetivos do instituto é desobstruir a pauta de julgamentos da Corte e do Judiciário, como um todo. O STF poderia ter que, constantemente, discutir a criação ou alteração de súmula vinculante, caso fosse ampliado o rol de legitimados.

O quórum qualificado de 2/3 dos membros do STF denota a importância de uma discussão mais aprofundada acerca dos enunciados, de modo que diversos ministros precisam decidir favoravelmente para a adoção de novo verbete. Frise-se que se trata de quórum decisório, e não, necessariamente, presencial no plenário.

Os terceiro e quarto requisitos são complementares. Primeiramente, o STF deve decidir acerca de matéria constitucional, vez esta ser sua competência. Em seguida, deve tratar do tema, em “reiteradas decisões”. Eis um problema: não se definiu quantas decisões seriam necessárias. Por outro lado, seria complicado determinar uma quantidade de casos para que o STF defina um posicionamento estável.

Apesar disto, entende-se que se deve levar em consideração uma constância nos julgamentos do mesmo tema, de modo que se evite utilizar como base de súmula vinculante,

---

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.



juízos realizados em um espaço temporal muito afastado. Além de uma quantidade razoável de julgamentos, demonstrando, assim, a pertinência e importância da matéria.

É possível, ainda, discutir a inconstitucionalidade de uma súmula vinculante, caso os requisitos para sua edição não tenham sido respeitados. A adequada proposição do verbete, a intensa discussão acerca da matéria constitucional, o quórum qualificado para a criação, além da correta divulgação da súmula devem ser respeitados.

Entre os requisitos para a criação de um novo enunciado vinculante, o mais turbulento é a necessidade de intensa discussão acerca da matéria constitucional, que se objetiva conceder caráter vinculante. Isto fica claro ao analisar, entre outras, a súmula vinculante n. 11 e a súmula vinculante n. 27.

A súmula vinculante n. 11 (BRASIL, 2008b) conhecida como “a súmula das algemas”, dispõe que:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Conforme se expôs, é necessário que um tema venha a ser debatido constantemente, para que o entendimento reiterado do STF venha a ser convertido em verbete com força vinculante. Não foi o caso da súmula vinculante n. 11. Apesar de não ser o foco deste trabalho esmiuçar a criação desta súmula, algumas considerações devem se feitas.

Para a edição deste verbete, quatro precedentes foram utilizados: o Recurso em Habeas Corpus (RHC) n. 56.465, julgado em 5 de setembro de 1978; o Habeas Corpus (HC) n. 71.195, julgado em 25 de setembro de 1994; o HC n. 89.429, julgado em 22 de agosto de 2006; o HC n. 91.952, julgado em 7 de agosto de 2008 (MAUÉS, 2009, p.90).

O primeiro ponto a se notar é que foram apenas 4 precedentes, sendo o primeiro julgado antes do advento da Constituição de 1988. As normas constitucional e infraconstitucional são claras ao exigir para a edição de súmula vinculante “reiteradas decisões”. Além da pequena quantidade, observe-se que tais precedentes possuem grande disparidade temporal: o primeiro foi julgado em 1978, o segundo em 1994, o terceiro em 2006, e o quarto em 2008.

É possível, portanto, discutir de forma coerente a inconstitucionalidade da súmula em questão, que não seguiu os ditames jurídicos adequados. Válida, portanto, a crítica que Tiago Lima (2013, p. 258-259) elabora:

O STF, ao editar o Enunciado n. 11 (...) de sua Súmula, baseou-se quase que exclusivamente no resultado dos julgamentos do HC 89.429 e HC 91.952, ou seja, em dois casos apenas, atentando contra exigência do constituinte derivado e do legislador infraconstitucional, que impõem reiteradas decisões sobre o tema. E mais: a leitura dos debates, que antecederam a formulação do dito verbete, demonstra claramente que a matéria não estava consolidada na Corte (...)

Além da inexistência de reiteradas decisões, as poucas decisões constantes não possuem entendimentos consolidados na Corte Maior do Brasil, uma consequência da pequena quantidade de casos julgados acerca do tema. Trata-se de súmula vinculante mal elaborada, que pouco contribui para o enriquecimento do ordenamento jurídico. Neste sentido, a lição de Antônio Maués (2009, p.91-92):

Dessa maneira, a SV nº 11 pouco acrescenta ao ordenamento jurídico. Apesar de sua extensa redação, o próprio STF reconhece que a autoridade policial ou judiciária permanece com um amplo espectro de deliberação, o que torna a súmula muito mais persuasiva, tal como as súmulas comuns, do que vinculante. Esses problemas talvez fossem evitados caso o STF, em vez de apenas trabalhar no nível de abstração que ao final prevaleceu, redigindo hipóteses genéricas sobre o uso de algemas, aproveitasse a riqueza dos casos para a elaboração da súmula, concentrando-se nas duas situações analisadas, que envolveram o tribunal do júri e a realização de audiências, para concretizar as hipóteses. O problema do enunciado da SV nº 11, portanto, não está na vagueza de termos como “fundado receio” ou “perigo”, mas em sua descontextualização, que prejudica a identificação dos casos aos quais a súmula se aplica. Prestar-se-ia melhor serviço à proteção dos direitos fundamentais se o STF desse um passo na construção jurisprudencial, identificando situações concretas de violação dos direitos fundamentais.

Por sua vez, o tema do enunciado sumular vinculante também precisa tratar de matéria constitucional. É necessário mais que um mero reflexo constitucional, vez que, conforme bem aponta Tiago Lima (2013, p.259), “se assim fosse, todos os sub-ramos do Direito impactariam em último grau no Direito constitucional e seria inócua a intenção do constituinte derivado e da Lei n. 11.417/2006”.

É o caso da súmula vinculante n. 27 (BRASIL, 2009), a seguir transcrita: “Compete à Justiça Estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de

telefonía, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem oponente.”

É de fácil percepção que não se trata de matéria de índole constitucional. Neste caso, o verbete possui o claro intuito de delimitar de forma vinculante questões de competência de julgamento. É hipótese em que se olvidou do requisito supracitado, dando ênfase na necessidade de vincular o posicionamento do Judiciário e da Administração. Não se discute a utilidade da súmula vinculante para alcançar este objetivo, mas que ela não foi adequadamente elaborada.

Além das discussões acerca dos requisitos para edição de súmula vinculante, é preciso analisar se, da forma como se utiliza atualmente tais institutos, eles estão sendo bem empregados e gerando o enriquecimento hermenêutico próprio dos precedentes judiciais, conforme se defende neste estudo. Trata-se de alerta pertinente e já levantado por Maués, Fonseca e Rêgo (2006, p.225):

Enquanto no direito norte-americano o princípio do *stare decisis* impõe o conhecimento das *ratio decidendi* que fundam a norma jurídica, conduzindo a um constante exame das circunstâncias que justificam a aplicação do precedente ou demonstram sua inadequação ao caso (*distinguishing*), a adoção da súmula vinculante no Brasil pode desvalorizar o processo hermenêutico que forjou os precedentes. O conhecimento apenas da parte dispositiva das decisões que levaram à edição da súmula leva a equívocos na identificação das circunstâncias que demandam a sua aplicação, deixando-se de lado as discriminações que o direito à igualdade exige no exercício da função jurisdicional. Tendo em vista que as súmulas são interpretadas como qualquer texto normativo, a garantia da igualdade em sua aplicação demanda uma reflexão sobre a fundamentação dos precedentes. Não basta, portanto, conhecer o resultado da interpretação que foi dada a determinado conjunto normativo, mas também os casos que presidiram o desenvolvimento dessa interpretação, buscando as razões que fundamentaram a construção da norma.

A súmula vinculante surgiu com o foco de acelerar o julgamento de demandas. Apesar de ter relação com os precedentes judiciais, não houve maior cuidado em aprofundar os estudos no tema, antes de instituir tais mecanismos no direito brasileiro, o que acaba por gerar incongruências. É o que ocorre quando se cria enunciado sumular vinculante, sem analisar corretamente os casos anteriores e suas respectivas *rationes decidendi*.

Elaborar uma súmula vinculante se pautando em poucos casos prévios, conforme já demonstramos ocorrer, além de ser inconstitucional, vez que contraria disposição clara, acerca da necessidade de analisar reiterados casos, pode originar verbetes que contém posicionamento não pacificado.

Conforme já se tratou neste estudo, há o hábito do jurista brasileiro em utilizar ementa como precedente judicial, e requerer que a primeira seja considerada fundamentação adequada para determinada decisão. Ao utilizar ementas, e não os votos dos ministros, para elaborar um verbete sumular vinculante, os mesmos erros ocorrem, podendo-se, inclusive, estabelecer como súmula vinculante um posicionamento diferente daquele utilizado para fundamentar o precedente.

Entre os fatores que levam aos erros de elaboração da súmula vinculante, um dos principais é apontados por Adriana Vojvodic (2012, p. 195-196), ao afirmar que “a prática de elaboração da súmula vinculante está muito mais relacionada a atribuição de efeito vinculante à jurisprudência consolidada do tribunal a fim de conferir eficiência ao processo decisório das cortes”.

Veza que o instituto, ora em análise, surgiu com o objetivo de acelerar o julgamento de casos futuros ao vincular as diversas cortes do país a dado entendimento, não se buscou a construção adequada de uma teoria apta a elaborar verbetes adequados, mas sim, tratar de casos de grande repercussão, em termos de quantidade de processos judiciais, para, de forma rápida, julgá-los. Apesar disto permitir maior celeridade no julgamento das causas, a qualidade dos julgados é olvidada. Não se pode concordar com tal prática, que não prestigia o devido processo legal.

Esta questão afeta, da mesma forma, a aplicação e a revogação das súmulas, sejam vinculantes ou não. Veza que o enunciado é elaborado a partir de precedentes é necessário saber os elementos marcantes destes casos, e que fundamentaram o enunciado. Não se pode fugir do contexto que originou a súmula, tanto dos elementos fáticos, como dos elementos jurídicos (MARINONI, 2011, p.483). Sem saber isso, a aplicação da súmula não ocorrerá de forma adequada.

O papel do intérprete é essencial também. Uma vez que a súmula se pauta em precedentes, é essencial saber manejar estes instrumentos. Reconhecer a *ratio decidendi*, extraí-la, realizar o *distinguishing*, entre outras técnicas, deve ser essencial para o manejo correto das súmulas, sejam vinculantes ou não. Sem estes saberes, o jurista, seja advogado ou magistrado, ou outro profissional do direito, é incapaz de defender a aplicação, ou não, de certo verbete para o caso em análise, pois não é capaz de compreendê-lo. Sem isto, não se alcançará a integridade jurídica que tanto se busca. No mesmo sentido, Francisco Rosito (2012, p. 402) defende que:

Salvo melhor juízo, o problema não está na institucionalização das súmulas vinculantes. As súmulas vinculantes devem ser aplicadas somente como resultado de respostas aos casos passados, não eliminando a atividade do intérprete quanto à sua aplicação ou não aos casos futuros. Ora, é evidente que o direito deve ser realizado na justiça do caso concreto individualmente considerado. Isso não significa, entretanto, que não existam casos repetitivos, cuja solução, por certo deve ser uniforme, a menos que existam fundadas razões que os particularizam, exame este que – tal como destacado – não se procura afastar do intérprete. Significa que as súmulas, enquanto textos normativos, exigem a mediação do intérprete, a fim de servir de efetivo mecanismo de reforço à integridade e coerência do direito. Mais uma vez, a correção da sua aplicação dependerá da estrita obediência ao dever de fundamentar as decisões (...)

Por fim, é importante mencionar que com o intuito de estabelecer a força vinculante da súmula, a Constituição também determinou o meio para que a decisão que supostamente não a aplicou de forma adequada, venha a ser analisada pelo próprio STF, qual seja, a Reclamação. De fato, não haveria vinculação efetiva, caso fosse necessário recorrer ao STF através dos mecanismos recursais para aplicação do enunciado em questão. É interessante notar, que o próprio órgão que elabora a súmula vinculante, analisa os casos de inadequada aplicação.

A súmula vinculante ingressa no sistema jurídico com uma força nunca dantes vista no nosso sistema jurídico. Com suporte no mecanismo da Reclamação, o órgão emissor se transforma no próprio órgão para fiscalizar o enunciado (texto) jurídico emitido. A tese central da súmula – e parece que para isso foi idealizada – é a de transformar uma sucessão de casos difíceis em futuros casos fáceis (...) (STRECK, 2008, p.183)

Este fator eleva a importância de saber aplicar as técnicas de utilização dos precedentes, já que é possível conceber que a parte insatisfeita com a aplicação do enunciado pode ingressar com a Reclamação. Portanto, a não aplicação da súmula vinculante precisa ser fundamentada de forma adequada, inclusive remetendo aos casos concretos que lhe deram origem. Existem situações em que a aplicação da súmula é bastante clara e a fundamentação mais simples, mas existem casos, especialmente aqueles em que a súmula vinculante não foi bem construída, em que uma fundamentação robusta é ainda mais essencial.

#### 4.2. REPERCUSSÃO GERAL

A Emenda Constitucional n. 45/2004 criou também a figura da repercussão geral<sup>62</sup> no direito brasileiro, inserindo o § 3º no art. 102<sup>63</sup> da Constituição Brasileira (BRASIL, 1988). Trata-se de outra medida com o intuito de reduzir a quantidade de demandas a serem analisadas pelo STF e, conseqüentemente, dotar de maior celeridade o Judiciário brasileiro.

Este novo instituto veio a ser regulamentado pela lei n. 11.418/2006, a qual inseriu no Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973), os artigos 543-A<sup>64</sup>, e 543-B<sup>65</sup>. No futuro Código de Processo Civil, o tema está presente, sendo regulamentado no art. 1.035. Frise-se, entretanto, que o presente tópico aborda a repercussão geral conforme o ordenamento jurídico atualmente em vigência.

---

<sup>62</sup> É válido frisar que a Proposta de Emenda à Constituição n. 209/2012 pretende instituir um novo parágrafo ao art. 105 da Constituição da República, instituindo o requisito da repercussão geral para o conhecimento do recurso especial, a ser interposto perante o Superior Tribunal de Justiça. Assim, para o conhecimento do dito recurso será necessário demonstrar a relevância federal da questão infraconstitucional discutida.

<sup>63</sup> Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
(...)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

(...)

<sup>64</sup> Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

<sup>65</sup> Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

A repercussão geral é um dos requisitos de admissibilidade que devem estar presentes para que eventual recurso extraordinário interposto, o qual não é foco do presente estudo, venha a ser conhecido e posteriormente julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) não definiu o alcance semântico da expressão repercussão geral, incumbindo o legislador infraconstitucional de tal regulamentação, conforme trata Ulisses Schwarz Viana (2011, p.39), ao afirmar que:

Desde o advento da Emenda Constitucional n. 45, na doutrina nota-se certa perplexidade em definir a exata compreensão do valor semântico da expressão “repercussão geral”, pois se tem nela um conceito bastante vago (...)

Com a lei n. 11.418/2006 tal expressão veio a ser melhor definida, com a regulamentação do instituto. O art. 543-A, §1º, especificou dois requisitos que devem estar presentes de forma cumulativa no recurso extraordinário para que a repercussão geral seja reconhecida, quais sejam: a existência de questões relevantes sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico; que tais questões ultrapassem os interesses subjetivos das partes envolvidas no litígio. O segundo elemento é consequência lógica do primeiro, uma vez que existindo relevância na questão, sob os prismas supracitados, ela afetará a coletividade e não apenas os envolvidos diretamente na lide.

Ultrapassar os interesses subjetivos da causa não significa necessariamente que existam diversos casos idênticos, apesar disto ser plenamente possível e vir a ser considerado para o reconhecimento da repercussão geral. Inclusive, o próprio STF já decidiu dessa forma, demonstrando que o grande elemento a ser considerado, conforme já defendido, é tratar de tema cuja relevância econômica, social, jurídica e/ou política seja patente.

O STF já reconheceu repercussão em caso individualizado, devido à relevância da questão constitucional suscitada. Isso ocorreu no RE-RG 597.994, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 28/8/2009, e demonstra que, embora a repetição da demanda seja um indício para o reconhecimento de repercussão geral, não é fator determinante (CARVALHO FILHO, 2011, p.53).

Verifica-se, portanto, que mesmo com a posterior regulamentação a repercussão geral continuou a ter certa vagueza em seu sentido. Apenas as balizas foram determinadas, e continuam sendo pela jurisprudência do STF, não se estabelecendo hipóteses taxativas para seu reconhecimento. Não poderia ser diferente, sob pena de esvaziar o instituto com o passar do tempo. O termo “questões relevantes” é um conceito jurídico indeterminado, o que permite

sua interpretação mesmo com o desenvolvimento jurídico e social brasileiro, o que não ocorreria com hipóteses taxativas.

Sundfeld e Souza (2011, p.61-62) apontam que diversas decisões tratam de aspectos procedimentais da repercussão geral, o que demonstra que se trata de instituto em construção, o que torna ainda mais importante ampliar a publicidade destas decisões, culminando em melhor operacionalização do instituto pelos tribunais e sociedade. Afirmam ainda que certas matérias tendem a ter mais casos de repercussão geral reconhecida, quais sejam direito penal, processual penal e tributário. Isto se justifica devido à relevância dos temas jurídicos supracitados.

A função da repercussão geral é dupla. A primeira, na esteira da EC n. 45/2004 e de sua busca por celeridade, é reduzir o número de recursos extraordinários a serem julgado pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que funciona como um filtro recursal. A segunda função, decorrente da primeira, é permitir que o STF julgue melhor os recursos que superem esta barreira.

Uma vez que o Tribunal terá menos recursos para julgar poderá se dedicar mais a aqueles que possuem relevância reconhecida e necessitam de um julgamento mais atento. Isto permite ao Supremo Tribunal Federal atuar como uma verdadeira Corte Constitucional, julgando casos de relevância reconhecida, e não conflitos de impacto meramente intersubjetivo.

De fato, esta redução pretendida ocorreu, conforme afirma Tiago Lima (2013, p.290):

Apenas a título ilustrativo, é interessante observar que, desde a entrada em vigor do instituto da repercussão geral até o dia 31.08.2012, haviam sido destacadas 594 matérias para a admissão ou rejeição de tal pressuposto recursal, tendo sido reconhecida a presença da repercussão em 423 temas e negada noutros 156, restando ainda 15 pendentes de exame pela Corte. A entrada em vigor da Lei n. 11.418/2006 provocou uma considerável redução no número de casos distribuídos pela Corte, alcançando um percentual de 64%, com a diminuição de 58% do estoque de recursos. O que assusta, na verdade, é o total de recursos extraordinários e agravo de instrumento contra despacho denegatório de RE que ainda são protocolizados sem sequer preliminar de repercussão geral, na ordem de 7,28% e 15,08%, respectivamente. Esses números revelam que boa parte dos advogados públicos e privados nem sequer tem conhecimento do correto processamento do instituto e de seu importante papel para o sistema.

Deve, portanto, o recorrente apresentar a existência de repercussão geral em preliminar do recurso extraordinário (art. 543-A, §2º, CPC), para que o STF, exclusivamente, delibere sobre a sua existência. Caso a Turma do STF decida pela presença da repercussão geral, por



no mínimo, quatro votos, ficará dispensada a análise do tema pelo pleno (art. 543-A, §4º, CPC).

Esta dispensa se justifica pelo fato do STF ser composto por 11 ministros. Uma vez que a Constituição estabelece que não se pode negar a existência de repercussão geral a menos que 2/3 dos membros da Corte assim decidam (art. 102, §3º, CRFB), o quórum de 4 ministros é suficiente para que se decida pela sua presença. Com o intuito de analisar rapidamente a repercussão geral, tal deliberação se dá por meio eletrônico, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).

De acordo com o RISTF, atualmente a deliberação a respeito da existência ou não de repercussão geral ocorre mediante meio eletrônico (arts. 323 e 324, RISTF). O relator examina a questão e submete a sua solução eletronicamente aos demais Ministros. Os demais membros do colegiado contam com 20 (vinte) dias para pronunciarem-se a respeito do tema. Acaso não cheguem manifestações em número suficiente para rejeição da repercussão geral, essa é reconhecida automaticamente. (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 55)

É interessante notar, que conforme apontam Sundfeld e Souza (2011, p.61), há pouca troca de argumentos em plenário virtual, mas ainda assim o quórum constitucional e a ausência de manifestação dos ministros não são responsáveis pelo grande número de repercussões gerais reconhecidas, vez que há manifestação expressa de vários membros da Corte em favor de seu reconhecimento. Esta informação é bastante relevante, pois demonstra que o STF está atento à relevância do instituto.

