



José Lúcio Monteiro de Oliveira

Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica
uma análise da aplicação da teoria no Brasil

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Fábio Carvalho Leite

Rio de Janeiro
Junho de 2014



José Lúcio Monteiro de Oliveira

**Precedentes judiciais e segurança jurídica
uma análise da aplicação da teoria no Brasil**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Fabio Carvalho Leite

orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Firly Nascimento Filho

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Noel Struchiner

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 11 de junho de 2014.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

José Lúcio Monteiro de Oliveira

Graduou-se em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior em 2002. Especializou-se em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes em 2006. Professor de Direito Processual Civil. Advogado.

Ficha Catalográfica

Oliveira, José Lúcio Monteiro de.

Precedentes judiciais e segurança jurídica: uma análise da aplicação da teoria no Brasil / José Lúcio Monteiro de Oliveira; orientador: Fábio Carvalho Leite. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2014.

v. 127 f.: il. ; 29,7 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Dissertações. 2. Precedentes Judiciais. 3. Segurança Jurídica. 4. Previsibilidade. 5. *stare decisis*. 6. *ratio decidendi*. I. Leite, Fábio Carvalho. II Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

Em primeiro lugar agradeço à Deus!

À Iana, meu amor, pelo carinho e estímulo incondicionais.

Aos meus irmãos, Tarcísio e Marcela, que, mesmo à distância, sempre me incentivaram. Amo vocês!

Ao Patric, pela amizade e colaboração no início desse trabalho.

Ao meu orientador, prof. Fábio Carvalho Leite, pela valiosa contribuição na construção desse trabalho.

Aos professores do programa de mestrado em Direito da PUC-Rio por me fazerem ver o Direito sob outra ótica.

Aos amigos Leo, Cacá, Daniel e Joice por “suportarem” a minha ausência. Estou de volta!

À Rede de Ensino Doctum, pelo incentivo ao aperfeiçoamento acadêmico e pelo apoio financeiro.

Aos meus amados pais,
José e Dilene, que nunca tiveram a oportunidade de estudar, mas ainda
assim, dedicaram suas vidas para que os filhos pudessem fazê-lo.

Resumo

Oliveira, José Lúcio Monteiro. Leite, Fábio Carvalho. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: uma análise da aplicação da teoria no Brasil**. Rio de Janeiro, 2014. 127p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O neoconstitucionalismo presente no Estado Contemporâneo - marcado pela diversidade, multiculturalismo e complexidade - teve como marco as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial e se caracteriza por fatores como a expansão dos direitos humanos e fundamentais e a normatização das Constituições Democráticas que apresentam em sua essência uma elevada carga axiológica e principiológica, conferindo caráter mais aberto ao texto legal, colocando o indivíduo no centro o ordenamento jurídico. Esse cenário resultou na reformulação não somente do conceito de jurisdição, mas de todo o direito processual, rompendo com o tecnicismo inerente a esse ramo do direito. Ao superar o clássico modelo subsuntivo e adotar o método interpretativo-deliberativo de aplicação do direito, o neoconstitucionalismo fortaleceu o Poder Judiciário e conferiu maior liberdade aos juízes na interpretação e resignificação da norma diante do caso concreto, conformando-a com a realidade sócio-político-jurídica. Esse movimento de resgate das teorias hermenêuticas aqueceu a discussão sobre segurança jurídica, uma vez que potencializou a divergência de entendimento jurisprudencial nos países adeptos ao sistema de *civil law*, como é o caso do Brasil. A adoção da teoria dos precedentes judiciais vinculantes - inerente ao sistema jurídico do *common law* - no Brasil, apresenta-se como instrumento de uniformização da jurisprudência capaz de garantir a segurança jurídica ao elevar o grau de previsibilidade, estabilidade e confiabilidade do direito, permitindo aos cidadãos planejar suas ações e prever seus resultados.

Palavras-chave

Precedentes Judiciais; Segurança Jurídica; Previsibilidade; *stare decisis*; *ratio decidendi*.

Abstract

Oliveira, José Lúcio Monteiro. Leite, Fábio Carvalho(Advisor). **Judicial precedents and legal security: an analysis of the application of theory in Brazil.** Rio de Janeiro, 2014. 127p. MSc Dissertation - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The neoconstitutionalism present in the Contemporary State - marked by diversity, multiculturalism and complexity - had as a landmark atrocities committed during the Second World War and is characterized by factors such as the expansion of human and fundamental rights and the regulation of the Democratic Constitutions which present in their being an axiological and principled high load, giving more open to legal text character by placing the individual at the center of the legal system. This scenario resulted in reshaping not only the concept of jurisdiction, but of the entire procedural law, breaking the technicality inherent in this field of law. By overcoming the classical model and adopting the interpretive-deliberative method of applying the law, neoconstitutionalism strengthened the judiciary and gave greater freedom to judges in interpretation and reframing the norm face the case, conforming with the legal socio-political reality. This movement of redemption of hermeneutical theories heated discussion about legal security, once it enhanced the divergence of legal understanding in the civil law system countries, such as Brazil. The adoption of the theory of binding judicial precedent - inherent in the legal system of common law - in Brazil, presents itself as an instrument of unification of jurisprudence able to guarantee legal certainty by raising the degree of predictability, stability and reliability of the law, allowing citizens plan their actions and predict their results.

Keywords

judicial precedentes; legal security; predictability; stare decisis; ratio decidendi.

Sumário

Introdução	10
1 O Princípio da Segurança Jurídica no Estado Democrático de Direito	13
1.1 Segurança jurídica: conceito	13
1.2 Relatividade da segurança jurídica	23
1.3 Segurança jurídica: dimensões	25
1.4 Segurança jurídica e Estado democrático de Direito	27
2 Teoria dos precedentes judiciais.	32
2.1 <i>Common law</i> e <i>civil law</i> : breve abordagem sobre diferenças e pontos de aproximação	32
2.2 A teoria dos precedentes judiciais	42
2.2.2 Fundamentos e aplicação da teoria dos precedentes judiciais	47
2.2.3 Críticas à teoria dos precedentes judiciais vinculantes	58
2.2.4 Precedente, súmula e decisão judicial: diferenças	61
2.2.4.1 Precedente <i>versus</i> decisão judicial	61
2.2.4.2 Precedentes <i>versus</i> súmulas	62
2.2.4.3 Precedentes <i>versus</i> jurisprudência	63
2.3 A eficácia dos precedentes judiciais	63
2.3.1 Precedentes com eficácia normativa	66
2.3.2 Precedentes com eficácia impositiva intermediária	66
2.3.3 Precedentes com eficácia meramente persuasiva	67
2.4 Possibilidade de superação dos precedentes judiciais	68
2.4.1 Justificativas para a superação dos precedentes	69
2.4.2 Técnicas de superação dos precedentes	73
2.4.2.1 <i>Overruling</i>	73
2.4.2.2 <i>Overriding</i>	76
2.4.2.3 <i>Transformation</i>	76
2.4.2.4 <i>Signaling</i>	77
2.4.2.5 <i>Drawing of inconsistent distinctions</i>	77

3 Viabilidade de aplicação da teoria dos precedentes judiciais no Brasil	79
3.1 <i>Civil law</i> e teoria dos precedentes judiciais vinculantes: a caminho da convergência.	80
3.1.1 Supremacia da Constituição e a expansão do <i>judicial review</i>	80
3.1.2 O <i>civil law</i> e a necessidade de uniformização da jurisprudência: um estudo das técnicas e instrumentos processuais inseridos no direito brasileiro	86
3.1.3 O projeto do novo Código de Processo Civil e a teoria dos precedentes judiciais vinculantes: a quebra de paradigma no direito brasileiro	89
3.2 Viabilidade da aplicação da Teoria dos Precedentes Judiciais vinculantes nos Tribunais do Brasil	97
3.2.1 O fortalecimento da Constituição e do Poder Judiciário e a necessidade de uniformização da jurisprudência	97
3.2.2 As vantagens da adoção da teoria dos precedentes judiciais vinculantes no ordenamento pátrio	103
3.2.2.1 Precedentes judiciais vinculantes como técnica de garantia de segurança jurídica	103
3.2.2.2 Princípio da Igualdade	106
3.2.2.3 Princípio da Imparcialidade do Juiz	108
3.2.2.4 Celeridade na prestação jurisdicional: o princípio da razoável duração do processo	110
3.2.3 Advertências metodológicas necessárias à aplicação da teoria dos precedentes judiciais no Brasil	111
4 Conclusão	115
5 Referências Bibliográficas	121

Introdução

No Estado Contemporâneo caracterizado pelo neoconstitucionalismo, observou-se verdadeira transformação na função jurisdicional. Essa transformação decorre do movimento de positivação dos direitos e garantias fundamentais nas constituições democráticas promulgadas no período pós-segunda guerra mundial visando proteger o indivíduo de atrocidades como as cometidas durante guerra.

O pós-guerra deflagrou a crise do positivismo jurídico, uma vez que a legislação não foi suficiente para garantir ao indivíduo seus direitos mais básicos, como a vida e as liberdades. A declaração universal dos direitos humanos, no ano de 1948, influenciou inúmeros ordenamentos jurídicos mundo afora e chamou atenção para a necessidade de incluir no debate jurídico questões morais, éticas e políticas. Esse movimento resultou na passagem de Estado de Direito para o Estado Constitucional no qual as constituições se consolidaram como núcleo do ordenamento jurídico. Ao incluir questões morais, éticas e políticas na legislação, as constituições passaram a apresentar um caráter abstrato, fundado em princípios com elevada carga axiológica.

A natureza aberta das constituições democráticas fortaleceu o Poder Judiciário na medida em que a função jurisdicional deixou de ser meramente declaratória do conteúdo normativo - método subsuntivo - e passou a exigir do juiz uma postura interpretativa da norma, resignificando o seu conteúdo, observando a interpretação conforme a constituição.

Esse fenômeno de fortalecimento do poder judiciário, chamado de judicialização da política, atrelado com a supremacia alcançada pelas constituições se, por um lado promoveu o resgate das teorias hermenêuticas e a efetivação de direitos fundamentais, de outro, desencadeou um aumento da insegurança jurídica decorrente da flexibilidade de interpretação conferida aos magistrados, situação está que culminou em um significativo aumento de divergência jurisprudencial nos países adeptos ao *civil law*.

Diante desse cenário de aumento da insegurança jurídica, decorrente da falta de previsibilidade das decisões judiciais, torna-se necessário o estudo de alternativas de uniformização da jurisprudência para elevar o grau de segurança jurídica.

Uma das possibilidades que se apresenta, tendo em vista a crescente aproximação observada entre os sistemas do *civil law* e do *common law* é a adoção, pelo primeiro, da teoria dos precedentes judiciais inerente ao *common law*. O presente trabalho visa demonstrar que a adoção da teoria dos precedentes judiciais nos países de sistema continental, notadamente no Brasil, constitui um importante elemento de unificação da jurisprudência ao promover maior coerência e coesão ao ordenamento jurídico diante do respeito a experiência advinda das decisões anteriores.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três capítulos, sendo que no primeiro buscou-se trabalhar a relação entre direito e segurança jurídica. A segurança jurídica constitui um dos fins do direito e um valor fundamental ao Estado Democrático de Direito. É da natureza humana a busca pela certeza e estabilidade nas relações sociais, sendo o princípio da segurança jurídica essencial para a manutenção da estabilidade do ordenamento.

O princípio da segurança jurídica se funda em três requisitos elementares: cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. A cognoscibilidade consiste na capacidade do cidadão de conhecer e compreender o direito. A confiabilidade está ligada à ideia de durabilidade do direito, ou seja, evitar mudanças abruptas que causem rupturas no ordenamento. E a calculabilidade, por sua vez, refere-se à previsibilidade do ordenamento jurídico. A calculabilidade permite ao indivíduo planejar suas ações, seja na esfera pessoal ou profissional, e prever seus resultados com elevado grau de acerto.

Sendo um fim do direito e um valor do Estado Democrático como um instituto capaz de promover a paz e a estabilidade da ordem jurídica, deve-se sempre buscar instrumentos capazes de promover o aumento da segurança jurídica. Para tanto, no segundo capítulo, como uma alternativa ao aumento do grau de segurança jurídica abordou-se a teoria dos precedentes judiciais.

Por ser uma teoria característica do *common law*, inicialmente foi traçado um paralelo entre os dois grandes sistemas jurídicos do ocidente – *civil law* e *common law* – visando demonstrar que apesar de terem origens distintas e características próprias, é possível perceber vários pontos de contato e convergência. Os países adeptos ao sistema do *common law* possuem a decisão judicial como fonte primária de direito, todavia a produção legislativa tem sido cada vez mais frequente, notadamente para adequar-se às exigências de um

mundo globalizado. Por seu turno, os países do *civil law*, que têm na lei sua fonte primária de direito, ante ao novo constitucionalismo, assistem a uma crescente valorização das decisões judiciais como fonte do direito. Ou seja, a grande diferença entre esses dois sistemas encontra-se no grau de vinculação das decisões judiciais em cada um deles.

Apesar de ser essa uma das diferenças mais marcantes entre os dois sistemas, percebe-se no *civil law*, um aumento da força da jurisprudência. Diante desse cenário, surge a necessidade de uniformização e padronização do entendimento judicial objetivando evitar a existência de decisões incompatíveis e incoerentes entre si, propiciando, dessa forma, maior estabilidade e segurança.

A doutrina do *stare decisis* e a teoria dos precedentes judiciais, institutos característicos do *common law*, visam promover a coerência, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico. A doutrina do *stare decisis*, tem por objeto investigar os elementos e fundamentos do precedente judicial, identificando os que têm força vinculante e aqueles meramente persuasivos. A partir da identificação de tais elementos, os casos julgados anteriormente passam a servir de fundamento para os futuros.

Assim, de acordo com tal doutrina, os tribunais devem, ao julgar uma questão, ser coerentes, reproduzindo os fundamentos utilizados em casos anteriores, gerando como benefícios, a previsibilidade das decisões, a igualdade de tratamento entre os jurisdicionados e a imparcialidade do julgador, preservando assim, a unidade do ordenamento jurídico e elevando o grau de segurança jurídica.

Apesar de ser um instituto característico dos países adeptos ao *common law*, diante dos vários pontos de aproximação existentes entre esses dois grandes sistemas jurídicos (*common law* e *civil law*), a teoria dos precedentes judiciais apresenta-se como um opção viável para garantir maior estabilidade ao ordenamento jurídico nos países do *civil law*, na medida em que proporciona um maior grau de segurança jurídica.

No terceiro e último capítulo, procurou-se demonstrar a viabilidade e os benefícios advindos da aplicação dos precedentes judiciais no Brasil, ressaltando os mecanismos e institutos de ordem constitucional e infraconstitucional já utilizados pelo ordenamento pátrio que possuem o condão de uniformizar a jurisprudência e garantir maior segurança jurídica.

O Princípio da Segurança Jurídica no Estado Democrático de Direito

1.1

Segurança jurídica: conceito

O homem sempre pautou suas ações na busca pela certeza. Um ideal de certeza nas coisas, nos fatos, nas relações sociais. Esse sentimento - que em última instância visa estabilidade, segurança e harmonia - sempre foi uma necessidade do ser humano.

Todavia, vivemos em tempos de profundas transformações sociais e inegável progresso econômico e tecnológico - os quais vêm acompanhados de grande carga de insegurança, já que trazem consigo elevado índice de situações novas e, portanto, desconhecidas - e cabe ao Direito acompanhar esse dinamismo e garantir a harmonia nas relações entre os indivíduos e entre os indivíduos e o Estado. Eis aqui um dos grandes desafios do direito: conciliar tradição e inovação, durabilidade e adaptabilidade.

A incerteza acima aludida decorre das características das sociedades contemporâneas, que se apresentam cada vez mais complexas e plurais. O multiculturalismo presente nesse tipo de sociedade se materializa pela enorme diversidade cultural e pelo avanço e fortalecimento das minorias, fatores esses que ocasionam uma gama dos mais variados interesses. Nesse contexto sócio-político-jurídico, torna-se necessário, cada vez mais, que os textos normativos apresentem alto grau de abstração e indeterminação de modo a contemplar todas as situações e interesses postos em jogo. Mais do que isso, mas ainda seguindo a mesma necessidade de contemplação de interesses diversos e, muitas vezes, completamente antagônicos, percebe-se um nítido aumento da produção legislativa.

Esses dois fatores - aumento do número de textos normativos e elevada carga de abstração em seu conteúdo - contribuem para a elevação do grau de insegurança. Humberto Ávila, ao abordar o tema, assevera que o reconhecimento da segurança jurídica como valor indispensável ao Estado de Direito somente se

verifica de forma plena quando analisada em conjunto com seu oposto, a insegurança.¹ O ponto de partida para a análise da segurança deve ser, pois, a insegurança.²

A conceituação de segurança jurídica, assim como ocorre com diversos institutos jurídicos, constitui tarefa das mais árduas. Por certo não se trata de uma regra objetiva e uniforme - no sentido de estar positivada -, mas de um denso conjunto de ideias gerais e abstratas com fim de garantir a ordem jurídica, a paz social e, em última instância, o Estado de Direito. Podemos afirmar que a segurança jurídica constitui um fim do direito.

A dificuldade na definição do que vem a ser segurança jurídica reside em suas multiacepções: princípio, valor, regra, norma, fato, bem.

A análise e consolidação do conceito de segurança jurídica justifica-se em decorrência dos efeitos nefastos gerados pela ausência de segurança. A insegurança jurídica resulta em relevante prejuízo não somente para o indivíduo, mas também para toda a sociedade, abrangendo a esfera econômica, social e política, ou seja, afeta a ordem social e o equilíbrio do Estado de Direito. Para agir, investir e planejar é necessário ter segurança e confiabilidade na ordem jurídica. Nesse sentido, a segurança jurídica se traduz em garantia de liberdades individuais.

A segurança jurídica adquire, pois, caráter instrumental relativamente à liberdade: quanto maior a segurança, maior o grau de liberdade, isto é, maior a capacidade de o indivíduo planejar o seu futuro conforme os seus ideais.³

Antonio-Enrique Pérez Luño alça a segurança jurídica à condição de elemento central da vida em sociedade.

A segurança é, sobretudo e antes que nada, uma radical necessidade antropológica humana e o “saber ao que agarrar-se” é um elemento constitutivo da aspiração individual e social à segurança; raiz comum de suas distintas manifestações na vida e fundamento de sua razão de ser como valor jurídico.⁴

Surgida em decorrência dos sonhos e ideais pregados pela Revolução Francesa, a ideia de segurança jurídica efetivamente se consolidou com a

¹ ÁVILA, 2012, p. 68.

² LUÑO, 1991, p. 4.

³ ÁVILA, 2012, p. 69.

⁴ LUÑO, 1991, p. 8.

conquista das liberdades individuais, mormente porque em tempos de regimes absolutistas e totalitários o cenário era exatamente oposto, ou seja, de total insegurança.

O princípio da segurança jurídica trás um horizonte de estabilidade, certeza, previsibilidade e de garantia de direitos fundamentais, gerando, dessa forma, maior grau de confiança na ordem jurídica, nas instituições e, por conseguinte, no Estado.

Segundo Canotilho, o conceito de segurança jurídica se desenvolve lastreado em dois pilares:

(1) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adaptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estatais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

(2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.⁵

Aos dois pilares propostos por Canotilho, Ávila inclui um terceiro, qual seja, a cognoscibilidade. Cognoscibilidade é uma derivação da palavra cognoscível. Por definição etimológica, cognoscível significa aquilo que se pode conhecer. Cognoscibilidade, portanto, é uma qualidade daquilo que pode se tornar conhecido.⁶

A ideia de cognoscibilidade⁷ está atrelada à capacidade de o cidadão poder entender o conteúdo das normas - aqui considerados não somente os textos normativos oriundos do Poder Legislativo, mas também os atos administrativos exarados pelo Poder Executivo e as decisões advindas do Poder Judiciário - e se autoafirmar diante delas para planejar suas ações e tomar suas decisões, seja no âmbito pessoal ou profissional.

⁵ CANOTILHO, 1999, p. 380.

⁶ FERREIRA, 2001, p. 162.

⁷ “Cognoscibilidade significa um estado de coisas em que os cidadãos possuem, em elevada medida, a capacidade de compreensão, material e intelectual de estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, materiais e procedimentais, minimamente efetivas, por meio da sua acessibilidade, abrangência, clareza, determinabilidade e executoriedade.” ÁVILA, 2012, p. 79.

Nesse contexto da cognoscibilidade, a segurança jurídica tem que ser capaz de fornecer ao indivíduo acesso à informação em relação ao conteúdo normativo. Aparece aqui a figura do destinatário da norma.

Não se pretende, neste estudo, esmiuçar essa questão sobre o conhecimento em relação ao destinatário da norma, mas por óbvio a qualificação do destinatário influencia nesse ponto. Um cidadão que não possui formação jurídica certamente terá maior dificuldade na compreensão do conteúdo normativo se comparado a um bacharel em direito. Mais que isso, dado o grau de especialização a que se tem chegado nos tempos atuais, um profissional do direito especializado em uma determinada área pode não compreender, por absoluto, o conteúdo de determinada norma afim a outra área. Tal problema se revela grave em razão da aplicação universal do ordenamento jurídico, independentemente da formação do indivíduo. Grosso modo, o conteúdo normativo deve ser acessível - em termos de ser compreensível - a todos os cidadãos.

Soma-se a essa questão, embora igualmente não faça parte do foco desse estudo, mas por certo se relacionam e interferem diretamente no mesmo, os problemas linguísticos de indeterminação semântica, textura aberta da linguagem, vagueza e obscuridade, dentre outros.

Segundo Schauer, “a textura aberta é essa característica indelével da linguagem, a consequência do confronto entre uma linguagem fixa e um mundo desconhecido em constante mudança”⁸

Hart, ao explicar o que é o direito, utiliza métodos bem avançados através de uma análise da linguagem, afirmando que o mesmo é um sistema de regras que são transmitidas por meio de padrões de condutas, normas gerais e princípios, e estes são os principais instrumentos garantidores do controle social⁹.

Existem muitos casos e situações que surgem de forma reiterada, detendo sempre alto grau de semelhança, e que são solucionados facilmente em função da orientação dada através da linguagem geral, mas existem ocasiões em que não estão claras as orientações passadas por aquelas normas ao caso concreto. São as situações que Hart classifica como casos de penumbra. Um dos exemplos que ele traz para elucidar os casos claros e de penumbra é o seguinte:

⁸ SCHAUER *apud* STRUCHINER, 2005, p. 101.

⁹ HART, 2009, p. 161.

É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis (“Se algo é um veículo, um automóvel o é”), mas haverá casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não (“A palavra aqui usada, ‘veículo’, incluirá bicicletas, aviões, patins?”).¹⁰

Dessa forma, por mais que pareça claro o texto normativo, não há como o homem médio eliminar todas as incertezas que aquele conteúdo possa apresentar, “porque as palavras que a compõem podem apresentar uma região de penumbra, onde não é claro se elas se aplicam ou não”¹¹.

De acordo com Hart, o direito funciona porque a maior parte dos casos que surgem podem ser enquadrados dentro do núcleo de significado dos termos gerais que compõem as regras. Porém, às vezes, diante de casos não-usuais, temos de decidir se um termo se aplica ou não. Aqui se verifica a ocorrência das três consequências básicas da textura aberta, a saber: casos em que sua aplicação é clara; casos fronteirícios em que temos dificuldade de saber se a regra se aplica ou não, e; casos nos quais não se aplica.

Quando da elaboração das regras gerais de conduta, mesmo que o ser humano tente esgotar todas as possibilidades de interpretação, Hart entende ser impossível esta tarefa, uma vez que em qualquer momento pode surgir um caso novo em que a interpretação dada àquela regra deve ser reformulada. Pensamento esse também defendido por Waismann: “(...) nós nunca podemos ter certeza de que nós incluímos na nossa definição tudo aquilo que deveria ter sido incluído, e portanto o processo de definição e refinamento de uma ideia vai continuar sem nunca atingir um estágio final.”¹²

Hart descreve ainda que a textura aberta da linguagem, mesmo trazendo certa insegurança jurídica aos sistemas, ainda assim gera vários benefícios ao mundo jurídico, pois, apesar de necessitarmos de segurança e certeza, também é necessário que haja a possibilidade de optarmos por novas formas de interpretar determinadas regras para que, surgindo casos novos, os mesmos sejam apreciados em seu tempo e diante da realidade social que se apresenta. Certo de grau de indeterminação linguística atrelado à abstração - que em alguma medida é inerente

¹⁰ HART, 2009, p. 164.

¹¹ STRUCHINER, 2001, p. 46.

¹² WAISMANN *apud* STRUCHINER, 2005, p. 100.

ao conteúdo normativo - são essenciais à evolução e ao desenvolvimento do direito.

A cognoscibilidade, portanto consiste na capacidade do cidadão em compreender o conteúdo das regras para nortear suas ações.

Passa-se à análise do segundo elemento: a confiabilidade. Por confiabilidade espera-se que o indivíduo, conhecendo o conteúdo do ordenamento jurídico, possa pautar suas ações e decisões em sintonia com as tradições, ou seja, a confiança está intimamente ligada à durabilidade do direito. Confiança não só nas relações com outros indivíduos, mas também em relação ao Estado. Pela confiança o cidadão age prevendo o resultado da sua ação e, da mesma forma, pode antever a ação dos outros indivíduos e do Estado. A confiança é, sem dúvida, a base do relacionamento humano e, bem assim, do direito.

No mesmo sentido assevera Birk que “somente a confiança na continuidade das instituições estatais e na vinculação das regras cria a base para o desenvolvimento da liberdade humana”.¹³

Assim, pode-se afirmar que a confiabilidade é o antídoto contra a mutabilidade abrupta do sistema. A mutabilidade a que nos referimos é aquela que cause surpresa e desconfiança, pois mudanças e transformações são inerentes e necessárias à vida em sociedade e à sua evolução.

A confiabilidade busca preservar, em última instância, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Canotilho, ao abordar a necessidade de preservação da confiança e da segurança jurídica, defende que,

Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos.¹⁴

¹³ BIRK, *apud* ÁVILA, 2012, p. 105.

¹⁴ CANOTILHO, 1999, p. 373.

Não se está aqui, todavia, a defender a imutabilidade do direito, mas apenas e tão somente que as mudanças ocorram em consonância com a realidade social e de forma paulatina, sem arroubos.

Não obstante a análise da confiança sob o enfoque da durabilidade do direito há que se destacar ainda que a confiabilidade também implica proteção judicial. A confiabilidade na segurança jurídica igualmente decorre da certeza de que o direito possui instrumentos e mecanismos processuais que garantam sua efetividade, pois de nada adiantaria a confiança no direito se o mesmo não representasse uma força impositiva de suas determinações normativas. Segundo Gadamer, “a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação.”¹⁵

Nesse contexto, destacam-se os princípios e instrumentos do direito processual assecuratórios da consecução dos fins do direito, tais como o princípio do devido processo legal, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas corpus*, o *habeas data*, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade.

O aparato processual supra descrito contribui para a consolidação da segurança jurídica na exata medida em que garante a efetividade do direito e, conseqüentemente, aumenta a confiança no ordenamento jurídico. Um ordenamento desprovido de instrumentos processuais aptos a garantir-lhe efetividade padece de mal gravíssimo, já que ressentiria-se de um de seus mais importantes elementos, a coerção.

Por seu turno a calculabilidade está ligada à ideia de previsibilidade. O agir do indivíduo será realizado dentro de um grau de previsibilidade do resultado e das conseqüências da sua conduta. A previsibilidade pressupõe estabilidade, ideal esse que permeia e perpassa as relações em sociedade. A confiança nos atos normativos e nas instituições assegura ao indivíduo que não haverá alteração brusca do ordenamento jurídico.

Desse modo, a calculabilidade consiste na capacidade do indivíduo de prever, com alto grau de acerto ou aproximação de acerto, o resultado de suas ações, pois mesmo tendo o direito as características da abstração e da indeterminação - para assim conseguir abarcar uma gama maior de fatos, ou ainda

¹⁵ GADAMER, 2008, p. 407-408.

pelos problemas linguísticos - toda alteração necessariamente requer a observância de certos critérios que ao final terão o condão de legitimar a mudança, tais como a razoabilidade e a proporcionalidade. Assim, a mudança não será abrupta a ponto de quebrar a estabilidade da ordem jurídico-social, pois o novo resultado estava dentro de uma margem de flexibilidade e risco e, portanto, calculável. Em maior ou menor grau, o direito possui, em alguma medida, essas características de indeterminação e incerteza.

Humberto Ávila reconhece a calculabilidade como essencial à harmonia do ordenamento jurídico e da preservação do Estado de Direito. De acordo com o autor,

Em razão dessas considerações é que se deve definir a calculabilidade como um estado de coisas em que o cidadão tem, em grande medida, a capacidade de antecipar e de medir o espectro reduzido e pouco variável de consequências atribuíveis abstratamente a atos, próprios e alheios, ou a fatos, e o espectro reduzido de tempo dentro do qual a consequência definitiva será aplicada. Sem essa ressalva, calculabilidade torna-se imprevisibilidade. Isso explica porque a exigência de calculabilidade por meio da continuidade do ordenamento jurídico afasta não apenas as mudanças bruscas, mesmo que não drásticas, mas também as mudanças drásticas, ainda que não bruscas. Dependendo do caso, até se admite a mudança, mas ela deve ser feita de maneira respeitosa, com proteção da confiança, com regras de transição e com cláusulas de equidade, sob pena de ser, na expressão de Ost, “trop brutal.”¹⁶

Ainda em relação à calculabilidade, o fator tempo se apresenta como elemento essencial para assegurar esse estado de segurança jurídica, pois o lapso temporal entre a ocorrência do ato ou fato e o efetivo resultado da prestação jurisdicional influencia sobremaneira na decisão do cidadão em agir ou não daquela maneira.

No ordenamento jurídico essa preocupação se aflora no Princípio da Razoável Duração do Processo e do Acesso à Justiça. Cabe aqui uma breve reflexão sobre a busca constante pela celeridade processual sem observância de certos princípios e garantias fundamentais.

O Princípio da Razoável Duração do Processo, no qual se baseia a ideia de celeridade processual, não pode ser visto como mecanismo de ofensa ao Princípio da Segurança Jurídica. A morosidade do Poder Judiciário decorre de fatores históricos como o número reduzido de juízes e servidores públicos, a falta de um

¹⁶ ÁVILA, 2012, p. 273.

parque tecnológico adequado, dentre outros, atrelados ao aumento significativo de demandas levadas ao Judiciário na atualidade oriundos da massificação da sociedade. A busca pela efetividade do direito não pode se opor ao estado de segurança estabelecido na ordem jurídica. É preciso ter equilíbrio quando se está diante de valores tão relevantes e de igual hierarquia.

Esses elementos, cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, compõem o eixo central do conceito de segurança jurídica. Segurança jurídica, por sua vez, constitui elemento intrínseco ao direito, parte inseparável do Estado de Direito, sem a qual não há ordenamento jurídico estável.

