

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A RELEVÂNCIA NO ESTUDO DE PARÂMETROS NA
APLICABILIDADE DE PRECEDENTES JUDICIAIS**

ALLAN CARLOS DA SILVA MARQUES

RIO DE JANEIRO

2017

ALLAN CARLOS DA SILVA MARQUES

**A RELEVÂNCIA NO ESTUDO DE PARÂMETROS NA
APLICABILIDADE DE PRECEDENTES JUDICIAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Doutor Carlos Bolonha**

RIO DE JANEIRO

2017

ALLAN CARLOS DA SILVA MARQUES

**A RELEVÂNCIA NO ESTUDO DE PARÂMETROS NA
APLICABILIDADE DE PRECEDENTES JUDICIAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Doutor Carlos Bolonha**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017

RESUMO: Hodiernamente, verifica-se uma tendência de adoção do precedente na atividade judicial brasileira, a fim de se construir coerência e propiciar celeridade. Traçando um paralelo com a experiência norte-americana, as problemáticas brasileiras ficam evidentes. Nos Estados Unidos são adotados critérios para definir o precedente, o qual não se resume à questão de fato, enquanto no Brasil a substancialidade do caso é tida como vinculante. Em adição, a elevada possibilidade de recursos e os anseios do jurisdicionado por uma segunda opinião que satisfaça sua pretensão agravam a morosidade judiciária, pelo acúmulo de casos que chegam ao judiciário. Dessa forma, nota-se uma desvalorização do sistema de precedentes no Poder Judiciário, cuja estrutura mecânica se assemelha a uma linha de produção em massa de sentenças, problemática que é agravada quando da resolução do mérito, uma vez que há um alto grau opinativo-interpretativo. Através da metodologia hipotético-dedutiva com revisão bibliográfica, o presente trabalho busca compreender se há a possibilidade de construir um princípio de segurança jurídica nas cortes brasileiras com a utilização dos precedentes, garantindo sua coerência.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Institucional; Judiciário Brasileiro; Precedentes.

ABSTRACT: In our times, there is a trend of adoption of judicial precedent in Brazilian judicial activity, in order to build coherence and provide celerity. Drawing a parallel with the American experience, Brazilian problems became evident. In the United States are adopted criteria to set the precedent, which is not limited to matter of fact, while in Brazil the substantiality of the case is taken as binding. In addition, the high possibility of the resources by the claimant and the desire for a second opinion that satisfies his claim aggravate the judicial delays, because of the accumulation of cases that come in the Judiciary. Thus, there is a devaluation of the precedent system in the Judiciary, whose mechanical structure resembles a production line in mass of sentences, an issue that is compounded when the resolution of the merit, once there is a high degree of judging-interpretation. Through a hypothetical-deductive methodology with literature review, this paper seeks to understand if there is the possibility of building a Legal Security principle in the Brazilian court, guaranteed its consistency.

KEYWORDS: Institutional Theory; Brazilian Judiciary; Precedents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. HISTÓRICO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	9
1.1 <i>Origem histórica dos precedentes na common law.....</i>	9
1.2 <i>Precedentes e a separação dos poderes</i>	10
1.3 <i>Precedentes e a doutrina positivista.....</i>	15
1.4 <i>A Emenda Constitucional nº45/2004 e a busca de soluções</i>	18
1.5 <i>Precedentes e distinção entre common law e civil law</i>	20
1.6 <i>A importância no estudo dos precedentes</i>	22
2. A ADOÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO..	23
2.1 <i>Precedentes e Segurança Jurídica.....</i>	23
2.2 <i>Precedentes e o novo código de processo civil.....</i>	26
2.3 <i>O caráter de vinculação dos precedentes.....</i>	31
2.4 <i>Precedentes nos tribunais brasileiros</i>	35
2.5 <i>O caso dos gêmeos siameses</i>	42
3. PRECEDENTES E AS ESPECIFICIDADES DO CASO	43
3.1 <i>A homogeneização do pensamento jurídico</i>	43
3.2 <i>Superação do impasse: observância das especificidades do caso</i>	44
3.3 <i>Minimalismo judicial e acordo teórico incompleto.....</i>	47
3.4 <i>Precedentes e o comportamento decisório</i>	53
3.5 <i>Precedentes e a adi 4815.....</i>	56
3.6 <i>Críticas à Aplicação de Precedentes Judiciais no direito brasileiro</i>	60
4. CONCLUSÃO.....	64
5. REFERÊNCIAS.....	66