Independente do sentido da decisão, esta deverá constar em ata, e ser publicada no diário oficial, dando a esta ampla publicidade. É portanto, requisito de eficácia da decisão.

A importância da análise dos precedentes judiciais fica patente ao analisar três aspectos essenciais da repercussão geral: a presunção de repercussão geral; a negativa de repercussão geral; e a escolha do *leading case* para análise da repercussão geral.

O primeiro é que a repercussão geral é presumida quando o recurso impugnar decisão contrária à jurisprudência dominante do STF ou seus enunciados sumulares (art. 543-A, §3º). Observe-se que quando a decisão judicial emanada de um tribunal inferior ao STF (ou seja, todos os outros) puder ser alvo de recurso extraordinário (ofendendo dispositivo constitucional, portanto), e essa decisão for contrária à súmula (seja vinculante ou não) ou jurisprudência dominante do STF, se presume a relevância jurídica da matéria, e a sua repercussão geral.

Logo, é possível verificar que qualquer decisão judicial que contrarie posição firmada do Supremo tribunal Federal, afeta a ordem jurídica brasileira; é uma questão relevante, sob o ponto de vista jurídico. Sendo possível recorrer a Corte Suprema, sob tais fundamentos, o filtro da repercussão geral não será obstáculo para a eventual modificação da decisão judicial.

Outro aspecto é a negativa de repercussão geral. Este precedente será vinculante para todos os recursos que versem sobre a mesma matéria. Ou seja, caso o STF entenda que a repercussão geral inexistente naquele caso, esta decisão será vinculante, afetando diversas relações jurídicas, as quais serão indeferidas liminarmente.

Dada a relevância do tema, o art. 543-A, §6º do CPC admite a presença de *amicus curiae* na decisão acerca da presença/ausência de repercussão geral, em um recurso extraordinário. A presença de terceiros, atuando como amigos da corte enriquece o debate, permitindo a eventual análise de elementos que não seriam discutidos sem a sua presença. A importância dos *amici* é devidamente asseverada por Fonte e Castro (2013, p.870-871):

Aí reside a ideia de que o "amigo da corte" pode ser a figura representante dessa coletividade que não participa da relação processual, mas que tem interesse (em sentido lato) no resultado da atividade interpretativa da Corte. De certa forma, os interessados no desfecho do *leading case* que não puderam se fazer presentes e atuantes na causa, são representados por meio dos *amici*, os quais comparecem não apenas para fornecer subsídios técnicos, mas também para reforçar a legitimidade da decisão alcançada. Os *amici* exsurtem, igualmente, como via de controle do grau de informação e tese levantadas no recurso extraordinário paradigma, ou seja, atuam no sentido de suprir as lacunas de elementos por meio da concretude argumentativa processual.

Trata-se de prática que deve ser incentivada, vez que o alcance da decisão que desconhece/reconhece a repercussão geral vincula todos. Ampliar o debate em situações como esta apenas engrandece a discussão, referendando ainda mais a decisão tomada. Não se pode esquecer que é possível que o recurso extraordinário que ventila a hipótese de repercussão geral não tenha a profundidade teórica adequada. Negar a repercussão geral em virtude da má elaboração do recurso pode gerar graves efeitos.

O terceiro aspecto que deve ser tratado é quando houver uma pluralidade de recursos com fundamento em igual controvérsia (art. 543-B, *caput*, CPC). Neste caso, é papel do tribunal de origem, e não dos envolvidos nas lides, selecionar um ou mais recursos paradigmas representativos da controvérsia e enviar para o STF, para julgamento, enquanto sobrestam-se os outros recursos até a definição da Corte Suprema. Trata-se de julgamento por amostragem.

A primeira questão a ser levantada é acerca da escolha adequada do *leading case*. É possível que esta não se dê de forma correta, enviando ao STF recurso sem fundamentação adequada. A presença de *amicus curiae* minora este mal, assim como envio de mais de um recurso paradigma acerca da matéria.

Em termos recursais, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 70-73), apontam que a escolha do recurso paradigma não é recorrível. Mas sugerem que caso haja sobrestamento equivocado do recurso, deve-se interpor agravo regimental no tribunal de origem, apontando a diferença entre os casos (*distinguishing*, portanto), e requerendo a análise de admissibilidade e seu envio ao STF. Mantido o sobrestamento, defendem a interposição de agravo ou Reclamação no Supremo Tribunal Federal.

Uma vez que a repercussão geral seja negada, os recursos extraordinários sobrestados devem ser inadmitidos (art. 543-B, §2º, CPC) automaticamente. É papel do tribunal de origem analisar os casos e definir se há ou não repercussão geral, seguindo o entendimento da Corte Suprema (art. 543-B, §3º, CPC), declarando-os prejudicados, retratando-se, ou enviando para o STF analisar o mérito recursal. Caso o STF venha a analisar caso em que o tribunal de origem não tenha seguido a orientação firmada, poderá cassar ou reformar, liminarmente, o julgado (art. 543-B, §4º, CPC), por se tratar de precedente vinculante.

Apesar de vital o papel dos tribunais de origem, sua atuação não vem sendo considerada adequada, devido, especialmente, a falta de informações e clareza acerca dos diversos procedimentos adotados durante as várias etapas de atuação em aspectos da repercussão geral.

Sundfeld e Souza (2011, p.62), após pesquisa acerca do tema, concluem que faltam adequados registro, organização, publicidade e divulgação por parte dos tribunais de origem, além da ausência de normas regimentais, não apenas acerca da disponibilização das informações ao público, mas também acerca da implementação do instituto da repercussão geral, em suas mais diversas etapas; desde a escolha do recurso paradigma, até o procedimento de sobrestamento dos recursos extraordinários. Afirmam ainda, que quando tal tratamento normativo existe, não é uniforme entre os diversos tribunais.

São críticas bastante pertinentes, que apontam alguns dos fatores para a dificuldade de compreensão procedimental da repercussão geral nos tribunais de origem. Tal problema se amplia quando diversos tribunais estabelecem normas diferentes de tramitação, ou ainda, nem isto estabelecem. Em virtude da importância do instituto tais situações precisam ser observadas e superadas, sob pena de malversação do mecanismo.

Pode-se afirmar, portanto, que recurso extraordinário passa por um processo de objetivação: o foco passa a ser o julgamento de teses constitucionais de relevância social, econômica, política ou jurídica. As partes e seus conflitos deixam de ser o centro das atenções, como ocorria antes da instituição da repercussão geral.

O requisito da repercussão geral reforça, portanto, a ideia de que o principal no recurso extraordinário não é o caso concreto, mas a questão constitucional nele veiculada. O exame do caso concreto é uma consequência da sedimentação da tese, ou seja, da correta interpretação das questões jurídicas debatidas naquele processo. A esse fenômeno convencionou-se denominar *objetivação do recurso extraordinário* (grifos do autor) (OLIVEIRA, 2012, p. 725).

Esta nova feição do recurso extraordinário permite que o Supremo Tribunal Federal atue como Corte Constitucional, focando seus esforços em casos de relevância constitucional, além daqueles que são de sua competência originária. Não se pode admitir que, dada a patente dificuldade do Judiciário em julgar as demandas a ele submetidas, o STF, maior Corte do país, analise casos como o HC n. 121.903-MG, em que o Tribunal absolveu, em 2014, homem acusado de ter furtado um galo e uma galinha, ambos avaliados em R\$ 40,00.

Por fim, é importante, da mesma forma, deixar claro que repercussão geral e recurso extraordinário não se confundem. A primeira, objeto deste estudo, é requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. A sucinta discussão tratada aqui acerca da vinculação obrigatória se refere à repercussão geral, e não à decisão de mérito do recurso extraordinário, o qual é modalidade de controle difuso/concreto de constitucionalidade.

#### 4.3. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

Apesar de todas as tentativas de imbuir no processo judicial celeridade e prestigiar a garantia constitucional da razoável duração do processo, tais como a súmula vinculante e a repercussão geral, ainda assim o Poder Judiciário não foi capaz de superar as dificuldades referentes ao julgamento célere das demandas.

Com o objetivo de modernizar o processo civil brasileiro, incorporar/rejeitar posicionamentos jurisprudências e doutrinários, simplificar procedimentos e alcançar uma maior celeridade processual, se propôs a criação de um Novo Código de Processo Civil (NCPC).

Neste sentido, por meio de Ato do Presidente do Senado Federal n. 379, de 2009, foi instituída, no mês de setembro de 2009, Comissão de Juristas<sup>66</sup> para elaboração de Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, presidida pelo jurista e Ministro Luiz Fux. Tal anteprojeto foi apresentado em 08 de junho de 2010.

Por sua vez, o Senado Federal aprovou, com poucas alterações, em 15 de dezembro de 2010, o Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010, de relatoria do Senador Valter Pereira, com o intuito de criar o novo Código de Processo Civil.

Enviada à revisão da Câmara dos Deputados em 20 de dezembro de 2010, a proposição passou a tramitar com a designação Projeto de Lei n. 8.046, de 2010. Após o trâmite legislativo na Câmara dos Deputados, cuja relatoria coube, inicialmente ao deputado Barradas Carneiro e em seguida ao deputado Paulo Teixeira, o projeto foi aprovado com substitutivo, na data de 26 de março de 2014.

Com isto, retornou para a apreciação do Senado Federal em 01 de abril de 2014, nos termos do art. 65, § único, da CRFB<sup>67</sup> (BRASIL, 1988), sob relatoria do Senador Vital do Rêgo. O Senado Federal, então, aprovou em 16 de dezembro de 2014 o texto base do novo *codex*, finalizando a análise dos 16 destaques no dia seguinte.

Após o trâmite no Congresso Nacional, o projeto foi enviado para a sanção presidencial. Esta sanção ocorreu no dia 16 de março de 2015, iniciando-se o período de *vacatio legis* de 1 ano. Após este período entrará em vigor a lei n. 13.105/2015, ou seja, o NCPC.

É válido mencionar que se trata do primeiro Código de Processo Civil aprovado em regime democrático, tendo sido alvo, inclusive, de diversas audiências públicas, ampliando seu caráter dialético.

Conforme mencionado, o NCPC surgiu com o objetivo de dar maior coesão ao sistema processual brasileiro, acelerando o julgamento das lides e respeitando os ditames constitucionais. Isto fica claro na exposição de motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, elaborado por renomados juristas, demonstrando os objetivos do novo diploma processual. Tais objetivos não se alteraram com o trâmite legislativo. Pelo contrário,

---

<sup>66</sup> A Comissão foi composta pelos seguintes renomados juristas: Ministro Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque Almeida, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes.

<sup>67</sup> Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

o trâmite objetivou ampliar a efetividade do *codex* para alcançar de forma mais adequada tais escopos.

O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.

A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa.

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (BRASIL, 2010, p.14)

Entre as diversas formas de alcançar a razoável duração do processo e o devido processo legal, o NCPC demonstra claramente a contínua valorização do precedente judicial e da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, conforme bem aponta Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (2012, p.363-364):

Há quase vinte anos, o Direito brasileiro vem caminhando rumo a um sistema de precedentes. É inegável que no Brasil anuncia-se um novo Processo, que põe em destaque o caráter paradigmático das decisões dos Tribunais Superiores e se volta a solucionar com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia as demandas de massa, as causas repetitivas, ou melhor, as causas cuja relevância ultrapassa os interesses subjetivos das partes. Não é por acaso que o efeito vinculante e a possibilidade eficácia prospectiva dos precedentes são considerados por muitos como duas das principais inovações do projeto de Novo Código de Processo Civil.

Reconhecendo a importância e a crescente prática da utilização de precedentes judiciais, o legislador, sabiamente, estabeleceu certos parâmetros de fundamentação para as decisões judiciais baseadas nestes, no NCPC (BRASIL, 2015).

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

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

(...)

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

(...)

Observe-se que a mera evocação de precedente ou de súmula pelo magistrado não mais será apta para fundamentar a decisão judicial. Para isto, deverão ser demonstrados os fundamentos determinantes da decisão pretérita, e como o caso presente se ajusta a tais fundamentos (art. 489, §1º, V).

Isto, por si só, já acarreta profunda mudança na sistemática de utilização dos precedentes judiciais, que muitas vezes, são aplicados, sem ser realizada uma decomposição do precedente. Não se verifica sua *ratio decidendi*, muito menos se realiza uma comparação mais detida entre os casos em cotejo. Com o NCPC este processo terá de ser realizado, sob pena de se produzir uma sentença não fundamentada, logo, nula. Se antes o ato de utilização mecânica dos precedentes e verbetes sumulares era alvo de críticas doutrinárias, com o NCPC passa a ser alvo de nulidade das decisões judiciais.

O inciso seguinte fortalece ainda mais a necessidade de conhecimento das técnicas de utilização dos precedentes típicas do *common law*. Além da necessidade do magistrado fundamentar adequadamente os precedentes que pretende utilizar, deverá, por força do art. 489, §1º, VI, NCPC, decompor os precedentes invocados pelas partes. Uma vez que será nula a sentença que não explicar o porquê da súmula, jurisprudência ou precedente indicado pela parte não se coadunar com o caso concreto, obriga o juiz a realizar o *distinguishing* entre as decisões pretérias.

Ambos os dispositivos citados pugnam por um fortalecimento do caráter argumentativo do precedente, conforme se defende neste estudo, se afastando da utilização de precedentes baseados meramente em autoridade. Consequência da ampliação argumentativa no uso dos precedentes judiciais é o próprio fortalecimento do caráter argumentativo e democrático do direito.

Essa disposição impede a separação entre a prática de se seguir precedentes e a argumentação, sendo de crucial importância para a individualização do direito e para os discursos de aplicação. Ela torna a prática de se seguir precedentes – que, aliás, já existe mesmo onde eles não são vinculantes, em vista tanto de razões de justiça quanto de razões de praticidade – mais

racional e controlável pelo intérprete, fomentando o caráter argumentativo do direito (DERZI; BUSTAMANTE, 2013, p.360)

Tais dispositivos por si só demonstram a alta relevância concedida aos precedentes pelo futuro Código de Processo Civil, vez que tratam de possíveis nulidades em decisões judiciais. A correta compreensão destes elementos é vital para a utilização destas fontes jurídicas, que permeiam o vindouro diploma legal. A mera vinculação vertical dos precedentes, sem se aprofundar na sua análise será incapaz de alcançar o caráter argumentativo que o NCPC estabelece. E, conseqüentemente, alcançar a razoável duração do processo, combinada com maior qualidade das decisões judiciais, conforme se defende neste estudo.

A devida fundamentação das decisões baseadas em precedentes, inclusive, é essencial para que as partes possam se manifestar de forma consciente acerca da decisão judicial em eventual recurso. A má compreensão desta base argumentativa maculará todos os institutos e procedimentos que façam referência a tais fontes do direito.

Outro momento em que o NCPC claramente prestigia os precedentes judiciais é quando, ao tratar da remessa necessária, não requerer que decisões fundadas em enunciado sumular de Tribunal Superior, acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos, e entendimento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, sejam reanalisadas pelo juízo *ad quem*.

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

(...)

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

A remessa necessária é uma condição de eficácia da sentença, a qual as decisões contrárias à Fazenda Pública se sujeitam, salvo as exceções legais. Para que tais decisões passem a produzir efeitos é necessária nova decisão pelo tribunal local, ratificando a condenação.

Uma vez que o futuro Código de Processo Civil prega maior celeridade nos julgamentos da demanda é de se cogitar se não teria sido melhor a extinção desta figura



jurídica. De fato, a comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do NCPC sugeriu a extinção da remessa necessária, mas na versão da Câmara dos Deputados, o instituto foi novamente incluído (KOEHLER, 2012, p.307).

Não se pode esquecer que o maior beneficiado pela remessa necessária é a própria Fazenda Pública. Se originariamente a remessa necessária se justificava pelo Estado não ter o devido aparelhamento para sua defesa jurídica, atualmente, tal fato não mais existe. Ainda assim, é interesse do Estado manter tal requisito de eficácia da sentença, vez se tratar de um litigante habitual, que lucra com a demora no julgamento de certas demandas. Por este motivo, este interesse preponderou em face da celeridade processual buscada.

Não haverá necessidade, portanto, de remessa necessária quando a decisão estiver em conformidade com súmula, seja vinculante ou não, de Tribunal Superior (art. 496, §4º, I), acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos (art. 496, §4º, II), e entendimento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 496, §4º, III). É indubitável, portanto, a importância que os precedentes judiciais assumem neste ponto do vindouro diploma legal, vez que se trata de algumas das exceções legais da remessa necessária.

A valorização do precedente é de grande valia especialmente por permitir um julgamento mais célere dos casos repetitivos, contribuindo para uma prestação jurisdicional mais uniforme e em tempo razoável. Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p.274) expõe que este é um dos objetivos do NCPC:

Também nessa finalidade de obter maior efetividade processual, bem como de assegurar isonomia e segurança jurídica, o projeto prevê normas que estimulam a uniformização e a estabilização da jurisprudência, sobretudo em casos de demandas repetitivas.

E continua o autor:

Com a finalidade de melhor disciplinar as causas repetitivas, almejando obter maior racionalidade e confessada uniformidade, o projeto mantém várias das regras existentes no atual CPC, a cujo lado faz crescer o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas (...) (CUNHA, 2011, p.274).

Além dos diversos momentos já citados em que claramente os precedentes judiciais são valorizados no NCPC, um merece destaque: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Trata-se de instituto inspirado no direito alemão e presente desde o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Continuou presente em todas as versões posteriores, seja do Senado Federal, seja da Câmara dos Deputados, sofrendo modificações mais ou menos relevantes, mas que em nenhum momento objetivaram sua remoção. Da mesma forma não foi alvo de veto presidencial, estando positivado no NCPC.

Sua origem, conforme mencionado, vem do direito alemão. O procedimento-modelo, ou *kapitalanleger-musterverfahrensgesetz* (KapMuG), foi introduzido no direito alemão em 2005, para solucionar o caso *Deutsche Telekom*.

Neste caso, a empresa Telekom foi acusada de omitir informações relevantes acerca de sua liquidez e contratos, ao realizar a venda de suas ações. Com a rápida desvalorização de seus ativos, mais de 15 mil pequenos acionistas, representados por centenas de advogados, passaram a exigir, em milhares de causas diferentes, a devolução dos valores perdidos. Como não havia mecanismo para julgar todas as causas em tempo hábil, criou-se o *KapMug* (WENKEL, 2008).

Ao tratar do procedimento-modelo, Dierle Nunes e Rafael Patrus (2013, p.476) expõem seu objetivo:

A ideia da lei é simples, mas também ousada: introduzir no bojo do processo judicial um expediente incidental com a pretensão de estabelecer, a partir do julgamento de uma causa-modelo, um padrão decisório, de acordo com o qual todos os demais casos repetitivos serão posteriormente examinados e julgados. Era, como se pensou, a solução mais adequada, dentro dos parâmetros da ordem processual alemã, vinculados ao sistema tradicionalmente de *civil law* de resolução de litígios civis, para o tratamento do caso *DT*.

Com esta inspiração, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas objetiva instituir tese jurídica a ser aplicada a todos os processos, presentes e futuros, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão de direito, que tramitam ou tramitarão na jurisdição do respectivo tribunal.

Nota-se que se trata de mais um mecanismo baseado em precedentes judiciais. Com a aplicação da tese obtida através do caso paradigma a todos os outros que versem sobre idêntica questão de direito, alcança-se maior celeridade processual e isonomia nas decisões jurídicas acerca do tema.

O IRDR está previsto nos artigos 976 a 987 do NCPC, em capítulo próprio. A seguir, passar-se-á ao estudo do incidente. Não se objetiva esgotar todos os desdobramentos do tema; tal objetivo não seria possível vez que o instituto ainda nem se encontra positivado no

ordenamento jurídico brasileiro. Ainda assim, realizar-se-á análise crítica de seus dispositivos legais.