Nessa esteira, para se chegar a um conceito de segurança jurídica, torna-se imprescindível pensar sobre a concepção de direito. Existem duas concepções de direito: a objetivista e a subjetivista.¹⁷ A concepção objetivista do direito sustenta que o direito possui objeto predeterminado, cuja aplicação depende meramente do critério subsuntivo. Por outro lado, pela concepção subjetivista, o conteúdo do direito, para ser realizado, depende de prévia estrutura argumentativa para se chegar à decisão.

Tem prevalecido a concepção subjetivista, também conhecida como argumentativista, pois, como visto acima, o homem não possui capacidade de prever todos os fatos e situações possíveis, razão pela qual a norma jurídica não apresenta conteúdo completo e acabado que lhe permite abarcar e contemplar todas as situações. Nesse cenário se fortalece o papel da hermenêutica, já que não mais permite a concepção arcaica de jurisdição na qual cabia ao magistrado a aplicação literal do dispositivo legal, sem qualquer possibilidade interpretativa. Uma aplicação silogística do caso concreto a uma norma geral e abstrata com estrita observância ao positivismo jurídico, na qual o processo era concebido como um mero instrumento técnico para aplicação do direito material.

Na realidade do Estado Contemporâneo, esse modelo silogístico-subsuntivo foi gradativamente sendo substituído pelo modelo deliberativo-argumentativo no qual o papel do juiz ganhou grande relevância, deixando de ser um mero aplicador de leis, passando a desempenhar uma função mais ativa e atuante no processo, com capacidade interpretativa, utilizando-se dos princípios,

¹⁷ ÁVILA, 2012, p. 158.

das cláusulas abertas e, por fim, da interpretação conforme a Constituição na busca pelo ideal de direito e de justiça.

Neil MacCormick é um dos defensores da concepção subjetivista, pois sustenta que a resposta a um problema jurídico deve ser construída a partir de argumentos racionais e sustentáveis¹⁸. Para MacCormick

Nós deveríamos olhar para cada lado de cada importante questão, não se deixar levar por um preconceito ou uma aparente certeza. Nós devemos ouvir cada argumento, e celebrar, não deplorar, a qualidade argumentativa que parece estar incorporada ao Direito.¹⁹

Dworkin, da mesma forma, sustenta que o direito, diferentemente de outros fenômenos sociais, é uma prática argumentativa²⁰. Ávila, corroborando a concepção subjetivista do direito, assevera que,

Segurança jurídica, por consequência, deixa de ser uma mera exigência de predeterminação para consubstanciar um dever de controle racional e argumentativo. Essa mudança de perspectiva demonstra que a segurança jurídica envolve elementos que devem permear o processo de aplicação do Direito e não simplesmente estarem aqueles presentes no seu resultado. Daí a certa afirmação de Habermas, no sentido de que a segurança jurídica não significa “segurança de resultado” (Ergebnissicherheit), mas o esclarecimento discursivo de elementos normativos e fáticos a ser realizado por meio de um devido processo legal capaz de indicar os argumentos que conduziram à decisão. A segurança jurídica, por estar vinculada tanto a uma dimensão lógico-semântica quanto a uma dimensão pragmática do processo argumentativo de fundamentação, deve ser entendida, assim, como uma segurança jurídica processualmente dependente (verfahrensabangige).²¹

Alexy vai além ao afirmar que a legitimidade das decisões judiciais perpassa por seu caráter argumentativo e de que o direito deve ser, portanto, racional. O autor aborda dois aspectos em que essa relação entre direito e razão se evidencia: o primeiro decorre da teoria do discurso por meio da qual se reconhece a igualdade de participação entre os atores do processo; e, o segundo, consolida-se na concepção de Estado constitucional democrático, no qual o magistrado tem o dever de motivar suas decisões observando os ideais de igualdade e liberdade. Ao estabelecer regras do processo legislativo, procedimentos e garantias processuais visando a preservação das liberdades individuais, sobre as quais se baseia os

¹⁸ MACCORMICK, 1999, p. 163.

¹⁹ MACCORMICK, 1999, p. 165-166.

²⁰ DWORKIN, 1999, p. 13.

²¹ ÁVILA, 2012, p. 261.

direitos humanos, o Estado constitucional democrático estabelece a conexão entre direito e razão.²²

Com suporte nos argumentos acima transcritos, busca-se chegar a um conceito de segurança jurídica capaz de garantir a efetividade do direito a partir de critérios racionais e argumentativos, pois “mais do que informar, o princípio da segurança jurídica visa a garantir racionalidade e efetividade ao Direito como um todo.”²³ Ainda de acordo com Ávila,

pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.²⁴

Assim, pode-se concluir que a segurança jurídica (i) confere estabilidade e previsibilidade nas relações sociais; (ii) qualifica-se como elemento integrante e essencial na definição de direito; (iii) por ser elemento intrínseco ao direito, se consolida como eixo norteador do Estado de Direito.

1.2

Relatividade da segurança jurídica

Um cuidado é necessário quando se estuda segurança jurídica: o risco do engessamento e da imutabilidade do direito. Respeito ao princípio da segurança jurídica não deve significar engessamento do direito e, por conseguinte, da ordem jurídica. As sociedades modernas se transformam diariamente e cabe ao direito, na qualidade de instrumento regulador das relações sociais, acompanhar tal evolução. Daí a afirmação de que segurança jurídica não quer dizer estagnação do ordenamento jurídico e das instituições democráticas. Esse pensamento levaria paradoxalmente à situação de insegurança e instabilidade na vida em sociedade.

²² ALEXY, 2001, p. 685.

²³ ÁVILA, 2012, p. 262.

²⁴ ÁVILA, 2012, p. 282.

Mudança e flexibilidade fazem parte do valor/princípio segurança jurídica. Contudo, toda mudança deve ser realizada de forma calculada e sem alteração substancial, de modo a não surpreender o indivíduo.

O grande desafio é manter o equilíbrio entre estabilidade (olhar no passado) e mudança (foco no futuro), imprescindível à manutenção da ordem jurídico-político-social e, por conseguinte, ao desenvolvimento do Estado.

Pode-se afirmar que a segurança jurídica visa à estabilidade na mudança, isto é, certo grau de racionalidade-argumentativa na mudança de modo a não frustrar expectativas e ao mesmo tempo assegurar a evolução e desenvolvimento das instituições e do ordenamento jurídico, evitando, assim, alterações radicais que possam instaurar um clima de desconfiança e insegurança.

A ideia de certeza implícita no princípio da segurança jurídica não tem o condão de frear o desenvolvimento do direito, ao contrário, busca assegurar que tal movimento seja realizado com observância a determinados critérios capazes de demonstrar certas tendências que permitam ao indivíduo antever situações antes que a mudança se opere, de modo que tal alteração não atrapalhe seu planejamento e sua vida. Com isso, retira-se o caráter da surpresa e a mudança ocorre com naturalidade, sem traumas e sem afetar a harmonia e estabilidade do ordenamento jurídico.

Ávila, ao tratar o assunto, corrobora o pensamento de que a segurança jurídica não implica em proibição de modificação do direito. Para o autor,

Ao se enfatizar a importância da confiabilidade do ordenamento jurídico, especialmente por meio de sua estabilidade e da sua vinculatividade, não se pretende negar a importância da variabilidade das normas e, com isso, da flexibilização e da inovação. O Direito situa-se sempre entre tradição e inovação, permanência e adaptabilidade.²⁵

A estabilidade perseguida pelo estado de confiabilidade como elemento da segurança jurídica não significa total inflexibilidade do direito. Como o direito deve refletir os anseios e valores sociais, os quais estão em constante e permanente processo evolutivo, a imutabilidade geraria sua falta de efetividade.

O contínuo movimento de mudança e adaptabilidade às relações sociais deve fazer parte do direito. O que se busca com a segurança jurídica é exatamente

²⁵ ÁVILA, 2012, p. 71.

o equilíbrio desse processo, sob pena de, por um lado, a alteração abrupta do ordenamento jurídico gerar insegurança e, de outro, a estagnação e imutabilidade do direito instaurar uma crise de confiança e, desse modo, igualmente estabelecer um sentimento de insegurança nas relações jurídico-sociais.

Por isso, defendemos que a segurança jurídica carrega consigo um ideal de certeza relativa exatamente porque possibilita ao indivíduo prever, com elevado grau de acerto, o conteúdo das alterações normativas a que estará submetido em caso de mudança. Aparece aqui a concepção subjetivista do direito, pois revela o arcabouço argumentativo que determina o conteúdo da nova norma jurídica.

O caráter de certeza absoluta, proveniente da concepção objetivista perde espaço e seguidores porque não consegue se sustentar dentro da ordem jurídica do Estado Contemporâneo, em que as mudanças no ordenamento jurídico ocorrem a todo instante. Nesse cenário de garantia de direitos e liberdades individuais, principalmente em que as minorias passaram efetivamente a fazer parte do discurso político-jurídico, não é crível pensar que toda alteração normativa pode ser prevista com cem por cento de certeza pelo cidadão. E é exatamente em razão dessa falta de exatidão, sem margem de indeterminação, que sustentamos o caráter de certeza relativa da segurança jurídica.²⁶

A segurança jurídica, na condição de princípio, não foge à regra de trazer, em sua essência, valores e não regras e prescrições normativas. Como princípio, apresenta alto grau de elasticidade, pois os princípios transcendem a norma, mostrando-se fundamentais para a definição do sentido de cláusulas abertas e da interpretação conforme a Constituição. Daí a afirmação de que a segurança jurídica possui certeza relativa.

1.3

Segurança jurídica: dimensões

Pode-se ainda analisar a segurança jurídica a partir de duas dimensões: estática e dinâmica.²⁷ A primeira tem foco na investigação sobre o conteúdo do direito e a segunda, sobre sua força.

²⁶ ÁVILA, 2012, p. 175.

²⁷ ÁVILA, 2012, p. 295.

Muitos autores não se preocupam em fazer essa análise de maneira pormenorizada. Na verdade, muitos nem comentam que há essa diferenciação. Entretanto, ao investigar a segurança jurídica sob esse escopo é possível maior delimitação do tema e, assim, sua conceituação torna-se uma tarefa menos espinhosa. Além disso, permite concluir que as dimensões da segurança jurídica, quando analisadas em conjunto, trazem o equilíbrio e respeito necessários a toda relação social - nas relações entre os próprios indivíduos, bem como entre estes e o Estado. Tal questão é abordada por Ávila:

A dimensão estática diz respeito ao problema do conhecimento do Direito, ao seu saber, ou à questão da comunicação no Direito, e revela quais são as qualidades que ele deve possuir para que possa ser considerado “seguro” e, com isso, possa servir de instrumento de orientação ao cidadão, em geral, e ao contribuinte, em especial. Nesse aspecto o Direito deve ser compreensível e efetivo.

(...)

A dimensão dinâmica, a seu turno, refere-se ao problema da ação no tempo e prescreve quais são os ideais que devem ser garantidos para que o Direito possa “assegurar” os direitos do cidadão e, com isso, possa servir-lhe de instrumento de proteção. Nesse sentido o Direito deve ser confiável e calculável.²⁸

A dimensão estática, portanto, busca possibilitar ao cidadão acessar o conteúdo do direito. Só é possível ao cidadão seguir o direito, enquanto instrumento de regulação social, quando consegue compreender suas prescrições e puder agir com lastro nelas. Daí a conclusão de que a efetividade do direito advém, dentre outros requisitos, da sua própria capacidade de se tornar compreensível.

Nesse aspecto ganha relevância o elemento informativo do direito. Há que se conferir publicidade ao ordenamento jurídico.

Noutro giro, a dimensão dinâmica diz respeito à questão da mudança em relação ao tempo. Visa possibilitar ao cidadão confiar no direito ao saber quais mudanças poderão ocorrer - confiabilidade no direito. Mais que isso, possibilita ao mesmo saber em quanto tempo e de que forma essas mudanças poderão ser realizadas - calculabilidade do direito. Confiança de que os atos praticados hoje estão assegurados pelo direito estabelecido ontem. Refere-se, assim, à segurança com olhar no passado. A calculabilidade, por seu turno, está atrelada ao

²⁸ ÁVILA, 2012, p. 297.

conhecimento, pelo cidadão, dos efeitos e consequências, no futuro, dos atos praticados no presente.

O estudo das dimensões da segurança jurídica nos remete, conforme assinalado no início do tópico anterior, aos três elementos que configuram o seu eixo norteador: cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, os quais devem ser sempre analisados em conjunto. Não há como analisar o princípio da segurança jurídica apenas sob um desses aspectos isoladamente. De acordo com Dallari o princípio da segurança jurídica “alcança todas as situações nas quais estejam em jogo a certeza do direito e a estabilidade das relações jurídicas.”²⁹

1.4

Segurança jurídica e Estado democrático de Direito

Diante da condição humana de viver coletivamente e da dependência de organizar a vida em sociedade, surgiu a necessidade de constituir uma instituição capaz de assegurar a paz, o bem viver e a segurança. Tornou-se necessária a existência de um Estado que estabeleça e assegure direitos e deveres, que determine o que é lícito e o que é ilícito, e que permita a condição de paz e segurança necessárias à vida em sociedade.

Spinoza, ao tratar da criação do Estado, assevera que “quem, com efeito, decidiu obedecer a todas as ordens formais da Civitas, quer por recear o seu poder, quer por amar a tranquilidade, procura a sua própria segurança e os seus interesses consoante a sua própria vontade.”³⁰

Nessa ótica, o Estado, utilizando todo seu aparato normativo, consolida-se como instituição capaz de garantir o bem viver e a harmonia social. Essa estabilidade somente é possível por meio do direito, o qual, dentre outros fins, confere segurança às instituições e aos cidadãos. Ihering afirma que “o objetivo do Direito é a paz.”³¹ Joseph Raz consagra a importância do Estado de Direito como mecanismo assecuratório da dignidade humana ao permitir que o indivíduo possa programar seu futuro, planejar sua vida e, assim, realizar de forma plena suas liberdades individuais.³²

²⁹ DALLARI, 2010, p. 14.

³⁰ SPINOZA, 1994, p. 42.

³¹ IHERING, 2008, p. 31.

³² RAZ *apud* ÁVILA, 2012, p. 192.

O Estado de Direito é que possibilita aos indivíduos a realização de seus direitos fundamentais, seja no âmbito individual ou coletivo. MacCormick é um defensor do Estado de Direito como instituição capaz de assegurar a vida em sociedade e a realização pessoal do indivíduo, ao afirmar que,

eu também acredito no Estado de Direito, e acho que nossa vida como humanos numa comunidade com outros é enormemente enriquecida por ele. Sem ele, não há perspectiva de realizar a dignidade dos seres humanos como seres independentes embora interdependentes participantes em atividades públicas e privadas numa sociedade. Dignidade dessa espécie e independência-na-interdependência são, no meu modo de pensar, valores morais e humanos fundamentais.³³

O direito, como elemento intrínseco ao Estado, revela-se como instrumento de estabilidade e segurança da ordem jurídica, já que coloca todo seu aparato normativo à disposição do Estado.

O Brasil, Estado Democrático de Direito conforme definição expressa do art. 1º da Constituição Federal de 1988³⁴ consagra a segurança jurídica apesar de não ter de forma expressa em seu texto o termo. Para Celso Antônio Bandeira de Melo “este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.”³⁵

Apesar de não podermos identificar o termo segurança jurídica em um dispositivo constitucional específico, o compromisso da República Federativa do Brasil com a segurança jurídica pode ser identificado no texto constitucional. Esse fato pode ser percebido já no preâmbulo, que determina:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, **a segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das

³³ MACCORMICK, 1999, p. 165-166.

³⁴ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – O pluralismo político. Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (sem destaques no original) BRASIL, 1988, p. 1.

³⁵ MELO, 2005, p. 118.

controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.³⁶ (sem destaques no original)

No *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988³⁷ também é possível visualizar a defesa da segurança jurídica. Percebe-se que o legislador constituinte deixou claro o fato de ser a segurança jurídica um valor a ser defendido ao lado de outros igualmente importantes, tais como a liberdade e a igualdade.

Pode-se afirmar então que o conceito de segurança jurídica é inerente ao Estado Democrático de Direito, chegando ao ponto de em alguns momentos confundirem-se tais conceitos, tamanha a sua interação. É a segurança jurídica que vai garantir a estabilidade da ordem jurídica e a efetividades dos direitos fundamentais. Assim, a segurança jurídica pode ser vista como um direito fundamental do indivíduo de certeza e estabilidade das relações sociais.

Resta clara a relação entre segurança jurídica e Estado Democrático de Direito, destacando-se a importância do referido princípio que, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo, “se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de direito, é, indiscutivelmente, um dos mais importantes entre eles.”³⁸

Além da segurança, um Estado Democrático de Direito também funda-se em outros valores, conforme visto. Entre eles destaca-se a liberdade e a igualdade. Isso porque a essência do regime democrático pressupõe liberdade. Garantia de que todas as liberdades estão protegidas. Qualquer regime que se diga democrático há de preservar o diálogo e o debate de ideias visando construir um espaço público em que todos os cidadãos participem do processo dialógico - espaço este defendido por Habermas em sua teoria do discurso.³⁹

³⁶ BRASIL, 1998, p. 1.

³⁷ 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:...” (sem destaques no original) BRASIL, 1988, p. 1.

³⁸ MELO, 2005, p. 119.

³⁹ A teoria da democracia deliberativa de Habermas foi desenvolvida a partir da discussão entre os modelos de democracia liberal e republicano (ou comunitarista). Habermas procurou destacar não os pontos negativos, mas os pontos positivos de cada uma das teorias e, assim, pregando respeito às diferenças presentes nas sociedades contemporâneas, desenhou seu projeto de filosofia política. Habermas desenvolveu sua teoria considerando mutuamente ambos os argumentos, de liberais e comunitários, vislumbrando o procedimento ideal de participação do indivíduo na vida política. Para ele, “A teoria do discurso, que obriga ao processo democrático

Tal qual a liberdade, o regime democrático também funda-se no princípio da igualdade, o qual se reveste de maior relevância no contexto de um Estado plural. O pluralismo se apresenta como um valor das sociedades contemporâneas. O respeito às diferenças e a igualdade de direitos constitui elemento central dos Estados Democráticos contemporâneos.

Para Gisele Cittadino, pluralismo consiste em uma,

concepção vinculada à figura do indivíduo, enquanto ser capaz de agir segundo a sua concepção sobre vida digna. Em outras palavras, os liberais contemporâneos estabelecem uma vinculação entre pluralismo e individualidades diferenciadas por concepções de bem distintas. Importa ressaltar, entretanto, que a idéia de pluralismo não se restringe à diversidade das concepções individuais sobre a vida digna que caracteriza a sociedade moderna. O pluralismo possui uma outra dimensão, que está associada não à diversidade das concepções individuais sobre o bem, mas a existência de uma pluralidade de identidades sociais, que são específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico.⁴⁰

Esse comprometimento estatal com a segurança jurídica não existe apenas no Brasil, podendo ser visto em vários outros países como, por exemplo, Portugal, Grécia, Estados Unidos (em todos não há referência textual à segurança jurídica, mas doutrina e jurisprudência são unânimes em entendê-la como decorrência do Estado Democrático de Direito); Itália (a doutrina contemporânea valoriza o princípio da segurança jurídica, fazendo-o corresponder à idéia de “certeza de direito”),⁴¹ Alemanha (o atual direito constitucional atribui à segurança jurídica o

com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e os combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva uma posição central para o processo político de formação de opinião e da vontade, sem no entanto entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais do que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático.” (HABERMAS, 2002, p. 280)

⁴⁰ CITTADINO, 2004, p. 85.

⁴¹ “Na concepção jurisprudencial muito se tem discutido a propósito do tema e, mesmo no silêncio da Constituição, a Corte Constitucional italiana já proclamou que a “segurança jurídica é de fundamental importância para o funcionamento do Estado democrático”, e que deve ser definida como “um princípio supremo”, ao afirmar que “a confiança do cidadão na segurança jurídica constitui um elemento fundamental e indispensável do Estado de Direito. Goze ou não do elevado grau de princípio supremo, na ordem constitucional italiana, o certo é que o princípio de segurança jurídica na doutrina e jurisprudência daquele país ocupa uma posição superior á de simples princípio geral de direito. A segurança jurídica insere-se numa ordem superior, para desfrutar do status de “um princípio constitucional não-escrito, que pode interligar-se com diversas exigências e com diversos outros princípios”, e que, na realidade, desempenha um papel de “importância fundamental para o funcionamento do Estado de direito democrático”” (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 10-11.)

status de princípio.)⁴² e França (a segurança jurídica é vista como um desdobramento da noção de Estado de Direito). Humberto Theodoro Júnior sustenta que “esse posicionamento do direito constitucional francês afina-se com todo o nível do direito comunitário europeu”. Segundo Jorge Amaury Maia Nunes,

é possível afirmar, sem receio, que o princípio da segurança jurídica tem validade universal e pode ser examinado em qualquer ordenamento jurídico. Não importa a que escola esteja vinculado o pesquisador (formalista, idealista, realista etc.), sempre a segurança jurídica informará o Direito como princípio, como razão fundante.⁴³

Ao contrário, a ausência de segurança jurídica acarreta uma série de consequências nefastas, uma vez que o Estado deixa de ser de Direito, pois ao invés da ordem imperará a insegurança e a instabilidade social, passando a Estado do não Direito. Essa posição também é defendida por Kelsen ao asseverar que,

Em primeiro lugar, deve observar-se que um Estado não submetido ao Direito é impensável. Com efeito, o Estado apenas é existente nos atos do Estado, que são atos postos por indivíduos e são atribuídos ao Estado como pessoa jurídica. E tal atribuição apenas é possível com base em normas jurídicas que regulam especificamente estes atos. Dizer que o Estado cria o Direito significa apenas que indivíduos, cujos atos são atribuídos ao Estado com base no Direito, criam o Direito. Isto quer dizer, porém, que o Direito regula a sua própria criação. Não há, nem pode haver, lugar a um processo no qual um Estado que, na sua existência, seja anterior ao Direito, crie o Direito e, depois, se lhe submeta. Não é o Estado que se subordina ao Direito por ele criado, mas é o Direito que, regulando a conduta dos indivíduos e, especialmente, a sua conduta dirigida à criação do Direito, submete a si esses indivíduos.⁴⁴

Assim, resta claro que o princípio da segurança jurídica afigura-se, portanto, como um valor precioso e irrenunciável a qualquer regime que se pretenda democrático, pois garante a promoção da paz social e justiça.

⁴² “A tal princípio - é bom dizer - não faz menção expressa a Constituição alemã. Sua feição constitucional irrecusável, no entanto, deriva da própria concepção da noção do Estado de direito concebido como forma institucional da Alemanha nos termos do art. 20 de sua Lei Fundamental. O princípio de segurança jurídica é considerado, no mesmo nível que a justiça, como elemento essencial, da noção de Estado de direito.” (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 13.)

⁴³ NUNES, 2010, p. 87.

⁴⁴ KELSEN, 1999, p. 218.

2

Teoria dos precedentes judiciais.

O novo constitucionalismo presente nos Estados Contemporâneos, cada vez mais plurais e complexos, demonstra grande preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais. Atrelado a esse modelo, volta-se a carga para os estudos das teorias hermenêuticas na qual o papel do juiz passa a ser outro, deixando de exercer aquela função - meramente declaratória do texto legal - de outrora.

Em um modelo em que o ordenamento jurídico, superando o positivismo clássico, passa a contar com elevado conteúdo moral e político, inicia-se uma fase da jurisdição constitucional em que cabe ao magistrado interpretar a norma e dela extrair os valores e princípios que vão além do texto normativo, de modo a garantir a efetivação dos direitos fundamentais e, em última instância, preservar a coerência e correção do direito.

Dado a esse novo papel do juiz e, consequente, protagonismo dos tribunais em que os mesmos passam a ter maior liberdade na interpretação da norma, surge a preocupação com a manutenção da segurança jurídica e a estabilidade do Estado de Direito. Nesse cenário de relativa insegurança, a teoria dos precedentes judiciais surge como um instrumento apto a garantir a coerência e correção do direito nos países adeptos do sistema do *civil law*.

2.1

Common law e civil law: breve abordagem sobre diferenças e pontos de aproximação

Neste tópico, buscar-se-á tecer alguns esclarecimentos sobre os sistemas jurídicos do *common law* e *civil law*. Nesse sentido, será realizado um breve paralelo entre tais sistemas de modo a demonstrar a origem, o eixo norteador/informador de cada um, suas diferenças, bem como alguns pontos de aproximação entre eles, visando, posteriormente, estudar a teoria dos precedentes judiciais - inerente ao sistema do *common law* - e sua possível aplicação ao sistema *civil law*.

De certo, o *common law* e o *civil law* aparecem como os mais expoentes sistemas jurídicos dos países ocidentais. Tais sistemas possuem diferenças marcantes, mas é certo também que, quebrando paradigmas, possuem pontos de aproximação e contato, como restará demonstrado ao longo desta análise.

Pode-se dizer que, para fins desse estudo, referidos sistemas têm seu ponto de distinção mais marcante naquilo que consideram como fonte criadora do direito⁴⁵. Mais que isso, a diferença se acentua no grau de vinculação e efetividade dessas fontes em cada um dos sistemas. Tal diferença se caracteriza, além das questões históricas de formação, pela diversidade cultural, política, social e econômica vivida pelos Estados que adotaram cada uma dessas concepções.

O sistema *common law* tem origem inglesa e se expandiu por suas colônias, possuindo como principal fonte de direito os chamados precedentes judiciais. Nesse sistema os juízes e os tribunais aparecem como elementos centrais, cabendo ao juiz decidir o caso presente sempre com olhar voltado para as decisões de casos semelhantes no passado. Lado outro, ao decidir um caso específico, o juiz tem consciência de que os fundamentos da sua decisão serão analisados no futuro e servirão como espelho à decisão de outros processos.

Por isso, podemos afirmar que no sistema do *common law* o juiz decide a lide com respeito ao passado, mas olhando sempre para o futuro. O processo e as decisões judiciais gravitam, dessa forma, como elementos centrais do direito. Nesse modelo a lei é relegada a segundo plano. A decisão judicial é tida como fonte primária do direito. Nesse sistema busca-se extrair as regras utilizadas para a solução de um caso e aplicá-las em casos futuros semelhantes. Essa vinculação e respeito às decisões de casos passados deu origem à teoria dos precedentes judiciais, a qual, na verdade, consiste na criação e desenvolvimento judicial do direito no sistema em estudo.

Ao tratar o tema, Bobbio sustenta que

A *common law* não é o direito comum de origem romana, (...) mas um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei; numa segunda fase, ele se

⁴⁵ Para fins metodológicos, cumpre aqui fazer uma ressalva: não constitui objeto do presente estudo uma análise profunda entre esses dois sistemas jurídicos, mas apenas uma breve exposição das características de cada um. Essa explicação se deve ao fato de que não serão contextualizadas as diferenças históricas, sociais, econômicas, políticas e jurídicas que vigiam quando do surgimento de ambos os sistemas.

torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do precedente obrigatório).⁴⁶

No sistema *common law* o juiz figura não apenas como mero aplicador da lei, mas como verdadeiro criador do direito. Ross ressalta esse papel do juiz ao afirmar que o ordenamento jurídico nada mais é do que “o conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata.”⁴⁷

Importa ressaltar que há diferenças no modelo do *common law* de um país para outro. No direito estadunidense o sistema *common law* sofreu algumas alterações em relação ao sistema anglo-saxônico - como por exemplo o fato de ser mais flexível no tocante à vinculação dos precedentes - mas sua essência permaneceu, qual seja, a fonte primária formal do direito continuou sendo o produto da atuação dos tribunais. Essa alteração se justifica pelo contexto social e político vivido pelos Estados Unidos no processo de povoamento e, posteriormente, de independência. Não somente pelo desgaste e insatisfação que na condição de colônia possuía com a metrópole, mas também pela ausência de juristas experientes, o período pós independência, num primeiro momento, foi marcado por dúvidas sobre qual sistema jurídico deveria ser adotado, até que se optou pelo *common law*, embora tenham elaborado uma Constituição escrita.

Com observância de aspectos e condições políticos, econômicos e sociais existentes na colônia, o ordenamento jurídico dos Estados Unidos foi criado e desenvolvido com pilar no direito inglês. Entretanto, o conflito na adoção de um sistema jurídico, e ainda quanto à forma de organização do Estado, dentre outros fatores, acabaram por delinear um sistema com certas peculiaridades, tais como a adoção de uma Constituição escrita, uma característica do direito romano em um sistema do *common law*.⁴⁸

Com algumas diferenciações no sistema norte-americano, o precedente judicial, na condição de elemento central do *common law*, se reveste de suma importância para garantir não apenas a estabilidade e a segurança jurídica como a sobrevivência do próprio Estado de Direito, uma vez que na ausência de todo um

⁴⁶ BOBBIO, 1995, p. 33.

⁴⁷ ROSS, 2000, p. 59.

⁴⁸ MELLO, 2008, p. 33-34.

ordenamento jurídico posto, cabe ao mesmo a espinhosa função de criação e desenvolvimento do direito.

Por seu turno, no sistema *civil law* é a lei que aparece como fonte formal primária do direito a embasar toda essa concepção.

De origem romana, com enorme influência do direito alemão, daí a denominação direito romano-germânico, o *civil law* influenciou a grande maioria dos países europeus⁴⁹ - por isso também é conhecido como direito continental - e possui seus esteios fixados no positivismo jurídico, já que sua essência encontra-se no direito posto. Contudo, sua zona de influência não se restringe à Europa. Impulsionado pelo movimento de expansão territorial dos países europeus no período colonial em decorrência das expansões marítimas, disseminou-se em vários países da África, da Ásia e da América e afirmou-se nesses países com forte influência nos sistemas jurídicos locais.

Assim, diferentemente do *common law*, no *civil law* é a lei que aparece como elemento central do ordenamento jurídico. Não era interesse do *civil law* estudar casos práticos, um a um, mas estabelecer um formato ou modelo de organização social geral e abstrato. Nesse sistema a decisão judicial possui papel meramente declaratório do conteúdo da lei. Uma análise subsuntiva entre o fato e a norma, extraindo-se uma conclusão.

Pode-se dizer que o *civil law* baseia-se na clássica teoria da tripartição de poderes⁵⁰ desenvolvida por Montesquieu⁵¹, segundo a qual os poderes -

⁴⁹ “O direito romano se eclipsou na Europa Ocidental durante a alta Idade Média, substituído pelos costumes locais e pelo novo direito próprio das populações germânicas (ou bárbaras). Mas depois do obumbramento ocorrido em tal período - obumbramento comum, de resto, àquele de toda a cultura - ressurgiu no primeiro milênio com o aparecimento da escola jurídica de Bolonha e difundiu-se não apenas nos territórios sobre os quais já se havia estendido o Império Romano, mas também sobre outros territórios jamais dominados por este: sobretudo na Alemanha, onde ocorreu no início da Idade Moderna o fenômeno da ‘recepção’, graças ao qual o direito romano penetrou profundamente na sociedade alemã (basta pensar que ainda no fim do século XIX - antes das grandes codificações ocorridas no século XX - aplicava-se nos tribunais germânicos o direito do Corpus juris - naturalmente modernizado e adaptado às diferentes exigências sociais)” BOBBIO, 1995, p. 30.