INTRODUÇÃO

A temática de precedentes tem sido objeto de inúmeros trabalhos científicos que buscam esmiuçar como o sistema de precedentes foi construído ao longo do tempo. Aponta a maior parte da doutrina que o uso de precedentes judiciais gera vantagens entre as quais se destacam: a segurança jurídica, a previsibilidade, estabilidade, igualdade perante a jurisdição e da lei, o que denota em maior eficiência do judiciário.

No entanto, há entendimentos contrários ao uso dos precedentes, teorias estas que supõe que o uso do precedente pode ser um obstáculo ao desenvolvimento do Direito e ao surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais, óbice à realização da isonomia substancial, violação do princípio da separação dos poderes, violação da independência dos juízes, violação do juiz natural e a violação da garantia do acesso à justiça.

O presente trabalho assegura a hipótese de que existe a possibilidade de influências subjetivas da personalidade do magistrado dificultarem a construção coerente de precedentes, pois estes acabam não se baseando em parâmetros constitucionais, mas em aspectos subjetivos, confluindo na inviabilidade em construir um Princípio de Segurança Jurídica no sistema jurídico brasileiro.

O estudo possui como principal instrumento de análise o recurso às áreas teóricas e doutrinárias das Ciências Jurídicas, mediante adoção do método hipotético - dedutivo. Recorre-se, portanto, às perspectivas teóricas do domínio da Teoria Constitucional e da Teoria Institucional. Ressalta-se, contudo, que o aproveitamento de outras áreas de conhecimento se fará necessário na medida em que os desdobramentos da pesquisa e da redação dos trabalhos finais exigirem maior ou menor aprofundamento.

A delimitação temporal estabelecida para a investigação deste projeto é orientada pela entrada em vigor do novo código civil, ou seja, de 2002 a 2016, estabelecendo-se assim um corte temporal de 14 anos.

Todavia, antes de discutir sobre as especificidades dos precedentes, é importante em um primeiro momento estudar as tradições da doutrina dos precedentes judiciais, no caso, sua

base a respeito dos sistemas de *common law* britânico e norte-americano e *civil law* europeu, apontando suas características, diferenças e particularidades.

O primeiro capítulo se dedica, brevemente, em discorrer sobre como os dois sistemas lidam com as leis e tomadas de decisões. Enquanto na *civil law* as leis ocupam papel de destaque e as decisões possuem importância subsidiária, na *Common Law*, essa lógica é invertida, pois tradicionalmente desenvolveram-se sob uma cultura de respeito aos precedentes.

Seguindo adiante, a partir da constatação da morosidade e, conseqüentemente, da crise de eficiência do Poder Judiciário brasileiro, o constituinte derivado propôs, por meio da EC nº 45/2004¹, soluções para dar efetividade às garantias constitucionais e aos preceitos do Estado Democrático de Direito. A tentativa de garantia efetiva e imediata dos direitos do jurisdicionado levou à adoção do efeito vinculante dos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Se, por um lado, a tendência do efeito vinculante estimula a construção de um princípio de Segurança Jurídica, por outro, produz uma contradição no sistema jurídico como um todo, pois o sistema jurídico brasileiro, filiado a uma tradição legicêntrica, vive crescente influência de outra fonte do direito: a jurisprudência.

Dessa forma, em seu segundo capítulo, o presente trabalho fará um breve levantamento de como o Brasil vem adotando os precedentes judiciais em sua atividade judicial, visto que é uma país de tradição *civil law*, ou seja, deposita maior confiança nas leis escritas. O estudo se concentrará na perspectiva de precedentes com uma função uniformizadora das Cortes brasileiras, instituindo, inclusive, técnicas de aceleração de julgamento e uniformização de jurisprudências, tendo como ponto alto de avanço dessas técnicas o Novo Código de Processo Civil.