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas. (BRASIL, 2015)

O art. 976, *caput* e incisos, NCPC, prevê os requisitos para a instauração do incidente, os quais devem estar presentes de forma concomitante. São eles: a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre questão unicamente de direito; e risco de ofender os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Acerca da isonomia e segurança jurídica as discussões já foram ventiladas no decorrer deste estudo. Uma vez que o IRDR propõe uniformizar o entendimento jurisprudencial a partir de um precedente vinculante, busca-se proteger, entre outros elementos, a segurança jurídica e a isonomia. Portanto, o risco de determinado caso se multiplicar e vir a ser decidido de formas diversas por magistrados distintos é um dos requisitos para a instauração deste procedimento.

A maior atenção deve ser dirigida ao requisito da efetiva multiplicação de demandas cuja controvérsia se pautar em questão unicamente de direito. E isto se deve por dois motivos: o primeiro pela mudança ocorrida entre as versões do NCPC, e a segunda pela limitação à questão de direito.

Na primeira versão aprovada pelo Senado Federal, o requisito era a potencialidade da questão discutida gerar relevante multiplicação de processos. A alteração se deu durante a tramitação na Câmara dos Deputados, que alterou a disposição, para os termos atuais.

Há profunda diferença entre potencialidade de multiplicação de processos e efetiva multiplicação de demandas. Enquanto na primeira há um caráter preventivo, na segunda, a discussão repetitiva já se faz presente. Inicialmente, ao requerer apenas o risco de multiplicação, se pretendia impedir a multiplicação, criando precedente vinculante antes das decisões díspares serem prolatadas. Neste sentido, há uma celeridade ainda maior no desfecho das demandas judiciais.

Apesar destes argumentos, entende-se que a alteração realizada no projeto foi benéfica, e prestigia a postura argumentativa e dialética do precedente que se defende nesta dissertação. Uma vez existente a multiplicação dos processos, a discussão do tema já está muito mais desenvolvida, e a cognição acerca da matéria aprofundada, independentemente de terem sido produzidas decisões diversas por magistrados diferentes. Este aspecto do contraditório, e a pluralidade de teses jurídicas ventiladas permite uma maior qualidade na decisão que formará o precedente vinculante.

Esta crítica já foi levantada por Antônio Adonias Bastos (2011, p.35), que reconhece a maior capacidade da pronta fixação do precedente em evitar a multiplicação de desfechos em sentidos antagônicos, prevista na versão inicial do NCPC, mas ainda assim defende a criação do precedente em um cenário em que já há a efetiva multiplicação de demandas isomórficas, tal qual ocorre com os recursos excepcionais repetitivos, em virtude da maior qualidade da decisão após o amplo debate judicial.

Eis o posicionamento do autor, elaborado à época, criticando a primeira versão do NCPC, do Senado Federal:

(...) o incidente pode ser provocado com base, tão só, na potencialidade de repetição e quando o processo ainda tramita em primeiro grau de jurisdição. Parece-nos questionável o efeito vinculante do precedente formado nestas circunstâncias. Primeiramente, porque está calcado na suposição de que haverá multiplicação de casos semelhantes, sem a sua efetiva constatação. Assim, pode originar-se de um único ou de poucos feitos. Some-se a isso que, sendo o incidente deflagrado quando o processo ainda está em trâmite na primeira instância, a questão ainda não passou pelo esperado amadurecimento, até porque inúmeras pessoas que eventualmente se envolveriam em litígio sobre o mesmo tema ainda não ajuizaram suas ações individuais. Assim, podem não estar atentas à relevância de sua participação na construção da tese jurídica. De outro lado, o tema não terá sido amplamente enfrentado por diversos julgadores. Como se vê, este procedimento pode não mobilizar tantos sujeitos, de maneira a legitimar democraticamente a sua eficácia vinculante, exatamente por estar calcado na potencialidade de multiplicação de processos, e não na sua efetiva ocorrência. (BASTOS, 2011, p.37)

Tal crítica, elaborada em 2011, foi considerada pelo legisladores que decidiram alterar as disposições constantes no projeto de lei. Tal alteração acaba por fortalecer uma discussão mais profunda e o caráter argumentativo dos precedentes judiciais, que serão formados após maior maturação da tese jurídica a receber caráter vinculante.

A segunda questão que precisa ser analisada com cautela se refere à controvérsia sobre a questão ser exclusivamente de direito. É indubitável que a separação entre questão de fato/questão de direito nem sempre é clara como o projeto pressupõe, especialmente por este não esclarecer o âmbito da expressão. Tal lacuna será preenchida pela doutrina e pela jurisprudência.

O problema é que na criação de um precedente judicial os elementos fáticos influenciam a sua *ratio decidendi*. Não podem ser desconsiderados. Na verdade, é inconcebível a existência de questões de direito em uma decisão judicial, sem levar em conta os elementos fáticos que ensejaram a propositura da demanda judicial, e que influenciarão na medida jurídica a ser adotada. A posição de Teresa Arruda Alvim Wambier (2012, p.23) é semelhante:

(...) Só as circunstâncias jurídicas que indicam se se devem levar em conta poucos aspectos do caso subjacente é que dão a impressão de as regras fixadas pela jurisprudência serem “abstratas”, de serem matéria de direito (porque o fato, por opção racional do direito, não é complexo). Uma regra jurídica está sempre ligada a fatos. Ainda que pressupostos. Está, sempre, ligada à vida.

Conforme já dito, o IRDR foi baseado no *KapMuG*, no qual não há esta divisão entre questão de fato e de direito. Tais relações e críticas já foram apontadas por Antônio do Passo Cabral (2007, p.132-133), ao tratar do procedimento-modelo:

Ressalte-se que o objeto da cognição judicial neste procedimento pode versar tanto sobre questões de fato como de direito, o que denota a possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a divisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual. Esse detalhe é de extrema importância pois evita uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo. Vale dizer, se na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão, o que não ocorre aqui, com a vantagem de evitar críticas aos processos-testes.

Entretanto, acredita-se que tal elemento não será um obstáculo para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas. Ao tentar separar as questões jurídicas das

fáticas, tentou o legislador afastar as características individuais do caso paradigma, e assim, dar origem a uma tese jurídica o mais abstrata possível, aplicável a um maior número de lides. Apesar disto, ainda assim, a discussão dos fatos terá de ser levada em consideração, em maior ou menor medida, sob pena de identificação errônea de *ratio decidendi* dos precedentes paradigmas.

O artigo referido também estabelece que a desistência ou abandono do processo pela parte não impede a análise do mérito do incidente (art. 976, §1º, NCPC). Com isto, reconhece-se a relevância do incidente e evita que o interesse privado das partes afete a discussão que perpassa pelo interesse geral dos jurisdicionados e do próprio ordenamento. Inclusive, estabelece que não sendo o Ministério Público requerente, deverá intervir obrigatoriamente na causa, assumindo sua titularidade, nos casos de abandono ou desistência (art. 976, §2º, NCPC).

Da mesma forma, a inadmissão do incidente, uma vez verificada a ausência de seus pressupostos de admissibilidade, não impede a sua reinstauração, quando sanado o vício (art. 976, §3º, NCPC). Trata-se de medida salutar, vez que há o interesse na criação do precedente, dadas a relevância e objetivo do instituto, incluindo ampliar a celeridade no julgamento de demandas.

O art. 976, §4º, NCPC, traz disposição importantíssima. O vindouro *codex* objetiva prestigiar os precedentes vinculantes. Para tanto, não pode permitir o conflito entre estes. Exatamente por isso, em prol da eficiência e segurança jurídica, impede a instauração do IRDR quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua competência específica, já tiver afetado recurso para julgamento de causa repetitiva. Caso contrário, estar-se-ia permitindo a convivência de duas decisões possivelmente antagônicas, ou, ao menos, sendo contraproducente, pois se permitiria que 2 tribunais diferentes, um superior e outro inferior, prolatassem precedentes pautados na mesma tese, sendo que apenas o do órgão superior acabaria por ser seguido.

Por fim, novamente pensando na concretização dos escopos do futuro código, mediante a facilitação no manejo do instituto, não há necessidade de recolhimento de custas processuais durante o seu procedimento, nos termos do art. 976, §5º, NCPC.

O art. 977, NCPC estabelece que o pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do tribunal, de ofício por juiz ou relator (inciso I), ou ainda pelas partes (inciso II), Ministério Público ou Defensoria Pública (inciso III). Por fim, o ofício ou petição deverá ser instruído com os documentos que comprovem o preenchimento dos pressupostos para instauração do incidente (parágrafo único).

Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, por petição;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente. (BRASIL, 2015)

Nota-se ampla legitimidade ativa para propositura do incidente: o juiz ou o relator, de ofício (Poder Judiciário); assim como as partes, Ministério Público e Defensoria Pública (eventuais interessados diretos na demanda).

Já o art. 978, NCPC estabelece que o julgamento do IRDR caberá à órgão do tribunal, que deverá ser estabelecido em seu Regimento Interno, dentre os responsáveis pela uniformização de jurisprudência do órgão. Seu parágrafo único estabelece que este órgão, que deverá ser colegiado, não apenas julgará o incidente, fixando a tese jurídica, mas também julgará o recurso, remessa necessária, ou causa de competência originária, de onde se originou o incidente.

Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente. (BRASIL, 2015)

Com tais disposições o NCPC estabelece o julgamento por órgão específico, especializado em tratar da uniformização da jurisprudência do tribunal, pelo que se pressupõe uma prestação jurisdicional mais efetiva e eficiente. Da mesma forma, dada a especialidade do órgão, ele julgará as discussões correlatas ao incidente, tais como a remessa necessária, recurso, ou a causa de competência originária de onde se originou o incidente. O prévio conhecimento do tema, em tese, permitirá um melhor julgamento destas situações.

Agora, é preciso ter em mente que tais objetivos só serão alcançados se os tribunais reformarem seus regimentos internos, tratando destes pontos, criando ou definindo o órgão específico, caso contrário, não havendo esta especialização, o tribunal não será capaz de exarar decisões adequadas, nos termo do NCPC. E mais, descumprirá disposição legal expressa, atentando contra o devido processo legal.

O artigo seguinte estabelece a ampla divulgação e publicidade tanto da instauração como do julgamento do IRDR, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário. (BRASIL, 2015)

Dar ampla publicidade também será papel dos tribunais que devem manter base de dados atualizada com informações específicas acerca das questões de direito discutidas, comunicando imediatamente ao CNJ, para inclusão no cadastro (parágrafo 1º). Devem possibilitar a identificação das causas abrangidas pela decisão do IRDR, através de registro eletrônico destas teses jurídicas, que devem conter, minimamente, os fundamentos determinantes da decisão, leia-se, sua *ratio decidendi*, e os dispositivos normativos relacionados (parágrafo 2º). Por fim, também determina que o disposto neste artigo seja aplicado ao julgamento dos recursos repetitivos e da repercussão geral no recurso extraordinário (parágrafo 3º).

Note-se, que com o intuito de facilitar o acesso e a clareza aos elementos básicos que deram origem ao precedente vinculante, eles devem estar disponíveis para consulta pública, por meio eletrônico, rapidamente. O registro deverá conter também os dispositivos normativos relacionados. Trata-se de expressão mais ampla que dispositivos legais, de modo que as decisões judiciais eventualmente relacionadas devem ser apontadas.

Outro aspecto que merece menção expressa é a aplicação destas disposições ao julgamento de recurso repetitivo e da repercussão geral em recurso extraordinário. Reconhece-se, portanto, a similaridade entre os institutos e que há a necessidade de expor as informações deles em uma mesma base de dados. Com isto facilita-se o acesso e o conhecimento das decisões paradigmas e dos precedentes vinculantes, que tendem a aumentar quantitativamente com o NCPC.

O art. 980, NCPC, estabelece o prazo para julgamento do incidente e sua prioridade.



Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

Parágrafo único. Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário. (BRASIL, 2015)

Deve o incidente ser julgado no prazo de um ano, tendo preferência sobre os demais processos, salvo aqueles que envolvam réu preso e pedidos de *habeas corpus* (art. 980, *caput*, NCPC). É interessante notar que ao estabelecer um prazo para o julgamento do incidente o legislador busca estimular o seu célere desfecho. Atenta para a importância de causas penais, especificamente aquelas que lidam com a liberdade do indivíduo, dando prevalência a estas. Ainda assim, se trata de prazo impróprio, que não estabelece sanção caso seja descumprido.

Caso não respeitado o prazo de um ano, a suspensão das demais demandas isomórficas cessará, salvo decisão do relator, devidamente fundamentada, em sentido contrário (art. 980, § único, NCPC).

Uma vez distribuído o incidente, será papel do órgão colegiado competente realizar o juízo de admissibilidade, considerando os pressupostos do art. 976, já apresentados. Eis a dicção do art. 981, NCPC.

Art. 981. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976. (BRASIL, 2015)

O procedimento entre a admissão do IRDR e seu julgamento está previsto no art. 982, NCPC, abaixo transcrito.

Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias;

III - intimar o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes.

§ 2º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

§ 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

§ 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo.

§ 5º Cessa a suspensão a que se refere o inciso I do caput deste artigo se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente. (BRASIL, 2015)

Trata-se de artigo complexo, que requer atenção ao ser analisado. O relator, ao admitir o incidente de resolução de demandas repetitivas poderá realizar três ações, sendo duas obrigatórias. Deverá suspender os demais processos pendentes, sejam individuais, sejam coletivos, que tramitam na jurisdição do tribunal, ou seja, respectivo estado, caso Tribunal de Justiça, ou respectiva região, caso seja competência de Tribunal Regional Federal (inciso I). É dever do relator intimar o Ministério Público, para, caso assim deseje, se manifestar em 15 dias (inciso III). Entende-se que esta manifestação será devida apenas quando o ente atuar como fiscal da ordem jurídica. Por sua vez, é opção do relator requisitar informações a órgãos em cujo juízo já se discuta o objeto do incidente, os quais terão prazo de 15 dias para tal manifestação (inciso II).

A suspensão dos demais processos pendentes, seguindo a linha de mecanismos já existentes no atual CPC, permite evitar julgamentos díspares, otimizando a atuação jurisdicional com a aplicação do paradigma em casos idênticos. Já a intimação do Ministério Público se justifica pelo seu papel de fiscal da ordem jurídica, lembrando que sua manifestação não é obrigatória, mas sua intimação para tal, sim. A possibilidade de requisitar informações a outros juízos acerca de casos semelhantes se justifica na ampliação do debate e dos elementos que o compõe. Assim, uma melhor decisão pode ser tomada, com subsídios para realizar, inclusive, o *distiguishing* entre os casos, técnica esta que assume especial relevância na produção de precedentes paradigmáticos vinculantes.

Tal suspensão processual deverá, nos termos do art. 982, § 1º, NCPC, ser comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes. Durante o período de suspensão, eventual pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso (art. 982, § 2º, NCPC).

O art. 982, § 3º, NCPC, também traz previsão importantíssima. Em prol da segurança jurídica, os legitimados mencionados no art. 977, II e III, NCPC, quais sejam, as partes, Ministério Público e Defensoria Pública, podem requerer ao tribunal competente para conhecer de recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais no território nacional, que versem sobre o objeto do incidente, independentemente de natureza individual ou coletiva. Ademais, o § 4º estabelece que qualquer parte em processo em curso

que se discuta o objeto do incidente é legitimado para requerer a providencia anterior, independentemente dos limites da competência territorial.

Novamente fica patente a importância de suspender as demandas que versem sobre o mesmo assunto, e aperfeiçoar a prestação jurisdicional com a aplicação de precedente vinculante. Esta preocupação admite que até mesmo partes de processos que tramitam em zona de outra competência territorial requeiram ao tribunal a suspensão dos processos.

Por fim, o art. 982, §5º, NCPC, afirma que cessa a suspensão local dos processos, caso não seja interposto recurso especial e/ou extraordinário contra a decisão do tribunal acerca do IRDR. Não havendo interposição de recurso contra decisão meritória do IRDR, o precedente já terá sido firmado e passará a ser aplicado as demandas isomórficas, sendo desnecessário postergar o seu julgamento.

O art. 983, NCPC, estabelece o procedimento de oitiva dos interessados, prévio ao julgamento em si.

Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

§ 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente. (BRASIL, 2015)

O relator ouvirá as partes e interessados, os quais, no prazo comum de 15 dias, poderão requerer a juntada de documentos ou outras diligências para o deslinde da questão de direito discutida. Novamente, o NCPC defere grande importância ao *amicus curiae*, já sucintamente tratado neste trabalho. Reconhecendo a relevância do incidente, é possível que órgãos, pessoas e entidades interessadas contribuam, ampliando o caráter argumentativo do debate, e dando origem a uma decisão paradigma mais amadurecida. Em seguida o Ministério Público terá 15 dias para se manifestar. Note-se que neste sentido, o NCPC não especifica se o MP se manifestará na figura de parte ou quando agir como fiscal da ordem jurídica. Mesmo assim, entende-se que este prazo deve ser concedido apenas quando o MP não atuar como parte, pois, nesta categoria, a instituição já terá se manifestado previamente.

O art. 983, §1º, admite que o relator designe data para audiência pública, onde ouvirá pessoas com *expertise* na matéria, com objetivo de instrução do incidente. Busca-se, com essa

prerrogativa concedida ao relator, ampliar o debate ainda mais. Todavia, pode-se indagar se o excesso de participação não atrasaria o julgamento do IRDR. Entende-se ser por este motivo que tal ampliação do debate, por meio de audiência pública, não é obrigatório.

O enriquecimento da discussão por meio da participação de interessados pode ocorrer com o requerimento destes ou em audiência pública. É papel do relator definir as balizas deste debate. Caso tenha ocorrido participação de *amici curiae*, com o devido enriquecimento argumentativo, a audiência pública pode ser dispensada pelo relator, caso entenda medida desnecessária. Caso contrário, a medida passa a ser uma válida tentativa de ampliar o debate.

O que não se pode defender é olvidar de ampliar o debate, simplesmente por isto demandar mais tempo para o julgamento do incidente, cujo prazo de um ano pode ser superado. Trata-se de processo de criação de precedente paradigmático vinculante, apto a fundamentar muitas outras causas judiciais. Sua criação precisa ser realizada em um amplo espaço democrático. E o NCPC definiu que o relator do incidente será o árbitro desta medição. Reitere-se que deve ser levada em conta a celeridade processual, mas sem olvidar da qualidade na formação do precedente.

Nos moldes do § 2º do artigo ora analisado, concluídos tais procedimentos, o relator solicitará data para julgamento do incidente, o qual é regulado pelo art. 984, NCPC.

Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:

I - o relator fará a exposição do objeto do incidente;

II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente:

a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos;

b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência.

§ 1º Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado.

§ 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários. (BRASIL, 2015)

A ordem da atividade a ser observada no julgamento do incidente é a seguinte: primeiro o relator exporá o objeto do incidente (inciso I); em seguida, sucessivamente (inciso II), autor e réu do processo originário e o MP terão 30 minutos para suas sustentações (alínea a). O mesmo posicionamento acerca do MP não ter direito a outros 30 minutos, caso seja parte, se mantém aqui. Os demais interessados, ou seja, os *amici curiae*, que deverão requerer sua inscrição com dois dias de antecedência, terão 30 minutos, divididos entre todos, para exporem seus posicionamentos (alínea b). Reconhecendo a possibilidade de um grande

número de interessados no IRDR, o § 1º estabelece que o prazo poderá ser ampliado, levando em conta o número de inscritos.

Por sua vez, o art. 984, §2º, NCPC, traz disposição de grande relevância, a qual merece atenção por parte da comunidade jurídica. O acórdão deverá analisar todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica que busca ser objetivada, sejam favoráveis, sejam contrários. O futuro Código de Processo Civil, o qual entrará em vigor em 2016, após o período de *vacatio legis*, é bastante claro no sentido de que a decisão do incidente deverá possuir robusta fundamentação, tratando de todos os argumentos levantados, sejam favoráveis ou contrários.

Observe-se que esta postura se coaduna com o posicionamento defendido neste estudo, de que a qualidade do precedente precisa ser prestigiada, juntamente com a celeridade processual e consequente razoável duração do processo.