⁵⁰ “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito cível. Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.” MONTESQUIEU, 2000, p. 167-168.

⁵¹ Vale destacar que Montesquieu era de nacionalidade francesa e desenvolveu sua teoria baseando-se na Constituição inglesa. Dois Estados que representam a essência de cada um dos sistemas jurídicos objeto de estudo neste tópico.

Executivo, Legislativo e Judiciário - são autônomos e independentes entre si. Segundo esse modelo, ditos poderes exercem função fiscalizadora uns dos outros, mas cada um com suas atribuições específicas, ou seja, um poder não pode adentrar na seara de atuação do outro.

Ainda segundo o autor, só é possível a garantia das liberdades, aqui incluída a liberdade política, quando não há abuso de poder, tendência natural do homem. “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite.”⁵².

Nessa concepção, em sintonia com o que prescreve o *civil law*, o juiz exerce função meramente declaratória e subsuntiva, sendo impedido de exercer qualquer função criadora de direito, ficando essa a cargo do Poder Legislativo. Montesquieu afirma que

poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.⁵³

Todavia, diante da realidade sócio-político-jurídica em que se encontram os Estados Contemporâneos, percebe-se, cada vez em maior escala, interferência de um poder em outro. Um exemplo claro dessa situação configura-se no movimento denominado ativismo judicial⁵⁴.

⁵² MONTESQUIEU, 2000, p. 166 e 167.

⁵³ MONTESQUIEU, 2000, p. 157.

⁵⁴ “A ampliação do controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas é tema central de muitas das discussões que hoje se processam na ciência política, na sociologia jurídica e na filosofia do direito. O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação de poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas. Se observarmos o que se passa no âmbito da justiça constitucional, seja nos países europeus - Alemanha, França, Itália, Portugal, Espanha -, seja nos Estados Unidos, seja em muitas das jovens democracias latino-americanas, é possível observar como uma forte pressão e mobilização política da sociedade está na origem da expansão do poder dos tribunais ou daquilo que se designa como ‘ativismo judicial’. (...) Em outras palavras, seja no âmbito da *civil law* ou da *common law*, a jurisdição constitucional, nas sociedades contemporâneas, tem atuado intensamente como mecanismo de defesa da Constituição e de concretização das suas normas asseguradora de direitos. E já são muitos os autores que designam esse ‘ativismo judicial’ como um processo de ‘judicialização da política’.” CITTADINO, 2002, p. 17-18.

Em contraponto à obra de Montesquieu, embora seja um dos maiores expoentes da escola positivista, Kelsen demonstra certa flexibilidade em relação à aplicação do direito ao considerar que a decisão judicial não possui natureza meramente declaratória do direito posto. Para Kelsen,

uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um Direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do Direito ou ‘jurisdição’ (‘declaração’ do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo.⁵⁵

Após breve exposição do funcionamento desses dois sistemas jurídicos, cabe aprofundar, como mencionado no início do tópico, no marco diferencial - ao menos como foco do presente trabalho - existente entre os mesmos: o problema da fonte formal primária e seu grau de vinculação dentro de cada um desses sistemas.

Para tratar das fontes do direito sob a ótica de cada um dos sistemas, mister elucidar o tema fontes do direito, ressaltando, de plano, que existem controvérsias sobre definição, classificação e tipos de fontes, não apenas entre os sistemas jurídicos em estudo, mas também entre autores que trabalham o tema dentro do mesmo sistema jurídico.

Inúmeras são as definições⁵⁶ e classificações sobre as fontes do Direito. Podemos classificar as fontes do direito como materiais e formais.

As fontes formais representam o direito já corporificado, revelando-o como regra jurídica, enquanto as fontes materiais consagram o direito como resultado de fatos sociais, ou seja, de acontecimentos relevantes para a coletividade, bem como a maneira que a sociedade reage a esses fenômenos. Em outras palavras, os valores que esses fatos representam na sociedade. Questões de ordem moral, econômica, religiosa, social, cultural, política, dentre outras,

⁵⁵ KELSEN, 1999, p. 166.

⁵⁶ “Fontes de Direito é uma expressão figurativa que tem mais que uma significação. Esta designação cabe não só aos métodos acima referidos mas a todos os métodos de criação jurídica em geral, ou a toda norma superior em relação à norma inferior cuja produção ela regula. Por isso, pode por fonte de Direito entender-se também o fundamento de validade de uma ordem jurídica, especialmente o último fundamento de validade, a norma fundamental.” KELSEN, 1999, p. 162-163.

emergem no seio da sociedade e representam o ponto de partida da criação normativa. O direito, portanto, é fruto de seu tempo e de sua condição social.

Em sentido lato, vários são os tipos de fontes de direito, a saber: a lei, a jurisprudência (precedentes), os costumes, a doutrina, os princípios gerais e a razão, a depender do sistema jurídico analisado. Ademais, em relação ao grau de vinculação, essas fontes podem ser primárias ou secundárias. Primária é aquele tipo de fonte considerado como elemento central de produção do direito. Secundária são aqueles elementos que de alguma maneira contribuem para a criação do direito, mas não se afiguram como elemento central.

O *common law* possui as seguintes fontes de direito: a jurisprudência, os costumes, a lei e a doutrina. Sua fonte primária é a jurisprudência.⁵⁷

No *civil law* é a lei que aparece como fonte mais importante, não obstante a existência de outras fontes que também devem ser consideradas: a doutrina; os princípios gerais, os costumes, e a jurisprudência - embora essa seja objeto de muita discussão.

Mello assevera que “a principal fonte do *civil law* é a lei, à qual se reconhece a vantagem de simplificar o conhecimento do direito e de torná-lo menos fragmentado e mais sistemático.”⁵⁸

Denota-se que as fontes de direito manejadas por ambos os sistemas jurídicos são praticamente as mesmas. Surge então o questionamento: o que os diferencia? O ponto de diferenciação entre esses sistemas, grosso modo, está alocado naquilo que cada um reconhece como fonte primária ou primeira de direito, sob orientação da qual orbita a criação e o desenvolvimento do direito.

De acordo com Bustamante⁵⁹ a grande diferença entre esses sistemas reside no grau de vinculação das decisões judiciais. Ainda segundo o autor,

De um lado, a tese positivista da discricionariedade judicial - exemplificada por meio da teoria pura do direito de Hans Kelsen - inevitavelmente conduz a uma

⁵⁷ “Diante da inexistência original na Inglaterra de um corpo de direito substantivo, como já aludido, este seria formulado pouco a pouco pelos Tribunais Reais, através das decisões proferidas em juízo. Por isso, em virtude das próprias condições históricas em que se deu seu desenvolvimento, a jurisprudência foi, naturalmente, a principal fonte irradiadora de normas. A regra de direito inglês constitui, por sua vez, um princípio extraído de uma decisão judicial correta, por indução, e passível de aplicação a situações idênticas. Ela emerge do problema, só pode ser apreendida tendo em vista seus fatos relevantes e é capaz de conferir, de imediato, solução a um caso.” MELLO, 2008, p. 20-21.

⁵⁸ MELLO, 2008, p. 47.

⁵⁹ BUSTAMANTE, 2007, p. 17.

diferença meramente de grau de vinculatividade do juiz à lei nos dois sistemas, mas o fundamento do case law é o mesmo independentemente do sistema jurídico em questão: o não cognitivismo positivista vê sempre as decisões judiciais como mero ato de vontade, não de conhecimento (...). De outro lado, as teorias contemporâneas da justificação jurídica, em especial as de orientação kantiana, como a que adotaremos no capítulo II, revelam que o princípio da universalidade e a necessidade de reconstruir os precedentes por meio de enunciados universais expressos em silogismos têm validade universal, o que desmonta a tese de que o *common law* seria avesso ao método dedutivo dominante no *civil law* (...).⁶⁰

Não obstante as divergências metodológicas acima enumeradas, como dito alhures, esses sistemas vivem momento de transição e evolução, apresentando, cada um a sua maneira, clara convergência com os ideais e metodologias propostos pelo outro. Vale ressaltar que esses pontos de proximidade não são recentes, mas remontam a formação de tais sistemas jurídicos.

Na Inglaterra, berço do *common law*, percebe-se por razões históricas, sociais, políticas e econômicas, que culminaram, por exemplo, em meados do século XIX, com o processo de democratização, o fortalecimento e consolidação do Parlamento, gerando, em consequência natural, um significativo aumento da produção legislativa. Ademais, as políticas públicas internacionais - em especial sobre direitos humanos -, bem como as questões econômicas atinentes ao comércio exterior, acabam por fazer com que o país assuma compromissos e se submeta a regras escritas, assim entendidos os textos normativos de âmbito internacional, aproximando ainda mais o sistema *common law* do direito legislado típico do *civil law*.

Esta questão de aparente contradição tem gerado grande preocupação aos juristas, sociólogos e filósofos ingleses. Sobre esse ponto em específico, Leslie Scarman assevera que

Não se sabe qual será o resultado dos procedimentos pendentes de Strasburgo. Mas eles ilustram um desafio que o Direito deve enfrentar se deseja continuar a ser aceito. Eles demonstram uma diferença não solucionada entre nosso sistema jurídico e nossas obrigações internacionais. Se a diferença não for resolvida, nos defrontaremos, mais cedo ou mais tarde, com a descoberta internacional de que o Direito Inglês não consegue estabelecer um remédio que o Reino Unido é obrigado a estabelecer pelo Direito Internacional. Um sistema jurídico do qual se pode dizer isso é um sistema jurídico sob ameaça; e o *common law*, para sobreviver, terá de encontrar a sua resposta. Não vejo motivo por que a resposta não possa ser uma nova carta constitucional.⁶¹

⁶⁰ BUSTAMANTE, 2007, p. 17-18.

⁶¹ SCARMAM *apud* MELLO, 2008, p. 29-30.

Na verdade, a situação acima descrita não passa de um movimento de convergência e real aproximação entre os sistemas em análise. Os mesmos não se desenvolveram de forma isolada e autônoma. Por certo, houve influência recíproca entre os dois modelos.

Há que se ressaltar que, em sua origem, o *civil law* não era composto por uma vasta legislação escrita e organizada. O direito posto se consolidou a partir da era das codificações, em especial com o Código Napoleônico. Até então, as fontes de direito tanto no *common law* quanto no *civil law* lastreavam-se no aparato jurisprudencial.

Ao enfatizar as semelhanças entre os dois modelos, Stein assevera que

Quando pensamos nos sistemas de *civil law* de hoje, pensamos em um corpus de regras cujo significado é deduzido de princípios gerais e estão ordenadas sistematicamente em códigos que possuem textos fixos e dotados de autoridade. Esses textos podem ser interpretados de novas maneiras, mas a formulação linguística permanece a mesma. Diferentemente, o *common law* aparece mais como um conjunto de regras inferidas de decisões de casos particulares. Os enunciados jurídicos são sempre provisórios, pois continuamente são reformulados através de alargamentos e estreitamentos dos seus termos à medida que surgem novos casos. Essas regras são hipóteses que esperam ser testadas pelas cortes de justiça. Nesse ponto, o antigo direito romano parece muito mais com o *common law* do que com o *civil law* moderno. Para o observador continental, o antigo direito romano e o *common law* moderno compartilham a mesma aparência barroca e desordenada.⁶²

Não obstante, cabe ainda salientar o efetivo aumento da força da jurisprudência no *civil law*. Nas sociedades contemporâneas, cada vez mais plurais, principalmente após o período da Segunda Guerra mundial em que várias democracias foram se consolidando, houve nítido fortalecimento do Poder Judiciário e, ainda que de forma gradativa, aumento da participação dos cidadãos na vida do Estado e, por conseguinte, na concretização da Constituição, movimento este que se torna cada vez mais crescente e irreversível.

Assim, em decorrência do chamado constitucionalismo democrático, o qual consiste no dever de ação do Estado objetivando a concretização da Constituição a partir da efetivação dos direitos constitucionais, a participação do cidadão tem sido cada vez mais intensa e atuante, de modo a transferir aos

⁶² STEIN *apud* BUSTAMANTE, 2007, p. 20.

tribunais constitucionais a pauta de muitos assuntos da vida política que não são tratados a contento pelos outros dois poderes, o Executivo e o Legislativo.

Ademais, o envelhecimento dos códigos, atrelado à dificuldade do direito em acompanhar a evolução sócio-econômica, constitui outro fator relevante nesse processo de fortalecimento do Poder Judiciário. Diante dessa situação, os tribunais se depararam com a necessidade de cada vez mais aplicar a técnica da interpretação da lei e conformação com a Constituição, pois somente assim estarão decidindo dentro da realidade social. Segundo Häberle, “interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública”⁶³.

A soma desses dois fatores - aumento da participação popular e envelhecimento dos códigos - faz com que haja um aumento significativo de decisões judiciais. Uma padronização e uniformização do entendimento dos tribunais - com a geração de precedentes judiciais universais -, visa evitar que se tenha decisões incompatíveis e incoerentes entre si, buscando, em última análise, garantir a segurança jurídica e a supremacia da Constituição.

Mauro Cappelletti consegue condensar esse pensamento de aproximação entre os dois sistemas jurídicos.

Trata-se, evidentemente, de um conjunto de normas e de institutos constitucionais que representam a confluência de um movimento político-ideológico-cultural cuja origem remonta pelo menos ao século XVII e que certamente não permaneceu um fenômeno restrito aos confins italianos. Aquelas normas e institutos encontraram analogias bem notáveis e frequentes geralmente nos ordenamentos jurídicos do chamado mundo ‘ocidental’ e, em particular, nos ordenamentos dos países de ‘*common law*’. Mas aquilo que, no fim da presente apresentação, pode ser de interesse mais específico é o fato de que essas analogias foram (e são suscetíveis de serem ulteriormente) reforçadas pelo crescente interesse que não apenas a doutrina, mas a própria jurisprudência vem mostrando na Itália (e não menos que na Itália, por exemplo, na Alemanha) por certas expressões fundamentais do constitucionalismo anglo-americano; por exemplo, pela ‘*due process of law clause*’ da Constituição dos Estados Unidos. Pode acontecer que seja também este um dos múltiplos sintomas daquele movimento grandioso de unificação jurídica, ou pelo menos de aproximação dos ordenamentos jurídicos nacionais, que foi na maior parte auspiciado, ou previsto ou assinalado.”⁶⁴

Resta demonstrado que os dois sistemas, antagônicos em uma primeira análise, se apresentam muito semelhantes em uma discussão mais acurada.

⁶³ HÄBERLE, 1997, p. 11.

⁶⁴ CAPPELLETTI *apud* MELLO, 2008, p. 53.

Após esse breve introito sobre os dois sistemas, no qual procurou-se estabelecer alguns pontos de semelhanças e divergências, passaremos no próximo tópico ao estudo mais detido do *common law*, com enfoque na doutrina do *stare decisis* e dos precedentes judiciais

2.2

A teoria dos precedentes judiciais

2.2.1

A doutrina do *stare decisis*

Não há como estudar uma teoria de precedentes judiciais desvinculada da doutrina do *stare decisis*⁶⁵. Por outro lado, embora haja confusão por parte de alguns autores, *stare decisis* e precedentes judiciais não são sinônimos, da mesma forma que *common law* não se confunde com *stare decisis*.

O *stare decisis* é uma doutrina que surgiu muito depois da existência do *common law* - sendo certo que se consolidou na Inglaterra somente no final do século XIX⁶⁶ - não se limitando apenas à aplicação de decisões passadas (aqui consideradas como regras) a casos análogos. Mais do que isso, constitui um verdadeiro sistema cujo objeto reside na investigação dos elementos e fundamentos do precedente judicial, com fito de extrair a essência da decisão e, assim, separar elementos que tem força vinculante de fatores que, embora mencionados na decisão, não fazem parte de seu núcleo, sendo considerados como elementos periféricos e meramente persuasivos.

A regra extraída como essência da decisão é denominada *ratio decidendi* ou *holding* e os elementos que constam da decisão mas que não integram seu núcleo são chamados de *dictum* ou obter *dictum*. O *holding*, portanto é indispensável à decisão e constitui fator vinculante, enquanto que o *dictum* possui papel secundário, sendo, dessa forma, dispensável e não vinculante.

Segundo a doutrina do *stare decisis* as decisões de casos passados servem como modelos para as decisões dos processos futuros e que utilizar exemplos anteriormente aplicados na resolução de problemas futuros nada mais é do que o

⁶⁵ Da expressão latina: *stare decisis et non quieta movere* = mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido. TUCCI, 2004, p. 160.

⁶⁶ MARINONI, 2011, p. 32.

exercício prático da racionalidade humana. De acordo com Schauer, seja na esfera do direito ou não, o simples fato de algo já ter sido feito antes constituiu uma razão para que seja repetido.⁶⁷ Esse acúmulo de conhecimento das situações experimentadas no passado nos leva a pensar sobre o papel da experiência na solução de casos presentes e futuros. A título exemplificativo, Duxbury traz a seguinte situação:

Quando minha filha caçula exige que eu compre um telefone celular em seu aniversário de 11 anos, ela justifica seu pedido pelo precedente: sua irmã mais velha recebeu um telefone celular em seu aniversário de 11 anos. Quando eu me recuso a comprar o telefone para minha filha mais nova em seu aniversário de 11 anos, eu justifico minha decisão com base na experiência da inabilidade de sua irmã em ser uma proprietária responsável de telefone celular com 11 anos.⁶⁸

Por isso é importante valorizar os ensinamentos que a experiência nos proporciona. O mesmo raciocínio deve ser empregado no âmbito do direito.

A teoria do *stare decisis* figura hoje como elemento essencial do *common law*, na medida em que visa garantir o respeito aos precedentes judiciais, e, dessa forma, acaba por assegurar a certeza do direito, sua estabilidade e previsibilidade. Xiol Rios afirma que a doutrina do *stare decisis* “[...] supone atribuir eficacia vinculante general al precedente judicial (y no meramente orientadora o ilustrativa).”⁶⁹

De acordo com tal doutrina os tribunais devem apresentar coerência em suas decisões, tendo por premissa a utilização de critérios e princípios universais no momento de fundamentação das decisões. Ao utilizar princípios universais, os juízes se vêem obrigados a reproduzirem os mesmos fundamentos para todos os casos semelhantes. Essa vinculação com os casos passados traz o benefício da previsibilidade e da imparcialidade. Mais do que isso, o *stare decisis* preserva a unidade do ordenamento jurídico, já que o indivíduo não deve ficar à mercê do entendimento isolado de cada magistrado. Quanto mais coerência e coesão houver nas decisões judiciais, maior estabilidade e segurança jurídica haverá para os jurisdicionados.

Como é possível ao cidadão entender a decisão proferida em seu caso totalmente divergente da decisão dada - pelo mesmo ordenamento jurídico e o que

⁶⁷ SCHAUER *apud* BARBOZA, 2014, p. 206..

⁶⁸ DUXBURY *apud* BARBOZA, 2014, p. 207.

⁶⁹ XIOL RIOS, 2010, p. 99.

é pior, muitas vezes prolatada pelo mesmo juiz - em outro caso idêntico? A doutrina do *stare decisis* visa trazer essa estabilidade ao ordenamento jurídico. Nesse sistema, os tribunais, representados por seus juízes, têm ciência de que amanhã estarão vinculados às decisões proferidas hoje. Tal circunstância apresenta, dentre outros, dois importantes benefícios: o primeiro fica a cargo da melhora na fundamentação das decisões. A motivação, analisada sob a ótica do princípio do Livre Convencimento Motivado, passa a ser vista como elemento central da decisão e, com isso, passa a ser mais bem delineada. Cabe ao juiz construir um argumento mais robusto, se estendendo para além da tese que entende correta. Deve rebater as teses que lhe são contrárias pela força do argumento. Não deve e não pode o julgador proferir sua decisão ignorando os argumentos que lhe são contrários. O segundo benefício refere-se ao aumento da confiabilidade no Poder Judiciário. A unidade e coesão emanada dos tribunais proporciona o aumento da segurança jurídica, valoriza o princípio da Imparcialidade e desencoraja alguns juízes de proferirem decisões lastreadas por argumentos duvidosos e que não desejem aplicar a todos os outros casos semelhantes.

Fine assim se posiciona sobre o tema

A doutrina do *stare decisis* repousa no princípio de que um Tribunal é uma instituição requisitada a aplicar um corpo de leis, e não um grupo de juízes proferindo decisões isoladas nos casos a eles submetidos. Assim sendo, as regras de direito não devem mudar caso a caso ou de juiz a juiz. Tal doutrina manifesta o reconhecimento de que aqueles que se encontram engajados em transações basedas nas regras de direito que estão prevalecendo podem confiar em tal estabilidade. Em suma, o *stare decisis* promove um imparcial, previsível e consistente desenvolvimento dos princípios legais, fomenta confiança nas decisões judiciais; e contribui para a real integridade do processo judicial.⁷⁰

Por outro lado, existem autores que são contrários à doutrina do *stare decisis*. Seus críticos sustentam que é possível ao juiz, diante de cada caso concreto, ainda que semelhantes, encontrar caminhos para driblar o precedente judicial. Segundo a doutrina do *stare decisis*, para aplicar um determinado precedente o juiz precisa identificar a mesma *ratio decidendi* em outro caso análogo. E é aqui que reside o maior argumento daqueles que são críticos em

⁷⁰ FINE, 2000, p. 91.

relação ao *stare decisis*. De acordo com estes, é fácil encontrar casos semelhantes, mas é igualmente fácil encontrar um detalhe que altere a *ratio decidendi*.

Ross é um crítico da doutrina do *stare decisis*, denominando-a de “ilusão”, pois segundo ele o juiz possui mecanismos que lhe possibilitam superar um precedente que não concorda em seguir. Para tanto, o autor enumera os seguintes argumentos

- (i) um precedente só é considerado obrigatório na medida em que concerne a *ratio decidendi* subjacente à decisão. (...) Ainda quando muito dessas interpretações possíveis acham-se além do que, pensamos, poderia um juiz sustentar, é inegável que o juiz detém considerável liberdade para interpretar a *ratio decidendi* de tal sorte que um precedente invocado não constitua necessariamente um obstáculo à decisão que, por outros motivos, deseja ele ditar.
- (ii) mesmo quando um juiz não deseje discutir a *ratio decidendi* de um precedente, lhe é possível distinguir o caso presente do anterior. As circunstâncias efetivas nunca são idênticas. O próprio juiz aquilata quais entre elas são relevantes e pode elidir um precedente citado se sustentar que num aspecto ou outro o caso em pauta difere do anterior, de modo a não ser obrigado pelo precedente.⁷¹

Em contrapartida, mesmo reconhecendo a existência de pontos frágeis, Frederick Schauer defende a aplicação da doutrina do *stare decisis* por entender que o sistema de decisões com efeitos meramente persuasivos também não é perfeito. Diante da fragilidade existente nos dois sistemas - de decisões com efeito vinculante e de decisões com efeito meramente persuasivo -, Schauer sustenta que o sistema vinculante possibilita ao Poder Judiciário reduzir o grau de incongruência e erro nas decisões. Sem o caráter da obrigatoriedade, ele entende que fica mais fácil o julgador incorrer em erro. Isso sem falar que a interpretação da norma é subjetiva e a não utilização de um sistema vinculante eleva o grau de decisões divergentes em relação a situações iguais, o que pode gerar instabilidade no ordenamento jurídico, dada a falta de coesão e unidade do direito.⁷²

Ressaltam-se, neste estudo, as vantagens de se observar e seguir decisões anteriores promovendo estabilidade e segurança, dada a previsibilidade - nesse contexto - conferida ao Direito. Em efeito reverso, o fato de o julgador saber que terá de utilizar os mesmos fundamentos em caso análogos no futuro, por si só já faz com que haja maior rigor e critério ao motivar sua decisão, a qual deverá pautar-se em argumento objetivo e universal.

⁷¹ ROSS, 2000, p. 113-114.

⁷² SCHAUER, *apud* MELLO, 2008, p. 71.

Constitui elemento desse estudo o fato de que a doutrina do *stare decisis* não é fenômeno exclusivo do direito anglo-saxão. A mesma pode ser observada também no direito continental. Bustamante retrata essa realidade ao demonstrar que

A formação da doutrina do *stare decisis* na House of Lords e nas cortes de Westminster não foi fruto de um fenômeno exclusivamente britânico. Os estudos histórico-jurídicos de Gino Gorla mostram conclusivamente que o *ius commune* continental, durante todo o período compreendido entre os séculos VII e XVIII, caracterizou-se pelo seu caráter aberto e cosmopolita. Especial autoridade era conferida, como já adiantamos, à *communis interpretatio* dos vários países que constituíam a órbita do direito comum europeu (Gorla, 1981-d, p. 658). Um dos mais importantes problemas desse direito com fortes pretensões cosmopolitas foi a “uniformização do direito através da interpretação, em um sentido lato, de um *corpus* de leis comuns ou semelhantes” (Idem, p.659). Embora inicialmente - nos séculos XII a XV - esse trabalho de construção de uma *communis interpretatio* a constituir auctoritas internacional ou cosmopolita fosse exercido pelos grandes professores (“*dottori*”) que se dedicavam ao estudo e à sistematização do direito romano e do direito canônico (Idem, p. 661-665), no período mais relevante para a uniformização do direito, por se tratar do período de formação do Estado Moderno - séculos XVI a XVIII -, essa atividade era exercida quase que com exclusividade pelos grandes tribunais e seus juristas “forenses” (Idem, p. 665). Nesse período, foi reconhecido importante valor à jurisprudência como fonte de direito, que exercia uma função de unificar o direito do Estado. Essa valorização formal da jurisprudência foi também um fenômeno cosmopolita.⁷³

Resta claro, portanto, que a doutrina do *stare decisis* - exercendo o papel de unificação da jurisprudência - além de ser fenômeno presente do *common law*, também permeia e orienta o sistema continental. Sobre o assunto, Xiol Rios assevera que

No es difícil aceptar que el reconocimiento en nuestro Derecho del valor vinculante del precedente supone una aproximación a este sistema. Sobre todo para quien, como Puig Brutau, se anticipó a observar, en éste como en otros terrenos, la aproximación gradual del modelo anglosajón al modelo continental y viceversa.⁷⁴

Por certo, a criação de instrumentos aptos a promover a unificação do entendimento judicial se mostra importante para garantir não somente a segurança jurídica, mas por consequência direta, a manutenção do Estado de Direito. O que se pretende demonstrar é que o cidadão não pode - e não deve - ficar à mercê do entendimento unitário e subjetivo de cada magistrado. Isso seria o mesmo que -

⁷³ BUSTAMANTE, 2007, p. 81.

⁷⁴ XIOL RIOS, 2010, p. 99.

com a licença para usar um termo popular - “jogá-lo à própria sorte”. Não pode ser esse o produto do direito. Em nome da segurança jurídica e da manutenção e fortalecimento do próprio Estado de Direito, o ordenamento jurídico tem que apresentar uma resposta única para casos semelhantes.

O indivíduo tem que saber quais são as consequências de suas ações. Tem que saber que, agindo de uma maneira tal, o ordenamento jurídico lhe dará a resposta x, e não ficar à mercê do posicionamento individual de cada juiz. Esse entendimento, por ocasião da formação do Estado Moderno, como bem asseverou Bustamante na passagem supra transcrita, irradiou-se por todo o continente europeu.⁷⁵

Não se está aqui a discutir a natureza da doutrina do *stare decisis*, se meramente declaratória ou se constitutiva do direito. Por ora, buscou-se apenas trazer o entendimento sobre sua criação e seu desenvolvimento.

2.2.2

Fundamentos e aplicação da teoria dos precedentes judiciais

Com raízes na segunda metade do século XVI, a teoria dos precedentes judiciais⁷⁶ se desenvolveu e ganhou forma ao longo do século XVII, tendo se consolidado no final do século XVIII e na primeira metade do século XIX. Nesse contexto histórico, cabe destacar a atuação de alguns juristas como Edward Coke, Mathew Hale e John Selden que tiveram papel fundamental na configuração filosófica do *common law* anglo-saxão, assim como destacaram a importância de seguir precedentes judiciais, movimento esse que acabou por difundir a relevância da função da jurisprudência como fonte de direito.⁷⁷

Assim, o precedente, como produto dos tribunais, passou a ser considerado fonte formal do direito anglo-saxão. E, na condição de fonte formal do direito, revestiu-se de legitimidade e autoridade para ser seguido e respeitado em casos análogos.

Defensor da teoria dos precedentes judiciais, MacCormick afirma que “precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões

⁷⁵ Para mais exemplos de países que aplicaram a doutrina do *stare decisis*, vide Bustamante, 2007 p. 82-83.

⁷⁶ Cumpre assinalar que não faz parte do objeto do presente estudo analisar as teorias da argumentação jurídica e nem as questões debatidas pelos filósofos do direito.

⁷⁷ STRECK; ABOUD. 2014, p. 41.

futuras. Aplicar lições do passado para solucionar problemas presentes e futuros é um elemento básico da racionalidade humana.”⁷⁸

Na realidade do Estado Contemporâneo, o modelo silogístico no qual cabia ao juiz apenas declarar a letra da lei a um caso concreto - método subsuntivo⁷⁹ -, foi gradativamente substituído pelo modelo deliberativo-argumentativo no qual o papel do juiz ganhou grande relevância, deixando de ser um mero aplicador de leis, passando a desempenhar uma função mais ativa e atuante no processo, com capacidade interpretativa em conformação com a realidade social de seu tempo, utilizando-se dos princípios, das cláusulas abertas e, por fim, da interpretação conforme a Constituição na busca pelo ideal de justiça.

Retomou-se, de forma gradativa, as discussões sobre as teorias hermenêuticas que acabaram colocando em evidência o papel dos juízes e, por conseguinte, das decisões judiciais. O uso da argumentação racional e da interpretação do texto normativo, deixando em segundo plano a aplicação literal da norma - fugindo daquele modelo defendido por Montesquieu de que o juiz tinha função meramente declaratória da lei diante do caso concreto - reforçou o caráter constitutivo das decisões judiciais, uma vez que cabe ao juiz a adequação da lei à realidade social em relação a situação posta em discussão. Seguindo esse entendimento, Mello esclarece que

Paulatinamente, verificou-se a retomada e o desenvolvimento de teorias hermenêuticas que colocaram em relevo o papel das decisões judiciais: defenderam uma análise dos litígios focada no problema, buscando sua composição a partir dos diversos argumentos e pontos de vista (tópicos) suscitados pelas partes e de seu teor persuasivo; observaram que o direito só se define à luz do caso concreto, por um processo circular que parte da pré-compreensão do texto, passa pelas peculiaridades da demanda, e retorna à norma, precisando seu conteúdo; pregaram que as pessoas não são governadas apenas por regras explícitas, mas também por princípios que decorrem dessas regras; e demonstraram, finalmente, que a atividade jurisdicional pressupõe que os

⁷⁸ MACCORMICK, 1997, p. 4.