Contudo, vale ressaltar que a autoridade que vem sendo concedida ao precedente pode gerar a homogeneização do pensamento jurídico na medida em que se constitui a chamada

¹ Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que teve por objetivo determinar significativas mudanças no Poder Judiciário, criou os artigos 102, § 3º e 103-A referentes, respectivamente, à repercussão geral e à súmula vinculante.

doutrina dos tribunais. A problemática dos precedentes é potencializada pela dimensão opinativo-interpretativa da atividade jurisdicional brasileira. As profundas influências subjetivas da personalidade do magistrado associada à quantidade de recursos processualísticos ocasionam a desmesurada busca da *second opinion*², diante da expectativa de satisfação de anseios pessoais. Recorre-se, via de regra, a este mecanismo pela aposta em uma decisão favorável, por um juiz que compartilhe o significado da demanda.

Consequentemente, o terceiro capítulo tem como objetivo aprofundar a discussão acerca das especificidades dos precedentes, à luz da Teoria Institucional, sendo adotados como referenciais teóricos os Autores Ronald Dworkin e Cass Sunstein, que mesmo trazendo perspectivas diferentes acerca dos precedentes, podem ser trabalhados de maneira dialógica.

Por fim, o trabalho suscitará a reflexão de alguns aspectos desfavoráveis da aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento brasileiro. Destacando a sistemática de dar importância à palavras-chave de julgamentos pretéritos, dando ênfase a precedentes judiciais muitas vezes engessados ou descontextualizados à realidade fática.

² O conceito é teorizado por Adrian Vermeule e consiste no arranjo institucional que permite ou requer duas sucessivas opiniões em alguma questão de fato, causa, política ou de direito, de algum órgão ou órgãos decisórios. Numa correspondência com a atividade do STF, nota-se anseios por parte do jurisdicionado em remeter o caso ao Tribunal, com o objetivo de satisfação da questão de direito relacionada à lide. VERMEULE, Adrian. **Second Opinions**. Harvard Public Law Working Paper No. 10 – 38; Harvard Law and Economics Discussion Paper No 673, 2010.

1. HISTÓRICO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

1.1 Origem histórica dos precedentes na *common law*

A história do direito inglês começa em 1066 quando os normandos, sob o comando de William I, derrotaram os anglo-saxões na Batalha de Hastings e tornaram possível uma dominação praticamente total das ilhas britânicas nos anos seguintes.³ De acordo com Catherine Elliott e Frances Quinn, antes dessa conquista de William I, também conhecido como William “o Conquistador”, as diversas áreas da Inglaterra eram governadas por diferentes sistemas jurídicos, adaptados de acordo com as características dos seus respectivos invasores. O Rei possuía pouco controle sobre o país como um todo e não havia um governo central efetivo. Assim, quando assumiu o trono da Inglaterra, William “o Conquistador” estabeleceu um governo fortemente centralizado e deu início, entre outras coisas, à padronização do direito.

Para isso, mandou representantes às zonas rurais para observarem as administrações locais, bem como para decidir conflitos de acordo com o direito local. Quando esses *juízes itinerantes* retornaram a Westminster, foi possível discutirem sobre os vários costumes de diferentes partes do país, sendo que, por um processo de filtragem, puderam rejeitar os que entendiam por irrazoáveis e aceitar os que pareciam racionais, para assim formar um consistente conjunto de regras. Durante esse processo, que durou cerca de duzentos anos, o princípio do *stare decisis*⁴ foi tomando forma.

Assim, toda vez que um problema jurídico fosse decidido, a decisão formava uma regra a ser seguida em todos os casos similares posteriores, tornando o direito mais previsível.⁵ O resultado disso tudo foi que, por volta do ano de 1250, um direito consuetudinário - daí o termo *common law* - havia sido produzido e regulava o país inteiro, trazendo previsibilidade sobre o que as cortes iriam decidir nos casos particulares. Os princípios por trás desse direito

³ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An introduce to comparative law**. 3 ed. Translated by Toni Weir. Tradução nossa. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 182

⁴ Do latim *stare decisis et non quieta movere*, que significa textualmente: mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido.