Trata-se de disposição que exigirá um profundo trabalho dos magistrados, que além de rebaterem ou defenderem disposições legais, terão que agir da mesma forma, em relação aos precedentes judiciais suscitados pelas partes envolvidas. Para tanto, todos os institutos e técnicas típicos do *common law*, e tratados em momento anterior deste estudo, deverão ser considerados.

Isto pressupõe que os magistrados terão conhecimento de tais técnicas, sendo capazes de extrair e separar *ratio decidendi* de *obiter dicta*, realizar o *distinguishing* entre os precedentes judiciais suscitados pela parte e o caso concreto, entre outros deveres, não tão simples para profissionais não habituados com tais conceitos.

Independente da dificuldade de operacionalização que tal disposição legal acarretará, ao menos no início, agiu bem o legislador. O NCPC busca instituir uma cultura de precedentes, e para tal, é essencial que os magistrados e os outros profissionais da seara jurídica, tenham conhecimento destas novas técnicas, sem as quais o manejo de precedentes se torna prejudicado. E especialmente nestes casos de vinculação, o manejo inadequado de precedentes acarretará profundos prejuízos na prestação jurisdicional.

As medidas a serem tomadas acerca da aplicação da tese jurídica estão dispostas no art. 985, NCPC.

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada. (BRASIL, 2015)

Julgado o incidente, a tese jurídica paradigma deverá ser aplicada, conforme já mencionado, a todos os processos individuais ou coletivos que tratem da mesma questão de direito, na área de atuação do respectivo tribunal que julgou o incidente, inclusive os de competência dos juizados especiais (inciso I). A aplicação deverá ser realizada também nos casos futuros, salvo ocorrendo revisão da tese jurídica (inciso II).

Naturalmente a aplicação do precedente não se dará apenas aos casos existentes no momento da decisão acerca do incidente. Os casos futuros também serão afetados pelo precedente. Na verdade, mais do que resolver todas as lides existentes, a utilização dos precedentes judiciais e do próprio IRDR visa decidir as causas futuras. Só não se aplicará aos casos futuros, caso o posicionamento do tribunal seja alterado, ou definido novo posicionamento por Tribunal Superior, conforme se verá mais adiante.

A não observância da tese jurídica pode ser alvo de Reclamação, conforme o art. 985, §1º, buscando-se preservar a autoridade do precedente vinculante. Por fim, o art. 985, § 2º, traz disposição que afeta diretamente questões relacionadas à prestação de serviço, decorrente de concessão, permissão ou autorização. São questões que afetam um grande número de pessoas, o que faz com que seja terreno fértil para instauração do IRDR. Uma vez julgado o incidente acerca destas matérias, o resultado do julgamento deverá ser comunicado ao órgão, ente ou agência reguladora responsável pela fiscalização destes serviços, para também zelar pela efetiva aplicação da tese adotada. Ou seja, o Estado levará em conta o precedente vinculante ao realizar a fiscalização dos entes a ela sujeitos.

Já o art. 986, NCPC, dispõe sobre a revisão da tese firmada, a qual será de responsabilidade do mesmo tribunal que instituiu a decisão paradigma. Tal revisão pode ser realizada de ofício, ou por intermédio de provocação dos legitimados no art. 977, III, NCPC, quais sejam Ministério Público E Defensoria Pública.

Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III. (BRASIL, 2015)

O último artigo acerca do IRDR trata da possibilidade de recorrer da decisão meritória do incidente.

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. (BRASIL, 2015)

Caberá recurso extraordinário ou especial, dependendo da matéria tratada no incidente (*caput*), sendo que a repercussão geral da questão constitucional é presumida (parágrafo 1º). Esta presunção segue a mesma lógica de valorização das decisões judiciais; o seu possível desrespeito, por si só, já caracteriza ofensa à ordem jurídica, a qual ultrapassa os interesses intersubjetivos.

A repercussão geral é requisito de admissibilidade, conforme já demonstrado, apenas do recurso extraordinário, mas a PEC n. 209/2012 busca incluir tal requisito como critério de admissibilidade do recurso especial. Caso isto venha a ocorrer, a repercussão geral deste também estará abarcada, mesmo que o dispositivo legal, ora analisado, não especifique o caso do STJ (ainda que seja provável a inclusão de disposições legais infraconstitucionais). A lógica aplicável ao recurso extraordinário também estaria presente no recurso especial, não sendo necessária alteração do artigo para que este entendimento passe a ser adotado. Da mesma forma, não é necessário exigir maior esforço argumentativo em eventual preliminar de repercussão geral em recurso especial.

Um ponto que pode ser levantado diz respeito à necessidade de apresentação da preliminar em eventual recurso. O NCPC determina a presunção da repercussão geral, todavia presunção e dispensa são diferentes. Por mais que esta discussão pareça banal, caso o Tribunal entenda pela necessidade de ao menos se apresentar a preliminar, e a parte não agir desta forma, o recurso não será conhecido. Por tal motivo, se defende que deva constar a preliminar no recurso, inclusive para resguardar o direito da parte, a qual não necessitará de maior aprofundamento argumentativo. O posicionamento de Luiz Henrique Volpe Camargo (2014, p.305) segue a mesma linha.

O art. 987, § 2º, dispõe que apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo STF ou STF será aplicada a sua zona de competência territorial, ou seja, o país inteiro, a todos os processos que versem acerca do tema.

Nota-se que a lógica se mantém. Definida a tese jurídica vinculante ela será aplicada a todo o país, devendo ser seguida pelos diversos tribunais.

Por fim, outro ponto do NCPC (BRASIL, 2015) que demonstra a importância do tema é o julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial repetitivos (arts. 1036-1041, NCPC), o qual deve ser mencionado, mesmo que o foco neste momento se centre no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Sempre que houver pluralidade de recursos que versem sobre a mesma questão de direito, tanto o Recurso Extraordinário (RE) como o Recurso Especial (REsp) serão alvos de julgamento por amostragem. Serão escolhidos alguns recursos indicativos da controvérsia (2 ou mais), enquanto os outros serão sobrestados, e julgados no mesmo sentido dos recursos paradigmas (art. 1036, §1º). Tais recursos precisam ser argumentativamente robustos, tratando da matéria discutida de forma abrangente (art. 1036, §6º), e devem ser julgados no prazo de um ano, tendo preferência sobre todos os temas, salvo aqueles que tratem de réu preso e pedidos de *habeas corpus* (art. 1.037, §4º).

É válida menção especial à possibilidade da parte demonstrar a distinção (*distinguishing*) entre seu caso erroneamente sobrestado e o recurso paradigma, podendo aquele prosseguir normalmente (art. 1037, §9º). É cabível *amicus curiae* dada a relevância da matéria (art. 1038, I) e é dever do Tribunal analisar em seu acórdão todos os fundamentos da tese jurídica levantada, favoráveis e contrários (art. 1038, §3º).

Após a decisão final, os recursos sobrestados serão julgados nos termos do acórdão paradigma pelos tribunais de origem, sendo considerados prejudicados, ou enviados para análise do Tribunal Superior, vez se tratar de causa distinta.

Perceba-se que há grande similitude entre as disposições do IRDR e dos RE e REsp repetitivos. Isto se deve pelo objetivo de ambos: definir um precedente paradigma e aplicá-lo a casos idênticos, para alcançar maior celeridade processual.

Novamente deve ser lembrada a importância do conhecimento dos institutos próprios do *common law*, para assim, aplicar o precedente com um viés argumentativo e não meramente autoritário. Se a preocupação existe na formulação do precedente, conforme se detalhou, ela também existe na aplicação do precedente e na hora de discutir a sua aderência aos diversos casos supostamente semelhantes.

Sem ter isto em mente, os precedentes judiciais não irão colaborar para a efetiva superação dos entraves jurisdicionais, advindos da demora no julgamento das demandas. Deve-se compatibilizar celeridade com qualidade dos precedentes judiciais, prestigiando sua



criação, através de amplo debate. Desta maneira, o precedente judicial se torna capaz de colaborar na busca da razoável duração do processo.

## 5. O DIREITO COMO INTEGRIDADE EM PROL DO APRIMORAMENTO NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Verificou-se que os precedentes judiciais, caso bem manejados, são capazes de auxiliar o Judiciário brasileiro a superar a crise de tempestividade na prestação jurisdicional, favorecendo, entre tantos aspectos já tratados, o alcance da razoável duração do processo.

Para uma utilização adequada dos precedentes estudou-se não apenas a evolução histórica das tradições jurídicas do *civil law* e do *common law*, concluindo que não há impedimento metodológico para que os países filiados à primeira tradição, utilizem precedentes judiciais vinculantes. Da mesma forma, analisou-se a teoria dos precedentes judiciais, argumentos favoráveis e os institutos próprios para sua correta compreensão, como a *ratio decidendi* (parcela vinculante), *obiter dictum* (parcela não vinculante) e técnicas de revogação.

Tais aspectos permitem ter uma compreensão adequada da teoria dos precedentes judiciais, favorecendo sua correta aplicação pelo Judiciário brasileiro. Todavia, com o intuito de aprofundar ainda mais a compreensão do tema, e a qualidade da utilização dos precedentes no Brasil, é necessário analisar de forma contundente a própria teoria do direito.

Por isto, na última seção desta dissertação se busca estudar aspectos centrais da teoria do direito de Ronald Dworkin, tais como sua teoria dos padrões jurídicos (*standards*), sua visão de casos fáceis e difíceis (*easy & hard cases*), e a tese da única resposta correta (*right answer thesis*), além de breves considerações introdutórias acerca do próprio autor.

Apesar de tais análises, o foco é a teoria do direito como integridade (*law as integrity*), desenvolvida por Dworkin. Sua comparação com o romance em cadeia e a figura do mítico juiz Hércules são apresentadas, para assim, poder ser analisada a importância desta teoria para o direito brasileiro, e sua capacidade de aperfeiçoar, ainda mais, o manejo dos precedentes no país, especialmente considerando seu aspecto hermenêutico e dialético, plenamente compatíveis com a análise já desenvolvida no presente estudo.

### 5.1. ASPECTOS CENTRAIS DA TEORIA JURÍDICA DE RONALD DWORKIN: PADRÕES JURÍDICOS, CASOS FÁCEIS E DIFÍCEIS E A TESE DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA

Ronald Myles Dworkin foi um filósofo do direito norte americano, cujas obras exercem grande influência na seara jurídica mundial. Estudou em Harvard e Oxford, além de

ter atuado como assistente do juiz *Learned Hand*. Também atuou como membro do escritório de advocacia *Sullivan and Cromwell*, e foi professor de direito, em diversas universidades de renome internacional, como *Yale*, *Oxford* e *New York*<sup>68</sup>.

Todavia, o impacto do autor não se deve apenas a seu perfil profissional, mas também pela importância que sua teoria teve para o direito mundial, tanto no âmbito teórico, como prático. Sua teoria tem influenciado diversos países na América Latina, não apenas o Brasil, além de outros, localizados na Ásia, África e Europa Ocidental. Entre os mais influenciados estão Estados Unidos da América e Inglaterra. As obras escritas por Dworkin, livros e artigos, tratam de diversos temas polêmicos, sejam jurídicos, morais e/ou políticos, e, vez que escritos de forma pouco prolixa e direcionados ao público geral e a profissionais do direito, alcançaram grande abrangência (MACEDO JUNIOR, 2014, p.28-31).

A grande contribuição de Dworkin para o direito se encontra em sua crítica aos positivistas jurídicos, elaborada através de considerações direcionadas a teoria de Herbert Hart, seu professor. Este passo foi essencial para o desenvolvimento do direito como se entende atualmente, vez que o cenário teórico atual é amplamente devedor das ideias de Dworkin, seja suportando sua teoria, seja reconhecendo seu papel para o desenvolvimento de versões mais bem elaboradas de teorias positivistas. Não se pode negar, portanto, a influência do pensamento dworkiniano na agenda de debate mais atual da teoria jurídica.

Entre as diversas e importantíssimas contribuições de Dworkin para a teoria do direito atual, pode-se citar: a teoria da única resposta correta; da existência e força normativa dos princípios jurídicos, do direito como integridade; da leitura moral da Constituição; da íntima relação entre moral e direito; e da compreensão do direito como prática interpretativa.

Para os fins do presente trabalho, alguns elementos precisam ser analisados com maior atenção, o que será realizado a seguir. Deste modo, é possível compreender os elementos essenciais da teoria, para em seguida, aplicá-la no direito brasileiro, contribuindo assim, para a melhor utilização de precedentes judiciais.

*Levando os direitos a sério* é o primeiro livro publicado por Ronald Dworkin. Trata-se de uma compilação de diversos artigos e ensaios, os quais foram, em sua maioria, escritos e publicados previamente à data do livro, o qual foi complementado com outros dois capítulos inéditos. Na obra, Dworkin advoga pela existência de diversos padrões jurídicos.

---

<sup>68</sup> Para aspectos biográficos mais aprofundados, vide: GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução por Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 7-15.

Esta elaboração de diversos tipos de padrões surge a partir das críticas que Dworkin faz em relação à teoria positivista de Herbert Hart, conforme exposta, principalmente, em *O conceito de direito*.

Para Hart, o direito é uma combinação de normas primárias e secundárias. As regras primárias são aquelas que determinam a prática de um ato, ou sua abstenção. Já as normas secundárias se encontram em nível diferenciado, pois versam sobre as normas primárias, especificando a sua produção, alteração, exclusão, entre outras situações dentro de um sistema jurídico (HART, 2012, p.105). Para este autor, as normas secundárias solucionariam os problemas típicos das regras primárias: incerteza, caráter estático e ineficiência. Nestes casos, seriam corrigidas por normas secundárias de reconhecimento, de modificação e de julgamento, respectivamente (HART, 2012, p.120-126).

Hart considera a combinação destas normas primárias e secundárias o cerne de um sistema jurídico. Tais normas, se incapazes de solucionar todos os problemas da teoria do Direito, são aptas a solucionar vários destes, além de elucidar conceitos jurídicos tradicionais.

Se fizermos uma pausa para examinar a estrutura resultante da combinação de normas primárias de obrigação com as normas secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento, tornar-se-á claro que temos aqui não apenas o cerne de um sistema jurídico, mas também um poderoso instrumento para a análise de muitos dos problemas que têm intrigado tanto os juristas quanto os teóricos da política (HART, 2012, p.127).

E de forma mais incisiva, Hart (2012, p.150) afirma, posteriormente, que:

Exigem-se, portanto, duas condições mínimas necessárias e suficientes, para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as normas de comportamento válidas de acordo com os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas; por outro lado, as normas de reconhecimento que especificam os critérios de validade jurídica e as normas de modificação e julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos comuns de comportamento oficial por parte das autoridades do sistema (...).

De fato, a teoria de Hart teve grande importância para o pensamento jurídico contemporâneo, ao superar a “Teoria do Soberano”, conforme proposta por John Austin. Todavia, foi alvo de críticas por conceber um sistema jurídico composto por regras, cujo critério de validade não decorria de seu conteúdo, mas sim de sua adequação aos critérios propostos por uma norma de reconhecimento.

Dworkin, no início de sua construção teórica, critica esta noção de validade, a qual chama de *teste de pedigree*<sup>69</sup>. Ele percebe que existem situações em que as decisões não são baseadas apenas em regras jurídicas, devendo existir, portanto, outros tipos de padrões aplicáveis. Apenas as regras jurídicas, portanto, não são suficientes.

Entre os exemplos utilizados para demonstrar sua posição, Dworkin (2011, p.37) apresenta o caso *Riggs v. Palmer*, onde se teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o que o documento estipulava, mesmo que o neto tivesse assassinado seu ascendente com esse objetivo. No presente caso, não havia lei que impedisse o herdeiro de receber o valor da herança. Todavia a decisão foi contrária ao assassino, pois o tribunal se valeu de padrões diferentes de regras. No caso, a decisão se fundamentou no princípio do *commom law*, de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza<sup>70</sup>.

Apresenta também o caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, cuja decisão também não se baseou em nenhuma regra expressa. No caso, Henningsen havia comprado um carro e assinado um contrato que previa a responsabilidade do fabricante por defeitos apenas nos casos em que existissem partes defeituosas, e para o reparo destas partes. O autor da demanda judicial alegava que a responsabilidade do fabricante, em seu caso, deveria ir além, alcançado despesas médicas e outras decorrentes da colisão de seu veículo. O tribunal, então, constrói sua argumentação de maneira favorável ao consumidor, fundamentando-se em princípios como equidade e justiça (DWORKIN, 2011, p. 38-39).

Observa-se, portanto, que tais decisões judiciais não se fundamentaram em regras, mas em padrão diverso. Dworkin (2011, p. 39) afirma que:

Os padrões especificados nessas citações não são do tipo que tomamos como regras jurídicas. Parecem muito diferentes de proposições como “A máxima velocidade legalmente permitida na auto-estrada é noventa quilômetros por hora” ou “Um testamento é inválido a menos que assinado por três testemunhas”. Eles são diferentes porque são princípios jurídicos e não regras jurídicas.

Uma situação que merece atenção é o fato de Dworkin, mas não apenas ele, utilizar expressões de uso comum, como regras e princípios, e criar um conceito próprio, com

---

<sup>69</sup> Como se apresentará a seguir, esta visão sofre modificação com o desenvolvimento da teoria de Dworkin, especialmente no livro *Justiça para Ouriços*.

<sup>70</sup> No direito brasileiro também existem decisões neste sentido. Vide, por exemplo: REsp 1366694 MG 2012/0273680-6; RE 725249 RS; RE 653583 PE.

características inerentes. Isto pode não gerar nenhuma confusão dentro da teoria do autor, mas ocasiona dificuldades ao se comparar com outras teorias que utilizam as mesmas expressões, mas com significados diversos. Esta crítica é levantada por Neil MacCormick (2006, p.337-338) ao afirmar que:

É claro que é perfeitamente legítimo em qualquer tipo de trabalho teórico apresentar definições que estipulem como termos específicos deverão ser usados e compreendidos no contexto da teoria. Contudo estipulações que atribuem significado especial a palavras de uso comum e geral são propensas a desorientar os leitores, quando não também o próprio autor.

Neil MacCormick (2006, p.338) continua:

A meu ver, sua proposta não se aplica. Seria de uma excentricidade singular adotar as prescrições de Dworkin referentes ao emprego dos termos “princípios” e “política”, pois fazê-lo de modo constante tornaria indizíveis todos os tipos de frases que são perfeitamente dizíveis no contexto do emprego usual de advogados, filósofos, e naturalmente leigos.

Esta confusão, de fato, muitas vezes ocorre. Paulo Klautau Filho (2008, p.100) apresenta um exemplo destas incompatibilidades entre teorias. No caso, entre a de Alexy, a qual o autor se refere, e Dworkin:

Poder-se-ia dizer, então que os princípios têm sempre o mesmo caráter *prima facie*, enquanto as regras, sempre o mesmo caráter definitivo. É o que Dworkin parece fazer quando afirma que as regras válidas aplicam-se na base de um tudo ou nada e que os princípios apenas contêm razões para se decidir em certo sentido, mas não necessariamente exigindo aquela decisão em particular.

Após a semelhança entre as teorias, todavia, Paulo Klautau Filho (2008, p.100) também aponta posições conflitantes: “Mas, contrariamente ao que Dworkin afirma, para Alexy, as exceções incorporáveis a uma regra não são também quantificáveis teoricamente (...)”.

Nota-se, portanto, que esta ressalva é importantíssima. Ao estudar teorias é preciso perceber que a forma como certas expressões comuns são utilizadas pelos estudiosos, podem ser adequadas a suas teorias, mas incompatíveis com teorias diversas. Esta é uma das razões que leva a uma grande perplexidade ao buscar-se um conceito final para “princípios”. É necessário deixar claro o marco teórico utilizado ao definir certos institutos jurídicos, sob

pena de gerar grande confusão, não apenas terminológica, mas teórica e, conseqüentemente, prática.

Tal observação é válida para o caso brasileiro, onde se fala inclusive em um pan-principiologismo, dada a proliferação da nomenclatura *princípio*, a qual passa a qualificar normas jurídicas, simplesmente por serem consideradas de grande valia para o ordenamento jurídico. É o caso dos chamados princípio da felicidade, princípio da proibição do atalhamento constitucional, princípio da verticalização das coligações partidárias, entre outros (STRECK, 2012, p. 1).