⁷⁹ “Um típico operador jurídico formado na tradição romano-germânica, como é o caso do brasileiro, diante de um problema que lhe caiba resolver, adotará uma linha de raciocínio semelhante à que se descreve a seguir. Após examinar a situação de fato que lhe foi trazida, irá identificar no ordenamento positivo a norma que deverá reger aquela hipótese. Em seguida, procederá a um tipo de raciocínio lógico, de natureza silogística, no qual a norma será a premissa maior, os fatos serão a premissa menor e a conclusão será a consequência do enquadramento dos fatos à norma. Esse método tradicional de aplicação do direito, pelo qual se realiza a subsunção dos fatos à norma e pronuncia-se uma conclusão, denomina-se método subsuntivo.” BARROSO, 2005, p. 1.

magistrados formulem juízos de valor, a partir dos fatos e argumentos apresentados pelas partes, legitimando-se na função criativa.⁸⁰

A importância de se construir uma teoria sobre precedente judicial vinculante afeta diretamente ao menos três dos mais importantes princípios do Estado Democrático de Direito, quais sejam, segurança jurídica, isonomia e imparcialidade.

Os reflexos da adoção da teoria dos precedentes judiciais ao princípio da segurança jurídica se evidenciam na estabilidade e confiabilidade que conferem a ordem jurídica. Para garantir o valor segurança jurídica não é suficiente a existência de um ordenamento jurídico posto. Não basta ao cidadão conhecer o direito. É preciso que o indivíduo conheça a interpretação que os tribunais conferem a cada norma. Mais do que isso, é necessário que os tribunais tenham um posicionamento coeso e único, pois a ausência dessa unidade traz sérios problemas às relações interpessoais e ao próprio Estado. O cidadão, ao planejar suas ações, seja na esfera pessoal ou profissional, precisa ter noção, ainda que mínima, de quais serão as consequências de tais atos. Quando os juízes e tribunais apresentam posicionamentos divergentes o indivíduo não consegue saber como deverá pautar suas ações, situação esta que gera desconfiança e instabilidade não somente no âmbito jurídico, mas também na seara política, econômica e social, ou seja, afeta todo o Estado.

Rebate, inclusive, no âmbito internacional. Os grandes investidores internacionais, antes de desenvolverem seu planejamento estratégico e aportarem recursos em determinados negócios, procuram indicadores que estabeleçam parâmetros sobre segurança política, econômica e jurídica desses países. Sendo frágil o nível de segurança e estabilidade, maior a dificuldade para atrair esses grupos de investidores.

Um problema recorrente dessa questão reside no que se costuma chamar de “loteria judicial”. Uma determinada situação fática quando analisada por um juiz tem um resultado. Quando submetida à apreciação de outro magistrado pode apresentar resultado totalmente diverso. Se o Poder Judiciário é uno e o ordenamento jurídico também, por uma questão de dedução lógica, única também deveria ser a resposta apresentada pelos juízes aos casos a eles submetidos.

⁸⁰ MELLO, 2008, p. 49-50.

Quando o cidadão, diante de uma lesão ou ameaça a direito, recorre ao Judiciário espera obter uma prestação jurisdicional que corresponda ao entendimento que o ordenamento jurídico entende correto ao caso. Uma posição única e coerente sobre tal situação. Entretanto, o que temos visto são decisões divergentes e com fundamentação frágil. Os países adeptos do sistema do *civil law* vivem a complexa realidade de que casos semelhantes possuem decisões das mais variadas. Cada juiz possui um entendimento e o jurisdicionado fica submetido a essa situação absurda de total insegurança jurídica sobre como agir. Sobre o assunto, Víctor Ferreres Comella afirma que *“si los distintos tribunales llegan a conclusiones opuestas cuando se enfrentan a un mismo tipo de caso, los ciudadanos no saben a qué atenerse: no pueden calcular las consecuencias de sus acciones u omisiones.”*⁸¹

A título exemplificativo, no Brasil, essa realidade pode ser demonstrada nas decisões que envolvem os direitos dos transexuais. Por serem pessoas que reivindicam o reconhecimento de pertencerem ao sexo oposto ao biológico os transexuais pleiteiam a retificação do registro civil para adequarem seu nome e sexo. Em resposta a esse pedido existem decisões que indeferem a retificação, outras que deferem apenas no que diz respeito ao nome, outras que deferem a retificação apenas quando realizada a cirurgia para a mudança de sexo e ainda as que dispensam a intervenção cirúrgica para o deferimento da mudança do nome e do sexo.

Condicionando a retificação do registro civil à intervenção cirúrgica pode ser mencionada a seguinte decisão

REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DE PRENOME E SEXO DA REQUERENTE EM VIRTUDE DE SUA CONDIÇÃO DE TRANSEXUAL. ADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE EM QUE PROVADA, PELA PERÍCIA MULTIDISCIPLINAR, A DESCONFORMIDADE ENTRE O SEXO BIOLÓGICO E O SEXO PSICOLÓGICO DA REQUERENTE. REGISTRO CIVIL QUE DEVE, NOS CASOS EM QUE PRESENTE PROVA DEFINITIVA DO TRANSEXUALISMO, DAR PREVALÊNCIA AO SEXO PSICOLÓGICO, VEZ QUE DETERMINANTE DO COMPORTAMENTO SOCIAL DO INDIVÍDUO. ASPECTO SECUNDÁRIO, ADEMAIS, DA CONFORMAÇÃO BIOLÓGICA SEXUAL, QUE TORNA DESPICIENDA A PRÉVIA TRANSGENITALIZAÇÃO. OBSERVAÇÃO, CONTUDO, QUANTO À FORMA DAS ALTERAÇÕES QUE DEVEM SER FEITAS MEDIANTE ATO DE AVERBAÇÃO COM MENÇÃO À ORIGEM DA RETIFICAÇÃO EM SENTENÇA JUDICIAL. RESSALVA QUE NÃO SÓ

⁸¹ COMELLA, 2010, p. 45.

GARANTE EVENTUAIS DIREITOS DE TERCEIROS QUE MANTIVERAM RELACIONAMENTO COM A REQUERENTE ANTES DA MUDANÇA, MAS TAMBÉM PRESERVA A DIGNIDADE DA AUTORA, NA MEDIDA EM QUE OS DOCUMENTOS USUAIS A ISSO NÃO FARÃO QUALQUER REFERÊNCIA. DECISÃO DE IMPROCEDÊNCIA AFASTADA. RECURSOS PROVIDOS, COM OBSERVAÇÃO. (SÃO PAULO, TJ. Apelação Cível n.º 85395620048260505, Rel. Vito Guglielmi, 2012)⁸² (sem destaque no original).

Em sentido oposto, deferindo a retificação do registro mesmo quando ainda não realizada a cirurgia para a mudança de sexo,

Apelação Cível - Retificação de Registro - Transexual não submetido a cirurgia de alteração de sexo - Modificação do prenome - Possibilidade - Autor submetido a situações vexatórias e constrangedoras todas as vezes em que necessita se apresentar com o nome constante em seu Registro de Nascimento - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana - **Alteração do gênero biológico constante em seu registro de masculino para transexual sem ablação de genitália - Impossibilidade** - Sentença reformada - Recurso conhecido e parcialmente provido. (SERGIPE, TJ/SE, Apelação Cível n.º 2012209865 SE, Rel. Desa. Maria Aparecida Santos Gama da Silva, 2012)⁸³ (sem destaque no original).

Outra situação que pode ser mencionada para exemplificar a diversidade de entendimento sobre o mesmo tema é a que envolve, no âmbito trabalhista, o conflito entre o direito à intimidade e privacidade do trabalhador no envio de e-mails e o direito de propriedade do empregador. A questão é: pode o empregador fiscalizar o uso do e-mail corporativo, com fundamento no seu direito de propriedade? Ou prevalece nesse caso o direito à intimidade e privacidade do trabalhador? Existem decisões nos dois sentidos. Priorizando o direito de propriedade do empregador pode ser mencionada a seguinte decisão:

PROVA ILÍCITA. E-MAIL CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (e-mail particular).

82

Disponível

em:

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.nuProcOrigem=85395620048260505&tipoDecisaoSelecionados=A&tipoDecisaoSelecionados=R&tipoDecisaoSelecionados=H&tipoDecisaoSelecionados=D>> Acesso em: 22 abr. 2014.

83

Disponível

em:

<http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio_bkp.wsp?tmp.numprocesso=2013223538&tmp.numAcordao=2014161&wi.redirect=R9VCQBX9PQ7BT66FAY7U>. Acesso em: 22 abr. 2014.

Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

(...)

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail- corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.

Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. (Processo: RR - 613/2000-013-10-00.7 Data de Julgamento: 18/05/2005, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005).⁸⁴ (sem destaques no original).

Em sentido contrário, prevalecendo o direito à intimidade e privacidade do trabalhador,

Justa causa. “E-mail” não se caracteriza como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, **o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade** (CF, art. 5º, inc. VIII). Um único “e-mail”, enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa. Recurso provido (São Paulo - Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – 6º T., RS 20000347340/2000, Rel. Juiz Fernando Antônio Sampaio da Silva, publicado no D.J em 08.08.2000.).⁸⁵ (sem destaques no original).

Esses exemplos demonstram a ausência de uniformidade das decisões judiciais no Brasil, fato que gera instabilidade e insegurança. A teoria dos precedentes judiciais vinculantes também preserva e garante a efetividade do Princípio da Isonomia e da Imparcialidade ao estabelecer critérios universais e padronização de condutas que colocam em condição de igualdade todos os indivíduos. Ao seguir precedentes, o magistrado estará adotando a mesma posição jurídica para todos os casos que se enquadrarem naquela situação, ou seja, que apresentarem a mesma *ratio decidendi*. Essa medida garantirá o tratamento

⁸⁴ Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7675000/recurso-ordinario-em-rito-sumarissimo-record-20000347340-sp-20000347340-trt-2>>. Acesso em Abril 2014.

⁸⁵ Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7675000/recurso-ordinario-em-rito-sumarissimo-record-20000347340-sp-20000347340-trt-2>>. Acesso em Jan. 2014.

isonômico entre as partes, pois a fundamentação jurídica para determinada situação já estará consubstanciada pelo precedente mesmo antes de o magistrado ter conhecimento de quem são as partes do caso concreto. O uso da teoria dos precedentes obrigatórios garante a igualdade formal e substancial. Ao defender a imparcialidade e a isonomia, Victor Ferreres Comella sustenta que, se os juízes não sabem previamente quem serão as partes dos processos futuros, ao fixar um entendimento jurídico o farão adotando a solução que assimilam como a mais correta dentro do direito vigente, garantindo tratamento igualitário e imparcial.⁸⁶

Na busca pela preservação da segurança jurídica, da igualdade e da imparcialidade, a unificação do entendimento jurisprudencial por meio da adoção da teoria dos precedentes judiciais vinculantes se mostra como elemento fundamental para garantir a coerência do ordenamento jurídico e reduzir o grau de incerteza que paira sobre as decisões judiciais dos países adeptos do sistema *civil law*. Bustamante ratifica esse entendimento ao asseverar que

não apenas na Inglaterra, mas em toda a Europa, os tribunais superiores desempenharam um papel importante na unificação do direito, o que era um requisito imprescindível para o fortalecimento do Estado moderno. A fidelidade ao precedente, enquanto exigência natural dos princípios da igualdade (entendida como justiça formal) e da segurança jurídica, não era mesmo de se causar surpresa. Não há sistema jurídico que possa desconsiderar por completo os precedentes judiciais na aplicação do direito, qualquer que seja o momento histórico, sob pena de o direito positivo entrar em contradição com a própria idéia de sistema, a qual pressupõe a aplicação do direito como algo racional e coerente. Qualquer sistema jurídico que se desenvolva até um patamar mínimo de racionalidade necessita de um certo grau de aderência ao precedente judicial, sob pena de se frustrarem as próprias pressuposições formais implícitas na idéia de Estado de Direito. Portanto, a evolução do *common law* inglês e do *ius commune* continental para uma teoria moderna do precedente judicial pode ser vista como uma certa consequência natural da evolução desses ordenamentos jurídicos, pois um direito não codificado e dotado de uma pretensão de racionalidade não pode prescindir de mecanismos de racionalização e desenvolvimento coordenado e coerente do direito.⁸⁷

Denota-se, a partir da passagem supra, que o desenvolvimento desses dois sistemas jurídicos - pautados pela coerência e racionalidade do direito - estruturou-se na reciprocidade e na comunhão de elementos e mecanismos oriundos de cada um. Foi devido a essa abertura e intercâmbio que se pode

⁸⁶ COMELLA, 2010, p. 46.

⁸⁷ BUSTAMANTE, 2007, p. 85.

afirmar que tanto o *common law* quanto o *civil law* possuem trajetórias comuns ao longo de suas formações.

O ordenamento jurídico pátrio não consegue, na sua plenitude, garantir segurança jurídica e isonomia a seus jurisdicionados, pois a ausência de precedentes vinculantes, a existência de cláusulas abertas e da vasta carga principiológica, somados à rápida e constante evolução cultural, econômica, política e social de um Estado plural, não permite que o direito tenha um alto grau de previsibilidade, fazendo com que as decisões judiciais tenham se tornado verdadeira loteria, dependendo das concepções de mundo do julgador.

A teoria dos precedentes judiciais tem por escopo a consolidação da jurisprudência e a unificação do direito. Ao fim e ao cabo, tem o condão de refletir o entendimento do Poder Judiciário, eliminando de sua órbita entendimentos divergentes e antagônicos que causam instabilidade e insegurança.

O que se pretende evitar com a aplicação da teoria dos precedentes judiciais é que o jurisdicionado se veja aflito e inseguro diante de um julgamento, dependendo da sorte para ver qual magistrado irá decidir seu caso, como ocorre atualmente. Por certo, casos semelhantes não deveriam ter resultados tão antagônicos como ocorre diariamente, afinal o ordenamento jurídico é único.

É inegável que o respeito aos precedentes judiciais confere maior celeridade, economia e eficiência à dinâmica processual, reduz o risco de decisões equivocadas e, ao mesmo tempo, diminuiu a ocorrência de decisões conflitantes, promovendo a uniformização da jurisprudência e, conseqüentemente, da interpretação do direito. Esse ambiente de estabilidade jurídica contribui para o desenvolvimento do direito e, ao conferir eficácia normativa aos preceitos constitucionais, realiza a Constituição, valoriza o Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, consolidando, assim, o Estado Democrático de Direito.

A natureza da teoria dos precedentes judiciais se apresenta como elemento central nessa discussão. Existem duas correntes: uma defende a natureza apenas declaratória dos precedentes e a outra sustenta que os precedentes possuem natureza constitutiva de direito. Para os adeptos da concepção declaratória o precedente judicial não cria direito, mas apenas realiza uma função interpretativa do conteúdo normativo e revela nada mais do que o direito contido na norma jurídica analisada. Por outro lado, a corrente constitutiva assevera que os precedentes judiciais desempenham uma função mais complexa, pois os juízes, ao

interpretar a norma jurídica na atual concepção da hermenêutica constitucional, devem observar não somente o texto normativo, mas a realidade social em que o mesmo foi criado, a base principiológica e os valores que o permeiam e, a partir dessa análise preliminar, se voltar para o caso concreto avaliando suas circunstâncias e peculiaridades e, somente após realizar esse raciocínio, resolver a lide.

Por esse método, o juiz irá expressar juízo de valores por meio de formulações de ordem técnica mas não descolada da realidade social. E são exatamente esses juízos de valores que, acrescidos à interpretação da norma, conferem caráter constitutivo aos precedentes judiciais. Por esse motivo alguns autores⁸⁸ defendem que a teoria dos precedentes judiciais vinculantes constitui um verdadeiro instrumento de desenvolvimento do direito.

Por outro lado, não há como estudar uma teoria dos precedentes judiciais vinculantes sem adentrar na seara do que constitui o elemento da obrigatoriedade do precedente, a chamada *holding* ou *ratio decidendi*, separando-a dos elementos que, embora mencionados pelo juiz, por serem secundários não integram a essência ou núcleo da decisão, os chamados *dictum* ou *obiter dictum*. Estabelecer essa distinção não é tarefa das mais fáceis. Para tanto, inicialmente é preciso observar os fatos e, em seguida, separar aqueles que são relevantes daqueles que se consideram irrelevantes para o deslinde da causa. Definidos os fatos relevantes, é possível extrair o princípio que fundamentou a decisão e gerou o precedente, ou seja, sua *ratio decidendi*. Para Goodhart, é no exercício dessa função de escolha dos fatos relevantes que os tribunais criam o direito.⁸⁹

A *ratio decidendi*, portanto, constitui o elemento central do precedente. É ela que tem caráter normativo e, por isso, deve ser considerada de maneira abstrata. O fator vinculante não é a decisão propriamente dita, mas os princípios que compõe a sua *ratio* e acabam por definir seu elemento de autoridade e sua parte impositiva.⁹⁰ Dada a importância de se verificar quais são os elementos relevantes e irrelevantes de uma decisão para se extrair sua *ratio decidendi*, chama atenção a necessidade de exposição detalhada dos fatos e fundamentos que permitiram ao magistrado chegar àquela conclusão X. Sem a descrição das

⁸⁸ Dentre eles, MacCormick, Goodhart, Thomaz Bustamante, Patrícia Perrone C. Mello.

⁸⁹ GOODHART *apud* BARBOZA, 2014, p. 218.

⁹⁰ BARBOZA, 2014, p. 222.

peculiaridades fáticas do caso, torna-se muito difícil a tarefa de encontrar uma decisão que constitui precedente para o caso presente. Mesmo porque é muito raro encontrar casos exatamente idênticos. São as semelhanças, condições e princípios encontrados em um caso que servirão de *ratio* para os casos futuros. Para aplicação de um precedente não é necessário que os casos apresentem situações fáticas totalmente iguais, mas apenas que possuam similitudes dentre os fatos tidos por relevantes. Importante ressaltar que se houvesse necessidade de que os eventos fossem exatamente iguais seria impossível a aplicação da teoria dos precedentes judiciais obrigatórios.⁹¹

Maccormick assim define a *ratio decidendi*

a *ratio decidendi* é uma decisão expressa ou implicitamente dada por um juiz que é suficiente para resolver uma questão de direito posta em causa pelos argumentos das partes em um caso, sendo um ponto sobre o qual a decisão foi necessária para sua justificação (ou uma de suas justificativas alternativas) da decisão sobre o caso.⁹²

Os *dicta*, por sua vez, são os elementos considerados de maneira secundária e que, apesar de constarem da decisão, não constituem seu núcleo, sendo considerados irrelevantes para o desfecho do caso. A metodologia mais usual para identificar os *dicta* é a da exclusão, já que todos os fatores que não constituírem a *ratio decidendi* serão considerados *dictum*. Essa diferenciação é extremamente relevante, pois é a partir dela que o magistrado terá condição de saber se adotará o precedente ou se está diante de um caso de *distinguishing*.

A técnica do *distinguishing* consiste em um instrumento utilizado no sistema de precedentes judiciais para averiguar se os fatos relevantes do caso que gerou precedente são iguais ou distintos do caso sob julgamento.

Ao observar os elementos que constituem a *ratio* e o *dictum* do caso paradigma em confronto com o caso sob exame, o juiz deverá fazer um exercício de verificação dos fatos materialmente relevantes e daqueles meramente secundários nas duas situações. Somente se os fatos relevantes forem similares é

⁹¹ “Como nenhum caso é igual ao precedente sob todos os aspectos, a ‘igualdade’ de dois casos que a esse respeito interessa considerar apenas pode residir no fato de eles coincidirem em certos pontos essenciais [...]” KELSEN, 1999, p. 68.

⁹² Tradução livre de “a *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties’ arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his/her justification (or one of his/her alternative justifications) of the decision in the case.” MACCORMICK, 1999, p. 153.

que o juiz adotará o precedente, mas se os fatores essenciais que constituem a *ratio decidendi* forem distintos, o juiz exporá, de maneira fundamentada, partindo do caso paradigma, que o precedente não se aplica ao caso concreto. Neste ponto fica clara a autoridade e força normativa do precedente, pois mesmo se não adotá-lo, caberá ao juiz explicar os motivos e justificativas pelos quais tomou sua decisão de não segui-lo, sendo certo que tal análise deve ter caráter restritivo e não extensivo em relação ao alcance dos precedentes.

Essa análise quase que mecânica de verificação entre a *ratio decidendi* do caso paradigma e do caso concreto a ser julgado constitui elemento básico de todo julgamento nos países adeptos do sistema do *common law*. Nesse sistema jurídico, o juiz, diante do caso concreto, automaticamente avalia se o precedente deve ser seguido ou distinguido.⁹³ Note-se que essa técnica é operada tanto pelo órgão que criou o precedente quanto por órgãos de hierarquia inferior.

E é exatamente essa análise dos fatos relevantes e marginais que envolvem o precedente e o caso concreto a ser julgado que, segundo Ross, acaba por desvirtuar a teoria dos precedentes judiciais e, conseqüentemente, a doutrina do *stare decisis*, conforme mencionado no tópico 2.2.1 supra. De acordo com o autor, o juiz, utilizando-se da técnica do *distinguishing*, possui uma considerável margem de manobra caso não queira aplicar o precedente, razão pela qual considera tal teoria inócua.

Todavia, o procedimento de distinguir se o precedente se aplica ou não ao caso em estudo possui certos critérios, não ficando a decisão restrita ao olhar subjetivo do magistrado. Fator relevante nesse processo é que não basta ao magistrado observar pontos semelhantes e divergentes nos casos em questão e optar por não seguir o precedente justificando sua decisão com base em convicções subjetivas, mas ao realizar a técnica do *distinguishing*, deverá apresentar os motivos que lhe formaram o convencimento retirados do próprio ordenamento jurídico. Sobre o tema, Barroso assevera que

A doutrina estrangeira registra que um tratamento diferenciado deve ser examinado sob três enfoques sucessivos, para aferir sua legitimidade constitucional, a saber: i) em primeiro lugar, é necessário identificar o fator de *discrimen* escolhido pela norma para saber se tal elemento corresponde a uma diferenciação real, relevante e objetivamente existente entre as pessoas,

⁹³ RAZ *apud* ROSITO, 2012, p. 106.

situações ou coisas; ii) em segundo lugar, é preciso que haja um nexo racional e razoável entre a diferença das situações - demarcada pelo elemento de *discrimen* - e o tratamento diferenciado aplicado (razoabilidade interna); e iii) em terceiro lugar, ainda que seja racional e razoável o tratamento diferenciado, ele deve estar em consonância com os princípios protegidos pela Constituição Federal (razoabilidade externa).⁹⁴

Em linhas gerais, pode-se dizer que a teoria dos precedentes representa uma trajetória histórica do *common law*, alicerçada nos costumes, na experiência e na casuística ou ainda, por assim dizer, na tradição, e tem por finalidade - observando-se a razão prática e a coerência - unificar o entendimento judicial e garantir a segurança jurídica, a previsibilidade, a estabilidade e a coerência do ordenamento jurídico.

2.2.3

Críticas à teoria dos precedentes judiciais vinculantes

Não se pode aqui deixar de registrar que a teoria em estudo é alvo de severas críticas e constitui motivo de grande preocupação para alguns juristas. Os argumentos mais frequentemente utilizados - mas não exaustivos - para quem não é adepto da teoria dos precedentes podem ser apontados no fato do suposto (i) engessamento do Direito e, por conseguinte, (ii) lesão a princípios constitucionais do processo que asseguram a independência e autonomia do juiz em decidir conforme suas convicções e, (iii) ofensa ao princípio da separação de poderes.

Contudo, basta estudo mais acurado para verificar que a teoria dos precedentes não tem esse condão e que assegura ao magistrado o direito de decidir conforme suas convicções quando estiver diante de um caso concreto em que verificar que a decisão adotada em outro caso, embora análogo, por fatores variados, não se aplica ao caso sob julgamento. Cumpre destacar que não se refere aqui a divergência de entendimento, mas de conclusão de que a fundamentação aplicada a um determinado caso, em razão de particularidades do caso concreto, não se aplica ao outro. Trata-se da técnica do *distinguishing* como visto no tópico supra.

Para os críticos da teoria dos precedentes, desse argumento decorre outro problema de sua aplicação: a metodologia para identificar quando dois casos

⁹⁴ BARROSO, 2005, p. 289.

concretos são análogos e idênticos a gerar a força normativa do precedente. Quanto a este ponto, cabe ao magistrado a análise criteriosa dos fatos objeto da demanda, das circunstâncias em que ocorreram, bem como das peculiaridades que os cercam.

Não obstante, a crítica acima apontada não deve prosperar por nenhum dos argumentos supra enumerados, pois toda vez que o juiz identificar no caso atual a *ratio decidendi* de um precedente que não concorde, não está obrigado a segui-lo. Todavia, nessas circunstâncias, recairá sobre o magistrado um maior ônus argumentativo. Sua decisão deverá ser fundamentada de modo a atacar a *ratio* do caso paradigma e demonstrar que o mesmo não deverá ser seguido, seja por estar desatualizado em razão de mudança nas condições sociais, por alegar erro no julgamento do caso passado, dentre outros motivos, ou até mesmo a superação total (*overruling*) ou parcial (*overriding*) do precedente. Por certo, nesses casos haverá maior dispêndio de tempo e financeiro com a interposição de recursos para reforma da decisão, mas não há engessamento do direito, mesmo porque a lei é muito mais estática dos que os juízes.

É certo que, em tempos atuais, diante do novo constitucionalismo, a evolução e desenvolvimento do direito se observa de maneira muito mais eficaz nos tribunais do que nas casas legislativas. Como os membros do Legislativo exercem seu mandato por representação, o enfrentamento de temas polêmicos muitas vezes pode significar prejuízo político e eleitoral.⁹⁵ Não que essa postura esteja correta, mas na prática é algo que se tem percebido e, em razão dessa omissão, os temas de repercussão nacional têm chegado às cortes constitucionais.

Quanto à alegação de desrespeito ao princípio da independência do juiz, como exposto acima, também não deve prosperar. O magistrado preserva sua autonomia e independência ao poder adotar ou não um determinado precedente. É claro que, nos moldes já explicitados, haverá necessidade de maior motivação da decisão, mas mais uma vez demonstra-se que o juiz mantém sua independência. O que chama atenção aqui é o fato de não haver sanção disciplinar para o juiz que desrespeitar precedentes já fixados. Não há obrigatoriedade na medida em que não há penalidade.

⁹⁵ Frise-se que esse não é o único motivo pela omissão do Legislativo. O procedimento de criação de leis, somado a interesses políticos diversos, acaba por retardar a tramitação dos processos.

Corroborando esse entendimento, Allen sustenta que a teoria de precedentes não engessa o juiz e, portanto, não causa a imutabilidade do direito.

Dizemos que é obrigado pelas decisões de tribunais superiores - e, sem dúvida, é. Entretanto, o tribunal superior não acorrenta o juiz - é ele que acorrenta a si próprio. O juiz tem que decidir se o caso a ele citado se ajusta às circunstâncias em pauta e se encarna precisamente o princípio por ele buscado. O mais modesto dos oficiais do judiciário tem que decidir por si mesmo se é ou não obrigado nas circunstâncias particulares do caso, por qualquer decisão determinada da Câmara dos Lords.⁹⁶

Por outro lado, em contraponto a alegação de lesão ao princípio da independência do juiz, ainda que existisse - e, como demonstrado, não existe - há que se destacar um paralelo entre este e o princípio da igualdade e realizar um exercício de ponderação. O sistema jurídico que submete seus jurisdicionados à toda sorte de decisões isoladas e divergentes e ainda à vaidade de alguns magistrados, não está zelando pelo princípio da igualdade na medida em que permite que os cidadãos tenham tratamento diferenciado em situações semelhantes.⁹⁷ Essa situação gera grande desconfiança e instabilidade ao ordenamento jurídico.

Em relação à crítica decorrente de ofensa ao princípio da separação de poderes e abalo ao modelo democrático, a mesma parece esvaziada pelo resgate das teorias hermenêuticas, assim como pelo modelo do constitucionalismo

⁹⁶ ALLEN *apud* ROSS, 2000, p. 115.

⁹⁷ “A necessária conciliação dos elementos em jogo apresenta-se indevidamente como uma tensão entre a igualdade dos cidadãos e a independência dos juízes, o que desvirtua notavelmente este conceito. Dentro de uma apresentação estritamente técnica da função de aplicação das normas, a ‘independência’ indicava a subtração a qualquer imperativo ou fonte de pressão, alheios ao processo técnico (‘políticos’ para reduzir o tópico). O juiz não deve depender de ninguém, e só se reconhecer submetido ao texto legal. O problema surge quando se torna evidente que não há tal aplicação técnica sem prévia interpretação valorativa; nelas os juízos encadeiam-se inevitavelmente com juízos prévios, que marcam uma dependência peculiar do juiz: de si mesmo e de tudo o que compõe seu horizonte interpretativo, pessoal e dificilmente transferível. Esta dependência do juiz do seu próprio entorno, juntamente com o caráter mais ou menos aberto, mas sempre histórico do sentido do texto legal, explica a pluralidade interpretativa que os diversos órgãos acabam produzindo. A hierarquização processual ajudará a reduzir essa dependência judicial, suavizando-a. Prescindindo dessa e de outras instâncias de controle, entre as quais o respeito ao precedente (exigido pela igualdade) ocupa lugar destacado, não se faria homenagem alguma à independência de uma subjetividade cuja eliminação é tão utópica como indesejável, dado que, sem tais juízos prévios, nunca haveria juízo algum. Vincular o juiz ao precedente é obrigá-lo a controlar os seus próprios juízos prévios em diálogo com juízos próprios e alheios. Assim se tornará mais dono de si mesmo e aumentará também a dimensão de sua independência; porque nada corrói mais a confiança na Justiça do que as aparências de arbitrariedade (‘independência’ sem controle) nos responsáveis por realizá-la.” TASSARA *apud* SOUZA, 2013, p. 292.

democrático na concepção do Estado Contemporâneo, o qual abandona os fundamentos da rígida separação de poderes e contempla a interação entre os Poderes.⁹⁸

Pelo que foi demonstrado, os benefícios na adoção da teoria dos precedentes judiciais vinculantes - segurança jurídica, estabilidade, previsibilidade, igualdade, imparcialidade e coerência do direito - são muito maiores do que eventuais malefícios, razão pela qual as críticas ora apontadas não devem subsistir.