⁵ ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. **English legal system**. 7 ed. Dorchester: Pearson Education Limited, 2006, p. 9.

consuetudinário (*common law*) são usados até hoje na criação do *case law*⁶ que, de fato, é frequentemente chamado de *common law*.

A partir da ideia básica de *stare decisis*, a hierarquia do precedente desenvolveu-se na mesma linha da hierarquia do sistema moderno das cortes, de modo que, via de regra, os juízes devem seguir os precedentes proferidos pelas cortes de hierarquia superior às suas.

1.2 Precedentes e a separação dos poderes

O termo *civil law* refere-se às jurisdições que adotaram o sistema continental europeu, derivado essencialmente do antigo direito romano, mas que também devem muito à tradição germânica, o que autorizaria um estudo histórico sobre suas raízes já a partir do antigo direito romano. Contudo, uma diferença marcante entre *civil law* e o *common law* é que este, ao contrário daquele, nunca experimentou uma reviravolta política capaz de caracterizar um rompimento com o sistema tradicional.

Por isso, no tocante ao *common law*, fez-se uma análise mais longínqua de sua história. Com relação ao *civil law*, o ponto de partida para o que interessa ao objeto deste estudo é justamente o rompimento com o sistema tradicional havido na França pela Revolução de 1789, onde se assistiu a derrota do antigo regime (*ancien régime*) e sua substituição por um sistema radicalmente novo.

O *civil law* contemporâneo possui suas raízes na Revolução Francesa, cujas bases ideológicas encontram-se nas teorias de Montesquieu e Rousseau, verdadeiros precursores da Revolução. Da teoria de Montesquieu extrai-se a ideia de que não deveria haver superconcentração de poderes na mão de um só indivíduo⁷, isto é, do juiz, de modo que o Poder Judiciário deveria, na realidade, permanecer nulo como poder, devendo limitar-se somente à mecânica e inanimada aplicação da lei. Para Montesquieu, não há liberdade se o poder de julgar não está separado dos poderes legislativo e executivo.⁸

⁶ *Case law* pode ser traduzido como direito jurisprudencial, contudo, opta-se por deixá-lo escrito em vernáculo, uma vez que a expressão direito jurisprudencial encontra-se mais ligada aos países de tradição do *civil law*.

⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil Law e common Law. **Revista de processo**, ano 34, 2009, p. 3.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 12, n. 40, p. 26, 2001. É importante ressaltar, como faz Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 50-51, nota 64), que: “Montesquieu, ao elaborar a tese de

Já da teoria de Rousseau, aproveita-se a ideia de que a expressão da vontade da Nação francesa deveria estar exposta na lei escrita, que seria infalível como expressão da vontade geral.⁹ Como consequência disso, os juízes tinham que respeitar a lei, devendo, em suas decisões, ser feita menção expressa a lei em que se baseavam.

Com efeito, antes da Revolução Francesa, os juízes franceses constituíam classe aristocrática não apenas destituída de qualquer compromisso com os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade (*liberté, égalité et fraternité*), que foram primordiais para a Revolução, mas também mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, principalmente com a aristocracia feudal. Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, fazendo-se supor que o cargo de juiz deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais.

Luiz Guilherme Marinoni expõe que os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o *status quo* e a não permitir que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem atingidas. Não havia qualquer isenção para julgar.¹⁰

A Revolução Francesa, portanto, teve como característica marcante o juiz *bouche de la loi* (boca-da-lei), cuja a atividade predominante era restrita a declarar a lei aplicável ao caso concreto. O objetivo da Revolução Francesa não era expungir o absolutismo e sim retirá-lo das mãos do rei e transferi-lo ao Parlamento/Nação, que exerceria o poder absoluto por meio da produção de leis. Buscava-se com isso conter os abusos cometidos pelo rei e expungir privilégios dos senhores feudais. Como meio para atingir essa finalidade, restringiram-se ao máximo os poderes dos juízes, que não detinham a confiança do povo por tradicionalmente

que não poderia haver liberdade caso o poder de julgar não estivesse separado dos poderes legislativo e executivo, partiu da sua própria experiência pessoal, pois conhecia muito bem os juízes da sua época. Montesquieu nasceu Charles-Louis de Secondat em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de *Président à mortier* no *Parlement* de Bordeaux, como o nome Montesquieu. O jovem Montesquieu, sem se deixar seduzir pelas facilidades da sua posição social renunciou ao cargo de magistrado e teve a coragem de denunciar as relações espúrias dos juízes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes.”