Feito o alerta, a seguir analisar-se-ão características dos padrões (*standards*) que compõem o sistema jurídico, conforme concebidos por Ronald Dworkin, e sua evoluções com o amadurecimento teórico do autor. Não se visa realizar uma análise exaustiva sobre o tema, vez que não é o objetivo deste trabalho. Assim, serão apresentados elementos básicos para uma melhor compreensão da teoria do direito como integridade.

Primeiramente, é importante frisar também que Dworkin (2011, p.119) não afirma a existência de determinado número de padrões; ele, de fato, se opõe a possibilidade do direito ter um número fixo destes.

As regras jurídicas são padrões bastante comuns no ordenamento jurídico. São proposições jurídicas bastante simples, que funcionam da forma do tudo ou nada (*in an all or nothing fashion*), sem maior amplitude interpretativa. Ou são aplicadas ou não. Uma norma jurídica que determine um limite de velocidade para determinada rodovia, será ou não aplicada, da mesma forma que um número mínimo de testemunhas é necessário para tornar um testamento válido. Não é possível que tais regras sejam aplicadas de forma parcial.

Como exemplo mais próximo da prática judicial brasileira pode-se citar o artigo 297<sup>71</sup>, do atual Código de Processo Civil (BRASIL, 1973). Observe-se que a disposição jurídica é clara. Não há âmbito maior para interpretação, possuindo baixo grau de generalidade e aplicação imediata. As formas de resposta do réu (contestação, reconvenção e exceções) devem ser oferecidas em um prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de não serem apreciadas. Ou a presente regra jurídica será aplicada, ou não.

Em determinados momentos, observa-se que podem existir exceções à determinada regra. De fato, um ordenamento jurídico prevê estas situações de forma rotineira, o que para Dworkin (2011, p. 40) não configura um conflito real entre regras:

---

<sup>71</sup> Art. 297, CPC - O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.

A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.

Não há dúvida que o prazo para a apresentação da resposta do réu, no direito brasileiro, que é de 15 (quinze) dias, constitui uma regra, na terminologia dworkiniana. Caso a resposta do réu seja apresentada neste prazo será considerada tempestiva, caso contrário a resposta não será analisada.

Todavia, existem exceções, como é o caso do litisconsórcio com procuradores diferentes, previsto no artigo 191<sup>72</sup>, do atual Código de Processo Civil brasileiro (BRASIL, 1973). Neste caso, esta norma jurídica é uma complementação à primeira regra apresentada. A enunciação mais completa da regra, portanto, será a seguinte: o réu tem o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar sua resposta, mas nos casos de litisconsórcio com procuradores diferentes este prazo será dobrado. Conforme Ronald Dworkin, a regra terá sua enunciação mais completa, conforme as exceções forem sendo incluídas. Portanto, no caso brasileiro, a regra se tornará cada vez mais completa conforme as hipóteses de prazos diferenciados passem a ser consideradas.

Caso haja alguma regra verdadeiramente conflitante, ou seja, em sentido diverso de outra regra, sem que haja no sistema jurídico forma de compatibilizar estas posições, uma não será aplicada. Isto se deve ao fato das regras não possuírem uma dimensão de peso, ou seja, de importância inerente, moral. Possuem maior ou menor importância dependendo de quão profundamente regem o comportamento, razão que leva Dworkin a dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes (DWORKIN, 2011, p. 43).

Dworkin (2011, p. 43) ao tratar especificamente do conflito entre regras pontua que:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão preponderância à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes (...)

---

<sup>72</sup> Art. 191, CPC - Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.



As críticas que Dworkin direciona aos positivistas clássicos, especialmente a Hart, se deve muito ao fato destes não terem considerado padrões diferentes das regras ao formularem suas teorias. E conseqüentemente, este é um grande mérito da teoria dworkiniana.

Juntamente com as regras, Dworkin concebe padrão diverso, o qual denomina de princípios, sendo válidas algumas ressalvas. Inicialmente, o autor utiliza a expressão princípios de duas formas. Princípios *lato sensu*, como sendo todos aqueles padrões diferentes de regras. E princípios *stricto sensu*, como uma espécie de padrões jurídicos, ao qual dedica atenção. Juntamente com os princípios em sentido estrito, concebe as políticas (*policies*) (DWORKIN, 2011, p. 36).

No caso das políticas outra observação se faz necessária. Na língua inglesa existem as palavras “*politics*” e “*policies*”, todavia na língua portuguesa, ambas são traduzidas como políticas. “*Politics*” se refere à ciência que trata dos fenômenos relativos ao Estado, a Ciência Política. Por sua vez, “*policies*” se refere às diretrizes tomadas pelo Estado, em direção a algum objetivo; seria uma espécie de política pública. Esta diferenciação é importante, pois ao tratar-se de políticas na teoria de Dworkin, a referência é no sentido de “*policies*”.

Princípios em sentido estrito (que são tratados por princípios, propriamente ditos) seriam os padrões que revelam aspectos da moralidade, tais como justiça ou equidade. Por sua vez, políticas descrevem metas gerais, objetivos coletivos, a serem alcançadas. Enquanto princípios são direitos individuais, as políticas revelam objetivos políticos do Estado, o qual visa determinado fim.

A concepção inicial de Dworkin (2011, p.36), expressa no capítulo “O modelo de regras I”, originalmente publicado em 1967 é a seguinte:

(...) Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade (...).

Esta posição é mantida pelo autor em “Casos Difíceis”, originalmente publicado em 1975; é outro capítulo que faz parte de *Levando os direitos a sério*. Note-se que já há um amadurecimento da teoria dworkiniana.

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Estes dois tipos de argumento não esgotam a argumentação política (...) Ainda assim os princípios e as políticas são os fundamentos essenciais da justificação política (DWORKIN, 2011, p. 129-130).

Apesar de ambos os padrões serem incluídos por Dworkin como princípios em sentido amplo, deve-se frisar que isto se deve ao fato do autor contrapor esta concepção de princípio com regras. Tratando-se de princípios em sentido estrito e políticas é essencial atentar para o fato de Dworkin (2011, p. 132) não aceitar, no início de sua teoria, que políticas - metas coletivas - fundamentem decisões judiciais. Apenas os princípios *stricto sensu* tem essa função, assim como as regras.

Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da *Spartan Steel*, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios e não por políticas (...)

Assim, ao rejeitar argumentos consequencialistas, Dworkin impede que decisões utilitaristas baseadas em políticas venham a ser utilizadas em detrimento dos direitos do indivíduo; os princípios neste sentido, como parte dos direitos individuais, funcionam como trunfos políticos do cidadão (DWORKIN, 2011, p. XV).

Afirma que como argumentos de política buscam um objetivo geral, uma meta a ser atingida pela sociedade, não é papel do Judiciário determinar quais políticas devem ser implementadas e aplicá-las nas decisões judiciais. Tal papel cabe ao Legislativo, onde há uma seara adequada para análise e embate dos diversos interesses sociais existentes. Desta forma, não seria adequado para juízes, que não são alvos de pressões políticas, definirem metas do Estado. De forma contrária, os argumentos baseados em princípios não seguem esta lógica, de maneira que esta objeção não os afeta de forma contundente.

Portanto, as decisões sobre políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração. Pode ser que o sistema político da democracia representativa funcione com indiferença nesse aspecto, mas funciona melhor que um sistema que permite que juízes não

eleitos, que não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobrança do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em suas salas de audiência (DWORKIN, 2011, p. 133).

Outra justificativa apresentada pelo filósofo do direito é a de que não seria justo surpreender as partes envolvidas com decisões que elas não poderiam prever. Neste sentido, a regra, expressa de forma clara, não surpreende as partes caso utilizada em uma decisão judicial, pois todos tem conhecimento daquele determinado padrão legal. Apesar desta lógica poder ser utilizada para refutar a aplicação de princípios em sentido estrito, Dworkin (2011, p. 134) alega que “se o demandante tem de fato o direito a uma decisão judicial em seu favor, ele tem a prerrogativa de poder contar com tal direito”. Como princípios *stricto sensu* fazem parte do sistema jurídico, eles podem ser utilizados nas decisões judiciais. Não é o fato de não serem criações legais que impedem sua aplicação.

Por sua vez, a lógica não justifica decisões fundadas em *policies*, uma vez que, pela ausência de um debate em seara apropriada, elas não se enquadram como argumentos em decisões passíveis de serem utilizados pelo Judiciário. Nota-se que ambos os argumentos estão conectados. Além disso, é possível conceber que em nome de uma meta política, os cidadãos sejam tratados de forma desigual. Mas uma vez que princípios denotam aspectos de moralidade, esta discriminação não ocorre, não ao menos sem uma justificativa plausível, com base em princípios. Nas palavras de Ronald Dworkin (2011, p.138):

(...) Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas. Isso é dificilmente surpreendente, mas ao argumento não se sustentaria se os juízes fundamentassem suas decisões em argumentos de políticas (...)

Stephen Guest (2010, p. 66-67) aponta outros elementos importantes ao analisar as políticas na teoria de Dworkin, os quais merecem atenção:

Um fator de complicação é que as discórdias com a ideia de política de Dworkin geralmente recaem sobre o conteúdo da política, mais do que sobre a forma do argumento que as decisões políticas assumem. Dworkin é claro ao afirmar quanto à distinção ser de forma, e não de conteúdo (...) Mas trata-se também de uma distinção de substância também, no sentido em que ela requer um sentido forte distinto, e, que princípios não são reduzíveis a políticas. Isso é confirmado pela conhecida afirmação de Dworkin de que direitos são “trunfos” que vencem metas utilitaristas.

Em seu livro *Uma questão de princípio*, Dworkin trata de duas questões principais. A primeira questão é se os juízes devem decidir casos valendo-se de fundamentos políticos, de maneira que a decisão seja não apenas a decisão de que grupos políticos teriam interesse, mas que sejam tomadas também baseadas em princípios de moralidade política (DWORKIN, 2005, p. 3).

A segunda questão é saber o que é um Estado de Direito, e para tal contrapõe duas concepções deste conceito: uma “centrada no texto legal”, enquanto a outra é “centrada nos direitos” (DWORKIN, 2005, p. 6-7). Na verdade esta é uma contraposição entre as ideias de um ordenamento centrado em regras (conforme o ideário positivista da época), e outra centrada em princípios de ordem moral, a qual o autor defende.

O posicionamento de Dworkin acerca dos padrões jurídicos não se alterou. Isto fica claro no seguinte trecho, em que se posiciona acerca da primeira objeção supracitada, utilizando fundamentos expostos em seu primeiro livro:

Minha visão é que o vocabulário desse debate sobre a política judicial é muito primário e que tanto a visão britânica oficial quando [sic] a visão norte-americana “progressista” estão erradas. O debate negligencia uma distinção importante entre dois tipos de argumentos políticos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões. É a distinção (que tentei explicar e defender alhures) entre argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção de bem-estar geral ou do interesse público. A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não de procedimento político. Minha visão, portanto, é mais restritiva que a visão norte-americana progressista, mas menos restritiva que a britânica oficial. (DWORKIN, 2005, p. 6)

Nota-se que Dworkin defende a aplicação de princípios *stricto sensu*, mas repudia a utilização de políticas. Na verdade, o livro não se concentra em analisar novamente os conceitos que Dworkin atribui aos padrões (*standards*) por ele determinados, frente as diversas críticas recebidas. Tenta-se demonstrar o valor prático da distinção defendida pelo autor em diversos contextos, além, claro, de tratar de outros pontos da teoria dworkiniana. O próprio título do livro corrobora a forte ligação que o autor observa entre o direito e princípios, ao afirmar que o primeiro é uma questão de princípio. Por estas razões, a concepção defendida por Dworkin, apresentada em seu primeiro livro não sofreu modificação.

Não houve alteração de postura, também, em *O império do direito*, o qual objetiva amadurecer a tese de Dworkin, a qual será tratada mais adiante, de que o raciocínio jurídico é

um exercício de interpretação construtiva que busca alcançar a melhor interpretação para a solução das demandas apresentadas ao Poder Judiciário. Neste sentido, Dworkin defende a existência de uma resposta certa para casos difíceis, sendo esta a melhor interpretação possível, considerando a história jurídica de um povo. Esta atividade se dá por meio de um exercício de interpretação. Dworkin (2007, p. XI) explica no prefácio do livro qual seu objetivo:

(...) O presente livro expõe, de corpo inteiro, uma resposta que venho desenvolvendo aos poucos, sem muita continuidade, ao longo dos anos: a de que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis (...)

No livro, o posicionamento de Dworkin acerca do *standards* jurídicos não se altera, conforme pontua Stephen Guest (2010, p. 64), aluno de Ronald Dworkin.

“Princípio” e “política” são termos técnicos e ele oferece definições formais para eles nos Capítulos 2 e 4 de *Taking rights seriously*. Ele não muda sua opinião em *Law's Empire*. Em linhas gerais, princípios descrevem direitos, e políticas descrevem metas.

Apesar de o posicionamento do famoso filósofo do direito não ter se alterado neste sentido, ele sofreu refinamento. Dworkin precisou enfrentar, ao desenvolver a sua teoria sobre integridade, a relação do uso de princípios com a influência política que permitiu o surgimento desses padrões morais. Ele defende, ainda, a inaplicabilidade de políticas como fundamento de decisões judiciais, mas reconhece que o ambiente político afeta os próprios princípios. Isto fica claro na seguinte passagem de *O império do direito*:

(...) Os governos têm objetivos: pretendem tornar as nações que governam prósperas, poderosas, religiosas ou importantes; também querem permanecer no poder. Usam a força coletiva que monopolizam para este e outros fins. De modo geral, nossa discussão sobre o direito assume – é o que sugiro – que o escopo mais abstrato e fundamental da aplicação do direito consiste em guiar e restringir o poder do governo da maneira apresentada a seguir. O direito insiste que a força não deve ser usada ou refreada não importa quão útil seria isso para os fins em vista, quaisquer que sejam as vantagens ou a nobreza de tais fins, a menos que 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 (DWORKIN, 2007, p.115-116).

O ponto de atenção deve ser o seguinte: o autor afirma que em algum momento decisões políticas, justificadas, modificaram o rumo da sociedade. E isto deu origem a uma nova visão de aspectos da moralidade. Note-se que Dworkin não afirma que estas decisões políticas foram tomadas por juízes, mas é possível conceber que uma decisão política, inicialmente tomada pelo Poder Público, visando determinada meta, influencie na decisão judicial. Neste caso é concebível entender que *policies* suplantem direitos individuais, mas não se trata unicamente uma decisão pautada em política. Stephen Guest (2010, p. 67) apresenta a discussão com propriedade:

O argumento então é: se direitos podem ser abolidos em favor de metas, que sobrou da distinção? Mas a crítica é superficial. Não há problema lógico em dizer que há uma categoria especial de emergência em que todos os tipos de atos podem ser justificados. O estado de sítio é um bom exemplo, mas há outros semelhantes, como por exemplo, leis sobre quarentena. O argumento correto é que *em nome dos direitos* você pode suspendê-los *para que eles possam ser restabelecidos* quando cessar a emergência. De fato, é quando “leis emergenciais” tornam-se indefinidas que começamos a suspeitar que se chegou em um estágio da vida política no qual direitos não são mais importantes (grifos do autor).

Juntamente com a elaboração de tais padrões jurídicos, é importante apresentar as distinções entre regras e princípios, assim considerados os padrões diferentes das regras.

Conforme já tratado as regras possuem aplicação no sentido de tudo ou nada, ou seja, ou serão aplicadas no caso concreto, ou não. Esta lógica não se aplica aos princípios em sentido amplo, uma vez que eles não estabelecem as consequências jurídicas específicas que decorrem de sua existência. A possibilidade de aplicação de um princípio em dado caso, não significa que ele prevalecerá. É possível que haja princípios que fundamentem a tese contrária. Independente de qual prevalece e será aplicado no caso, aquele que não obteve maior aceitação não será excluído do sistema jurídico. Pelo contrário, permanece e poderá ser aplicado em outra situação, cujo embasamento fático seja diverso. Dworkin (2011, p.39) é claro neste sentido:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.

Esta diferença lógica gera como consequência uma outra distinção. Os princípios possuem “peso”, diferentemente de regras. Uma vez que princípios são padrões que revelam

aspectos da moralidade, esta própria moralidade confere a cada princípio um determinado valor, frente ao caso concreto.

(...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um (...). Não obstante esta dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é (DWORKIN, 2011, p.43).

Como as regras não possuem esta característica, uma não pode suplantar outra, simplesmente por ser considerada de maior importância. Ambas possuem o mesmo status e um real conflito entre elas, pode gerar complicações dentro do ordenamento. Posteriormente, Dworkin desenvolve este ponto da teoria afirmando que em relação às regras, podem existir lacunas e antinomias.

Neste sentido a distinção entre casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*) utilizadas por Dworkin passa a fazer mais sentido. Um caso fácil é aquele que pode ser solucionado utilizando regras, as quais já estão expressas no ordenamento de forma clara. Já os casos difíceis são aqueles em que regras não são suficientes, sendo necessário o auxílio de princípios em sentido estrito. Os exemplos usados por Dworkin e explicados no início deste estudo seguem esta lógica.

Apesar destas diferenças o autor reconhece que nem sempre é simples reconhecer um padrão como sendo princípio ou regra, e que muitas vezes seus papéis podem ser bastante semelhantes, de maneira que as diferenças se reduzem à questão de forma, mas não de conteúdo (DWORKIN, 2011, p.43-44).

Em relação às exceções, elas são presentes nas regras, mas não em princípios. Neste sentido, pertinente a lição de Giovani Saavedra (2006, p. 72):

Para Dworkin, os princípios não contém exceções, pelo contrário, são utilizados exatamente para cobrir todos os casos, inclusive as exceções não previstas pelas regras. Os princípios mantêm a coesão do direito, evitando que fatos novos impeçam o seu funcionamento. Os princípios permitem que exceções sejam sempre incorporadas dentro do sistema jurídico participando de sua lógica interna específica (...)

Uma atenção especial deve ser dada à teoria de padrões jurídicos de Dworkin, após *O império do direito*. Isto se deve, pois o autor não mais utiliza de forma contundente a

diferenciação entre regras e princípios desenvolvida até esse ponto de sua teoria, para demonstrar seu pensamento.

No próprio livro *O império do direito*, a estratégia muda, mesmo que a lógica se mantenha. O autor passa a se valer das figuras do aguilhão semântico (inicialmente em *O império do direito*) e do arquimedeanismo (de forma explícita em *A justiça de toga* e obras seguintes), além de criar novos conceitos (interpretativos, criteriosais, naturais e doutrinários, em *A justiça de toga*). Todas estas estratégias buscam demonstrar a importância central dos princípios e da moralidade dentro do argumento jurídico, conforme bem aponta Ronaldo Porto Macedo Junior (2013, p.45):

(...) Dworkin abandona, em textos posteriores a *Levando os direitos a sério* (1977), a estratégia de apresentar a novidade metodológica de seu pensamento por meio da abordagem do contraste entre regras e princípios. Dworkin retomará o mesmo tema valendo-se de novas categorias, como "aguilhão semântico", "arquimedeanismo" e, mais recentemente, apresentando uma nova tipologia de conceitos (conceitos interpretativos, criteriosais, naturais e doutrinários) necessários para o correto entendimento do fenômeno jurídico.

É interessante notar que Shapiro (2007, p.5) considera a mudança na postura de Dworkin não como uma evolução natural de sua teoria, mas sim como um refinamento, fruto dos debates com os seguidores de Hart: “*Dworkin modified his critique to circumvent the responses of Hart’s followers*<sup>73</sup>”. O sucesso dos críticos, então, teria feito com que o teórico tivesse que alterar aspectos de sua teoria. Trata-se de afirmação negada pelo próprio Dworkin (2010, p. 329), ao considerar as críticas de Shapiro.

Ainda que assim seja, não há dúvida que Dworkin (2010, p.343) continuou defendendo que o direito como integridade deveria ser aplicado, sendo especialmente útil ao analisar *hard cases*, mas também cabível aos *easy cases*, em contraposição à postura dos filósofos positivistas, que defendiam a atuação discricionária do magistrado.