2.2.4

Precedente, súmula, decisão judicial e jurisprudência: diferenças

Após a apresentação da teoria dos precedentes, é essencial diferenciá-lo de decisão judicial, súmula e jurisprudência, já que tais termos não são sinônimos. Espera-se que a sucinta diferenciação seja esclarecedora para evitar erros conceituais.

2.2.4.1

Precedente *versus* decisão judicial

A primeira diferenciação necessária é a de que precedente é decisão judicial. Em um primeiro momento pode-se pensar que toda decisão judicial seria um precedente, mas tal fato não é verdade. Nem toda decisão judicial poderá ser considerada um precedente. Apenas será considerada como precedente, a decisão judicial revestida de determinadas características, que se fundamente em um princípio e da qual se possa extrair uma regra, que demonstre seu elemento de autoridade e, por conseguinte, sua força impositiva.

Embora a análise da situação fática seja elementar para que o juiz profira sua decisão no caso concreto, o precedente se constitui da matéria de direito, considerada abstratamente. Seguindo a mesma linha, Marinoni sustenta que “o precedente constitui decisão acerca de matéria de direito – ou, nos termos do *common law*, de um *point of law* -, e não de matéria de fato, enquanto a maioria das

⁹⁸ CAPPELLETTI, 1990, p. 111-112.

decisões diz respeito a questões de fato.”⁹⁹ Afirma ainda que não raramente, as decisões judiciais ao enfrentar questões de direito se limitam a “anunciar o que está escrito na lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de solução que ao menos dê uma interpretação da norma legal.”¹⁰⁰

Uma decisão poderá então, nesse sentido, não tratar de uma questão de direito, mas apenas de questão fática, poderá ainda limitar a afirmar o texto da lei ou de um precedente. Nesses casos falar-se-á apenas em decisão judicial e não em precedente. Para que se possa falar em precedente, necessário que a decisão judicial, delimitando os contornos da lide, enfrente todos os argumentos relacionados à questão de direito.

2.2.4.2

Precedentes *versus* súmulas

A segunda diferenciação necessária para a compreensão do tema é entre súmula e precedente. Da mesma forma que precedente e decisão judicial não são a mesma coisa, precedente e súmula também não o são.

A súmula caracteriza-se como um enunciado que reflete o entendimento de um tribunal, baseando-se em reiteradas decisões sobre um mesmo tema. Trata-se de enunciado genérico e abstrato, que tem sua aplicação descontextualizada das razões fáticas das decisões que a embasaram. Essa análise jurídica descolada dos fatos não permite ao observador identificar a *ratio decidendi* da decisão.

Um juiz, quando opta por aplicar ou não determinado precedente, deve analisar quais foram os fatos relevantes que o fundamentaram - sua *ratio decidendi* -, verificando se guardam semelhança com o que está sob seu crivo. Tal fato não ocorre na súmula, por tratar-se de um enunciado abstrato e genérico. Na realidade, as súmulas são apenas enunciados e orientações genéricas que os tribunais firmam sobre determinado tema. Mello, por sua vez, afirma que as súmulas se constituem da extração do conteúdo reiterado de várias decisões ao passo que a constituição do precedente depende apenas de um único processo.¹⁰¹

⁹⁹ MARINONI, 2011, p. 215.

¹⁰⁰ MARINONI, 2011, p. 215 - 216.

¹⁰¹ MELLO, 2008, p. 147.

2.2.4.3

Precedentes *versus* jurisprudência

A terceira diferenciação é entre precedente e jurisprudência. Enquanto o primeiro refere-se a uma decisão paradigmática de um caso, jurisprudência refere-se a decisões de vários e diversos casos concretos.

Tal fato faz com que na jurisprudência seja difícil identificar qual caso é realmente importante e ainda, quantas decisões são necessárias para se afirmar que existe um entendimento consolidado. Para Leal

Em razão dessa necessidade de análise de uma grande pluralidade de decisões sobre o mesmo tema, assevera-se que o uso da jurisprudência como paradigma para decisões futuras é complicado e arriscado, em razão da dificuldade de se conhecer toda a jurisprudência relevante sobre uma determinada questão bem como, sobretudo, da frequente existência de decisões contraditórias e incoerentes que tornam difícil identificar a jurisprudência dominante em meio a uma situação de caos jurisprudencial.¹⁰²

É comum advogados, juízes, promotores, dentre outros atores do meio jurídico, usarem recortes de decisões que possam servir de argumento e reforço à tese defendida como se fosse o entendimento jurisprudencial dominante. Esse artifício constitui um grave erro metodológico na medida em que nem sempre o entendimento apresentado se afigura como o entendimento majoritário.

2.3

A eficácia dos precedentes judiciais

Após apresentar a teoria dos precedentes, indispensável discutir sua eficácia, já que pode haver variações conforme as circunstâncias de cada caso. Além disso, é com base no estudo da eficácia que se torna possível definir a influência de um precedente para a solução de um caso análogo.

As decisões judiciais, assim entendidas aquelas que constituem precedentes, por certo, apresentam força variada. Essa variação decorre de vários fatores, tais como - mas não se limitando - o sistema jurídico adotado, a forma de organização judiciária, o nível hierárquico entre as cortes, a necessidade de uniformizar a jurisprudência.

¹⁰² LEAL, 2013, p. 130.

Existem diversas classificações dos precedentes judiciais¹⁰³, conforme a eficácia que lhes é atribuída. No presente estudo será trabalhada a classificação apresentada por Mello, que divide os precedentes em três categorias distintas. Segundo a autora, “é possível agrupar as decisões judiciais em três categorias principais, designadas: a) precedentes com eficácia normativa, b) precedentes com eficácia impositiva intermediária e c) precedentes com eficácia meramente persuasiva.”¹⁰⁴

Apesar das divergências doutrinárias quanto à classificação dos precedentes, existe a separação entre vinculantes (*binding precedents*) e persuasivos (*persuasive precedents*).

Importante também frisar que não há que se falar em precedentes absolutamente obrigatórios como mencionam alguns autores¹⁰⁵, pois não existe um precedente que seja absolutamente insuperável, uma vez que é sempre possível a sua alteração, nem que seja pelas cortes supremas, que podem modificar suas próprias decisões, visando atender aos anseios sociais. O sistema de precedentes judiciais obrigatórios se aperfeiçoou e ganhou forma exatamente porque possui certo grau de flexibilidade.¹⁰⁶ A discricionariedade concedida, em certa medida, aos juízes, constitui elemento determinante na operacionalidade da teoria dos precedentes.¹⁰⁷

Ainda quanto a classificação apresentada, é importante ressaltar estar a mesma sujeita a inúmeras peculiaridades. É possível que haja um precedente de

¹⁰³ Bustamante, partindo da concepção de que os precedentes constituem fonte de direito e com base na classificação apresentada por Peczenick, classifica os precedentes quanto ao grau de vinculatividade em: “os precedentes vinculantes em sentido forte (1) são considerados fontes do direito de grau máximo (*must-sources*); os vinculantes em sentido frágil (2), fontes *prima facie* obrigatórios (*should-sources*); e os ‘*not formally and not having a force but providing further support*’, que prefiro denominar simplesmente de precedentes persuasivos (3), valem apenas como fontes do direito permitidas (*may-sources*).” BUSTAMANTE, 2007, p. 261,

¹⁰⁴ Patrícia Perrone esclarece que essa classificação apresentada em seu livro, “levou em consideração as espécies apresentadas pelo direito comparado, mas buscou sistematizá-las da forma mais instrumental ao exame e à compreensão dos precedentes judiciais brasileiros.”. Informa ainda que existem outras classificações, com as apresentadas por MACCORMICK, D. Neil (a) precedentes formalmente vinculantes, b) precedentes não vinculantes, mas com alguma força impositiva, c) precedentes não vinculantes e sem força impositiva, mas que servem de base para fundamentar decisões e, d) precedentes meramente ilustrativos ou com algum outro valor.) e por SAMPAIO, Nelson de Souza (a) sentença clássica, b) precedente, c) sentença normativa, d) jurisprudência vinculantes, e) atos quase-legislativos e, f) atos plenamente legislativos. MELLO, 2008, p. 62.

¹⁰⁵ Marcelo Alves Dias de Souza defende a classificação com precedente absolutamente obrigatório. Sobre o assunto, SOUZA, 2006, p. 200.

¹⁰⁶ MACCORMICK *apud* ROSITO, 2012, p. 280.

¹⁰⁷ GOODHART *apud* ROSITO, 2012, p. 280.

determinado tribunal que seja obrigatório para um inferior, mas não o seja com relação ao outro, ou que o precedente da mais alta corte possa ser considerado obrigatório com relação aos demais tribunais, mas não seja com relação à própria corte. Isso quer dizer que a força ou eficácia dos precedentes não se manifesta sempre da mesma maneira. Nesse sentido, a eficácia dos precedentes depende também da sua direção, sendo possível falar em hipóteses de precedente vinculante na direção vertical e horizontal.

O caso mais comum de precedente judicial vinculante se manifesta na direção vertical, “ou seja, quando o juiz sucessivo, que deve decidir um caso similar, encontra-se em grau inferior na hierarquia judiciária.”¹⁰⁸, mas é possível também falar-se em precedente judicial vinculante em uma dimensão horizontal, “o chamado autoprécédente, que exige que os magistrados e os tribunais respeitem os seus próprios precedentes, devendo-se evitar, ao máximo, a oscilação de entendimento sobre uma questão jurídica.”¹⁰⁹

No debate sobre a eficácia dos precedentes, é importante ainda compreender a diferença entre fonte formal e fonte material do direito.¹¹⁰ Os precedentes quando possuem força normativa serão considerados fonte formal do direito. Já os precedentes que não possuam força normativa, como ocorre nos casos dos precedentes com força meramente persuasiva serão fontes materiais por servirem de subsídio para os argumentos das partes, bem como para a fundamentação das decisões judiciais.

Seguindo o entendimento de Mello, no presente trabalho o precedente com eficácia normativa será considerado fonte formal por possuir caráter geral e o seu não cumprimento implicar sanção. Para a autora,

Acredita-se que, na medida em que um entendimento judicial tem de ser seguido com caráter geral, sob pena de sanção, à imagem e semelhança de uma lei, este constituirá fonte formal de direito, ainda que se preste a complementá-la, em virtude dos efeitos que lhe são atribuídos pelo próprio ordenamento jurídico. Ele

¹⁰⁸ LEAL, 2013, p. 134.

¹⁰⁹ LEAL, 2013, p. 135.

¹¹⁰ Para Paulo Dourado de Gusmão, fontes materiais são, “as constituídas por fenômenos sociais e por dados extraídos da realidade social, das tradições e dos ideais dominantes, com os quais o legislador, resolvendo questões que dele exigem solução, dá conteúdo ou matéria às regras jurídicas, isto é, à fonte formal do direito (lei, regulamento etc)” já, fontes formais “são os meios ou as formas pelas quais o direito positivo se apresenta na História ou (...) os meios pelos quais o direito positivo pode ser reconhecido.” (GUSMÃO, 1999, p. 99-103)

pode não ser autônomo com relação à regra escrita, mas produz um comando gerador de direitos e obrigações.¹¹¹

Se as decisões judiciais são reconhecidas como fontes do direito, todos eles serão dotados de eficácia, variando apenas em grau. No Brasil, é possível notar uma tendência para que sejam atribuídos aos precedentes, eficácia para além da demanda a que se referem. É o que se nota com a edição das súmulas, sejam ou não vinculantes.

2.3.1

Precedentes com eficácia normativa

Precedentes com eficácia normativa são aqueles que têm força de lei, geram uma norma. Seus efeitos extrapolam a relação processual entre as partes. Nas palavras de Mello, “são aqueles que estabelecem um entendimento que deverá ser obrigatoriamente seguido em casos análogos.”¹¹², e ainda, “são aqueles cuja autoridade vinculante independe da opinião do juiz do caso em julgamento, que deve segui-lo mesmo não estando convencido do seu acerto.”¹¹³

Os precedentes dessa espécie, são a regra nos países do *common law*, conforme exposto no tópico 2.1 supra. Nos países do *civil law*, a regra é a de que os precedentes não tenham eficácia normativa apesar de existirem países nos quais as decisões proferidas pelos tribunais constitucionais têm efeitos normativos. É o caso da Alemanha, Itália e Espanha.¹¹⁴

2.3.2

Precedentes com eficácia impositiva intermediária

Precedentes com eficácia impositiva intermediária são aqueles que, apesar de não vincularem de forma obrigatória outras decisões, fatores outros acabam por impor, em certa medida, que sejam seguidos. “Sua não aplicação é profundamente criticada e provavelmente se sujeitará a revisão.”¹¹⁵ Trata-se, nesse caso de precedentes que se incluem em uma classificação intermediária, uma vez que eles

¹¹¹ MELLO, 2008, p. 67.

¹¹² MELLO, 2008, p. 63.

¹¹³ ATAÍDE JÚNIOR, 2011, p. 93.

¹¹⁴ MELLO, 2008, p. 64.

¹¹⁵ MELLO, 2008, p. 64.

não têm força normativa, mas também não podem ser considerados como apenas persuasivos.

Nos países do *civil law* é comum ver essa categoria de precedentes quando existe uma “jurisprudência dominante” sobre determinado tema. É o que ocorre, por exemplo, no Brasil, no caso das súmulas editadas pelos tribunais superiores. Nesses casos, apesar de não existir a obrigatoriedade, a matéria objeto da lide alcançou certa uniformização. Já nos países do *common law*, essa categoria de precedentes ocorre quando a mesma corte que proferiu a decisão analisa um caso análogo. Nesse caso a própria corte poderá mudar seu entendimento, de forma fundamentada, sendo a decisão anterior de eficácia normativa, apenas com relação às cortes inferiores.

2.3.3

Precedentes com eficácia meramente persuasiva

São os precedentes utilizados apenas com o fim de convencer o julgador. Visando formar o convencimento do juiz, são utilizados para corroborar uma tese exposta em juízo. O magistrado poderá segui-lo ou não. Assim o fará se estiver convencido de que é a solução adequada ao caso proposto. Para Mello, “a eficácia meramente persuasiva estará presente sempre que a invocação de um determinado julgado se der apenas para fins de persuasão do magistrado, não tendo a aptidão de jungi-lo a seus termos.”¹¹⁶

Ainda que não tenha força normativa, o precedente persuasivo gera constrangimento no julgador, que deverá levá-lo em consideração, ainda que seja para fundamentar sua decisão de não acatá-lo. Embora não constitua um elemento de autoridade e imposição, tem o condão de melhorar o ônus argumentativo do juiz no momento de expor os motivos, fáticos e jurídicos, que lhe formaram o convencimento. Sobre o tema, Marinoni afirma que

Para que se tenha eficácia persuasiva é preciso que exista algum constrangimento sobre aquele que vai decidir. É necessário que o órgão decisório tenha alguma obrigação diante da decisão já tomada. O reflexo deste constrangimento ou desta obrigação apenas pode estar na fundamentação. A corte obrigada não pode ignorar o precedente, devendo apresentar convincente fundamentação para não adotá-lo.¹¹⁷

¹¹⁶ MELLO, 2008, p. 66.

¹¹⁷ MARINONI, 2011, p. 117-118.

O grau de convencimento do precedente persuasivo pode variar ainda conforme outros fatores como a sua data, o tribunal que proferiu a decisão, o prestígio do juiz, além, é claro, da sua fundamentação.¹¹⁸

É esse o tipo mais comum de eficácia no sistema *civil law*, mas pode ocorrer também no *common law*, no que diz respeito, por exemplo, “a decisões de primeira instância, a entendimentos consagrados por cortes inferiores, quando invocados nos tribunais superiores, e a julgados de outras jurisdições.”¹¹⁹ A influência desse precedente é apenas a de persuadir o julgador e nada mais. Apesar disso, quando tais precedentes vão se repetindo, ganham importância e podem passar a ter efeitos impositivos. Isso ocorre, principalmente nos países do *civil law*.

É importante salientar que também poderão ser considerados persuasivos os precedentes de outros ordenamentos jurídicos quando utilizados para, a partir de uma análise de Direito comparado, fundamentar uma decisão.

2.4

Possibilidade de superação dos precedentes judiciais

Uma das maiores, se não a maior, crítica à aplicação da teoria dos precedentes nos países adeptos do *civil law* e, por consequência, no Brasil, é a de que haveria um engessamento do papel exercido pelo julgadores e, em razão disso, também do próprio direito.¹²⁰

Por essa razão, no presente tópico, serão apresentadas as possibilidades de superação dos precedentes, como ocorre no *common law*, visando demonstrar que a vinculação do julgador ao precedente não significa um “engessamento” absoluto. Ademais, como observa Lima, em resposta à crítica do engessamento causado pela adoção da teoria dos precedentes, “se um precedente é em si injusto, perpetuar sua injustiça é em geral um mal ontologicamente maior que tratar casos iguais diferentemente.”¹²¹

¹¹⁸ SOUZA, 2006, p. 53.

¹¹⁹ MELLO, 2008, p. 66.

¹²⁰ Vide item 2.2.3 supra.

¹²¹ LIMA, 2001, p.67.

Uma primeira questão levantada quando se trata da possibilidade de superação do precedente é se tal fato não iria contra a própria natureza da teoria dos precedentes. Apesar de reconhecer que poderia haver surpresa por parte dos jurisdicionados e que após a alteração, haveria divergência entre casos semelhantes julgados com base no entendimento anterior, é possível afirmar que “a revogação de uma decisão se molda e se justifica à luz dos mesmos argumentos que fundamentam a adoção do *stare decisis*, e, por isso, é plenamente compatível com tal sistema.”¹²²

Por certo, nenhum precedente, assim como nenhuma norma, tem pretensão de validade eterna e absoluta. É certo que a realidade sócio-política se altera e que, seguindo essa evolução, torna-se necessário atualizar o entendimento consolidado pelos precedentes. É o que alguns autores, como Patrícia Perrone Campos Mello, chamam de “desenvolvimento judicial do direito”.¹²³

No mesmo sentido, Bustamante defende a possibilidade de modificação dos precedentes ao afirmar que “se de um lado os precedentes não devem ser vistos de forma excessivamente estática, de outro lado, qualquer afastamento da doutrina do *stare decisis* exige uma justificação especial.”¹²⁴

Diante desse cenário de possibilidade de superação dos precedentes em determinados casos, necessário discutir quais seriam os critérios a serem seguidos para que sejam respeitadas a segurança e a coerência do ordenamento jurídico.

2.4.1

Justificativas para a superação dos precedentes

Se existe possibilidade de superação de um precedente para que se tenha uma decisão que não o acate, deve-se questionar quais são as razões - e em que condições - que poderiam levar a sua não aplicação. Diante da possibilidade de superação de um precedente, deve sempre haver uma ponderação entre as necessidades de estabilidade e de mudança do sistema jurídico. Encontrar esse ponto de equilíbrio, mediante a elaboração de critérios objetivos, constitui um grande desafio da teoria dos precedentes.¹²⁵

¹²² MELLO, 2008, p. 234.

¹²³ MELLO, 2008, p 1-7.

¹²⁴ BUSTAMANTE, 2007, p. 339.

¹²⁵ “De modo geral, as exigências de uniformidade, coerência, consistência, imparcialidade, universalizabilidade e, mais genericamente, racionalidade na aplicação do direito exigem que na

Segundo Patrícia Perrone existem basicamente duas razões para a revogação de um precedente, “sua incongruência social” e sua “inconsistência sistêmica”¹²⁶. No primeiro caso, acatar o precedente não irá atender aos anseios e expectativas da sociedade, que evolui com o tempo. Aplicar o precedente nesses casos pode até significar resguardar a segurança jurídica, mas aos olhos do jurisdicionado significará uma decisão injusta. Ou seja, “a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum.”¹²⁷ No segundo caso, o que se busca com a não aplicação do precedente é atribuir consistência ao ordenamento jurídico. A aplicação do precedente, nesse caso, poderá significar um rompimento com a lógica do ordenamento. O sistema, apesar de composto por inúmeras normas, deverá representar unidade, o que faz com que essas diversas normas devam ser compatíveis entre si.

Mesmo nesses casos, de incongruência social e sistêmica, para que um precedente não seja aplicado a determinado caso, deve haver uma análise detalhada dos benefícios e malefícios de tal postura. As razões de justiça (*substantive reasons*) e as razões de segurança (*authority reasons*) deverão ser ponderadas, para que se decida pela aplicação ou não do precedente.

Inúmeros fatores deverão ser considerados e é apenas com base nessa análise, caso os benefícios sejam superiores aos malefícios, que será possível a superação do precedente. Caso os malefícios sejam superiores, poderá o tribunal optar pela aplicação do precedente, mesmo entendendo não ser o mesmo o mais adequado. Mello elenca algumas questões que merecem ser analisadas nesta situação:

Ao considerar a revogação de um precedente, a corte deverá cotejar os fundamentos para promovê-la com os custos relativos: a) à segurança dos cidadãos que confiaram no julgado anterior, b) à quebra da isonomia entre os jurisdicionados, c) às consequências que a medida gerará para a administração da justiça e sua eficiência, d) ao seu impacto (positivo ou negativo) sobre a credibilidade do tribunal.¹²⁸

revogação de precedentes judiciais sejam ponderadas cuidadosamente as necessidades de estabilidade e de mudança do sistema jurídico.” BUSTAMANTE, 2007, p. 339.

¹²⁶ MELLO, 2008, p. 237.

¹²⁷ MELLO, 2008, p. 237.

¹²⁸ MELLO, 2008, p. 238.

Alguns casos, segundo a mesma autora, podem ser exemplificados como passíveis de gerar a superação dos precedentes,

a) a existência de precedentes inexecutáveis na prática porque a regra é inoperável, obscura ou porque foi desfigurada por distinções arbitrárias; b) a compreensão atual de uma doutrina como injusta ou incorreta, em virtude de mudanças culturais, políticas, sociais, econômicas ou tecnológicas; c) a obsolescência do julgado em decorrência da evolução dos princípios jurídicos aplicáveis; d) o entendimento de que uma exegese é originalmente incorreta.¹²⁹

No primeiro, haverá um precedente contraditório, seja por ser obscuro, inoperável na prática ou conter distinções inconsistentes. Uma decisão contraditória significa insegurança, seja para o tribunal que a profere, seja para seus jurisdicionados. Nesse caso, a superação do precedente poderá apresentar mais benefícios e significar maior segurança jurídica.

No segundo caso, as mudanças sociais irão justificar a inadequação do precedente ao caso analisado pelo tribunal. Alterações sociais, políticas, econômicas, culturais, científicas, tecnológicas, dentre outras, ocorrem frequentemente em nossa sociedade e tais alterações fazem com que sejam alteradas também as percepções de justiça e de vida boa. Sendo o direito uma ciência que interage com a sociedade, tais alterações devem ser por ele incorporadas.¹³⁰

¹²⁹ MELLO, 2008, p. 239.

¹³⁰ Mello, exemplificando a influência das mutações sociais sobre os precedentes, cita, dentre outros, o seguinte caso: “Outro exemplo histórico de superação de uma doutrina em virtude de mudanças culturais foi o caso *Brown v. Board of Education*, pelo qual a Suprema Corte norte-americana se insurgiu contra a aplicação das conclusões *Plessy v. Ferguson*. Em *Plessy*, o Tribunal havia examinado uma norma do Estado da Luisiana, que determinava que brancos e negros deveriam utilizar acomodações separadas nos trens, e declarou a sua constitucionalidade, sob o fundamento de que a mera separação dos lugares a serem ocupados não importaria em violação do direito à igualdade, entendimento que ficou conhecido como a doutrina dos “separados mas iguais” (*separate but equal doctrine*). *Brown* reabriu a discussão sobre a matéria, cinquenta e oito anos mais tarde, questionando a segregação de escolas para brancos e para negros. Ao examiná-lo, a Corte observou, primeiramente, que a história da cláusula de igualdade (*equal protection clause*), constante da 14ª Ementa, não era conclusiva acerca de seus efeitos sobre a educação pública. Esclareceu que, à época da aprovação desta ementa, o sistema educacional dos brancos, no Sul, estava nas mãos de entidades privadas, e a educação dos negros era inexistente. Mesmo no Norte, as condições escolares eram muito diversas: os currículos eram rudimentares; em muitos Estados, o calendário escolar durava três meses em um ano; e a obrigatoriedade de frequência inexistia. Observados tais pontos, afirmou-se que a compreensão do papel da educação havia se alterado desde então, e que se reconhecia, hodiernamente, que seu desenvolvimento constituía uma das principais funções do poder público e um instrumento essencial à inserção cultural das crianças e à sua preparação profissional. Mesmo que os currículos, as instalações e as demais condições das escolas de negros e de brancos fossem idênticas, a mera separação entre os dois grupos, exclusivamente em razão da raça, gerava um sentimento de inferioridade nas crianças negras, afetando sua motivação, seu desenvolvimento intelectual e causando-lhes danos

Já o terceiro caso, a evolução dos princípios jurídicos aplicáveis, apta a fundamentar a superação do precedente, ocorre quando a comunidade jurídica muda sua compreensão sobre determinado instituto ou princípio jurídico, havendo uma evolução em seu entendimento.

O quarto e último caso mencionado, o entendimento de que uma exegese é originalmente incorreta, refere-se aos precedentes considerados errados. Nesse caso entende-se que a decisão foi errada desde a sua origem, não tendo cabimento a aplicação do precedente.

Assim, em todas as hipóteses mencionadas, havendo razões relevantes, justifica-se a superação do precedente em prol da própria segurança do sistema. Se na ponderação entre as razões de justiça (*substantive reasons*) e as razões de segurança (*authority reasons*), verificar-se que os benefícios referentes à segurança, à isonomia, à eficiência e à credibilidade do tribunal, forem superiores aos malefícios, justificada estará a sua superação.

Mesmo nos casos em que a superação dos precedentes é benéfica e é essa a opção do tribunal, tal superação deve ser fundamentada, partindo-se da desconstrução do precedente paradigma, passando pelos fundamentos da alteração pretendida, pela análise do sistema como um todo - construindo a nova *ratio decidendi* de forma a manter a coerência do ordenamento - até se chegar ao novo precedente.¹³¹

O fato de poderem os juízes superar precedentes não lhes retira a credibilidade e a autoridade enquanto força impositiva. Não há rompimento do sistema e nem tampouco afeta a segurança jurídica pelo fato de que toda mudança tem que ocorrer dentro de um procedimento em que são observados - além dos fatos relevantes e da questão legal, por óbvio - os princípios, valores, situação política, econômica, enfim o contexto social em que o precedente foi criado e esses mesmos elementos no momento da superação do precedente. A autoridade do precedente paradigma fica clara no simples fato de ser ele o ponto de partida

psicológicos. Assim, as mudanças ocorridas na importância do papel das escolas e na compreensão dos efeitos psicológicos produzidos pela segregação levaram a Suprema Corte a entender que a doutrina dos “separados mas iguais” não era aplicável ao caso sobre educação e a declarar a segregação inconstitucional nesta hipótese, por violação do direito à igualdade.” MELLO, 2008, p. 245-246.

¹³¹ “Os precedentes podem ser alterados e mesmo assim pode-se garantir a integridade da decisão judicial se, quando do julgamento e da revogação do precedente, o juiz respeita o passado, justifica sua mudança ou justifica a não aplicação daquele caso concreto. Ou seja, a coerência deve se dar com a totalidade do sistema e não apenas com a decisão anterior.” BARBOZA, 2014, p. 225-226.

para qualquer alteração do entendimento judicial. É preciso, como afirmado, que o magistrado demonstre de forma cabal que o precedente precisa ser superado.

Bustamante, ao tratar do *overruling*, enumera alguns princípios orientadores da decisão, bem como limites para se romper com o precedente anterior. Segundo o autor, toda decisão de romper ou não com um precedente deverá se pautar pelo seguinte parâmetro: “contribuir para o progresso do sistema jurídico.”¹³² Apesar de esse ser um parâmetro utilizado, existem outras regras que limitam tal atuação, todas inerentes a doutrina do *stare decisis*.

A seguir serão apresentadas algumas técnicas adotadas para a superação dos precedentes e a consequente flexibilização da doutrina do *stare decisis*.

2.4.2

Técnicas de superação dos precedentes

De acordo com Mello, as formas de superação dos precedentes no *common law*, são as seguintes: *overruling*, *overriding*, *transformation*, *prospective overruling* e *signaling*.¹³³ Abaixo serão analisadas cada uma delas.

2.4.2.1

Overruling

O *overruling* é uma técnica na qual há a revogação do precedente e sua substituição por outro. É utilizado, como exceção, apenas pelos tribunais superiores que, para tanto, devem argumentar sobre as vantagens de se adotar uma nova regra. A carga argumentativa de uma revogação (*overruling*) é maior que a utilizada na adoção do precedente.

Para Bustamante o *overruling* caracteriza-se como uma das possibilidades de afastamento de uma regra jurisprudencial. Segundo o autor,

é uma espécie do gênero das denominadas “judicial departures”, ou seja, dos casos de afastamento de uma regra jurisprudencial. Uma hipótese de afastamento (departure) se dá quando o tribunal resolve um problema jurídico solucionável por um precedente judicial, mas de forma diferente. O juiz apela, nesses casos,

¹³² BUSTAMANTE, 2007, p. 340.

¹³³ MELLO, 2008, p. 236.

para uma nova regra jurídica que conduz a um resultado diverso do previsto pelo precedente.¹³⁴

Para que haja a superação do precedente por meio do *overruling*, é necessária a convicção de que o precedente anterior é inadequado à solução do caso que está sendo julgado, seja porque não atende mais aos anseios sociais seja por não se adequar ao sistema jurídico. Além disso, as vantagens advindas da adoção do novo entendimento devem ser superiores às desvantagens causadas pela revogação, que inevitavelmente trará desconfiças e insegurança aos jurisdicionados.

Quando se fala em *overruling*, necessário definir qual será a eficácia temporal da nova decisão que revoga a anterior.¹³⁵ Optar por atribuir efeitos retroativos ou prospectivos a uma decisão é questão relacionada à segurança jurídica. Os efeitos retroativos podem significar uma mudança inesperada e por isso, influenciar para que os julgadores não inovem em suas decisões, evitando assim esse rompimento com o entendimento anterior. Já os efeitos prospectivos podem estimular decisões mais inovadoras, já que nesse caso não haverá violação à segurança jurídica e a consequente quebra da confiança dos jurisdicionados.

No *common law*, a regra é a eficácia retroativa do *overruling* (*retrospective overruling*), uma vez que a teoria concebe o precedente como resultado de uma atividade declaratória do julgador.¹³⁶ Isso ocorre porque as decisões judiciais, diferentemente das leis, dizem respeito a fatos já ocorridos, além de aplicarem também o direito previamente existente. Assim, o novo entendimento gerado a partir do *overruling*, também será aplicado a fatos e situações que já ocorreram, daí a eficácia retroativa.

¹³⁴ BUSTAMANTE, 2007, p. 333.