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 60, p. 1, out. 1990

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes Obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: RT, 2013. P. 50

apoiarem e darem cobertura ao rei e aos senhores feudais, razão pela qual lhes foi vedado o exercício de interpretação da lei.

Imaginava-se que, com uma legislação clara e completa seria possível ao juiz simplesmente aplicar a lei, solucionando os mais variados litígios. Quando houvesse conflito, obscuridade, ou mesmo ausência de lei, o juiz deveria apresentar a questão ao legislativo.¹¹ Amílcar Araújo Carneiro Júnior afirma que, logo após a Revolução Francesa firmou-se o entendimento de que a vontade do povo estava na lei e, portanto, esta deveria ser respeitada literalmente, de modo a conter as arbitrariedades do rei, pois o império e a submissão ao princípio da legalidade garantiriam uma situação de segurança jurídica.¹²

Inclusive foi sob essa perspectiva que Montesquieu idealizou a teoria da separação dos poderes que, como adverte Teresa Arruda Alvim Wambier, passou a ser vista como pressuposto do Estado de Direito. No lugar de uma unidade, simbolizada pelo monarca, havia, agora, uma complexa estrutura formada por forças interligadas e equilibradas entre si. Foi estabelecida então uma forte conexão entre a *lei escrita* e a igualdade, pois se passou a entender que quando a lei impera, a igualdade é garantida. Ao contrário, se é a vontade do homem que impera, a arbitrariedade é favorecida¹³.

Esses ideais atingiram seu ápice no Código Civil de Napoleão, de 1804, que assim como os códigos anteriores da Áustria e da Prússia, ressaltavam a soberania estatal, a racionalidade dedutiva e uma crença no controle do futuro. Acreditava-se em um legislador onisciente e onipotente, que pudesse produzir leis já antecipando um estado de coisas possível e considerado preferível. Esse movimento de codificação foi o germe do positivismo jurídico, e tinha como objetivo produzir um código o mais completo possível, para que fosse deixada ao juiz a menor liberdade possível, ou seja, buscava-se um direito à prova de juízes. Assim, os códigos pretendiam regular, ao máximo, todas as possíveis situações fáticas, todas as condutas humanas e as respectivas sanções, a fim de que ao intérprete restasse o trabalho de enquadrar o fato concreto na regra jurídica, geral, abstrata e universal.

¹¹ _____, 3 ed. São Paulo: RT, 2013. p. 47; 57.

¹² CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais. **Gazeta Jurídica**, Brasília, 2012, p. 324.

¹³ _____. ano 34 2009, p. 4.

O direito positivo e, em especial o código, que era tido como uma obra perfeita, caracterizada pela univocidade de todos os seus termos, pela coerência e pela completude, de modo que o sistema dele derivado pudesse abarcar todos os possíveis problemas que surgissem na aplicação do Direito, devendo a atividade judicial restringir-se a estabelecer os fatos da causa e subsumi-los à norma produzida pelo Legislativo.¹⁴

Pode-se dizer, inclusive, que foram esses dogmas que nortearam a concepção clássica da jurisdição, formulada por Giuseppe Chiovenda, para quem a jurisdição é:

[...] a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade concreta da lei, já no torná-la praticamente efetiva.¹⁵

Vale ressaltar, por oportuno, que a estrita separação de poderes, ao estilo francês, em muito se diferenciava daquela teoria adotada ao mesmo tempo pela Constituição Americana, embora ambas tivessem suas raízes em Montesquieu.¹⁶ A separação dos poderes nos Estados Unidos caracteriza-se pela famosa fórmula de “pesos e contrapesos”, de modo que resta reservada aos tribunais a função importantíssima de rever atos dos Poderes Legislativo e Executivo.