(...) Os positivistas afirmam que, em tal caso, o juiz deve exercer seu poder discricionário para introduzir inovações no direito. Os antipositivistas descrevem a mesma necessidade de maneira distinta: o jurista que, como eu, acredita que os juízes devem visar à integridade em suas decisões, concordará que as exigências da integridade serão quase sempre, talvez muitas vezes, controversas, de modo que será necessário criar um novo modo de decidir (...).

---

<sup>73</sup> “Dworkin modificou sua crítica para circundar as respostas dos seguidores de Hart”. Traduzido pelo autor.



Deste modo, Dworkin (2010, p.355) continuou a advogar pela visão interpretativista do direito, que por meio da aplicação da integridade, seria a melhor forma de alcançar a melhor resposta ao caso, conforme se observa no trecho abaixo:

(...) O interpretacionismo, assim como outras teorias jurídicas, também pressupõe que os juízes inovem em seus julgamentos de moralidade política nos casos difíceis, orientando-os a buscar um equilíbrio interpretativo entre o conjunto de decisões legislativas e judiciais que representam a estrutura jurídica e os princípios gerais que parecem constituir a melhor maneira de justificar essa estrutura. Como afirmei em outro livro, esse é, na verdade, o método tradicional do *common law* (...).

Em *Justiça para ouriços*, esta visão interpretativista se mantém, assim como a importância que Dworkin (2012, p.413) confere à relação entre direito e moral:

(...) O conceito doutrinário de direito só pode ser compreendido como um conceito interpretativo (...). Por conseguinte, defender uma análise desse conceito interpretativo só pode significar defender uma teoria controversa da moral política. Uma análise do conceito tem de assumir, desde o início, uma relação íntima entre o direito e a moral (...).

Apesar da importância das modificações e refinamentos teóricos, os quais não serão tratados especificamente por não ser o foco do trabalho, a que impacta de forma mais profunda na concepção inicial de Dworkin se refere ao teste de *pedigree*. Inicialmente, o autor é claro ao recusar a existência de uma regra de reconhecimento capaz de determinar quais padrões são jurídicos e quais não são.

(...) Afirmei especialmente que é errado supor (...) que em todo sistema jurídico existe algum teste fundamental, normalmente reconhecido como válido, para determinar quais padrões contam como direito e quais não contam. Afirmei que nenhum teste fundamental como esse pode ser encontrado em sistemas jurídicos complexos (...) (DWORKIN, 2011, p.73).

Todavia, em *Justiça para ouriços*, tal postura sofre importante alteração. Nesta obra, Dworkin (2012, p.13) defende a unidade do valor, buscando unir valores éticos (o que devemos fazer para viver bem) e morais (o que devemos uns aos outros). Propõe uma teoria sobre o que é viver bem e sobre o que deve ser feito e não feito para as demais pessoas, caso se busque este viver bem. E para tal a noção de dignidade é essencial. Dworkin (2012, p.211) trata do tema da seguinte forma:

Introduzo agora dois princípios éticos que penso que estabelecem requisitos fundamentais para se viver bem (...). O primeiro é o princípio do respeito

próprio. Cada pessoa deve levar sua própria vida a sério: tem de aceitar que é importante que sua vida seja uma realização bem sucedida e não uma oportunidade perdida. O segundo é o princípio da autenticidade. Cada pessoa tem a responsabilidade especial e pessoal de criar essa vida por meio de uma narrativa ou de um estilo coerente que ela própria aprova. Juntos, os dois princípios oferecem uma concepção da dignidade humana; a dignidade requer respeito próprio e autenticidade (...)

O primeiro princípio não prega apenas o respeito à sua própria vida, mas também à vida dos próximos, se tornando o que o autor definiu como princípio de Kant (DWORKIN, 2012, p. 263). Com tais princípios busca-se conectar ética, moralidade e moralidade política.

Na verdade, Dworkin (2012, p. 414) passa a considerar o direito como parte da moral política e não mais como sistemas separados (direito e moral); o direito seria um “ramo” da “árvore” da moral política. Todavia reconhece que a tarefa difícil é distinguir os dois conceitos interpretativos supracitados. E para tal o fenômeno da institucionalização é necessária, além de “alguma versão daquilo a que Hart chamou regras secundárias”.

A necessidade de respeitar os dois princípios da dignidade (de caráter interpretativo) que Dworkin aponta pode ser considerada parte de uma nova espécie de regra de reconhecimento. Os padrões jurídicos que se adequem a estes postulados da dignidade, devidamente institucionalizados e à luz da integridade, respeitariam a dignidade humana, de modo a serem jurídicos. Trata-se de regra de reconhecimento com dois pontos de análise: interpretativo e institucional. Tal concepção difere grandemente da postura inicial do autor, conforme ficou demonstrado.

Apresentados tais pontos centrais da teoria dworkiniana, é necessário concentrar os estudos na concepção de Dworkin do direito como integridade, noção esta defendida neste estudo como forma adequada de aprimorar a aplicação dos precedentes judiciais no Brasil, e conseqüentemente auxiliar na superação da crise de tempestividade no julgamento de demandas.

## 5.2. DIREITO COMO INTEGRIDADE: O ROMANCE EM CADEIA E O JUIZ HÉRCULES

Em *Uma questão de princípio*, Dworkin (2005, p. 217) passa a sustentar que o direito é um exercício interpretativo, profundamente marcado pela teoria política. Para melhor compreender tal atitude realiza uma comparação com a literatura.

O direito, defende o autor, não é formado por proposições descritivas inequívocas da história jurídica, nem apenas valorativas, dissociadas dessa história. O direito interpreta tal história, combinando elementos descritivos e valorativos, sem se confundir com ambos.

(...) as proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica. São interpretativas da história jurídica, que combina elemento tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas (...) (DWORKIN, 2005, p.219)

Dworkin (2005, p.222-223) defende que a literatura deve ser concebida a partir da “hipótese estética”, a qual deve ser capaz de apresentar o texto como a melhor obra de arte possível.

Todavia, esta melhor obra possível não está vinculada com a intenção do autor, entendida esta no sentido de que a melhor interpretação seria aquela desejada por este. As figuras do criador e do intérprete não podem ser confundidas (DWORKIN, 2005, p. 233).

É então que Dworkin (2005, p.235-236) apresenta a situação do romance em cadeia: cada romancista deveria escrever um capítulo e enviar para o romancista seguinte, o qual teria a dupla tarefa de interpretar e criar, devendo ler tudo que já foi feito, para, assim, desenvolver uma história com *integridade*.

(...) Em meu exercício imaginário, porém, espera-se que os romancistas assumam sua responsabilidade seriamente e reconheçam o dever de criar, tanto quanto puderem, um romance único, integrado, em vez de, por exemplo, uma série de contos independentes com personagens de mesmo nome (...) (DWORKIN, 2005, p. 237)

Dworkin (2005, p.237-238) transfere esta lógica interpretativa para o direito. Cada juiz deve, e isto é especialmente claro no *common law* (interpretação de precedentes), ler e interpretar tudo que já foi desenvolvido no passado por outros juízes para alcançar a melhor resposta para o caso apresentado.

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do Common Law, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito "subjazem" a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes

fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então (grifos do autor).

Esta melhor resposta possível, pautada na integridade dos casos já discutidos, que por sua vez se pauta em uma teoria política, seria a única resposta certa para a demanda. Inclusive, a alteração de posicionamento judicial pode ser realizada desde que com vistas à melhor interpretação possível, mantendo a integridade (DWORKIN, 2005, p.241).

Dworkin (2011, p.165) em *Levando os direitos à sério* criou a figura do juiz Hércules, um “jurista de capacidade e sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”, o qual é capaz de solucionar os casos difíceis (*hard cases*), aqueles em que não há regra jurídica explícita aplicável, sendo necessário recurso aos princípios jurídicos, apresentados à ele. Esta figura é novamente invocada em *O império do direito* para aplicar o direito como integridade, conforme se apresentará a seguir.

Nesta obra, Dworkin (2007, p.17) defende uma concepção do direito como atividade interpretativa. Para compreender como Hércules aplica a integridade, é essencial compreender o esquema interpretativo proposto pelo teórico.

Ele defende que se pode entender uma prática social, como o direito, em três posturas analíticas, quais sejam a pré-interpretativa, a interpretativa e a pós interpretativa. Para tal ele usa o exemplo das regras de cortesia como prática social.

Na etapa pré-interpretativa são identificadas “as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática”. Na etapa interpretativa o intérprete se concentra em uma “justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa”, o que consistirá em uma argumentação sobre ser conveniente ou não buscar uma prática dessa maneira. Já na etapa pós-interpretativa ocorrerá o ajuste da ideia daquilo que a prática de fato requer para “melhor servir à justificativa aceita na etapa interpretativa” (DWORKIN, 2007, p.81-82).

Aplicando tal noção para o direito, a fase pré-interpretativa já se encontra razoavelmente estabelecida, vez que não há grande divergência acerca das fontes jurídicas, abrindo-se espaço para a discussão acerca da melhor interpretação a ser aplicada no caso concreto. Deste modo, é possível alcançar uma visão do direito como integridade, a partir de uma prática construtiva. Trata-se de uma reconstrução racional do direito a partir de princípios, gerando coerência e unidade destes atos políticos.

É importante deixar claro que Dworkin (2007, p.277-278) apresenta duas dimensões que são capazes de testar a interpretação: a dimensão da adequação e a dimensão do ajuste. A dimensão da adequação requer que a interpretação adotada tenha um poder explicativo geral, tratando de todos os aspectos estruturais do texto. Não se deve adotar uma interpretação que não seja coerente e adequada à sequência de decisões já tomadas sobre o tema. Se a sua decisão não for compatível com o “romance” escrito até aquele momento, não se terá uma continuidade, mas sim um novo começo. Todavia, é possível conceber que se alcance diversas interpretações possíveis: eis a dimensão do ajuste. O magistrado deve, então, se valer da leitura que melhor se ajuste à obra em desenvolvimento, mantendo sua integridade. Desta forma, inclusive, se impede que a decisão judicial seja tomada sem balizas.

A integridade é um ideal político, o qual se adapta, e, segundo Dworkin (2007, p.259-260) explica características de estrutura e prática constitucional melhor que outros modelos, devendo ser aceita como uma virtude política.

Para a integridade ser alcançada não se requer apenas uma análise lógica da legislação e de decisões judiciais, mas também coerência da moral política e consistência judicial ao aplicar e operar no mundo jurídico (FERES, 2013, p.1149-1150).

Acerca da integridade, Guest (2010, p.51) afirma que:

*A integridade existe em dois níveis. Ela é um princípio legislativo que diz aos legisladores que simples barganhas entre justiça e imparcialidade estão erradas e um princípio adjudicativo que diz aos juízes e, portanto, aos advogados, que façam suas decisões e argumentos se integrarem ao corpo do direito existente. No que se refere à filosofia do direito, é o princípio adjudicatório que tem mais interesse. A ideia é entendida da melhor maneira pelo exame do conhecido modelo de juiz ideal de Dworkin, um juiz que é superinteligente e extremamente diligente, ao qual ele dá o nome de "Hércules" (grifos nossos).*

Para os fins do presente estudo, o princípio jurisdicional da integridade é o mais relevante. É através dele que os magistrados devem analisar as decisões pretéritas de forma coerente, tal qual um romance em cadeia, dando menor importância para a postura individual

do juiz, e maior atenção ao conteúdo jurídico criado por esta comunidade personificada, conforme aponta Carlos David Carneiro Bichara (2011, p.291):

O princípio jurisdicional da integridade pede aos juízes que identifiquem os direitos e deveres legais como se todos eles tivessem sido criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando concepção coerente de justiça e equidade. Segundo esta concepção, 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 da comunidade. Assim, um propósito interpretativo teria de se ajustar ao objeto da prática como um todo, levando o intérprete a tomar em consideração as mais diversas visões presentes no seio desta prática, o que, ao mesmo tempo, constrange suas posições particulares, mas fornece os requisitos para que sua argumentação jurídica seja legitimada. Uma argumentação jurídica, por mais sedutora que seja, do ponto de vista da justiça ou da equidade, não pode prosperar se não se ajusta à prática jurídica total que precedeu esta argumentação. É por isso que, algumas vezes, como sinaliza o autor, é preciso sacrificar a justiça ou a equidade aos requisitos da integridade. Muitas vezes, as concepções próprias de justiça ou equidade do autor podem não se ajustar à prática da comunidade, devendo este intentar a melhor interpretação segundo as concepções disponíveis na comunidade, só sendo possível renovar a prática levando-se em consideração a tradição disponível.

Deve-se buscar a integridade, e para tal, Dworkin apresenta o juiz Hércules, capaz de realizar tal façanha. Hércules tem sua tarefa exposta a partir de quatro casos difíceis, os quais serão tratados a seguir: o caso Elmer<sup>74</sup>, o caso Mc Loughlin, o caso Snail Darter e o caso Brown.

No caso Elmer, este assassinou seu avô envenenado em Nova York, em 1882, com o intuito de receber a herança, que constava em testamento, antes que o idoso pudesse alterá-lo. Uma vez que não havia disposição legal que impedisse Elmer de receber a herança, mesmo tendo matado o avô, ele buscou judicialmente receber tais valores. Os magistrados se valeram, então, de norma jurídica existente para negar tal direito: ninguém deve se beneficiar de seu próprio erro, de sua torpeza. É importante notar que não se defendeu que Elmer não receberia os valores e/ou bens, em virtude de não haver disposição normativa nesse sentido. O neto não receberia a herança, pois havia um princípio que, com base no ordenamento jurídico, interpretado como um todo, não admitia que o assassino de seu avô recebesse a herança (DWORKIN, 2007, p. 20-25).

---

<sup>74</sup> No caso Elmer, Dworkin não menciona Hércules como sendo o juiz do caso, mas as técnicas e defesas empregadas na situação seguem a linha da teoria que Dworkin defende, logo, aplicáveis por Hércules.

Dworkin (2007, p. 24-25) apresenta a justificativa do juiz Earl, demonstrando que não apenas regras constituem o ordenamento jurídico.

(...) os juízes deveriam interpretar uma lei de modo a poderem ajustá-la o máximo possível aos princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito. Ele apresentou duas razões. Primeiro, é razoável admitir que os legisladores têm [*sic*] uma intenção genérica e difusa de respeitar o princípios tradicionais da justiça, a menos que indiquem claramente o contrário. Segundo, tendo em vista que uma lei faz parte de um sistema compreensivo mais vasto, o direito como um todo, deve ser interpretada de modo a conferir, em princípio, maior coerência a esse sistema. Earl argumentava que, em outros contextos, o direito respeita o princípio de que ninguém deve beneficiar-se de seu próprio erro, de tal modo que a lei sucessória devia ser lida no sentido de negar uma herança a alguém que tivesse cometido um homicídio para obtê-la.

Princípios jurídicos também tem papel normativo, preenchendo lacunas e fundamentando decisões judiciais com aspectos morais e abstratos, capazes de melhor alcançar uma noção íntegra do direito. Com este exemplo, o autor pretende demonstrar a existência de padrões decisórios diversos de regras, e reforçar o argumento do direito como integridade, um direito coerente.

O caso McLoughlin é um exemplo em que Hércules recorre a precedentes judiciais. A Sra. McLoughlin foi avisada de que seu marido e quatro filhos haviam sofrido um acidente. Ao chegar ao hospital sofreu um colapso nervoso, ao ser informada que sua filha havia falecido e seu marido e outros filhos se encontravam em estado grave. Em virtude disso, demandou o motorista que causou o acidente, assim como todos os envolvidos de alguma maneira, pleiteando indenização por danos morais. Alegou que diversos precedentes concediam a indenização em casos similares, todavia, em todas estas situações a pessoa que sofreu o colapso estava no local do acidente (DWORKIN, 2007, p.30).

Neste caso, manejando o direito como integridade, o juiz deve se considerar um autor neste “romance em cadeia”, analisando as decisões pretéritas. Durante a análise dos precedentes, chama atenção a recusa de Hércules em acatar argumentos de política. Ele se recusa a aceitar o argumento de política governamental de que os custos com acidentes devem ser reduzidos (DWORKIN, 2007, p.271).

André Coelho (2012) apresenta resumidamente como funciona o método de Hércules, a partir deste caso:

Esta decisão ilustra como funciona o método de Hércules, o qual consiste em quatro passos: (1) reunir os atos políticos (normas jurídicas, decisões

judiciais etc.) do passado que têm relação direta ou indireta com o caso que precisa ser decidido; (2) elencar um conjunto de possíveis princípios que são candidatos a explicar tais atos políticos como um todo; (3) verificar quais destes princípios têm maior ajuste institucional, isto é, quais são capazes de explicar o maior número possível de atos políticos do passado; e, se mais que um princípio se provar capaz de explicar um grande número destes atos políticos (tendo, assim, grande ajuste institucional), (4) verificar qual deles tem maior apelo moral, isto é, qual deles é capaz de mostrar os atos de política em questão como as peças de política mais justas e atraentes de um ponto de vista moral. O princípio que tiver ao mesmo tempo maior ajuste institucional e maior apelo moral é o princípio que Hércules considerará como obrigatório para a decisão do caso em questão, fornecendo-lhe, assim, sua única resposta correta.

Fica patente a preocupação de Dworkin em analisar os casos passados, para então, verificar quais princípios possuem maior ajuste institucional e apelo moral adequado para decidir a situação concreta. Realizando esse procedimento, considerando o direito como íntegro, é possível alcançar a única resposta correta para o caso.

No caso *snail darter* (DWORKIN, 2007, p. 25-29), o Congresso norte-americano, em 1973, promulgou a Lei de Espécies Ameaçadas, que permitia ao Ministro do Interior designar as espécies nesta condição, e determinava aos órgãos governamentais que parassem a devastação ambiental.

Um grupo de preservacionistas do Tennessee, visando impedir a construção de uma barragem, que estava alterando a geografia da região, conseguiu incluir na lista de preservação o peixe *snail darter*, o qual não possuía nenhuma beleza ou potencialidade científica.

Com a paralização da obra, que já havia consumido mais de cem milhões de dólares, a Administração Pública argumentou que a lei não poderia impedir a construção de um projeto já em fase final, apontando diversas leis que o Congresso aprovou, além de seu posicionamento, no sentido de concluir a barragem, divergente daquele do Ministro.

A Suprema Corte se posicionou, ordenando a interrupção da construção da barragem, alegando que a lei em questão era clara, sendo dever do Judiciário aplicá-la. Destacaram que era importante a intenção do legislador, e que não encontraram nos relatórios das sessões legislativas nada que demonstrasse que era intenção destes em reduzir o poder do Ministro em casos excepcionais.

Dworkin discorda da postura da Suprema Corte e visa demonstrar que Hércules, decidindo com base no direito como integridade, alcançaria uma resposta melhor.

Não se trata de analisar apenas precedentes, mas sim a legislação. Neste caso, Hércules deverá dar o devido peso à equidade, priorizando, portanto, a postura legislativa em



detrimento da judicial, tornando mais restrita tal interpretação. Mas com isso, o juiz imaginário pode passar a empregar argumentos de política, desde que já tenham sido utilizados na produção da lei analisada (DWORKIN, 2007, p.405).

As declarações dos legisladores, assim como a regra final devem ser analisadas à luz de princípios. Ao analisar o debate legislativo que originou a lei de espécies ameaçadas, Hércules deve verificar a história legislativa das leis sobre seu melhor ângulo, de forma íntegra. Desta forma, o juiz semideus conclui que embora nas discussões legislativas não se tenha deixado claro o interesse de impedir o Ministro de atuar livremente em todas as situações, os congressistas não pretendiam conceder proteção absoluta a todas as espécies ameaçadas. Deste modo, a barragem deveria ser concluída, sem levar em consideração a total proteção do *snail darter*.