¹³⁵ Mello menciona os seguintes “efeitos temporais a serem atribuídos ao *overruling*: a) eficácia retroativa plena (*full retroactive application*): determina a aplicação da nova decisão a todos os casos, passados e futuros, inclusive àqueles já decididos em caráter final; b) eficácia retroativa parcial (*partial retroactive application*): recomenda que a nova doutrina regule todas as novas demandas, com exceção daquelas cujo julgamento já se tenha concluído em caráter final ou cuja (re)apreciação seja limitada por outras disposições normativas; c) eficácia prospectiva pura (*full prospective application*): estabelece que a nova regra só incidirá sobre situações configuradas a partir da data de sua afirmação ou de determinado evento futuro, não atingindo nem mesmo as partes do caso que ensejou sua formulação; estas últimas e os demais eventos ocorridos anteriormente à virada jurisprudencial permanecerão regidos pelo entendimento antigo; d) eficácia prospectiva parcial (*partial prospective application*): de acordo com a qual, a nova norma deve ser aplicada às partes do caso que ensejou a revogação do precedente e aos fatos ocorridos posteriormente a ele; as transações anteriores à decisão serão resolvidas pela regra antiga.” MELLO, 2008, p. 261-262.

¹³⁶ ROSITO, 2012, p. 331 e MELLO, 2008, p. 263.

Apesar de se ter como regra a eficácia retroativa, existem casos em que os efeitos do *overruling* serão prospectivos (*prospective overruling*), ou seja, só serão aplicados a casos futuros, tendo portanto eficácia *ex nunc*. Os problemas gerados em razão de se atribuir eficácia retroativa ao *overruling* vem fazendo com que o *prospective overruling*, seja utilizado por alguns ordenamentos jurídicos, com destaque para o norte americano.

De acordo com Bustamante, o crescimento da utilização de tal eficácia prospectiva se justifica, pois,

Quanto mais peso seja atribuído ao precedente judicial na argumentação jurídica, e quanto maior o seu reconhecimento como fonte do direito, com mais intensidade se manifesta a necessidade de se implementar mecanismos de modulação dos efeitos das decisões judiciais.¹³⁷

Essa modalidade de *overruling*, ou essa modulação dos seus efeitos, vem sendo adotado em alguns sistemas jurídicos onde “o caráter criativo das decisões judiciais é reconhecido mais abertamente.”¹³⁸

Conforme dito anteriormente, a eficácia retroativa é a regra, sendo o efeito prospectivo tratado como uma excepcionalidade. Esse fato se deve ao receio de que tal postura possa significar um enfraquecimento da doutrina do *stare decisis* e de que os juízes se tornem legisladores.

Apesar de encarado como uma excepcionalidade, o *prospective overruling*, em alguns casos, surge como uma solução na busca de um ponto de equilíbrio entre a necessidade de inovação e a segurança jurídica.

A grande crítica feita à atribuição de efeitos prospectivos ao *overruling* está na não aplicação do novo entendimento ao caso que está sendo julgado, ou seja, à superação prospectiva pura (*full prospective application*). Segundo Rosito, “se a contradição de julgados escandaliza de certa forma, não menos chocante seria a declaração de uma corte de que reconhece a injustiça da decisão e, mesmo assim, segue-a por estar ligada ao precedente.”¹³⁹

Apesar da crítica, o uso da eficácia prospectiva ilimitada ou pura em certos casos, com fundamento na existência de uma necessidade de manutenção da segurança jurídica se mostra pertinente. Haveria, nesses casos, um interesse

¹³⁷ BUSTAMANTE, 2007, p. 355.

¹³⁸ BUSTAMANTE, 2007, p. 354.

¹³⁹ ROSITO, 2012, p. 339.

público a se sobrepor ao interesse dos particulares envolvidos no caso sob julgamento.

Assim, independente da razão que leve à revogação de um precedente ou da eficácia que se atribua a tal decisão, deve haver ampla fundamentação e maior ônus argumentativo para aplicação do *overruling*.

2.4.2.2

Overriding

Já o *overriding*, consiste na revogação parcial de um precedente. Uma revogação que na verdade apenas restringe a incidência do precedente. Na aplicação dessa técnica, busca-se compatibilizar o precedente a um entendimento posteriormente formado, por meio de uma diferenciação que é “consistente com as razões que estiveram à base da decisão que deu origem ao precedente.”¹⁴⁰

2.4.2.3

Transformation¹⁴¹

A *transformation* consiste em conferir significado diverso ao precedente, o que, na prática, implica o seu abandono, a sua revogação, mas isso não é dito de maneira expressa. Nela há uma reconstrução do precedente, na medida em que são considerados relevantes fatos e argumentos considerados apenas de passagem anteriormente. Nas palavras de Marinoni

Mediante a *transformation*, a Corte nega o conteúdo do precedente, mas deixa de expressar isso formalmente, através do *overruling*. Ou seja, no *overruling* a Corte expressamente anuncia a revogação do precedente, enquanto na *transformation* isso não acontece.¹⁴²

Dessa forma, é possível afirmar que tanto a *transformation* quanto o *overruling*, implicam na revogação do precedente sendo a distinção entre eles meramente formal. No primeiro não há menção expressa, mas apenas implícita à revogação, já no segundo é feita de forma expressa.

¹⁴⁰ MARINONI, 2011, p. 348.

¹⁴¹ Há autores que não se referem à *transformation*, mas classificam o *overruling* em *express overruling* e *implied overruling*. No primeiro a revogação se daria de forma expressa e no segundo a decisão apenas adotaria posição contrária ao precedente. MENDES, 2010, p.113.

¹⁴² MARINONI, 2011, p. 344.

A crítica feita a *transformation* reside no fato de que, por não dizer de forma expressa que houve o abandono do precedente anterior, os demais juízes e tribunais podem, de forma equivocada, continuar utilizando o precedente revogado.

2.4.2.4

Signaling

No caso do *signaling* ou *technique of signaling*, o tribunal vinculante, apesar de aplicar o precedente, sinaliza seu futuro abandono. Nesse caso, apesar de reconhecer que o conteúdo do precedente não é adequado ou não deve prevalecer, não o revoga. Tal medida visa manter a segurança jurídica uma vez que demonstra uma tendência e ao mesmo tempo não afeta a confiabilidade no sistema.

O *signaling* resguarda a cognoscibilidade, a confiabilidade e calculabilidade do sistema, elementos centrais da definição de segurança jurídica conforme exposto no primeiro capítulo. Ao fim e ao cabo, trata-se de uma técnica que visa única e exclusivamente apontar um novo direcionamento do tribunal quanto ao assunto em questão e que, por tal motivo, o precedente será revogado.

Para Marinoni, no *signaling*,

Mantem-se o precedente unicamente em virtude da segurança jurídica, da previsibilidade dada aos jurisdicionados e da confiança que o Estado deve tutelar, ainda que não se duvide que a sua manutenção está em desacordo com o ideal de direito prevalente à época.¹⁴³

Nesse caso, o tribunal evita abalar a segurança jurídica, apesar de sinalizar um futuro *overruling*. Trata-se apenas de sinalização e não de revogação, apesar de reconhecer que sua *ratio decidendi* está equivocada.

2.4.2.5

Drawing of inconsistent distinctions

A técnica de distinções inconsistentes ou *drawing of inconsistent distinctions* consiste na não aplicação de parte do precedente, com fundamento na

¹⁴³ MARINONI, 2011, p. 336.

existência de distinções inconsistentes em relação às proposições que justificam o precedente. Ou seja, “consiste em identificar no precedente as distinções que não condizem com a regra de direito formulada, considerando-se as condições sociais observáveis à época da formulação.”¹⁴⁴

Essa técnica guarda semelhanças com o *overruling* e com a *transformation*, diferenciando-se pelo fato de que nela ocorre apenas uma revogação parcial. Ademais, possui a vantagem de preservação da estabilidade do sistema podendo no futuro servir de fundamento do *overruling*.

¹⁴⁴ PORTES, 2011, p. 8.

Viabilidade de aplicação da teoria dos precedentes judiciais no Brasil

Assim como no sistema jurídico do *common law* a figura do precedente judicial também se faz presente no *civil law*. Não nos referimos aqui à clássica teoria dos precedentes judiciais inerente à doutrina do *stare decisis*, mas a existência de decisões e institutos processuais específicos que, considerados de forma *lato*, possuem algumas das características da teoria dos precedentes judiciais na medida em que vinculam os tribunais inferiores. Isso é o que ocorre, por exemplo, com as decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais no controle concentrado de constitucionalidade ou ainda pelos tribunais de última instância quando da edição de súmulas vinculantes. Dessa forma, considerando essa característica da vinculação, podemos afirmar que essas decisões ingressam no mundo jurídico como verdadeiros precedentes.

Por não se tratar da mesma teoria, bem como por estarmos falando de sistemas jurídicos distintos, existem variações quanto aos seus efeitos - se persuasivos ou vinculantes - e, por dedução lógica, no que diz respeito ao seu *status*. Enquanto no sistema aglo-saxão os precedentes são tidos como elemento central, norteador do ordenamento jurídico, no sistema romano-germânico os precedentes - *lato sensu* - possuem papel secundário.

No Brasil, as principais razões para o uso dos precedentes judiciais são: (i) a necessidade de uniformização da jurisprudência; (ii) a preservação da segurança jurídica - protegendo a confiabilidade, estabilidade e cognoscibilidade do direito; (iii) proteção aos princípios da igualdade e da imparcialidade, e; (iv) garantir eficácia ao princípio da razoável duração do processo - e, dessa maneira, imprimir maior celeridade na prestação jurisdicional. O atendimento aos elementos acima enumerados, realizará outro princípio constitucional, o princípio do acesso à justiça, entendido de maneira extensiva como a garantia de acesso ao Poder Judiciário e o efetivo recebimento do provimento judicial pleiteado.

3.1

Civil law e teoria dos precedentes judiciais vinculantes: a caminho da convergência.

3.1.1

Supremacia da Constituição e a expansão do *judicial review*.

Como afirmado, podemos encontrar traços da teoria dos precedentes judiciais vinculantes nos sistemas jurídicos de orientação romano-germânica, seja no âmbito dos tribunais de última instância recursal, seja no caso dos tribunais constitucionais. É importante salientar que esses sinais da doutrina do *stare decisis* aparecem cada vez com maior força e em maior número de países, movimento esse que se alastrou após a segunda guerra mundial e vem se consolidando, principalmente nas novas democracias.

Assustados com as barbáries produzidas pelo regime nazista e preocupados com a possibilidade de vivenciar novamente as atrocidades decorrentes de tal sistema, somado ao efeito devastador da segunda grande guerra, vários países iniciaram um movimento de elaboração de uma carta de direitos humanos como direitos fundamentais. Incentivadas por essa onda de constitucionalismo, algumas democracias recém saídas de regimes ditatoriais também seguiram esse modelo de positivação de direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à integridade, às liberdades, à dignidade humana, à educação, dentre vários outros. Nessa nova ordem fica clara a preocupação com o bem estar do indivíduo.

Esse momento histórico trouxe uma nova dinâmica na relação entre os Poderes do Estado, uma vez que, instituídas as Constituições democráticas, incumbiu-se ao Judiciário, em última instância, a guarda da Constituição, incluindo o controle de constitucionalidade das leis - *judicial review* - e a defesa das minorias. Nesse contexto, o Poder Judiciário ganha relevância e passa a exercer a defesa da ordem instituída, visando sempre a interpretação conforme a Constituição, preservando, dessa forma, a efetividade dos direitos fundamentais.

À partir desse movimento em que o Poder Judiciário passa a desempenhar um papel de maior destaque, começa a se desenhar, inclusive nos países com regimes democráticos já consolidados, outro movimento que realça ainda mais

essa função, alçando-o ao centro do debate político-jurídico, conhecido como judicialização da política. Em decorrência desse fenômeno, questões políticas e legislativas não resolvidas na esfera dos Poderes Executivo e Legislativo - seja por problemas orçamentários; seja por falta de consenso político; seja pela falta de interesse dos políticos em enfrentar situações que causam repercussão nacional e podem refletir nas disputas eleitorais -, passaram a ser levadas ao Poder Judiciário. Instado a se manifestar, os tribunais constitucionais acabam assumindo essa importante tarefa de enfrentar temas polêmicos e atender os anseios do povo, conformando as normas à realidade social. Isso significa a inclusão de questões morais, políticas, éticas e de Justiça no direito.

Podemos dizer que essa tendência de fortalecimento do Poder Judiciário teve como marco a segunda Guerra Mundial. Para melhor compreendê-lo é preciso, primeiro, entender a alteração no cenário político-jurídico advindo após a Revolução Francesa. Tal movimento revolucionário ascendeu a chamada luta contra o autoritarismo inerente ao Estado Absoluto ao defender ideais de liberdade e igualdade. Com receio de retorno do poder do monarca, o que se viu foi a consolidação de um Legislativo a quem incumbia a produção legislativa, ou seja, toda a atividade criadora de direito como vontade expressa do povo. Nesse período, incumbia ao Judiciário apenas a função de declarar o conteúdo das leis ao caso concreto - utilizando o método subsuntivo -, sem qualquer atividade interpretativa. Seguiu-se à risca a teoria de Montesquieu de que o juiz nada mais representava do que a “boca da lei”.¹⁴⁵

Esse modelo que se caracterizava pela força do Parlamento expandiu-se por todo o continente europeu até que os reflexos dos regimes nazi-fascista e da II Guerra Mundial desencadearam um novo movimento. Pode-se dizer que, naquele momento, o Estado de Direito era meramente formal, tanto que permitiu que se cometessem tantas atrocidades. Na Alemanha, por exemplo, todas as barbáries foram cometidas em nome da lei. À partir daí aumenta a crise do positivismo jurídico, já que a lei não foi suficiente para garantir a preservação e efetividade dos direitos humanos.

Esse cenário desencadeou a necessidade de se buscar um ordenamento jurídico capaz de garantir alguns valores e princípios como essenciais a qualquer

¹⁴⁵ MONTESQUIEU, 2000, p. 157.

regime democrático. A busca por um ideal de Justiça passou então a permear o debate jurídico. Com olhar voltado para o tratamento isonômico entre os indivíduos e a necessidade de preservação das liberdades visando assegurar e proporcionar o respeito à dignidade humana, questões éticas e morais passaram a ser mais debatidas nas discussões jurídicas.

Teve início um movimento universal de defesa dos direitos humanos. A criação da Convenção Europeia de Direitos Humanos e posteriormente da Corte Europeia de Direitos Humanos em meados do século XX, constitui verdadeiro paradigma na defesa dos direitos fundamentais tendo a dignidade da pessoa humana como um de seus pilares. Ao longo da segunda metade do século XX, foram criadas várias instituições e documentos com o mesmo fim, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a *Human Rights Act* na Inglaterra, a Carta Africana de Direitos Humanos, dentre outros. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada no ano de 1948, contempla em seu preâmbulo “[...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”¹⁴⁶

A supremacia dos direitos fundamentais estabeleceu um modelo de Estado Constitucional de Direito¹⁴⁷ por meio do qual esses direitos considerados essenciais ficaram protegidos do debate político e passaram a direcionar o Poder Judiciário. A Constituição passou a ser um dos elementos centrais do Estado, consolidando-se a mudança de supremacia do Parlamento e da lei para supremacia da Constituição, munida de poderes limitadores da atuação do próprio Parlamento, já que todo o ordenamento jurídico passou a gravitar em seu entorno. Nesse contexto, a Constituição, alçada ao cume do cenário jurídico-político, consolidou-

¹⁴⁶ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br>>. Acesso em: 02 de abril de 2014.

¹⁴⁷ “[...] las transformaciones que se han producido a lo largo del siglo XX no son de escasa importancia. Por ello, las hemos tomado como auténticos pasos de una forma de Estado a otra, del Estado de derecho ao Estado constitucional, de un tipo histórico de constitución a otro, de la constitución liberal a la constitución democrática. Y no existe duda de que se trata del paso de una situación en la que la ley, - en cuanto expresión de la voluntad general y en cuanto necesario y casi exclusivo instrumento de garantía de los derechos - es substancialmente incontrolable, a una situación en la que el control de constitucionalidad de esa ley se hace práctica común, caracterizando de manera ordinaria la vida de las democracias contemporáneas, también para tutelar los derechos que están ahora fundados directamente en la constitución.” FIORAVANTI, 2004, p. 38.

se como lei maior a estabelecer as diretrizes não só para a atuação dos demais Poderes, como também para orientar as relações em sociedade, seja entre os cidadãos, seja entre os cidadãos e o próprio Estado.¹⁴⁸

As novas Constituições - carregadas de conteúdo normativo aberto, elevada base de valores e princípios -, tornam mais ampla a função jurisdicional ao impor ao juiz a necessidade de conformar e resignificar a norma à realidade social, perpassando por valores éticos e morais que permeiam aquela sociedade.

Para garantir a proteção e eficácia dos direitos fundamentais, tornou-se imprescindível a criação de um sistema de *judicial review* como instrumento legal apto a anular leis e/ou normas que afrontam os preceitos constitucionais. O desenvolvimento de um sistema de jurisdição constitucional bem elaborado é essencial para garantir a efetividade do *judicial review*.

Nos países de sistema romano-germânico, o controle de constitucionalidade é exercido por Cortes Constitucionais - de competência exclusiva -, ou por tribunais que, como é o caso do Brasil, acumulam a função de exercer o controle de constitucionalidade das leis e ser a última instância recursal.

Como guardião da Constituição, cabe ao Tribunal Constitucional decidir sobre a (in)constitucionalidade das leis. Tais decisões devem produzir efeito *erga omnes* vinculante e serem seguidas por todos os tribunais, sob pena de causar séria crise no ordenamento jurídico e desestabilizar o Estado.

Todavia, importante ressaltar que a obrigatoriedade de seguir as decisões do Tribunal Constitucional no caso do controle concentrado de constitucionalidade, embora apresente semelhanças com a teoria dos precedentes judiciais - em razão da obrigatoriedade de se seguir a decisão -, com ela não se confunde. Segundo a teoria dos precedentes, a *ratio decidendi* do caso em julgamento deve guardar semelhanças com o caso paradigma, ou seja, é definida com base em análise comparativa dos fatos de casos concretos, enquanto que nas decisões de controle concentrado de constitucionalidade, em especial no caso de controle abstrato, a questão é meramente de direito, não se analisando fatos.

Com o fortalecimento dos regimes democráticos no Estado Contemporâneo e a consolidação da supremacia da Constituição, o *judicial review* ganhou corpo nos sistemas jurídicos de raízes romano-germânica.

¹⁴⁸ BARBOZA, 2014, p. 81.

Em paralelo à consolidação do judicial review, importante destacar o movimento de transferência de questões afetas aos Poderes Executivo e Legislativo à esfera do Poder Judiciário. Esse fenômeno, conhecido como judicialização da política, surgiu em decorrência da supremacia da constituição e dos direitos fundamentais, ampliando a atuação do Judiciário, baseado em previsão normativa nas Constituições contemporâneas.

Esse movimento das sociedades contemporâneas de buscar na esfera do Poder Judiciário a solução para situações de grande relevância para o Estado, ocorre, principalmente, em decorrência de uma atuação abaixo da expectativa por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. Incumbir ao Judiciário a resolução de questões públicas de ordem social, econômica e política reflete nitidamente um descrédito dos outros dois Poderes perante a população.

Muito se tem discutido sobre a legitimidade da atuação pró-ativa do Poder Judiciário, em especial dos Tribunais Constitucionais, estando no epicentro da discussão eventual ofensa à clássica teoria da tripartição de poderes e ao princípio democrático, na medida em que o Poder Judiciário decide questões de grande relevância social, política e econômica, dentre outras, questões essas que, a priori, deveriam ter encaminhamentos e soluções pelos Poderes Executivo e Legislativo.¹⁴⁹

Sobre o tema, Cittadino assevera que

O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação de poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas.¹⁵⁰

Diante desse cenário de aparente usurpação de poderes, muito tem se questionado se o ativismo judicial, como consequência da judicialização da política,¹⁵¹ representa uma ameaça para a legitimidade democrática. Tal questionamento tem assento no fato de a composição do Poder Judiciário não ser

¹⁴⁹ Sobre o assunto, vide Gisele Cittadino “Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes.

¹⁵⁰ CITTADINO, 2002, p. 17.

¹⁵¹ A judicialização ocorre em função de um modelo constitucional, por iniciativa da sociedade, não cabendo ao Judiciário outra alternativa a não ser a de se pronunciar sobre um caso a ele submetido. Por outro lado, o caso do ativismo judicial é bem diferente, pois trata-se da forma de interpretação da Constituição. No ativismo percebe-se uma conduta pró-ativa do julgador, na qual participa amplamente da conformação dos valores e princípios constitucionais.

representativa, ou seja, seus membros não são eleitos pelo voto direto, ao contrário do que ocorre com os membros dos outros dois poderes.

Segundo Barroso, as justificativas para tal fenômeno encontram respaldo em dois fundamentos: um de natureza normativa e outra filosófica.

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. ... A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplam, mas não se fundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.¹⁵²

Há, todavia, o risco do exagero. Se por um lado essa atuação expansionista do Poder Judiciário se mostra necessária e pertinente, por outro, deve-se ficar atento para que não haja a extinção do princípio da separação de poderes, um dos alicerces da democracia. Não é possível pensar em um regime democrático sólido desmembrado de um legislativo intenso e atuante, sem atividade política. O que se pretende com essa afirmativa é deixar claro que a agenda política do Estado não pode estar nas mãos do Poder Judiciário, mas sim do Congresso Nacional.

Direito e política, embora mantenham íntima relação, não podem se confundir. A existência de um Judiciário forte e atuante não pode suprimir a agenda política dos outros poderes, sob pena de causar desequilíbrio ao ferir o princípio da separação de poderes e, conseqüentemente, ameaçar a estabilidade do Estado Democrático.

Não obstante a apresentação do fenômeno da judicialização da política, para os fins do presente estudo o que interessa é o fato de ter ocorrido efetivamente a expansão da atividade jurisdicional, a consolidação do *judicial review* e os impactos desse fenômeno nos Estados que são adeptos ao sistema continental.

¹⁵² BARROSO, 2008, p. 11.

Nesse cenário em que o Poder Judiciário se apresenta mais fortalecido e atuante, nos qual os juízes possuem uma tarefa interpretativa das normas, deve haver também uma maior preocupação e cuidado com posicionamentos pessoais e subjetivos, e a teoria dos precedentes judiciais aparece como um instrumento capaz de garantir a estabilidade, confiabilidade e cognoscidade do direito e, com isso, preservar a segurança jurídica e a ordem instituída.

3.1.2

O *civil law* e a necessidade de uniformização da jurisprudência: um estudo das técnicas e instrumentos processuais inseridos no direito brasileiro

Neste tópico, pretende-se demonstrar que o sistemas jurídicos continental e do *common law* encontram-se em movimento de convergência. A realidade social dos Estados Contemporâneos demonstra, de um lado, o aumento da produção legislativa nos países que adotam o modelo anglo-saxão e, de outro, a valorização da jurisprudência e o resgate das teorias hermenêuticas nos países adeptos do *civil law*.

O Brasil, com bases no sistema romano-germânico, adota o sistema da *civil law*, lastreado por todo um ordenamento jurídico positivado, no qual o precedente judicial não possui a mesma relevância do sistema *common law*. Na verdade, o Brasil não é adepto à teoria dos precedentes judiciais, muito embora tenha apresentado sinais de que caminha para a adoção da mesma.

A valorização da jurisprudência resultante da ampliação e fortalecimento dos precedentes com efeitos vinculantes em matéria constitucional - *judicial review* - também contribuiu para a aproximação gradativa desses sistemas. Esse movimento de ampliação do precedente judicial com força vinculante se caracteriza de forma gradativa, pelo advento de uma série de dispositivos e normas.

A título exemplificativo, em sede de controle concentrado, utilizando-se como marco o período da redemocratização, tal movimento teve início com a Constituição de 1988 que previu a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, de forma não regulamentada, a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Ocorre que a questão é bem mais ampla e já se consolida no ordenamento pátrio não somente no âmbito do Direito Constitucional, como também na legislação infraconstitucional. Relaciona-se abaixo alguns exemplos - não exaustivos - desse movimento sequencial de criação de instrumentos voltados a consolidar o fortalecimento do precedente judicial: a) ação declaratória de constitucionalidade (Emenda Constitucional n. 3/1993; b) a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental pela Lei n. 9.882/1999; c) criação da “súmula vinculante” pela Emenda Constitucional n. 45/2004; - exemplos em sede de controle difuso - d) a ampliação dos poderes do relator - em julgamento colegiado - para, monocraticamente, inadmitir e dar provimento a recursos quando, respectivamente, contrários ou em consonância com entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos tribunais superiores - Lei n. 9.756/1998; e) dispensa do reexame necessário - duplo grau de jurisdição obrigatório - nas ações em que a Fazenda Pública seja vencida e a decisão esteja em consonância com súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do respectivo tribunal superior - Lei n. 10.352/2001; f) previsão, pela Lei n. 11.232/2005, de desconstituição da coisa julgada quando a decisão tiver por fundamento lei ou ato declarado inconstitucional pelo STF; g) a criação do requisito da “repercussão geral” para conhecimento do recurso extraordinário previsto na Lei n. 11.418/2006; h) em 2008, a Lei n. 11.672 regulamentou a chamada técnica de recursos repetitivos - repetição de demanda, normalmente contra a Fazenda Pública, possuindo objeto idêntico e restringindo-se a matéria de direito; i) as orientações jurisprudenciais e sentença normativa da Justiça do Trabalho, dentre outras.

O conjunto de dispositivos supraenumerados demonstra a crescente valorização da jurisprudência não somente no ordenamento pátrio, como em todo o sistema da *civil law*.

Como é sabido, o Brasil adota sistema misto ou híbrido de controle de constitucionalidade: (i) concentrado, influenciado pela tradição continental e; (ii) difuso, de origem norte-americana. O modelo concentrado é exercido em abstrato pelo Supremo Tribunal Federal - STF e suas decisões produzem eficácia erga omnes e efeito vinculante, devendo ser seguidas pelos demais tribunais e pela

administração pública direta e indireta, na seara federal estadual e municipal.¹⁵³ Já o sistema difuso é realizado por todos os órgãos e instâncias do Poder Judiciário de forma incidental no caso concreto e produz efeitos somente perante as partes do processo.

A atribuição de efeito vinculante e obrigatório às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado constitui uma quebra de paradigma no ordenamento jurídico brasileiro e demonstra convergência com sistema de *common law* ao adotar, ainda que de maneira transversa, elementos intrínsecos a teoria dos precedentes judiciais.

A introdução da súmula vinculante ao ordenamento jurídico pátrio pela Emenda Constitucional 45/2004¹⁵⁴ é outro exemplo a comprovar que o sistema de *civil law* vem utilizando instrumentos cujas características remontam ao sistema anglo-saxão. Essa medida autorizou o Supremo Tribunal Federal editar súmulas¹⁵⁵ que definem o entendimento da Corte sobre determinado tema de ordem constitucional, com eficácia *erga omnes* e de seguimento obrigatório. É importante ressaltar que as súmulas vinculantes somente podem versar sobre matéria constitucional e após a ocorrência de vários julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal sobre o mesmo tema.

Muito embora a introdução das súmulas - com efeitos meramente persuasivos¹⁵⁶ e as vinculantes - no direito brasileiro, não podemos falar que adotamos o sistema de precedentes judiciais, mas apenas que há um caminhar nessa direção. A diferença mais marcante entre os precedentes e as súmulas está no fato de que o precedente é criado a partir de uma única decisão, enquanto que a

¹⁵³ Constituição Federal de 1988. **Art. 102** [...] § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

¹⁵⁴ Constituição Federal de 1988. **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.

¹⁵⁵ O Supremo Tribunal Federal já editou 32 súmulas vinculantes com natureza de autênticos precedentes.

¹⁵⁶ A introdução da súmula no ordenamento jurídico brasileiro se deu no ano de 1963 no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Na seara legislativa, apareceu no artigo 479 do Código de Processo Civil, Lei 5.869/73.

súmula - seja vinculante ou não, depende de um acervo de decisões sobre a mesma matéria.

A criação de súmulas no direito brasileiro possui dois fundamentos: o primeiro, visa uniformizar a jurisprudência e garantir a segurança jurídica e; o segundo, tem por objeto a redução do número de processos e recursos sobre o mesmo tema com o fim de proporcionar celeridade na prestação da tutela jurisdicional.

O cenário ora explanado demonstra que o ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência das iniciativas já adotadas no âmbito da jurisdição constitucional, mesmo antes do período da redemocratização que tem como marco a Constituição Federal de 1988, já utiliza técnicas que muito o aproxima do sistema do *common law*, em especial da teoria dos precedentes judiciais e da doutrina do *stare decisis*.

3.1.3

O projeto do novo Código de Processo Civil e a teoria dos precedentes judiciais vinculantes: a quebra de paradigma no direito brasileiro

Encontra-se em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei n.º 166/2010 que dispõe sobre o novo Código de Processo Civil. Após aprovação no Senado Federal, o projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde recebeu o n.º 8.046/2010. Votado por esta Casa no dia 26 de março de 2014¹⁵⁷, o projeto sofreu algumas modificações e retornou ao Senado Federal para votação do texto substitutivo.

O novo Código, se aprovado nos termos em que se encontra, representará a introdução da teoria dos precedentes judiciais no direito brasileiro. O projeto dedica uma seção aos precedentes judiciais (Seção V, capítulo XIV, Livro I, Título I - Do Precedente Judicial), do artigo 520 ao 522, dispondo sobre a criação, regulamentação, classificação quanto aos efeitos, técnicas de superação e de não aplicação do precedente judicial, ou seja, dispõe sobre vários elementos e características inerentes à teoria dos precedentes judiciais adotada pelo *common law*.

¹⁵⁷ Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 8046/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

A Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil no Senado Federal, reconhecendo que se trata de uma alteração significativa, destacou a introdução da teoria dos precedentes judiciais no anteprojeto do novo código:

[...] Este livro demonstra uma aproximação do sistema adotado no Brasil (romano germânico), com o sistema anglo-saxônico (*common law*), já que os precedentes ganham muita força, exatamente para permitir que casos iguais recebam idênticas soluções jurídicas.¹⁵⁸

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, então presidente da comissão designada para elaborar o anteprojeto do novo Código, assim se manifestou sobre a inserção da teoria dos precedentes do ordenamento jurídico pátrio:

A força da jurisprudência adquiriu notável relevo em todos os graus de jurisdição, viabilizando a criação de filtros em relação às demandas *ab origine*, autorizando o juiz a julgar a causa de plano consoante com a jurisprudência sumulada e oriunda das teses resultantes dos recursos repetitivos, sem prejuízo de tornar obrigatório para os tribunais das unidades estaduais e federais a adoção das teses firmadas nos recursos representativos das controvérsias, previstos no artigo 543-C do CPC, evitando a desnecessária duplicação de julgamentos, além de fortalecer uma das funções dos Tribunais Superiores, que é de uniformizar a jurisprudência do país.¹⁵⁹

Em superficial análise do projeto, seja na Seção específica dos “Precedentes Judiciais” (artigos 520 a 522), seja ao longo do texto - nas Seções “Dos Elementos, dos Requisitos e dos Efeitos da Sentença” (artigo 499 e seguintes), “Da Ordem dos Processos no Tribunal” (artigo 942 e seguintes), “Do Conflito de Competência” (artigo 967 e seguintes), “Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” (artigo 988 e seguintes) e “Da Reclamação ao Supremo Tribunal Federal” (artigo 1.000 e seguintes) -, fica evidente a inserção não somente da doutrina dos precedentes judiciais vinculantes, como também da doutrina do *stare decisis*¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Senado Federal. **Parecer da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 02 de abril de 2014.