Na França, como já visto, a teoria da separação dos poderes, diferentemente da americana, acarreta na total subserviência do Judiciário frente aos atos do Legislativo e do Executivo. Ocorre que, essa circunstância logo mostrou ser a fonte de problemas e dificuldades tão sérias quanto as que tentava solucionar. A história legal da França, pela maior parte do século XIX, é a ilustração contínua desses problemas, pois, ao se reduzir função judicial a uma cega e inanimada máquina caça-níqueis de aplicação das leis a casos individuais, certamente olvidou-se a realidade, isto é, o fato de que nenhuma norma, lei, ou código poderiam ser tão claros e completos a ponto de permitir uma única e “correta” interpretação.¹⁷

¹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial - a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. ed. São Paulo: Noeses, 2012, p. 20-21.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil. vol 2**. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 11.

¹⁶ _____, 3 ed. São Paulo: RT, 2013. p.39.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 12, n. 40, p. 26, 2001. p. 29

Grande importância nesse contexto teve a Corte de Cassação francesa, instituída em 1790, com o objetivo de limitar o poder judicial por meio da cassação das decisões que destoassem das leis criadas pelo Parlamento. Embora chamada de Corte, a *Cour de Cassation* não fazia parte do Poder Judiciário, mas era um importante instrumento de combate à incorreta aplicação da lei, bem como à não apresentação do caso às comissões legislativas instituídas para dirimir as dúvidas de interpretação.

Quando instituída, a *Cour de Cassation* tinha unicamente a função de cassar a decisão cuja interpretação estivesse incorreta, ou seja, ela não estabelecia a interpretação correta, nem mesmo proferia nova decisão em substituição à decisão prolatada pelo juiz ordinário. Com o passar do tempo, verificou-se que seria oportuno aproveitar o momento em que a decisão era cassada, para também afirmar como a lei deveria ser interpretada. Com essa evolução, a Corte de Cassação não só transmutou-se em órgão de natureza jurisdicional, como constituiu-se no tribunal de cúpula do sistema francês, cuja função se tornou a de informar e assegurar a interpretação correta da lei.¹⁸

Tal transformação, diga-se de passagem, ocorreu somente em 1967. Até então, o sistema judiciário francês tinha um caráter muito mais descentralizado, pois o país era dividido em distritos e cada um possuía sua Corte Distrital e sua Corte de Apelação. Essa característica, aliada à função única de cassação da *Cour de Cassation*, contribuiu para que a França não adotasse uma doutrina de precedentes tão rígida como a inglesa.

O sistema francês deve sua uniformidade mais às opiniões dos juristas do que à jurisprudência. Com efeito, a obra de François Gény, intitulada *Méthodes d'Interprétation et Sources em Droit Privé Positif* e publicada em 1889, foi de fundamental importância para derrubar os dogmas da Escola da Exegese e finalmente passar a se reconhecer o poder criativo do juiz e a jurisprudência como fonte do direito.¹⁹

Além de ter sido reconhecida a incapacidade do direito positivo e, principalmente, do código para regular todas as situações concretas que surgissem, a emergência da superação do juiz “boca da lei” repousava também em outros problemas. Sendo assim, o século XX foi

¹⁸ _____, 3 ed. São Paulo: RT, 2013. p. 58 - 59

¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 204.

fundamental para demonstrar que a ideia da infalibilidade da lei parlamentar, advinda da teoria de Rousseau, não passava de outra ilusão, uma vez que o Poder Legislativo, e não apenas o Executivo e o Judiciário, poderiam abusar do poder.

Prova disso é a legislação fascista, que privou os judeus e outras minorias dos direitos fundamentais, culminando nas atrocidades ocorridas, sob o pálio da lei, durante a Segunda Guerra Mundial. Desse modo, ficou claro que a concepção da estrita separação dos poderes, tal como idealizada pela Revolução Francesa, não pôde resistir a diversos acontecimentos históricos e peculiaridades próprias das sociedades modernas, sobretudo ao advento do constitucionalismo que, ao reconhecer o poder de invalidar uma lei por estar em conflito com a Constituição, além de mitigar o dogma da estrita separação de poderes, consolida de vez o entendimento de que o juiz do *civil law* também cria direito.