(...) Para ler as leis, Hércules irá usar, em grande parte, as mesmas técnicas de interpretação que utiliza para decidir casos de “*common law*” (...). Tratará o Congresso como um autor anterior a ele na cadeia do direito, embora um autor com poderes e responsabilidades diferentes dos seus e, fundamentalmente, vai encarar seu próprio papel como o papel criativo de um colaborador que continua a desenvolver, do modo que acredita ser o melhor, o sistema legal iniciado pelo Congresso. Ele irá perguntar qual interpretação da lei – permitir ou não ao ministro interromper projetos quase terminados – mostra mais claramente o desenvolvimento político que inclui e envolve essa lei. Seu ponto de vista sobre como a lei deve ser lida dependerá em parte daquilo que certos congressistas disseram ao debatê-la. Mas dependerá, por outro lado, da melhor resposta a dar a determinadas questões políticas: até que ponto o Congresso deve submeter-se à opinião pública em questões desse tipo, por exemplo, e se seria absurdo, em termos políticos, proteger uma espécie tão insignificante à custa de tanto capital (...) (DWORKIN, 2007, p.377-378)

Há ainda um quarto caso apresentado por Dworkin (2007, p.36-37), desta vez tratando de direito constitucional: o caso *Brown*. Terminada a Guerra Civil norte-americana, o norte, vencedor, por meio da Décima Quarta Emenda aboliu a escravidão. Todavia diversos países do sul continuavam praticando atos racistas. A própria Suprema Corte no caso *Plessy v. Ferguson*, em 1896, entendeu que não violava a emenda supracitada caso o Estado fornecesse serviços iguais, mesmo que separando brancos e negros (doutrina do *separate but equal*). Em 1954, o tema voltou a ser discutido, quando um grupo de escolares negros do Kansas alegou que esta doutrina e a lei, ao separar as escolas que os negros poderiam ingressar, seriam inconstitucionais.

Hércules deve decidir o caso, interpretando a Constituição. Da mesma forma que fez com a lei, deve levar em conta as opiniões políticas dos legisladores constitucionais. Todavia

a Emenda foi aprovada há muitos anos, em um momento em que os ideais do país eram outros. Com o direito como integridade, Hércules precisa analisar não apenas a vontade dos congressistas, mas também os atos políticos posteriores que formam a história da norma jurídica, desde a sua criação até a aplicação. Trata-se de história contínua, um romance em cadeia, para usar a comparação feita, que continuamente se amplia, sempre de forma íntegra. Portanto, Hércules decide pela inconstitucionalidade da lei, mesma decisão que a Suprema Corte tomou, mesmo que por fundamentos distintos. O princípio invocado por Hércules, de que toda distinção baseada em preconceito que rebaixe o valor dos indivíduos não é compatível com a Constituição, determina a decisão no sentido tomado.

Hércules, portanto, está pronto para decidir, em favor dos pleiteantes, que a segregação racial imposta pelo estado é inconstitucional. Ele sabe que os congressistas que propuseram a Décima Quarta Emenda tinham um ponto de vista diferente, o que declararam durante a elaboração da emenda. Mas, por razões que assinalamos ao descrever o historicismo e o passivismo, ele não acredita que isso importe muito agora. Não pode ser à evidência de nenhuma opinião contemporânea profunda e dominante que deva reportar-se, como um aspecto ou uma dimensão da interpretação, por razões de equidade. A velha história legislativa não é mais um ato da nação personificada declarando algum propósito público contemporâneo. Esse também não é o tipo de problema no qual seja mais importante estabelecer a prática institucional do que estabelecê-la da maneira correta (...) (DWORKIN, 2007, p.463).

Com estes casos principais, Dworkin pretende explicitar como o método do direito como integridade deve ser realizado, levando em conta a importância dos princípios no direito. Agora, deve-se analisar se a teoria do direito como integridade é capaz de auxiliar a prática jurídica brasileira, que cada vez mais recorre aos precedentes judiciais.

### 5.3. IMPORTÂNCIA DA INTEGRIDADE PARA A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL.

Conforme se demonstrou, Ronald Dworkin defende uma teoria do direito como integridade, apresentando-a através da comparação com um romance em cadeia, em que cada romancista precisa continuar a história, já parcialmente escrita por um romancista anterior, com coerência e integridade.

Para os fins do presente estudo, que também busca demonstrar que a teoria do jusfilósofo é capaz de auxiliar na utilização dos precedentes judiciais no direito brasileiro, é

válido rememorar os pontos principais deste ponto da teoria, exposto no julgamento realizado por Hércules no caso McLoughlin.

Para decidir os casos difíceis com o uso de precedentes judiciais, deve-se (1) primeiramente reunir um grupo de decisões relevantes e variadas acerca do tema. Em seguida, (2) definir princípios que explicariam as decisões tomadas, para então (3) escolher o princípio com o maior poder explicativo (ajuste institucional); (4) em caso de “empate”, optar por aquele que além de maior poder explicativo é o moralmente mais atraente. Por fim, (5) decidir o caso difícil apresentado com base neste princípio selecionado. Decide-se o caso difícil com base no princípio mais capaz de explicar as decisões do passado da melhor maneira possível, tendo-se assim, o que Dworkin chama de única resposta correta.

A contribuição que Dworkin tem a oferecer para o direito brasileiro com esta teoria é de grande monta. O Brasil passa por um momento de profunda valorização dos precedentes judiciais, momento este que tende a continuar e cristalizar-se em uma prática ainda mais efetiva. Todavia, não é tradição do país manejar precedentes, os quais devem ser considerados conjuntamente com seus elementos teóricos já tratados neste estudo, tais como *ratio decidendi*, *obiter dicta*, etc. Por esta razão a teoria de Dworkin tem muito a contribuir nesta prática.

Conforme já se apresentou nesta dissertação, o Brasil não tem a tradição de utilizar precedentes judiciais, cometendo, assim, erros teóricos, que enfraquecem em demasia a decisão judicial. Entre tais erros, pode-se mencionar a extração incorreta da *ratio decidendi* e a utilização de ementa por precedente.

A teoria do direito como integridade prega a análise de diversas decisões já utilizadas, ou seja de precedentes judiciais. Ao analisar efetivamente este conjunto de decisões, os elementos essenciais para a decisão e os elementos secundários, pode-se realizar o *distinguishing* entre os casos, o que fornece à decisão judicial um maior caráter argumentativo. Discute-se com os casos passados, fornecendo uma continuidade decisória, pautada também em elementos morais.

Defendendo o mesmo posicionamento, Estefânia Barboza (2014, p.254) advoga pela aplicação desta teoria no direito brasileiro:

(...) é possível aplicar o romance em cadeia nos sistemas de *civil law*, como o Brasil, especialmente no âmbito da Jurisdição Constitucional, quando se trata de buscar o significado dos princípios e direitos fundamentais, que não está no texto constitucional. Nessa dimensão, diferentemente do convencionalismo, em que o juiz teria a discricionariedade para criar um novo direito perante casos difíceis e do pragmatismo que permite que o juiz decida de modo consequencialista para o futuro, pensando no bem coletivo

sem qualquer compromisso com o passado, também no *civil law* é possível pensar que os limites para atuação da jurisdição constitucional, para além do texto escrito da Constituição, poderão ser encontrados no direito como integridade.

Com este romance em cadeia, devidamente construído, se evita a chamada “justiça lotérica”. Não se pode aceitar a utilização equivocada de precedentes judiciais. Citar um precedente, simplesmente por ele ter decidido um caso anterior não é suficiente. É preciso analisar os casos, verificar *ratio decidendi*, realizar o *distinguishing*; em suma, saber se os casos podem ser comparados para se alcançar a mesma decisão.

Não se está criticando o uso de mecanismos de vinculação de decisões, portanto. Está-se criticando a má utilização deles, ao não realizar o adequado cotejo entre o(s) caso(s) paradigma(s) e aquele em que se pretende aplicar a orientação jurisprudencial. Demandas de massa podem e devem ser decididas de forma célere, em prol da razoável duração do processo, mas ainda assim precisam ser decididas de forma adequada, nos termos de uma teoria dos precedentes judiciais. É preciso saber se não se trata de um caso especial, com características específicas, que precisa ser decidida com uma fundamentação diferenciada.

É neste sentido a crítica que Vojvodic, Machado e Cardoso (2009, p.27) fazem em relação ao processo decisório do STF:

A orientação dos ministros para a formação de precedentes, nas decisões de casos difíceis, parece ser uma tendência recente, que contrasta com o (não/mau) uso que os ministros tradicionalmente fazem de suas “decisões anteriores”, citando-as de maneira aleatória, sem confirmação do conteúdo da decisão (*ratio decidendi*) –, ou de maneira estratégica –, apenas aquelas que favoreçam a linha argumentativa do ministro. Percebe-se que, em casos difíceis, é cobrado do STF um diálogo com as decisões anteriores, afinal os ministros são convocados a fixar um “novo” entendimento para a decidibilidade de casos futuros. No entanto, às vezes, fica-se com a impressão de que há interesse apenas em fixar o “novo”, sem necessariamente remontar a jurisprudência do Tribunal de maneira adequada. Some-se a isso o fato de a jurisprudência constitucional não ser objeto de estudo sistemático por parte da academia. Não há, portanto, demanda por maior coerência do Tribunal.

Analisando a situação com base na teoria de Dworkin, percebe-se que o romance em cadeia não é bem escrito. O capítulo posterior não leva em conta os momentos anteriores da história jurídica, faltando coerência. Quebra-se este desenvolvimento argumentativo, abrindo-se espaço para a utilização lotérica de um precedente judicial, ou ainda, de uma simples decisão passada.

Mais que atentar para o (não/mau) uso dos precedentes, parece necessário remontar as dificuldades da própria extração da linha argumentativa das decisões do Tribunal. Partindo da ideia de Dworkin de romance em cadeia, comparação feita pelo autor entre o processo de interpretação do direito e a literatura, fica-se com a impressão de que o segundo capítulo de um romance em cadeia, em que o autor interpreta o capítulo que recebeu para então escrever o seu, é sempre interrompido. O que pretendemos com isso é alertar para a necessidade de uma continuidade, no tempo, no processo decisório. A teoria de Dworkin é útil na medida em que demonstra a necessidade de diálogo entre decisões para que se forme um entendimento coerente por parte da corte. Esse processo não visa engessar o processo criativo do juiz, atentando para a necessidade de sempre recorrer a casos antigos para formar seu convencimento. Pelo contrário, ele aponta para o fato de que uma corte que dialoga com suas próprias decisões pode obter melhor qualidade nestas, o que pode implicar em um processo interpretativo mais consolidado no tempo (VOJVODIC, MACHADO, CARDOSO, 2009, p.27).

É preciso considerar o precedente judicial como um capítulo do romance, o qual deve respeito aos casos anteriores. O precedente permite um ganho hermenêutico ao sistema, conforme já se defendeu neste estudo, portanto não deve ser utilizado de forma mecânica, sem uma análise detida de seus fundamentos e peculiaridades. É isto que Juraci Mourão Lopes Filho (2014, p.333) defende ao afirmar o seguinte:

Percebe-se, portanto, que a segurança é coerência, é respeito a um encadeamento já posto e conhecido, e não mera reprodução acrítica ou equiparação forçada entre os casos. Só assim se tem o Direito como integridade no trato dos precedentes; só assim se tem o romance em cadeia (*chain novel*) adequadamente desenvolvido.

Da mesma forma, se prestigia uma maior estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica. Estefânia Barboza (2014, p.267) entende que a teoria de Dworkin, desenvolvida em um contexto de *common law*, é apta a alcançar tais elementos, caso aplicada na realidade brasileira.

Essa integridade e continuidade do processo decisório garante uma maior estabilidade, previsibilidade e segurança jurídicas para os cidadãos nesse novo modelo de direito constitucional brasileiro, que, no que diz respeito aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, aproxima-se das jurisdições do *common law*, devendo nelas buscar sua experiência na ideia de precedentes vinculantes, que se buscará justificar na teoria de Ronald Dworkin, de que as decisões da Suprema Corte devem ser escritas tais como se fossem capítulos de um romance na história do direito jurisprudencial brasileiro.

Esta necessidade clara de construir uma teoria dos precedentes baseadas em maior viés dialético e hermenêutico não beneficiará apenas o sistema jurídico ao aprimorar a qualidade dos precedentes citados diretamente em sentenças ou acórdãos. Os próprios mecanismos de vinculação das decisões, tais como as já citadas súmula vinculante, repercussão geral e incidente de resolução de demandas repetitivas no NCPC, serão os maiores beneficiados. Com isto os precedentes e os mecanismos de vinculação de decisões judiciais contribuem para uma efetiva busca pela razoável duração do processo.

Tais mecanismos buscam exatamente ampliar a celeridade no julgamento de questões cujo núcleo central seja o mesmo. Para que tais institutos sigam tal objetivo, é essencial verificar a pertinência do precedente que será vinculante. Bem realizada esta tarefa, o precedente passa a alcançar a economia argumentativa e hermenêutica já mencionadas neste trabalho.

(...) Uma vez encarado o Direito como integridade e o precedente como um ganho hermenêutico, obtido em processo dialético e por decisão fundamentada, pode o magistrado aproveitar o raciocínio jurídico consagrado no julgado anterior, elidindo a necessidade de ter que tecer toda uma nova argumentação, como se a matéria estivesse sendo apreciada pela primeira vez (LOPES FILHO, 2014, p.371).

Não se pode aceitar o argumento de que com a utilização do direito como integridade, o magistrado estaria impedido de realizar uma análise judicial livre, ou ainda, que o direito se tornaria estático. Tais temas já foram debatidos, mas é válido frisar que a busca pela coerência dos precedentes, pelo Judiciário como um todo, e não pelos magistrados individualmente, é necessária para alcançar o devido processo legal, e que é através da justificação dos precedentes que a jurisprudência é renovada e evolui. Trata-se de discussão pouco relevante em países de tradição do *common law*, pois o tema já foi superado com a evolução histórica de tal família jurídica.

À primeira vista, pode parecer que essa concepção do direito limita o poder de o juiz fazer justiça no caso concreto, uma vez que este estaria inexoravelmente preso às antigas interpretações da comunidade. No entanto, é justamente através da justificação coerente dos precedentes disponíveis que é possível renovar a jurisprudência, oferecendo novos propósitos sobre a prática interpretada, sem sacrificar, ainda o direito dos cidadãos de serem tratados como iguais diante do poder judiciário (BICHARA, 2011, p.292).

A própria integridade não leva ao engessamento do direito, conforme bem aponta Feres (2013, p.1150), pois a atribuição de direitos e deveres se reconstrói constantemente pela

influência recíproca entre a prática jurídica e os princípios de uma comunidade personificada (aspectos morais).

*First, integrity means that the act of attributing rights and obligations to people in a certain community needs to be coherently articulated, not only by officials (public administrators and judges) but also by individuals. This coherent set of principles is not predefined as something metaphysically conceived. It is transcendently formulated, but it is much more universally, abstractly proposed. Nevertheless, a coherent set of principles may be deduced, according to Dworkin, from universal values as well as from legal practice. In fact, there is no preconceived separation between morality and legality. Plainly, this coherency requires strict methodological analysis of legal practice, norms, moral values, and their mutual implication. So as to achieve this coherency in law, the idea of "a personified community, as a working personification" is necessary to identify political integrity. In this vein, the community, because of political integrity, expresses principles of its own, distinct from its officials and its citizens. This assertion validates the rational process of critical reconstruction in law, taking into account the mutual interference between principles of a community and empirical data extracted from real cases (legal practice). In this context, the act of attributing rights and duties to people is constantly recreated by the reciprocal influence between legal practice and principles of a personified community<sup>75</sup>.*

Outra crítica feita à teoria de Ronald Dworkin é a de que o juiz Hércules, aquele capaz de realizar a tarefa hercúlea, daí seu nome, de analisar todas as decisões passadas, para assim conceber os princípios que fundamentarão decisões futuras, é irreal. Afirmam que se trata de uma teoria impossível de ser aplicada, pois não há ser capaz de fazer o que o hipotético Hércules faz. O próprio Dworkin (2007, p. 315-316) reconhece a existência desta objeção<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> “Primeiro, integridade significa que o ato de atribuição de direitos e obrigações para as pessoas em uma certa comunidade precisa ser coerentemente articulado, não só por funcionários (administradores públicos e juízes), mas também por indivíduos. Este conjunto coerente de princípios não é pré-definido como algo metafisicamente concebido. É transcendentalmente formulado, mas é muito mais universalmente, abstratamente proposto. No entanto, um conjunto coerente de princípios pode ser deduzido, de acordo com Dworkin, de valores universais, assim como da prática jurídica. Na verdade, não há separação preconcebida entre moralidade e legalidade. Claramente, esta coerência requer estrita análise metodológica da prática jurídica, normas, valores morais, e suas implicações mútuas. Para alcançar esta coerência na lei, a ideia de "a personified community, as a working personification" é necessária para identificar integridade política. Nesse sentido, a comunidade, por causa da integridade política, expressa princípios próprios, distintos dos seus funcionários e de seus cidadãos. Esta asserção valida o processo racional de reconstrução crítica no direito, levando em conta a interferência mútua entre os princípios de uma comunidade e os dados empíricos extraídos de casos reais (prática jurídica). Neste contexto, o ato de atribuição de direitos e deveres para as pessoas é constantemente recriado pela influência recíproca entre a prática jurídica e os princípios de uma comunidade personificada”. Traduzido pelo autor.

<sup>76</sup> Vale mencionar que Dworkin (2010, p.79-80) cita novamente tal objeção na obra *A justiça de Toga*: “(...) Enfatizo a compatibilidade das duas descrições porque muitos críticos da abordagem teórica do direito costumam dizer que no mundo real os juízes não são Hércules. Eles não querem apenas dizer que os juízes não são criaturas sobre-humanas: também fica implícito em seus comentários que minhas descrições são impertinentes (...)”

Eis que surge outro crítico menor. Sua crítica é de outra natureza. "Hércules", diz ele, "é um mito. Nenhum juiz de verdade tem seus poderes, e é absurdo apresentá-lo aos outros como um modelo a ser seguido. Os verdadeiros juízes decidem os casos difíceis muito mais instintivamente. Não elaboram e testam diversas interpretações opostas contra uma complexa matriz de princípios políticos e morais que se entrecruzam. Seu ofício os ensina a perceber, de imediato a estrutura dos fatos e das doutrinas; eis o que significa, de fato, pensar como um advogado. Se decidissem imitar Hércules tentando, em cada caso, defender uma teoria geral do direito, iriam ver-se paralisados enquanto sua pauta de causas pendentes ficaria sobrecarregada."(...)

De fato, nenhum juiz tem a capacidade intelectual, nem a disponibilidade temporal de analisar de forma tão profunda todos os casos a ele submetidos, compilando, e conseqüentemente, analisando todas as decisões pretéritas sobre o tema. Isto impediria a própria prestação jurisdicional em prazo minimamente razoável. Ainda assim a resposta do Ronald Dworkin (2007, p. 316) a esta crítica é bastante clara.

(...) Esse crítico entende mal nosso exercício. Hércules nos é útil exatamente porque é mais reflexivo e autoconsciente do que qualquer juiz verdadeiro precisa ou, dada a urgência do trabalho, precisaria ser. Sabemos que os juízes reais decidem a maioria dos casos de maneira bem menos metódica, mas Hércules nos mostra a estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica. Além do mais, precisamos ter o cuidado de estabelecer uma distinção entre os dois sentidos nos quais se poderia dizer que ele tem mais poderes do que qualquer juiz verdadeiro. Ele trabalha tão mais rapidamente (e seu tempo disponível é tão maior) que pode explorar caminhos e idéias [*sic*] que os outros não podem; pode seguir não apenas uma ou duas direções evidentes ao ampliar o alcance dos casos que estuda, mas todas as linhas existentes. Esse é o sentido em que seus objetivos podem ser muito mais altos que os dos outros: ele pode aspirar a testar hipóteses mais abrangentes, enquanto os testes das hipóteses pelos outros devem ser parciais. Mas ele não tem acesso a mistérios transcendentais que são obscuros para eles. Seus juízos sobre adequação e moral política são feitos da mesma matéria e têm a mesma natureza que os deles. Ele faz o que eles fariam e tivessem toda uma carreira a dedicar a uma única decisão; precisam não de uma concepção do direito diferente da dele, mas de algo que ele nunca precisou cultivar: eficiência e capacidade de administrar com prudência.

Hércules, portanto, deve ser enxergado não como um juiz real, mas sim como uma ficção, vez que é capaz de analisar profundamente todos os possíveis desdobramentos de um caso, para assim alcançar a resposta certa, a melhor resposta. Mas ainda assim, sua forma de raciocínio é a mesma dos juízes existentes, o que permite compreender a criação e o desenvolvimento da decisão judicial, e é por isto que deve ser também considerado um guia.