¹⁵⁹ FUX, Luiz. Novo CPC vai dotar judiciário para enfrentar processos. 5 de fevereiro de 2010. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 22 de março de 2014.

¹⁶⁰ **Art. 520** Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Essa alteração na legislação processual civil vem consolidar uma tendência iniciada nas últimas décadas e tem por objetivos principais (i) conferir maior cognoscibilidade, confiabilidade e estabilidade ao ordenamento jurídico ao uniformizar a jurisprudência, (ii) garantir eficácia aos princípios da Igualdade e da (iii) Imparcialidade do Juiz e (iv) promover a segurança jurídica.

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

§ 2º. É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 8046/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

O artigo 521¹⁶¹ prevê de forma expressa a aplicação de precedentes judiciais vinculantes, deixando claro o sistema de verticalização a ser implantado no Poder Judiciário. A imposição de normas que determinam o respeito e a

¹⁶¹ **Art. 521** Para dar efetividade ao disposto no artigo 520 e aos princípios da legalidade, segurança jurídica, da razoável da duração do processo, da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I - os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III - os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

IV - não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade;

b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional;

§ 1º O órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e art. 499, § 1º, na formação e aplicação do precedente judicial.

§ 2º. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

§ 3º. O efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

§ 4º. Não possuem o efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo os fundamentos:

I - prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;

II - não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

§ 5º. O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

§ 6º. A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se:

I - por meio do procedimento previsto na Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante;

II - por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;

III - incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do *caput*.

§ 7º. A modificação do entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política, ou social referente à matéria decidida.

§ 8º. A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas ou da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 9º. O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

§ 10º. Na hipótese de alteração da jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou se atribuindo efeitos prospectivos.

§ 11º. A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 8046/2010.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

obrigatoriedade de seguir os precedentes judiciais estabelecidos em: (i) recurso extraordinário e especial em demandas repetitivas; (ii) nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas; (iii) nas súmulas - vinculantes ou não - do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça; e (iv) demandas judiciais de natureza diversa das citadas, estabelecidos pelo órgão fracionário, órgão especial ou plenário do tribunal a que estejam vinculados.

Mais do que isso, o artigo 521, ao longo de seus parágrafos e alíneas, contempla o chamado autoprecedente. A busca pela preservação da segurança jurídica impõe aos juízes e tribunais a necessidade de respeitar e seguir seus próprios precedentes, sendo certo que a superação ou modificação de entendimento deverá ser muito bem fundamentada e estar de acordo com a realidade sócio-político-jurídica. Nessa situação, recai sobre o juiz a necessidade de maior ônus argumentativo.

O artigo 521, em seus parágrafos 3º e 4º, dispõe sobre os fundamentos determinantes do precedente - a *ratio decidendi* no sistema anglo-saxão - e aqueles argumentos que, embora façam parte da decisão, são prescindíveis ao deslinde da causa e considerados de forma secundária - os *dictum*.

A análise da extração da *ratio decidendi* da decisão deve ser realizada de forma conjugada com o artigo 499, o qual dispõe sobre “os elementos essenciais da sentença”. O parágrafo 1º enumera as situações em que a decisão judicial (decisão interlocutória, sentença e acórdão) será considerada desprovida de fundamentação. Em seu inciso V¹⁶², regulamenta que não basta o juiz ou tribunal apenas invocar o precedente como fundamento da decisão. É necessário identificar os fundamentos do caso paradigma - a *ratio decidendi* - e correlacioná-los com o caso concreto sob julgamento. Por outro lado, o inciso VI¹⁶³ dispõe

¹⁶² Art. 499 [...]

§ 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;

¹⁶³ Art. 499 [...]

[...]

Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 8046/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

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.

sobre a obrigatoriedade de o julgador fundamentar a não aplicação de determinado precedente, se é o caso de distinção - *distinguishing* - ou de superação - *overruling* -, conforme o caso.

A obrigatoriedade de os juízes e tribunais identificarem as circunstâncias fáticas de ligação entre o precedente e o caso concreto também se estende para a edição de súmulas, conforme disposição expressa no parágrafo 2º do artigo 520.

A não especificação das circunstâncias fáticas no enunciado das súmulas sempre foi motivo de críticas, já que a ausência desse elemento muitas vezes dificultava a análise de sua interpretação e aplicação aos casos concretos.

Outro elemento importante está previsto nos parágrafos 6º a 11º do artigo 521: a possibilidade de superação do precedente - *overruling* -. Por esses dispositivos, percebe-se a preocupação do legislador com o dinamismo e evolução do direito ao instituir técnicas capazes de garantir o seu não engessamento. A superação do precedente judicial pode ocorrer em função da revogação da norma que o deu origem ou por alteração do cenário político, econômico ou social que o envolve. É importante consignar que embora o projeto do novo Código contemple a superação do precedente judicial - até para garantir a evolução do direito - a modificação do entendimento jurídico está caracterizada como exceção à regra. O objetivo da nova legislação em relação a esse tema fica evidenciado também no artigo 520, ao dispor que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”¹⁶⁴

Para realizar a superação do precedente e da súmula - vinculante ou não -, será necessário aos juízes e tribunais, em nome da proteção da segurança jurídica, da confiabilidade e estabilidade do ordenamento jurídico e da preservação do princípio da igualdade, observar a obrigatoriedade de maior ônus argumentativo. Na basta a decisão trazer o novo entendimento. Constitui dever do órgão jurisdicional apresentar os motivos pelos quais a tese anterior deve ser reformada, apontando os fundamentos que o levaram a refutar o precedente então vigente. Essa medida deve ser permeada pela razoabilidade e pela prudência. O caráter de excepcionalidade na variação da jurisprudência fica evidente na possibilidade de

¹⁶⁴ Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 8046/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

realização de audiências públicas¹⁶⁵ para debater o tema objeto da mudança. Abrir a discussão sobre determinado entendimento jurídico e permitir a participação de entidades, órgãos e pessoas constitui uma verdadeira ampliação do espaço público e, mais uma vez, demonstra a seriedade com que o projeto da nova legislação processual civil imputa a oscilação da jurisprudência.

Da possibilidade de superação do precedente surge um fator de extrema relevância: a atribuição de efeitos ao novo entendimento. De acordo com as disposições previstas no parágrafo 10, do artigo 520, em caso de modificação do precedente, o tribunal tem a faculdade de realizar a modulação dos efeitos da decisão - precedente ou súmula-, restringindo-a ou conferindo efeitos prospectivos. Apesar de o texto normativo utilizar a expressão “poderá” o tribunal tem o poder-dever de especificar os efeitos da decisão e, assim, evitar a aplicação equivocada ou até mesmo indevida do precedente.

Ainda no rol do artigo 521, a presença da técnica do *distinguishing* confere flexibilidade ao julgador para analisar se o caso sob julgamento se enquadra no precedente paradigma. A semelhança entre as circunstâncias fáticas deverá ser significativa para que o precedente seja seguido. Neste ponto, o juiz deverá focar sua análise na *ratio decidendi* e dela extrair os elementos que foram essenciais para constituição do precedente e confrontá-los com a *ratio decidendi* do caso concreto sob exame. Caso não apresente similaridades a ponto de utilizar a mesma *ratio decidendi*, estar-se-á diante de um caso de distinção e não aplicação do precedente judicial.

Primando pela uniformização da jurisprudência e ao mesmo tempo atento ao princípio da razoável duração do processo, o projeto introduz ainda o chamado “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”¹⁶⁶ e o “Incidente de Assunção de Competência”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Art. 521, § 8º. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 8046/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

¹⁶⁶ Art. 988 É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 8046/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

¹⁶⁷ At. 959 É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, da remessa necessária ou de causa de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em diversos processos.
[...]

A força atribuída aos precedentes judiciais e às súmulas se evidencia ainda na autoridade conferida ao juiz e ao desembargador relator.

O juiz tem poder de declarar a improcedência liminar do pedido quando este contrariar:

I - súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; 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; IV - frontalmente norma jurídica extraída de dispositivo expresso de ato normativo; V - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.¹⁶⁸

O desembargador relator, por sua vez, tem consolidada a tarefa de julgar monocraticamente o recurso, dando-lhe ou negando-lhe provimento, conforme o caso. Quando o recurso ou a decisão recorrida contrariar:

(i) súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; (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;¹⁶⁹

Não resta dúvida quanto a presença da teoria dos precedentes judiciais vinculantes no projeto do novo Código de Processo Civil, mas para a correta aplicação desse importante instituto jurídico, é preciso uma advertência. A advertência de que é preciso incorporar nos tribunais, juízes, advogados e demais atores do direito, a cultura e metodologia de aplicação de precedentes judiciais vinculantes. Como é sabido, os países adeptos ao *civil law* não estão aculturados como essa sistemática de respeito e orientação por precedentes vinculantes. Nos sistemas jurídicos do *common law* a análise entre o caso concreto e o precedente paradigma é realizada automaticamente. Assimilar essa mecânica é que será um dos grandes desafios trazidos pelo novo Código.

§ 4º O disposto neste artigo se aplica quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 8046/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

¹⁶⁸ Incisos I a V do artigo 333. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 8046/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

¹⁶⁹ Incisos IV e V do artigo 945. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 8046/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 05 de abril de 2014.

3.2

Viabilidade da aplicação da Teoria dos Precedentes Judiciais vinculantes nos Tribunais do Brasil

Neste último tópico, buscar-se-á demonstrar os benefícios de se aplicar a teoria dos precedentes judiciais vinculantes no Brasil, a partir de uma tendência que já vem se consolidando no ordenamento jurídico pátrio.

O resgate da hermenêutica constitucional e a reformulação do conceito de jurisdição que vem se instalando no Brasil - como visto, não se trata de fenômeno exclusivo do Brasil, mas uma tendência dos países adeptos ao sistema continental - tem conferido maior liberdade interpretativa aos juízes e tribunais.

Esse cenário em que a atuação do juiz é mais flexível e criativa acabou elevando o grau de incerteza e insegurança do direito, na medida em que os juízes, na condição de seres humanos, acabam externando seus pontos de vista e modo de vida nas decisões.

Ante a essa realidade e visando resguardar a ordem instituída e a estabilidade do Estado Democrático, a adoção da teoria dos precedentes judiciais vinculantes viria para unificar a jurisprudência, restaurar a cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade do direito e, com isso reduzir o grau de insegurança que hoje vem se instalando no ordenamento jurídico nacional.

Como apresentado no item 3.1 *supra*, a jurisdição constitucional brasileira já contempla inúmeros instrumentos e técnicas processuais voltados à unificação da jurisprudência. Esse movimento de incorporação de institutos inerentes ao sistema do *common law* demonstra que a introdução da teoria dos precedentes judiciais vinculantes no direito brasileiro se apresenta como um caminho possível.

3.2.1

O fortalecimento da Constituição e do Poder Judiciário e a necessidade de uniformização da jurisprudência

Como já mencionado, o modelo neoconstitucional desenvolvido na segunda metade do século XX surgiu em contraponto aos horrores cometidos na segunda grande guerra e tem como fundamento a valorização dos direitos

fundamentais, do princípio democrático e a supremacia da Constituição. Tal movimento desencadeou a promulgação de várias Constituições¹⁷⁰ que adotaram os direitos fundamentais como centro da ordem jurídica.

As Constituições democráticas apresentam como principais características uma elevada carga axiológica, caráter normativo aberto e indeterminado, e resgate do conteúdo moral e político. Essa tendência impactou diretamente o modelo clássico de jurisdição constitucional e, conseqüentemente, refletiu na atuação do Poder Judiciário que passou a ter um papel diferenciado na aplicação do direito.

Diante da nova ordem constitucional - caráter abstrato das normas e valorização dos direitos fundamentais - o método silogístico tradicional ao sistema de *civil law* em que cabia ao juiz apenas declarar o direito positivado nos códigos e nas leis acabou ficando obsoleto. Surgiu a necessidade de interpretação e ressignificação da norma confrontando-a com a realidade social no caso concreto. Esse cenário proporcionou uma verdadeira transformação na atuação do Poder Judiciário.

Ao abordar a relevância da atividade interpretativa na construção jurisprudencial, Juan Antonio Xiol Ríos sustenta que

[...] este es el terreno que justifica la existencia de la jurisprudencia como conjunto de resoluciones de aplicación de la ley que, por razón de que mantienen su vigencia aunque se alejen de su contenido, disponen de un margen amplio para buscar la interpretación más adecuada a la realidad social, interpretada de acuerdo con los principios y valores que la Constitución, paradigma de la validez de las normas legislativas, representa.¹⁷¹

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou ao Supremo Tribunal Federal o poder-dever de sua guarda e proteção¹⁷². Ao legitimar o órgão de cúpula do Poder Judiciário como seu guardião maior, promoveu o fortalecimento desse Poder, afinal cabe ao mesmo fiscalizar e declarar nulos os atos e leis editados pelos outros Poderes da República que estejam em desacordo com os princípios e preceitos emanados pela Constituição.

¹⁷⁰ Constituição Italiana em 1947; Constituição Alemã em 1949; Constituição Portuguesa em 1976 e, Constituição Espanhola em 1978.

¹⁷¹ XIOL RÍOS, 2010, p. 114.

¹⁷² **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
[...] (BRASIL, 1988).

Essa nova sistemática provocou um fenômeno de deslocamento de vários assuntos da pauta política, econômica e social inerentes aos Poderes Executivo e Legislativo para a esfera do Judiciário, a judicialização da política. O alto grau de abstração inerente aos preceitos e normas constitucionais acabou alterando, como já mencionado, a forma de atuação dos juízes. Deixou-se de lado aquele modelo em que a decisão judicial se limitava a declarar o conteúdo normativo - clássico da Escola da Exegese - havendo verdadeiro resgate das teorias hermenêuticas. Com isso, adotou-se uma nova sistemática na qual as decisões judiciais possuem natureza que vai além de meramente declarar o direito, conferindo-lhes verdadeira função interpretativa e criadora. Consagrou-se o princípio da interpretação conforme a Constituição, ou seja, todo o ordenamento jurídico passou a ser interpretado em consonância com os valores e princípios emanados da Constituição.

Esse cenário em que os poderes dos juízes foram ampliados se, por um lado, contempla o aumento de conteúdo moral, ético e político ao direito - tendo sempre como mote os direitos fundamentais -, de outro, trouxe a preocupação com a alta carga de subjetividade que os juízes têm adicionado às suas decisões. Essa liberdade interpretativa possibilitou aos magistrados a inserção da sua visão de mundo nas decisões, as quais nem sempre estão de acordo com o entendimento mais adequado ao caso concreto. Esse fenômeno tem contribuído para o crescimento de decisões divergentes e contrastantes sobre temas similares.

Em um momento histórico em que a jurisprudência ganha relevância nos tribunais do Brasil, percebe-se igualmente um aumento de insegurança jurídica decorrente da divergência de entendimentos e ausência de sua uniformização. A uniformização da jurisprudência constitui fator de extrema relevância para o Estado Constitucional, na medida em que confere maior grau de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade ao direito.

Umas das maiores críticas à adoção da teoria dos precedentes no direito brasileiro recai exatamente sobre a função criadora da decisão judicial. Ocorre, todavia, que o modelo do *civil law* no qual a segurança jurídica se encontra calcada exclusivamente nos códigos e nas leis não mais subsiste no Brasil. Tal modelo se mostra ultrapassado. Aquele raciocínio silogístico realizado de forma mecânica em que a tarefa do juiz se resumia à subsunção dos fatos à norma e desse exercício extrair uma conclusão deu lugar ao método interpretativo-

deliberativo. A alta carga de valores, princípios e abstração que norteia o ordenamento jurídico pátrio exige do órgão julgador a conformação da norma com a realidade apresentada no caso concreto sob julgamento. A mera aplicação do conteúdo normativo sem a observância de direitos fundamentais e de valores morais e políticos impregnados em uma sociedade cada vez mais complexa e plural não atende as expectativas dos jurisdicionados.

Sobre a importância de um determinado ordenamento jurídico possuir uma jurisprudência uniforme, Juan Antonio Xiol Ríos assevera que

En esta concepción se registra una notable preocupación por la contradicción entre las resoluciones judiciales, teniendo en cuenta que la igualdad ante los tribunales y la seguridad jurídica constituyen principios del sistema constitucional. Según la conocida expresión de Holmes, el Derecho no es lógica, sino experiencia: el Derecho consiste en aquello que dicen los jueces. La contradicción entre ellos, cabe concluir, aboca a la inseguridad jurídica y a la negación misma del Derecho. La crisis del Derecho y de la jurisprudencia para Habermas consiste precisamente en la indeterminación de las decisiones judiciales. Para un filósofo indeterminación no quiere decir inconcreción, sino imprevisibilidad.¹⁷³

A função jurisdicional ganha relevância ainda maior quando o caso concreto coloca em julgamento direitos de mesma hierarquia. A colisão entre direitos fundamentais é fenômeno recorrente nas sociedades contemporâneas, as quais, diante de características plurais e complexas, contemplam interesses diversos que vez ou outra se chocam.

Em decorrência do princípio da unidade da Constituição, circunscrita pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que não existe hierarquia entre os princípios constitucionais. Segundo esse postulado, diante da existência de princípios e normas colidentes é necessário estabelecer critérios para solução do conflito, uma vez que, por serem de mesma hierarquia, o juiz não pode simplesmente optar por um postulado em detrimento de outro. Situações como esta demandam maior rigor na fundamentação.

Nesses casos em que o critério da subsunção não se mostra apto a dirimir o conflito, cabe ao intérprete adotar outra técnica, uma técnica através da qual, no caso concreto, seja possível equilibrar as normas conflitantes e acomodar os interesses em pauta. Essa técnica tem se denominado ponderação.

¹⁷³ XIOL RÍOS, 2010, p. 114.

A técnica da ponderação de interesses materializa-se por meio do princípio da proporcionalidade, o qual se apresenta como mecanismo de investigação dos valores constitucionais em conflito no caso concreto, buscando, a partir daí, analisar, sempre à ótica da unidade da constituição, qual valor deverá prevalecer para melhor acomodação dos direitos em litígio. Essa técnica, por certo, constitui tarefa das mais árduas, pois extrair o que há de melhor em cada norma/valor e identificar o que deverá, no caso concreto, ser colocado de lado, exige do intérprete extrema habilidade.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, se subdivide em três subprincípios, a saber: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Segundo Luís Roberto Barroso, esses subprincípios podem ser assim definidos

(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo poder público se mostrem aptas para atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da existência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.¹⁷⁴

A título ilustrativo, em 2003, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento que se tornou conhecido como caso Ellwanger¹⁷⁵, colocou em confronto o princípio da liberdade de expressão e os direitos da personalidade, tendo por objeto a discussão sobre a proteção ou não do discurso de ódio em relação ao antisemitismo. A decisão da Corte Constitucional foi no sentido de não proteger esse tipo de opinião, restringindo a liberdade de expressão. O entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal é de que a liberdade de expressão não é um valor absoluto e que a técnica da ponderação deverá ser manejada para dirimir conflitos entre direitos fundamentais no caso concreto.

Na ponderação de valores liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade, lastreado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da

¹⁷⁴ BARROSO, 1996, p. 142.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker e outra. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Moreira Alves. Data do julgamento: 17/09/2013. Data da publicação: 30/09/2003.

igualdade, a Corte entendeu que o valor liberdade de expressão encontra limites na própria Carta da República e que, portanto, não possui proteção irrestrita.¹⁷⁶

No momento histórico do Estado Contemporâneo em que os tribunais estão se consolidando como órgãos não só de aplicação, mas também de criação e desenvolvimento do direito, as decisões judiciais, na condição de instrumento processual manejado pelos tribunais para o exercício da jurisdição, assumiram papel de destaque ao ressignificar o conteúdo normativo e conformá-lo à realidade social, a partir de valores e princípios consagrados pela Constituição. Nesse sentido, Xiol Ríos argumenta que

Desde el punto de vista substancial, la función jurisprudencial pasa a tener un componente esencial consistente en la necesidad de garantizar la compatibilidad de los criterios de legitimación aplicados para la resolución del conflicto con los valores democráticos en que se funda la convivencia, de forma que, como ha sido dicho, el juez se transforma primordialmente en un órgano del Derecho o, quizás mejor, de los derechos de los ciudadanos. Se fortalece, pues, el valor de la jurisprudencia entendida como elemento de desarrollo de los valores constitucionales.¹⁷⁷

Não há como negar que, nesse cenário, a jurisprudência passa a fazer parte do processo de evolução e desenvolvimento do direito. Em certa forma essa tendência é benéfica ao direito, na medida em que a construção jurisprudencial é mais dinâmica do que a produção legislativa típica - seja pela burocracia inerente ao processo legislativo, seja pela disputa de forças políticas opostas - permitindo que o desenvolvimento judicial do direito procure acompanhar mais de perto a evolução de uma sociedade complexa. Juan Antonio Xiol Ríos afirma que “la jurisprudencia representa la aportación de los jueces al proceso continuo de transformación del derecho.”¹⁷⁸

¹⁷⁶ “As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, art. 5º, parágrafo segundo, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os crimes contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.” Trecho do voto do Ministro Maurício Corrêa, relator do processo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker e outra. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Moreira Alves. Data do julgamento: 17/09/2013. Data da publicação: 30/09/2003.).

¹⁷⁷ XIOL RÍOS, 2010, p. 128.

¹⁷⁸ XIOL RÍOS, 2010, p. 103

Nesse contexto de fortalecimento não somente dos valores constitucionais, mas igualmente do Poder Judiciário, a jurisprudência passa a funcionar como um valor para responder as complexas relações sociais em um espaço plural e multicultural. Dada a relevância alcançada, a unificação do entendimento jurisprudencial constitui fator de estabilidade e certeza do direito apto a promover valores e princípios essenciais, como a segurança jurídica, a igualdade e a imparcialidade. Para tanto, a adoção da teoria dos precedentes judiciais vinculantes se apresenta como uma alternativa viável.

3.2.2

As vantagens da adoção da teoria dos precedentes judiciais vinculantes no ordenamento pátrio

Nesse tópico, busca-se demonstrar as vantagens mais significativas da adoção da teoria dos precedentes judiciais vinculantes no ordenamento pátrio, apontando os institutos e princípios que receberão os maiores benefícios, tais como o princípio da segurança jurídica, princípio da igualdade, princípio da imparcialidade do juiz e princípio da razoável duração do processo.

3.2.2.1

Precedentes judiciais vinculantes como técnica de garantia de segurança jurídica

O ordenamento jurídico pátrio não consegue, na sua plenitude, garantir segurança jurídica e tratamento isonômico aos seus jurisdicionados. A existência de cláusulas abertas e da vasta carga principiológica, somados à rápida e constante evolução cultural, econômica, política e social de um Estado plural, não permite que o direito tenha previsibilidade, fazendo com que as decisões judiciais tenham se tornado verdadeira incógnita, dependendo das concepções de mundo do julgador.

A teoria dos precedentes judiciais viria para unificar e consolidar a jurisprudência e refletir o entendimento do Poder Judiciário, uno e indivisível, conforme sua definição constitucional, atenuando a instabilidade e a insegurança do ordenamento jurídico.

O que se pretende evitar com a aplicação da teoria do precedente judicial é que o jurisdicionado se veja aflito e inseguro diante de um julgamento, dependendo da sorte para ver qual magistrado irá decidir seu caso, como ocorre atualmente. Por certo, casos semelhantes não deveriam ter resultados tão antagônicos como ocorre diariamente, afinal o ordenamento jurídico é único.

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 menciona a segurança como um dos valores da República:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”¹⁷⁹

O contexto vivido pelos Estados Contemporâneos tem impactado sobremaneira a estabilidade da ordem jurídica e a certeza do direito. Por certo, o ativismo judicial decorrente da judicialização da política tem sido motivo de grande preocupação para os jurisdicionados, uma vez que tiveram reduzido o grau de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico, dado ao aumento da insegurança jurídica.

Essa instabilidade jurídica guarda relação direta com a atividade interpretativa do direito por meio das decisões judiciais. Ao conferir ao Poder Judiciário autoridade e legitimidade para interpretar o direito, o neoconstitucionalismo acabou produzindo um efeito negativo, qual seja, a elevação da divergência jurisprudencial. Como já mencionado, a jurisprudência tem ganhado grande relevância nos países do *civil law* e se tornado fator essencial para o desenvolvimento do direito. Por isso, a ausência de mecanismos que garantam a unificação do entendimento jurisprudencial traz sérios problemas ao direito, diminuindo a segurança jurídica e causando instabilidade ao ordenamento.

O problema no Brasil é mais grave do que parece, pois não se restringe ao posicionamento de alguns magistrados de primeira instância de não seguir o entendimento dominante no tribunal local, no Tribunal Superior ou no Supremo Tribunal Federal. Os tribunais também possuem entendimentos divergentes e

¹⁷⁹ BRASIL, 1988.

incoerentes. Mais do que isso, quando conseguem estabelecer qual é o posicionamento dominante sobre determinado tema - ainda que por fundamentos diversos -, os tribunais têm dificuldade de manter a estabilidade do posicionamento firmado, bastando haver alteração na composição dos mesmos para se alterar o entendimento vigente.

De acordo com a antiga concepção de jurisdição do *civil law* a segurança jurídica emanava do direito posto e da imutabilidade da decisão judicial operada pela coisa julgada. Contudo, esse ideal de segurança jurídica não pode mais ser aceito. A segurança jurídica constitui um dos fins do direito e do próprio Estado Democrático e a existência de entendimento jurisprudencial divergente abala a confiança do indivíduo no ordenamento jurídico e, por conseguinte, no Estado. Isso acontece na medida em que a oscilação de entendimento abala a cognoscibilidade, um dos elementos da segurança jurídica. Segundo esse elemento, para confiar no direito o cidadão precisa conhecê-lo e a mudança constante na interpretação das normas dificulta que o direito seja conhecido.

Como não conhece o conteúdo normativo, o qual somente será definido no caso concreto - ante a resignificação das normas para conformá-las com os valores morais, éticos, sociais e políticos que passaram a permear o direito -, o indivíduo tem afetado outro elemento da segurança jurídica: a calculabilidade. A calculabilidade nada mais é do que o fato de o indivíduo poder planejar suas ações e prever os resultados delas advindos, no âmbito pessoal e profissional. Se não conhece, não pode prever e, assim, não pode confiar. Sem esses três elementos, não há segurança jurídica.

O Brasil precisa reconhecer o valor e os benefícios de uma jurisprudência uniforme. A doutrina do *stare decisis*, típica do *common law*, defende exatamente a força de uma jurisprudência previsível e estável, em que se respeita a tradição e a experiência desenvolvida ao longo de séculos.

Dworkin defende a tese do direito como integridade. A integridade, segundo o autor, deve ser entendida como o tratamento isonômico e respeitoso aos indivíduos e a garantia de coerência e continuidade das decisões judiciais. O autor aborda o assunto com a metáfora de que a jurisprudência deve ser comparada a um romance em cadeia. Para ele, os juízes devem pensar a decisão judicial como o capítulo de um romance e, ao final, a estória só fará sentido se houver coerência e continuidade entre um capítulo e outro. Assim, ao proferir sua

decisão o juiz deverá observar as decisões passadas - olhar na experiência e na tradição - e, ao mesmo tempo, preocupar-se com a forma em que sua decisão será vista no futuro, de modo que não cause rupturas e garanta a continuidade do sistema. Cada decisão, portanto, constitui um princípio de um sistema jurídico dentro de uma sociedade e o modelo que mais se aproxima é a teoria dos precedentes judiciais, a qual preconiza o respeito às decisões.

Por certo, a teoria dos precedentes judiciais vinculantes não conseguirá instaurar um estado de segurança jurídica absoluta, mas certamente constitui um importante instrumento para diminuir o grau de insegurança e, a contrário senso, aumentar a previsibilidade, alcançando a segurança jurídica possível para manter a estabilidade do direito e do Estado Democrático. O que se espera é que haja o comprometimento dos juízes e tribunais em decidir pautados pela coerência e continuidade das decisões, garantindo, assim, integridade ao direito.

Para que possa se consolidar, a segurança jurídica depende da efetividade do princípio da igualdade, pois sem a presença da igualdade formal e substancial, torna-se impossível alcançar a segurança jurídica.

3.2.2.2

Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade está expresso no artigo 5º¹⁸⁰ da Constituição Federal e possui papel essencial para a estabilidade da ordem jurídica. A Constituição prevê o princípio da igualdade como um dos primeiros direitos individuais. Seu preâmbulo já consagra a igualdade como um valor supremo.

Dada à importância desse princípio para a consolidação de um Estado Democrático, pode-se dizer que o mesmo integra o ordenamento jurídico da maioria absoluta - senão todos - dos regimes democráticos¹⁸¹.

Não se trata apenas da igualdade formal, mas também da igualdade material ou substancial, já que na nova ordem constitucional a igualdade sai do

¹⁸⁰ 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: [...] (BRASI, 1988).

¹⁸¹ O princípio da igualdade também está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. “Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.” (ONU, 1948).

plano meramente legal - normativo - e se assenta na resolução caso concreto. O respeito aos precedentes judiciais garante o tratamento igualitário entre os jurisdicionados ao regular da mesma maneira casos semelhantes.

Não é compreensível ao cidadão vislumbrar a efetividade do princípio da igualdade quando a mesma situação fática resulta em decisões distintas. O próprio conceito de Justiça fica abalado, pois as decisões podem ser completamente antagônicas, como por exemplo, uma de procedência do pedido e outra de improcedência.

Toni M. Fine, ao abordar a questão, corrobora o entendimento ora exposto ao asseverar que

Um das premissas básicas da doutrina é a justiça que resulta quando casos semelhantes são decididos de forma similar. Esse princípio é essencial para o sistema de justiça norte-americano, sendo fundamental para preceitos básicos como o do devido processo legal. Em resumo, um sistema de precedentes dá uma aparência de justiça e de prevenção a processos decisórios de cunho arbitrário, à medida que proporciona que a autoridade seja exercida de forma neutra, mediante a qual os Juízes baseiam suas decisões.¹⁸²

De outro lado, há de se considerar as desigualdades existentes na sociedade - a própria Constituição as reconhece em vários trechos, como por exemplo no artigo 3º, inciso III - e a atuação do princípio da igualdade nesses casos. Nessa circunstância, a igualdade consiste no tratamento desigual na exata medida que ele servir para colocar os indivíduos em situação de paridade.