A diferença entre Hércules e um magistrado real é a necessidade de administrar o tempo disponível para sua atuação profissional.

Os mecanismos de vinculação das decisões judiciais são formas de racionalizar o tempo limitado que os juízes possuem para decidir as demandas apresentadas. E é exatamente por isto que o precedente que baseia estes mecanismos precisa ser bem construído, e aplicado. Para tanto, se defende uma postura hermenêutica, dialética e pautada no direito como integridade.

Com a criação de um precedente judicial mais bem fundamentada, inclusive devido ao seu amplo debate, tenha este ocorrido entre as partes, ou entre magistrados de diferentes graus, ou ainda devido à presença de *amici curiae*, juntamente com a análise dos casos anteriores nos termos do romance em cadeia dworkiniano, a decisão judicial passa a não apenas contar com balizas mais robustas, mas também com maior qualidade argumentativa.

Da mesma forma, a integridade das decisões evitará a justiça lotérica, contribuindo para o fim da “Crise do Judiciário”, prestigiando a segurança jurídica, a igualdade, o devido processo legal e a própria razoável duração do processo, entre outros direitos e garantias fundamentais tão caros ao direito brasileiro.

## CONCLUSÃO

Após o presente estudo é possível concluir que os precedentes judiciais, caso bem manejados, são, sim, capazes de auxiliar o direito brasileiro a superar a crise de tempestividade na prestação jurisdicional. Caso os precedentes judiciais venham a ser bem elaborados e aplicados, privilegiando uma postura dialética nestes momentos, eles são aptos a ampliar a celeridade no julgamento de demandas judiciais. Inclusive, a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin é capaz de aprimorar a utilização de tais fontes do direito.

Para se chegar a esta constatação foram estudadas as tradições jurídicas do *civil law* e do *common law*. Observou-se que as formações históricas de ambas as famílias foram bastante diferente. Enquanto que no *civil law*, o juiz teve seu poder reduzido, à época da Revolução Francesa por apoiar o rei, esta situação não ocorreu no *common law* inglês. A lei passou, então, a desempenhar função central no ordenamento jurídico da tradição romano-germânica.

Desde 1066, com a conquista dos normandos, não houve ruptura na história inglesa, o que permitiu ao *common law* se desenvolver gradualmente, com o surgimento dos Tribunais Reais de *Westminster* e a convivência das cortes de *common law* com as de *equity*. A própria teoria do *stare decisis*, ou seja, da vinculação aos precedentes judiciais, foi parte deste desenvolvimento histórico.

Com a unificação das jurisdições, após os *Judicature Acts*, surgiu uma hierarquia judiciária mais rígida, de modo que no caso *London Tramways Ltd. v. London County Council* foram criadas as bases para esta teoria de vinculação, a qual possuía, neste momento, força absoluta. Esta rigidez só veio a ser minorada em 1966 com o *Practice Statement*.

Com o presente estudo, foi possível verificar que a ausência de legislação em países do *common law* é um mito, sendo fonte jurídica bastante usual em vários países filiados a esta tradição. Vale frisar, ademais, que, ao comparar o direito norte americano com o britânico, notou-se real disparidade. Simplesmente por um país ser considerado membro de uma tradição jurídica, não significa que todos os países filiados a esta família terão ordenamentos jurídicos iguais.

Ao estudar os aspectos centrais da teoria das precedentes judiciais, verificou-se que estes são aquelas decisões judiciais pretéritas, aptas a ter seu núcleo jurídico aplicado em situação semelhante. O precedente não deve ser confundido com decisão judicial, muito menos com ementa, jurisprudência ou outro termo relacionado.

Trata-se de verdadeira fonte do direito, cuja função principal é enriquecer o sistema jurídico. A partir desta função, ao ser continuamente discutido e aprimorado ocorre um ganho hermenêutico, e com isto é possível alcançar maiores segurança jurídica e celeridade processual. Podem ser obrigatórios ou persuasivos, tendo maior ou menor autoridade, conforme uma gama de fatores, entre as quais podem ser citadas a hierarquia e composição do tribunal, bem como a estruturação das cortes.

Diversos são os argumentos que buscam estimular a utilização dos precedentes. A busca por segurança jurídica, igualdade, coerência sistêmica, bem como a definição de expectativas das partes e a economia argumentativa, além da celeridade processual foram estudadas.

Outro tópico de relevância apresentado foram os elementos essenciais para compreender a teoria dos precedentes. A *ratio decidendi*, ou porção vinculante do precedente, é aquela apta a embasar casos futuros, contrapondo-se ao *obiter dictum*, ou seja, a parcela não vinculante. O não conhecimento destes termos pode gerar a malversação dos precedentes judiciais, o que culminará no insucesso de uma prestação jurisdicional adequada. Da mesma maneira, estudou-se o *distinguishing* e as técnicas de revogação dos precedentes.

Este estudo também permitiu concluir que é possível que países de tradição romano-germânica utilizem precedentes judiciais vinculantes, vez que a teoria do *stare decisis* não é elemento inato da tradição do *common law*, mas sim algo que se desenvolveu dentro dela. Assim, não há impedimento para que este intercâmbio ocorra. Na verdade, a influência entre as famílias jurídicas é recíproca.

Com o fim dos regimes totalitários, a Constituição passou a ser interpretada de maneira diversa, apresentando maior rigidez, gerando uma valorização da Jurisdição Constitucional, e dos princípios jurídicos. Este movimento neoconstitucionalista, que passou a influenciar o Brasil com o advento da Constituição da República de 1988, também afetou o âmbito processual. Diversas garantias constitucionais passaram a afetar o processo judicial, estimulando um maior acesso à justiça e a razoável duração do processo.

Apesar disto, ainda assim, existem argumentos contrários à adoção dos precedentes no direito brasileiro. Após analisar os argumentos sobre o engessamento do direito, a violação da independência dos magistrados e a Separação entre os Poderes da República, concluiu-se que, caso os precedentes sejam interpretados da forma defendida no presente trabalho, tais argumentos são incabíveis.

Em seguida, fez-se uma análise de diversos mecanismos de vinculação das decisões judiciais, defendendo que tal prática constitui verdadeira política pública em prol da razoável

duração do trâmite processual. A súmula vinculante, a repercussão geral e o Novo Código de Processo Civil foram estudados. Na lei n. 13.105/2015 (NCPC) o foco de atenção foi Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o qual foi tratado pormenorizadamente.

Por fim, com o intuito de aprofundar o estudo na teoria do direito, vez esta ser base para a compreensão do fenômeno jurídico, apresentou-se a teoria de Roald Dworkin, com maior foco em sua teoria do direito como integridade. Defendeu-se que se trata de teoria capaz de aprimorar a utilização dos precedentes judiciais pelo Judiciário brasileiro, prestigiando ainda mais a razoável duração do processo, vez que prestigia o caráter hermenêutico e dialético do precedente judicial.

Conclui-se, portanto, que os precedentes judiciais, caso bem manejados, são capazes de aprimorar a prestação jurisdicional brasileira, prestigiando, entre outros, os princípios do acesso à justiça, devido processo legal e duração razoável do processo.

## REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária*, 2008a. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/jose\\_henrique\\_mouta\\_araujo.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/jose_henrique_mouta_araujo.pdf)>. Acesso em: 19 fev. 2015.

\_\_\_\_\_, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito: instrumentos de brevidade da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008b.

\_\_\_\_\_, José Henrique Mouta. *Estudos de direito processual*. Belém: Paka-Tatu, 2013.

\_\_\_\_\_, José Henrique Mouta. *O devido processo legal e a coletivização dos conflitos*. In: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo (coord.). *O devido processo legal*. São Paulo: Método, 2010.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Recife, 2011.

\_\_\_\_\_, Jaldemiro Rodrigues de. *Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC*. In: DIDIER Jr., Fredie; BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O projeto do Novo Código de Processo Civil- 2ª série: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: JusPODIVM, 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e a segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARRET, Amy Connet. *Precedent and jurisprudential disagreement*. *Texas Law Review*, vol. 91:1711. Disponível em: <<http://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; GIOTTI DE PAULA, Daniel. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC*. In: DIDIER Jr, Fredie; MOUTA, José Henrique; Klippel, Rodrigo. *O projeto do Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao professor José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPODIVM, 2011.

\_\_\_\_\_, Antônio Adonias Aguiar. *Devido processo legal nas demandas repetitivas*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BICHARA, Carlos David Carneiro. *A repercussão geral no recurso extraordinário e o direito à igualdade*. In. DIAS, Bárbara Lou da C.; DARWICH, Ana. *Direito e democracia: estudos sobre o ativismo judicial*. São Paulo: Método, 2011.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 4 ed. St. Paul: West Publishing, 1968.

BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14 ago. 2014

\_\_\_\_\_. *Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14 ago. 2014

\_\_\_\_\_. *Lei n. 11.417, de 19 de novembro de 2006*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 276*. Data de publicação: 02.06.2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1-1 DF*. Questão de ordem. Relator: Ministro Moreira Alves; Data de julgamento: 27 out. 1993; Tribunal pleno; Data de publicação: 16 jun. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=884>>. Acesso em: 15. jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no RE 687.432*, Relator: Ministro Luiz Fux; Data de julgamento: 18/09/2012, Data de publicação: 02.10.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2857867>>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE. n. 377.457/2008*, Relator: Ministro Gilmar Mendes; Data de julgamento: 17.09.2008, Tribunal pleno, Data de publicação: 19.12.2008; 2008a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570335>>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante n. 11*. Data de publicação: 22 ago. 2008; 2008b. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados\\_Sumula\\_Vinculante\\_STF\\_1\\_a\\_29\\_e\\_31\\_a\\_37.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_e_31_a_37.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante n. 27*. Data de publicação: 23 dez. 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados\\_Sumula\\_Vinculante\\_STF\\_1\\_a\\_29\\_e\\_31\\_a\\_37.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_e_31_a_37.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

\_\_\_\_\_, Thomas da Rosa. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte*, número especial: jornadas jurídicas Brasil-Canadá, 2013. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013vJJp300>>. Acesso em: 14 fev. 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. *A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto do novo código de processo civil*. In. FREIRE, Alexandre; et al. (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil v.2*. Salvador: JusPODIVM, 2014.

\_\_\_\_\_. Antônio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. *RePro – Revista do processo*, n. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_, Luiz Henrique Volpe. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados*. In. FREIRE, Alexandre; et al. (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil v.3*. Salvador: JusPODIVM, 2014.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 27 dez. 2014.

\_\_\_\_\_, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Os impactos da repercussão geral do recurso extraordinário na jurisdição constitucional brasileira: promoção do acesso à justiça, redefinição de competências e consolidação do sistema eclético de controle de constitucionalidade*. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2011.

CHE, Yeon-Koo; YI, Jong Goo. *The Role of Precedents in Repeated Litigation*. *The Journal of Law, Economics, & Organization*, v.9, n.2, 1993. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/~yc2271/files/papers/precedents.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2015.

CHURCHILL, Winston. *Uma história dos povos de língua inglesa*. Volume único. Tradução por Vera Giambastiani, Gleuber Vieira, Antônio Sepúlveda. Rio de Janeiro: Nova Fronteira e Univercidade, 2009.

COELHO, André. Ronald Dworkin: *Como Interpretar À Maneira de Hércules?*, 2012. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2012/06/ronald-dworkin-como-interpretar-maneira.html>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral; CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. *(I)legitimidade das decisões judiciais: análise dos precedentes à brasileira e do acesso à justiça no novo CPC*. In. FREIRE, Alexandre; et al. (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil v.2*. Salvador: JusPODIVM, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC*. In. DIDIER Jr., Fredie; MOUTA, José Henrique; Klippel, Rodrigo. *O projeto do Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao professor José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPODIVM, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4 ed. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins fontes, 2002.

DERZI, Misabel de Abreu; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?* In. FREIRE, Alexandre; et al. (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

\_\_\_\_\_, Misabel de Abreu; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Súmulas e precedentes vinculantes no anteprojeto de novo CPC: considerações a partir do relatório Paulo Teixeira*.



In. FREIRE, Alexandre; *et al.* (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil v.3*. Salvador: JusPODIVM, 2014.

DIAS, Bárbara. *Teoria das políticas públicas*. In. DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo (coord.). *Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade*. São Paulo: Método, 2010.

DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2009.

DIDIER Jr., Fredie. OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da Justiça Gratuita*. 4.ed. Bahia: JusPODIVM, 2010.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. In. MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DUXBURY, Neil. *The Authority of Precedent: Two Problems*. Legal theory workshop series; Faculty of Law, University of Toronto, 2005. Disponível em: <<https://www.mcgill.ca/files/legal-theory-workshop/Neil-Duxbury-McGill-paper.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de Toga*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução por Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Tradução por Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERES, Marcos Vinício Chein. *Law as Integrity and Law as Identity: Legal Reasoning, State Intervention, and Public Policies*. German law journal, v.18, n.8. Disponível em: <<http://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la anteguèdada a nuestros dias*. Tradução por: Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FONTE, Felipe de Melo; CASTRO, Natália Goulart. *Amicus curiae, repercussão geral e o projeto de código de processo civil*. In. FREIRE, Alexandre; *et al.* (org.). *Novas tendências do*

processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: JusPODIVM, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GARCÍA, Pedro de Vega. *El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial em la doctrina constitucional. Teoría y realidad constitucional*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, n. 1, 1. Sem, 1998.

GEAREY, Adam; MORRISON, Wayne; JAGO, Robert. *The Politics of the Common Law: Perspectives, Rights, Processes, Institutions*. 2 ed. New York: Routledge - Taylor & Francis Group, 2013.

GOZZETTO, Andréa Oliveira. *O instituto da sumula vinculante e a teoria da separação entre os poderes*. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 7, n. 2, jul./dez. 2008. Disponível em: <[http://www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma\\_juridico/pjuridico\\_v7n2/prismav7n2\\_5b\\_1254.pdf](http://www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma_juridico/pjuridico_v7n2/prismav7n2_5b_1254.pdf)> . Acesso em: 15 jan. 2015.

GREEN, Lionel. *Lionel Green, responding to a request from the Mayor, explains THE STATUTE OF MERTON*. MERTON HISTORICAL SOCIETY - BULLETIN 138 – JUNE, 2001. Disponível em: <[http://www.mertonhistoricalsociety.org.uk/doc\\_library/1236Statute.pdf](http://www.mertonhistoricalsociety.org.uk/doc_library/1236Statute.pdf)>. Acesso em 14 ago. 2014.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução por Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso. *A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury V. Madison*. In. SIMÕES, Sandro Alex de Souza (Org.). Ensaio sobre direito constitucional: estudos em homenagem ao professor Orlando Bitar. Belém: CESUPA, 2003.

\_\_\_\_\_, Paulo de Tarso Dias. *O direito dos cidadãos à verdade perante o poder público*. São Paulo: Método, 2008.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

\_\_\_\_\_, Frederico Augusto Leopoldino. *A remessa necessária no projeto do Novo Código de Processo Civil*. In. DIDIER Jr, Fredie; BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. O projeto do Novo Código de Processo Civil – 2ª série: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos. Salvador: JusPODIVM, 2012.

KOMÁREK, Jan. *Reasoning with previous decision: beyond the doctrine of precedent*. The American Journal of Comparative Law, v. 61. Disponível em: <<http://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

LIMA, Tiago Asfor Rocha Lima. *Breves considerações sobre os precedentes judiciais: uma transformação da cultura jurídica brasileira por lei*. In. FREIRE, Alexandre; et al. (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil v.3*. Salvador: JusPODIVM, 2014.

\_\_\_\_\_, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LOSANO, Mario G.. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução por: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução por Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAUÉS, Antônio Moreira; FONSECA, Mônica Maciel Soares; RÊGO, Lorena de Paula da Silva. *Súmula vinculante e direito à igualdade*. Revista Argumenta n. 6, 2006. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/67>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

MAUÉS; Antônio Moreira. *Súmula vinculante e proteção dos direitos fundamentais*. Direitos fundamentais e justiça, n. 8, jul./set., 2009. Disponível em: <[http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/08\\_Artigo\\_5.pdf](http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/08_Artigo_5.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

MESSITE, Peter J. *A teoria dos precedentes no direito norte-americano*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, v. 67, n. 4, 2001. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/documents/1295387/1313069/08.+A+teoria+dos+precedentes+no+Dir+eito+norte-americano>>. Acesso em: 29 set. 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Corte superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOLINA, Ignacio. *Conceptos fundamentales de Ciencia Política*. 2 ed. Madrid: Alianza Editorial, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. Tradução por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípio e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Dierle; PATRUS, Rafel Dilly. *Uma breve notícia sobre o procedimento modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro*. In: FREIRE, Alexandre; et al. (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O binômio repercussão geral e sumula vinculante – necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. *Common Law, judicial review e stare decisis: uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2 ed Salvador: JusPODIVM, 2012.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Universidade de Brasília e Finatec, 2008.

PONTE, Alex dos Santos. *Precedentes normativos na jurisdição brasileira: uma necessidade à luz dos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade da Amazônia-UNAMA, Belém, 2012.

PRICE, Polly J. *Precedent and judicial power after the founding*. Boston College Law Review, vol. 42:81, 2000. Disponível em: <<http://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

REINO UNIDO. House of Lords. *London Street Tramways Co Ltd v London CC [1898] UKHL 1*. Data de julgamento: 25/04/1898. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1898/1.html>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. House of Lords. *McLoughlin v O'Brian [1982] UKHL 3*. Data de julgamento: 06/05/1982. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1982/3.html>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC n. 309063-83.2011.8.21.7000*, Data de julgamento: 18.08.2011. Relatora Desembargadora Denise Oliveira César, 22<sup>a</sup> Câmara Cível. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/imprime->

jurisprudencia.php?ordem=1314,1266,1215,1206,1198,1240,1179,1126,1130,1054>. Acesso em: 29 out. 2014.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

ROUSSEAU, Dominique. *Une r surrection: la notion de Constitution*. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l' tranger, 1990, Paris, LGDJ, n. 1, jan./fev. 1990.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdi o e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; GIOTTI DE PAULA, Daniel. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SHAPIRO, Scott. *The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed*. University of Michigan Public Law working paper n. 77, feb. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

SHERMAN, Charles P. *The Romanization of English Law*. Yale law journal, n. 318, 1914. Disponível em: <<http://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

SMITH, Adam. *The Glasgow edition of the works and correspondence of Adam smith*, vol. V: lectures on jurisprudence. Indianapolis: Liberty fund., 1982. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.com.br>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

STANOJEVIC, Obrad. *Roman Law and Common Law – a different point of view*. Loyola Law Review, n. 269, 1991. Disponível em: <<http://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *As súmulas vinculantes e o controle panóptico da justiça brasileira*. *Argumentum* - Revista de Direito - Universidade de Marília– v. 4 – Marília: UNIMAR, 2004. Disponível em: <[http://www.unimar.br/pos/rev\\_D/Direito\\_vol\\_04.pdf](http://www.unimar.br/pos/rev_D/Direito_vol_04.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

\_\_\_\_\_, Lênio. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. Direito UNIFACS – Debate Virtual n. 144, 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2145/1583>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

\_\_\_\_\_, Lênio Luiz. *Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma "teoria geral dos precedentes"?*. Direitos fundamentais & justiça, n. 5, out./dez., 2008. Disponível em: <[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/5\\_Doutrina\\_7.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/5_Doutrina_7.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord). *Repercussão Geral e o Sistema Brasileiro de Precedentes* – Série pensando o direito, n. 40/2011. Brasília: Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), 2011. Disponível em: <[http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/09/40Pensando\\_Direito1.pdf](http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/09/40Pensando_Direito1.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

TUCCI, Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhman*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2012.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*. Revista Direito GV, v. 5, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24371/23151>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WENKEL, Rolf. *Telekom é ré no maior julgamento civil da Alemanha*. Deutsche Welle; 07.04.2008. Disponível em: <<http://www.dw.de/telekom-%C3%A9-r%C3%A9-no-maior-julgamento-civil-da-alemanha/a-3250079>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2009.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Bahia: JusPODIVM, 2015.