É muito comum que aspectos econômicos coloquem óbice à participação equilibrada entre as partes no processo, por isso o legislador e o juiz devem promover esse equilíbrio. A inversão do ônus probatório é um exemplo. Indo além, inúmeras são as situações em que o indivíduo vê impedido seu acesso ao Judiciário. Em cumprimento ao princípio da igualdade e do acesso à justiça, e em nome da legitimidade do processo democratizado, cabe ao Estado prover meios assecuratórios desse direito, tais como a isenção de custas e taxas processuais e o fornecimento de advogados públicos de forma gratuita.

Ao tratar o princípio da igualdade, pretende-se reforçar o entendimento de que a uniformização do entendimento jurisprudencial se apresenta como elemento

¹⁸² FINE, 2000, p.95.

fundamental na busca pela efetivação do tratamento igualitário entre os jurisdicionados.¹⁸³

Reafirmando o posicionamento ora defendido sobre os reflexos advindos da divergência jurisprudencial, Víctor Ferreres Comella sustenta que “también la igualdad ante la ley se ve afectada: por las mismas acciones u omisiones, los ciudadanos serán tratados de manera diversa, en función del concreto juzgado al que vayan a parar sus respectivos pleitos”.¹⁸⁴

Nos países de sistema continental, incluindo o Brasil, em razão na falta de mecanismos de uniformização da jurisprudência, os tribunais têm deixado de observar e aplicar o princípio da igualdade quando do exercício de sua função precípua: a atividade jurisdicional.¹⁸⁵ Promover a eficácia do princípio da igualdade é um dos grandes benefícios que a adoção da teoria de precedentes judiciais obrigatórios pode trazer para o ordenamento jurídico pátrio.

3.2.2.3

Princípio da Imparcialidade do Juiz

Os países adeptos ao *civil law* equivocadamente conferem à obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais a garantia de eficácia e efetividade do princípio da imparcialidade do juiz. O equívoco reside no fato de que a fundamentação da decisão não é suficiente para evitar a arbitrariedade, o abuso e o entendimento tendencioso.

Na verdade, diante da plurissignificação do texto normativo com a inclusão de cláusulas gerais e abertas, elevação da carga axiológica e a normatização dos princípios acabaram por facilitar o juiz tendencioso. Pela visão do jurista do sistema continental basta ao magistrado ou tribunal justificar sua opção diante da abertura que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico. Por isso, podemos afirmar que, na era do pós-positivismo, o princípio da imparcialidade vem perdendo eficácia nos países do *civil law* que não respeitam precedentes judiciais em razão da liberdade na função interpretativa conferida aos magistrados. A necessidade de conformação da norma - carregada de abstração e

¹⁸³ MACCORMICK, 1997, p. 488.

¹⁸⁴ COMELLA, 2010, p. 45.

¹⁸⁵ MARINONI, 2011, p. 141.

valores - ao caso concreto permite ao juiz direcionar a lide para atender a interesses diversos.

Por outro lado, a doutrina do *stare decisis*, ao pregar o respeito aos precedentes judiciais visando a estabilidade e previsibilidade do ordenamento jurídico, reduz, na construção da decisão judicial, a subjetividade, o capricho e a arbitrariedade do julgador. Sua visão de mundo ficará em segundo plano.

A legitimidade da decisão judicial em um sistema jurídico adepto à teoria dos precedentes judiciais encontra-se fundada na neutralidade. O fato de os fundamentos da decisão a ser proferida em um determinado caso concreto já terem sido construídos em julgamento de caso similar faz com que, mesmo antes de o juiz ter conhecimento da identidade das partes desse novo processo já exista uma fundamentação construída, contribuindo para uma atuação judicial imparcial. O respeito ao precedente inibe a ocorrência de distorções e atribui maior transparência, lisura e confiabilidade na motivação das decisões.

O Brasil adota o modelo da “persuasão racional”, também conhecido como “livre convencimento motivado”, conforme disposição expressa contida no artigo 131¹⁸⁶ do Código de Processo Civil. Segundo essa técnica, basta ao juiz apontar os fundamentos que lhe formaram o convencimento. Tal modelo teve sua importância em um determinado contexto histórico, mas não se mostra mais suficiente para garantir eficácia e efetividade ao princípio da imparcialidade do juiz na realidade do Estado Contemporâneo.

Nesse cenário, o respeito aos precedentes garante o compromisso do magistrado em seguir um entendimento jurídico consolidado para resolver todas as demandas semelhantes ao caso paradigma. Há que se ter em mente que dito princípio foi estabelecido como mecanismo de proteção ao jurisdicionado, figura central no sistema processual.

¹⁸⁶ **Art. 131.** O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (BRASIL, 1973).

3.2.2.4

Celeridade na prestação jurisdicional: o princípio da razoável duração do processo

Sem dúvida, um dos objetivos do direito processual consiste na entrega da tutela jurisdicional pleiteada dentro de um prazo razoável, sob pena de a “Justiça” tardia não atender aos anseios e necessidades do jurisdicionado.

A alta produção legislativa em matéria processual e até mesmo constitucional demonstra a preocupação do legislador em atribuir celeridade na prestação jurisdicional. O sistema processual brasileiro, por exemplo, possui uma série de instrumentos e técnicas que permitem às partes procrastinar a tramitação dos processos com a interposição de recursos, situação que se agrava, de um lado, pela ausência de mecanismos de uniformização da jurisprudência e, de outro, pela falta de critério e de comprometimento dos juízes com as decisões dos tribunais superiores e suas próprias decisões em casos que possuem elevado grau de similitude.

Esse sistema acaba por atrasar o desfecho da lide, sendo comum um processo tramitar durante anos. Em muitos casos as partes falecem antes do fim do processo.

O respeito aos precedentes judiciais também nesse quesito nos parece extremamente vantajoso. Isso porque a teoria dos precedentes judiciais vinculantes traria uma verdadeira reformulação do ordenamento jurídico brasileiro no tocante ao sistema recursal, pois a uniformização do entendimento jurisprudencial, fundado na técnica do respeito aos precedentes judiciais, promoveria maior celeridade na prestação da tutela jurisdicional.

Não obstante os benefícios em relação a duração do processo, outras vantagens são igualmente perceptíveis, tais como a economia das partes para manejo dos recursos e economia também do Estado com o aparato funcional que é preciso montar para atender toda essa demanda.

3.2.3

Advertências metodológicas necessárias à aplicação da teoria dos precedentes judiciais no Brasil

Para que a teoria dos precedentes judiciais vinculantes possa atender a expectativa de uniformização da jurisprudência e, com isso, reduzir o grau de insegurança jurídica, é preciso que o Brasil, ao adotar tal instituto, desenvolva técnicas de operacionalização e aplicação dos precedentes, sob pena de não atingir seus fins. O Brasil, assim como os países do *civil law*, não possuem a cultura de respeito aos precedentes judiciais e a falta de domínio dessa técnica pode comprometer a adoção da referida teoria no ordenamento jurídico pátrio.

Reputamos importante a observância de três fatores em especial: a identificação da *ratio decidendi*; a atividade interpretativa que também é inerente ao uso dos precedentes; e a correta utilizações das técnicas de distinção e superação dos precedentes.

A identificação da *ratio decidendi* não é tarefa das mais simples. Realizar a distinção dos elementos essenciais e imprescindíveis na constituição do precedente - *ratio decidendi* - daqueles considerados secundários e, portanto, prescindíveis - *obter dictum* -, é mais complexo do que pode parecer.

É preciso que os juízes e tribunais se comprometam com a exposição das circunstâncias fáticas e jurídicas ao fundamentar suas decisões, delimitando os contornos da lide, de modo que a extração do precedente vinculante e a identificação dos elementos que constituem seu núcleo essencial sejam facilmente distinguidos daqueles considerados secundários.

Essa atitude precisará ser melhor trabalhada pelos tribunais, pois atualmente é comum o acórdão possuir fundamentos distintos, embora a parte dispositiva da decisão seja a mesma. O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, é acometido por esse problema diariamente. Não há um entendimento padronizado nos votos de seus Ministros, ainda que o resultado seja o mesmo. É comum, por exemplo, decisão em favor da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma, todavia, não há consenso quanto aos motivos determinantes da decisão. Imagine um caso hipotético com seis votos a favor da inconstitucionalidade e cinco votos pela constitucionalidade. Nessa situação a norma objeto da ação será considerada inconstitucional. O problema é

que, não raro, os votos proferidos em favor da inconstitucionalidade possuem fundamentação totalmente divergente. Cada voto considera um motivo determinante - *ratio decidendi* - para declarar a inconstitucionalidade normativa.¹⁸⁷

No futuro, ao analisar o caso hipotético como paradigma para o julgamento de um caso concreto, como será realizada a extração dos motivos determinantes da decisão?

A teoria dos precedentes judiciais vinculantes, para ser bem sucedida, tem que ir além da uniformização do dispositivo da decisão. A uniformização passa pela definição clara e precisa dos motivos determinantes - *a ratio decidendi* - de forma colegiada.

Outra advertência à adoção da teoria dos precedentes judiciais está na concepção de que, como a lei, o precedente também precisa ser interpretado. Seria ilusão imaginar que os precedentes judiciais são autosuficientes e que sua aplicação é mecânica. Automática deve ser a postura dos juízes de buscar precedentes judiciais antes de proferirem suas decisões. Corroborando esse entendimento, Víctor Ferreres Comella assevera que a aplicação de um precedente judicial, assim como da lei, não é uma atividade mecânica, mas sem dúvida requer uma atividade interpretativa.¹⁸⁸

A atividade interpretativa sobre os precedentes decorre basicamente de dois fatores: a linguagem e a contextualização das circunstâncias fáticas e jurídicas que compõem seus motivos determinantes. Tal qual ocorre com as leis, os precedentes judiciais também sofrem problemas de ordem linguística, como a vagueza, a indeterminação, a obscuridade e as intoxicações semânticas. Por isso podemos afirmar que os precedentes judiciais conferem certa dose de flexibilidade e discricionariedade aos juízes. No tocante ao segundo fator acima apontado, para aplicar um determinado precedente, o juiz precisa fazer um exercício de comparação entre o caso paradigma e o caso sob julgamento e contextualizar as

¹⁸⁷ A título ilustrativo, a divergência apontada pode ser verificada no julgamento da ADI 3.510, de relatoria do Ministro Ayres Britto - que tinha por objeto a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança - e do *Habeas Corpus* 82.424 de relatoria do Ministro Moreira Alves - cujo objeto era a reforma do decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que condenou pela prática de racismo em decorrência da divulgação de ideias anti-semitas em livro de sua autoria.

¹⁸⁸ COMELLA, 2010, p. 69.

circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvem o caso presente com os motivos determinantes que resultaram na *ratio decidendi* do precedente.

Ao realizar essa tarefa o juiz está sim exercendo atividade interpretativa, só que agora diante de um horizonte mais restrito, que aponta critérios mais claros e objetivos, sem a alta carga de abstração presente na legislação¹⁸⁹. Certamente a teoria dos precedentes judiciais vinculantes reduz o grau de insegurança e de discricionariedade do julgador quando comparado com os sistemas que não a adotam, mas por certo não atribui certeza absoluta ao direito.

Por fim, para que a teoria dos precedentes judiciais não se torne uma ilusão, como afirmado por Ross¹⁹⁰, é preciso estar atento à análise sobre a distinção - *distinguishing* - do precedente com o caso concreto sob julgamento. Desenvolver a adequada metodologia em relação a esse ponto apresenta-se como ponto fundamental para a correta aplicação da teoria dos precedentes judiciais.

É claro que nenhum caso é exatamente idêntico a outro, mas isso não pode servir como justificativa para os juízes, a todo momento, utilizarem a técnica da distinção e não aplicar o precedente. Trata-se de metodologia por meio da qual os juízes devem examinar os motivos determinantes de ambos os casos e traçar as diferenças essenciais. Somente se não houver semelhanças - ou se elas forem mínimas - entre as circunstâncias fáticas e jurídicas determinantes na solução do caso paradigma e os fatos e elementos do caso concreto, é que está o juiz autorizado a afastar a aplicação do precedente. Maurício Ramires sustenta que é preciso desenvolver um “padrão de identificação juridicamente relevante”¹⁹¹.

O que se busca advertir aqui é que a metodologia de aplicação de precedentes no *common law* é totalmente diferente da cultura jurídica instalada no Brasil em relação à utilização de ementas, acórdãos e súmulas - mesmo as vinculantes - com caráter persuasivo, pois enquanto no *common law* os elementos fáticos - conjugados com argumentos jurídicos - são imprescindíveis para a criação do precedentes, a metodologia aqui utilizada se atém a questões jurídicas, o que impede a extração dos motivos determinantes - *ratio decidendi* - dos enunciados.

¹⁸⁹ DAVID, 2002, 412-414.

¹⁹⁰ ROSS, 2000, p. 113-114.

¹⁹¹ RAMIRES, 2010, p. 68.

Assim, ao adotar a teoria de precedentes judiciais vinculantes, será necessário passarmos por um processo de aculturação desses elementos e requisitos intrínsecos à teoria para que a mesma cumpra o papel que dela se espera: reduzir a insegurança jurídica.

Conclusão

Vivemos um momento histórico em que os dois grandes sistemas jurídicos vigentes nos países do ocidente demonstram sinais de convergência e aproximação.

O *common law*, de origem anglo-saxão, é reconhecido pelo respeito histórico a tradição, política e cultural, aportando nas decisões judiciais a difícil função de criação e desenvolvimento do direito. Nesse sistema, percebe-se a restrição do Poder Legislativo em detrimento do Poder Judiciário. Diante desse cenário, tal sistema desenvolveu técnicas e mecanismos tendo por objetivo garantir a segurança e estabilidade do ordenamento, como a obrigatoriedade de seguir precedentes judiciais e o respeito à doutrina do *stare decisis*.

Os juízes, por seu turno, figuram como protagonistas na complexa tarefa de promover a coerência e uniformidade do direito.

Por sua vez, o *civil law*, também conhecido como sistema continental, com raízes romano-germânica, se estabeleceu em torno da força do Parlamento, conferindo à lei o papel central do ordenamento jurídico. Segundo esse sistema, a segurança e estabilidade do ordenamento jurídico advém do direito posto. Esse pensamento desencadeou o movimento da codificação.

Diferentemente do *common law*, no sistema continental os juízes não possuem papel criativo ou interpretativo. Cabe aos juízes apenas a declaração do conteúdo normativo constante dos códigos e das leis esparsas. Para os juristas desse sistema a norma possui conteúdo pronto e acabado, não se admitindo modificação que não aquelas realizadas no âmbito do próprio legislativo.

Todavia, em ambos os sistemas, esse cenário começou a mudar após a segunda metade do século XX. Os horrores e atrocidades cometidos pelo regime nazista e também durante a II Guerra Mundial provocaram uma reação mundial em defesa dos direitos humanos. A internalização desses direitos pela várias Constituições Democráticas como categoria de direitos fundamentais promoveu o fenômeno da constitucionalização, marcado pela supremacia da Constituição e expansão do *judicial review*.

Ao incorporar leis e tratados internacionais cujo objeto é a proteção dos direitos humanos, percebeu-se um crescimento da atividade legislativa nos países adeptos ao *common law*. Em movimento contrário, ao promulgar Constituições permeadas por princípios e elevada carga axiológica, de caráter abstrato, os países do *civil law*, dentre os quais o Brasil, passaram a transferir ao Poder Judiciário questões de conteúdo moral e político que anteriormente eram de competência exclusiva do Poder Legislativo em um movimento que ficou conhecido como judicialização da política.

Esses dois fatores - fortalecimento do Poder Judiciário e a supremacia da Constituição - alteraram substancialmente a função jurisdicional no *civil law*. O conteúdo abstrato das normas passou a exigir dos juízes uma maior atividade de interpretação, uma vez que a norma não possui mais aquele *status* de completude, de que tem conteúdo pronto e acabado. A necessidade de interpretação da norma conforme a Constituição, bem como de conformar seu conteúdo com a realidade social em determinado tempo e lugar, conferiu maiores poderes ao julgador, valorizando as decisões judiciais.

No Brasil, em razão da adoção do sistema híbrido de controle de constitucionalidade esse movimento ocorreu de forma peculiar. Sob influência do sistema romano-germânico, adotamos o controle concentrado exercido em abstrato pela Corte Constitucional, e também o modelo difuso, oriundo do *common law*, exercido no caso concreto pelos vários órgãos do Poder Judiciário -

Nesse cenário de expansão do *judicial review* - de forma verticalizada dentro do Judiciário - a legitimação da liberdade interpretativa do julgador provocou uma variedade de entendimentos sobre assuntos similares e teve como consequência o aumento da divergência jurisprudencial. Tal situação gerou uma crise de segurança provocada pela redução da previsibilidade e estabilidade do direito.

Tendo em vista esse contexto, a teoria dos precedentes judiciais ganha relevância no ordenamento jurídico pátrio na medida em que serve como mecanismo de uniformização da jurisprudência e, atrelada à doutrina do *stare decisis*, tem condições de resgatar a previsibilidade e estabilidade do direito, contribuindo, dessa forma, para o aumento da segurança jurídica.

A teoria dos precedentes judiciais tem o condão de padronizar o entendimento jurisprudencial e apresenta como principais benefícios a efetivação

dos princípios da segurança jurídica, isonomia e imparcialidade. Ao utilizar a experiência extraída das decisões de processos passados como exemplo para as decisões de casos futuros confere-se coerência, estabilidade e previsibilidade ao ordenamento jurídico.

O grande mérito da orientação por precedentes é que os tribunais passam a contextualizar suas decisões dentro de um sistema, não mais pensando suas decisões como medidas isoladas. Ao proferir suas decisões olhando para o que foi construído no passado e, ao mesmo tempo, focando os reflexos que produzirão no futuro, os tribunais promovem a coerência do direito, tendo por premissa a utilização de critérios e princípios universais no momento de fundamentação das decisões. Seguir os exemplos do passado gera os benefícios da confiabilidade e calculabilidade exatamente por tornar o direito conhecido.

Indo além, essa dinâmica também promove o tratamento igualitário e imparcial. A igualdade advém do tratamento isonômico - formal e substancial - entre as partes. Ao julgar casos semelhantes da mesma maneira, o Judiciário promove a igualdade material entre os jurisdicionados. Não há como pensar um regime democrático em que o princípio da igualdade é desrespeitado por quem tem o dever de garantir-lhe a efetividade - o Poder Judiciário. No tocante ao princípio da imparcialidade, ao seguir precedentes judiciais os juízes fundamentam suas decisões com o entendimento jurídico já consolidado sobre determinado tema, não possuindo margem para aplicar argumentos arbitrários e tendenciosos.

O Brasil já caminha no sentido de respeito aos precedentes judiciais tanto na esfera constitucional quanto infraconstitucional. Na seara constitucional podemos citar: a) ação declaratória de constitucionalidade (Emenda Constitucional n.º 3/1993; b) a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental pela Lei n.º 9.882/1999; c) criação da súmula vinculante pela Emenda Constitucional n.º 45/2004. Em relação à legislação federal: a) a ampliação dos poderes do relator para, monocraticamente, inadmitir e dar provimento a recursos quando, respectivamente, contrários ou em consonância com entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos tribunais superiores - Lei n.º 9.756/1998; b) dispensa do reexame necessário - duplo grau de jurisdição obrigatório - nas ações em que a Fazenda Pública seja vencida e a decisão esteja em consonância com súmula ou jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal ou do respectivo tribunal superior - Lei n.º 10.352/2001; c) previsão, pela Lei n.º 11.232/2005, de desconstituição da coisa julgada quando a decisão tiver por fundamento lei ou ato declarado inconstitucional pelo STF; d) a criação do requisito da “repercussão geral” para conhecimento do recurso extraordinário previsto na Lei n.º 11.418/2006; e) em 2008, a Lei n.º 11.672 regulamentou a chamada técnica de recursos repetitivos - repetição de demanda, normalmente contra a Fazenda Pública, possuindo objeto idêntico e restringindo-se a matéria de direito; f) as súmulas emitidas pelos tribunais superiores; g) as orientações jurisprudenciais e sentença normativa da Justiça do Trabalho, dentre outras.

Os dispositivos acima apontados não deixam dúvidas da existência de um movimento de valorização da jurisprudência no ordenamento pátrio e consequente reconhecimento da importância da teoria dos precedentes judiciais como mecanismo de promoção da estabilidade e coesão do direito. Tanto é assim que o projeto do novo Código de Processo Civil em trâmite no Congresso Nacional contempla a doutrina do *stare decisis*, bem como a teoria dos precedentes judiciais.

Apesar de estar claro que o ordenamento jurídico brasileiro caminha a passos largos para a adoção dos precedentes judiciais, muitos são os críticos dessa teoria. As críticas mais incisivas são: risco de engessamento do Direito; ofensa ao princípio da independência e autonomia do juiz, e; lesão ao princípio da separação de poderes. Contudo, nenhuma das críticas subsiste.

A primeira crítica apontada é facilmente afastada na medida em que as decisões judiciais são muito mais dinâmicas do que a alteração legislativa. O envelhecimento dos códigos e a interpretação literal do seu conteúdo normativo é que pode provocar o alegado engessamento do direito. De acordo com essa teoria o juiz se obriga a respeitar e seguir precedentes, mas não há qualquer sanção disciplinar ao magistrado que julgar de maneira contrária. Somente nos casos em que a *ratio decidendi* do caso sob julgamento for semelhante ao caso paradigma é que o juiz estará obrigado a seguir o precedente. Caso a *ratio decidendi* do precedente não guarde semelhanças com o caso concreto, o juiz estará diante de um caso de distinção e, assim, dispensado de seguir tal precedente. Para não restar dúvidas quanto à fragilidade desse argumento, nenhum precedente é criado para durar eternamente. A própria teoria dos precedentes prevê mecanismos de

superação - total e parcial - do precedente, conforme demonstrado no tópico 2.4 do capítulo 2 deste trabalho.

Em relação à ofensa ao princípio da independência e autonomia do juiz, é preciso duas observações: a primeira é que a propalada independência se refere a intervenção externa e, a segunda, é que o juiz mantém o poder de decidir de forma contrária ao precedente, bastando, para tanto, um maior ônus argumentativo a demonstrar os casos de superação do precedente.

A independência do juiz visa proteger o jurisdicionado - figura central do processo - e não o juiz. Ao juiz é garantida a independência e autonomia de pressões externas - política, econômica, etc - exatamente para garantir ao indivíduo a prolação de decisão que retrate o entendimento do ordenamento jurídico sobre o tema objeto da lide.

O argumento de que a teoria dos precedentes ofende o princípio da separação de poderes também não merece prosperar, a uma porque o modelo neoconstitucional resgatou as teorias hermenêuticas e esvaziou a rígida separação de poderes e, a duas, porque já existe a realização de atividades típicas de um Poder por outro sem que isso configure ofensa a tal princípio. A título ilustrativo, a Constituição Federal prevê em seu artigo 52, que o Senado Federal - órgão do Poder Legislativo - exerce função jurisdicional ao estabelecer competência exclusiva para julgar, nos crimes de responsabilidade, o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. De outro lado, o Judiciário exerce função legislativa e de administração, quando edita suas leis e regimentos internos - artigo 96, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal - e quando organiza sua estrutura e serviços - artigo 96 da Constituição Federal -, respectivamente. Já o Executivo realiza função legislativa quando edita medidas provisórias - artigo 62 da Constituição Federal.

Superadas as principais críticas à adoção da teoria dos precedentes judiciais no Brasil, cumpre fazer três advertências metodológicas ao uso dos precedentes judiciais vinculantes.

A primeira advertência diz respeito à correta identificação da *ratio decidendi*. Separar os elementos que constituem a essência da decisão daqueles que, embora mencionados, possuem papel secundário na decisão. Pode-se afirmar que identificar a *ratio decidendi* é o mesmo que extrair o núcleo da decisão. Na

análise do caso paradigma com o caso concreto, é a correta identificação da *ratio* que permitirá ao julgador aplicar, distinguir ou superar o precedente. Por certo, não é uma tarefa simples, mesmo porque existem casos que possuem mais de uma *ratio*, o que pode ocorrer quando o caso apresenta circunstâncias fáticas e jurídicas variadas. Em havendo dificuldade para identificar a *ratio decidendi*, a aplicação da teoria fica comprometida.

Como segunda advertência, ressalta-se que o precedente judicial, assim como a lei, também carece de interpretação. O precedente não é autosuficiente e sua aplicação não é mecânica. É preciso lembrar que o precedente é composto pela escrita e, tal qual ocorre com as normas, está sujeito aos mesmos vícios de linguagem. O elemento facilitador do trabalho interpretativo do juiz nesse caso é que o mesmo trabalha com um universo reduzido, já delimitado pelo precedente.

A última advertência tem por escopo garantir a utilização da teoria dos precedentes e diz respeito à técnica da distinção. O *distinguishing* não pode ser utilizado pelos juízes como um subterfúgio para não usar os precedentes. Dado ao fato de que nenhum caso é absolutamente idêntico a outro, os juízes podem recorrer ao uso dessa técnica como forma de não seguir precedentes. Para evitar essa tática, é preciso, por parte dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal, um acompanhamento sistemático das decisões judiciais até que a teoria dos precedentes seja internalizada pelos tribunais pátrios em um verdadeiro processo de aculturação de técnicas e procedimentos oriundos de outro sistema jurídico, o *common law*.

O que se pretende com essas advertências não é questionar o uso dos precedentes judiciais no Brasil, mas apenas e tão somente observar que não basta copiar uma teoria de outro sistema jurídico sem que haja um processo de maturação e acompanhamento de sua implementação. O êxito da teoria dos precedentes depende da sua inserção na cultura jurídica brasileira.

Após todas essas observações, defende-se a adoção da teoria dos precedentes judiciais vinculantes como mecanismo apto a estabelecer critérios universais de padronização de condutas capazes de manter a coerência do ordenamento jurídico, bem como de promover o equilíbrio entre estabilidade e dinamismo do direito nas sociedades contemporâneas.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, João Alberto; SOUZA BRITO, Thiago Carlos. **O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 57, 2010. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/130/121>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. 2011. 272f. Dissertação (Mestrado). Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas. Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf>. Acesso em 20 out. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Recurso extraordinário: violação indireta da Constituição: ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3, p. 279-302.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. 168 p.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas. **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica**. 2007. 488f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. **Dos precedentes judiciais às súmulas vinculantes: análise da verticalização do poder e do discurso judicial padronizado**. 2013. 205f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** São Paulo: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

_____. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. **Revista de Processo**, n. 60, p. 110-117, out/dez. 1990

CASALI, Guilherme Machado. **Sobre o conceito de segurança jurídica**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/guilherme_machado_casali.pdf> Acesso em: 12 de dez. 2013.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; LOBATO, Valter. **Reflexões sobre o art. 3º da Lei Complementar 118. Segurança jurídica e a boa-fé como valores constitucionais**. As leis interpretativas no Direito Tributário Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 117, p. 112. Disponível em: <http://sachacalmon.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2011/01/Reflexoes-sobre-o-artigo-3-da-lei-complementar-118.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

COMELLA, Víctor Ferreres; RÍOS, Juan Antonio Xiol. **El carácter vinculante de la jurisprudencia**. 2 ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo e segurança jurídica. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança Jurídica: coletânea de textos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito comparado**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos normativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99). **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-74, 2004. Suplemento. Disponível em: <>. Acesso em 10 jan. 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FINE, Toni M. O uso do Precedente e o papel do Princípio do *Stare Decisis* no sistema Legal Norte-Americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 782, p. 90-96, dez. 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 2008.

GONÇALVES, Diego da Silva. **O sistema de precedentes como garantidor da segurança jurídica, da previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais**. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, 01 set. 2012. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1006-o-sistema-de-precedentes-como-garantidor-da-seguranca-juridica-da-previsibilidade-e-estabilidade-das-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 13 de jan. 2014.

GÖTTEMS, Claudinei J.; BORGES, Rodrigo Lanzi de M. **Súmula Vinculante: a influência do common law no sistema jurídico brasileiro**. Prima Facie – Internacional Journal. v. 6, n. 7, 2007, p. 91-111. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/4416>>. Acesso em 12 de dez. 2013.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 25. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HART, HLA. **O conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sete-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 4 ed. Trad. José Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O que é justiça?** A justiça o direito e a política no espelho da ciência. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Augusto César de Carvalho. **A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica**: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. 2013. 242f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001.

LIMA, Daniela de. **Segurança Jurídica na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10653>. Acesso em: 15 de janeiro de 2014.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como fonte do Direito:** algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Temas atuais de processo civil, V.1. N. 6 - Dezembro de 2011, Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 12 de dez.2013.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Rhetoric and Rule of Law.** In: DYZENHAUS, David (Org.) Recrafting the Rule of Law , – The Limits of Legal Order, Oxford, Hart,1999.

_____. **Interpreting Precedents:** a comparative study. Aldershot: Dartmouth, 1997.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A comunidade aberta de intérpretes da constituição:** o *amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

MARINS, Lucas Belloc. **A sistemática da Teoria do Precedente Judicial e a gradual introdução de princípios do common law no direito brasileiro.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Lucas%20Belloc%20Marins%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 21. ed. São Paulo: Mandamentos, 2005.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes:** o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Clarissa Braga. **Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional.** 2010. 130f. Dissertação (Mestrado) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis.** Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito.** Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NUNES, Jorge Amaury Maia Nunes. **Segurança jurídica e súmula vinculante.** São Paulo: Saraiva, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991.

_____. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**. Doxa. N. 07 (1990). pp. 327-341. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10828/1/Doxa7_12.pdf>. Acesso em: 21 jan, 2014.

PORTES, Maíra. **Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law**. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/117-instrumentos-para-revogacao-de-precedentes-no-sistema-de-common-law>>. Acesso em: 09 dez 2013.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2013.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. **Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em 12 dez. 2013.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Beni. Bauru, SP: Edipro, 2000.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA. Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. Revista de Direito Administrativo, v. 250, p. 197-227, 2009. Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf>. Acesso em 13 out. 2013.

SPINOZA, Benedicuts de. **Tratado político**. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1994.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. 2005. 191f. Tese (Doutorado) Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

_____. A primazia do positivismo conceitual. In: **Teoria do Direito Neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** Coord: Dimitri Dimoulis e Écio Oto Duarte. São Paulo: Método, 2008.

_____. Proposições Fulcrais acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito.** Org: Antônio Cavalcanti Maia, Carolina de Campos Melo, Gisele Cittadino, Thamy Pogrebinski. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito.** 2001. Dissertação (Mestrado). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001.”

TEIXEIRA, Welington Luzia. **Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada.** Belo Horizonte: Editora Forum, 2008.

TERRA, Marcelo. Segurança jurídica e atividade imobiliária. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança Jurídica:** coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica.** In.: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, p. 92-118, abr. 2006