1.3 Precedentes e a doutrina positivista

Um marco relevante na história das práticas decisórias por meio de precedentes pode ser atribuído à regra de vinculação estrita aos precedentes enunciada por Lord Halsbury em uma das mais conhecidas decisões da Câmara dos Lordes do Reino Unido, o caso *London Street Tramways*, decidido em 1898.²⁰

A famosa decisão, na qual a mais alta corte do direito do Reino Unido declara-se absolutamente vinculada às suas próprias decisões precedentes, representa o ápice da consolidação da doutrina positivista do precedente judicial e por essa razão pode ser adotada como ilustração de um pensamento que se consolida ao longo do século XIX e que ainda hoje exerce uma enorme influência sobre a visão do precedente e seu papel na fundamentação das decisões judiciais. No caso *London Street Tramways*, que tratava de uma indenização devida à companhia apelante, a corte precisava decidir se adotava o método de cálculo que havia sido estabelecida pela própria Câmara dos Lordes quatro anos antes em um caso semelhante.

Diante do questionamento, sobre se a corte estava vinculada ao que havia decidido anteriormente, a Câmara dos Lordes declara-se vinculada ao direito que criou no passado. Um trecho da decisão deixa nítido o ponto defendido pelos *Lords* a partir dessa decisão:

²⁰ *London Tramways v. London County Council* [1898] AC 375

“Obviamente que eu não nego que casos de dificuldade individual podem surgir, e pode haver uma opinião em meio à profissão de que uma ou outra decisões são errôneas; mas o que é um inconveniente ocasional, com o que talvez seja uma justiça abstrata, se comparado com a inconveniência - a desastrosa inconveniência - de ter cada questão sendo re-discutida e as relações entre os homens feitas duvidosas em função de diferentes decisões, de modo que na realidade não houvesse mais uma real corte de apelação.”²¹

Ainda que se afirme que essa decisão não tenha significado uma ruptura com o posicionamento anterior da corte, já em diversas decisões desde a metade do século XIX já era possível encontrar posicionamentos que encaminhavam a Câmara dos Lordes a essa conclusão de vinculação absoluta aos próprios precedentes²², é ela que contém a declaração de que a corte não poderia superar seus próprios precedentes, inaugurando um posicionamento que se mantém até a metade do século XX, quando é alterada pela própria corte.

Essa cristalização da regra do precedente vinculante por meio da decisão da Câmara dos Lordes é característica da tradição positivista e se faz relevante para a compreensão da razão que sustenta essa decisão. O uso de precedentes e o desenvolvimento do *common law* não se iniciam no século XIX mas esse é o primeiro marco temporal, por ser palco da consolidação de um entendimento de precedentes que até hoje influencia a atuação judicial.

A ideia de precedentes vinculantes, característica desse entendimento, é associada a uma tentativa de inibir mudanças no direito realizadas por meio das decisões judiciais. Quando contrastada a uma visão tradicional da teoria do *common law*, em que precedentes aparecem como elementos centrais no desenvolvimento do direito, o autor Laurence Goldstein afirma que:

“Decisões passadas adquirem peso em virtude de pertencerem a um corpo histórico de raciocínio. Elas não geram regras inflexíveis que precisam ser seguidas em casos subsequentes, mas servem como inspiração para novas reflexões dos juízes. Em contraste [com essa visão], a teoria positivista vê os precedentes como desempenhando a menor, ou secundária, tarefa de amarrar as arestas intocadas pela prescrição genérica do direito estatutário, e adquirindo autoridade da mesma forma que as regras legisladas fazem”²³.

²¹ Lord Halsbury, *London Tramways v. London County Council* [1898], p. 380.

²² Argumentos defendendo a autovinculação da corte vêm desde o caso *Beamish v. Beamish* [1859-61]

²³ EVANS, Jim. **Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century.** In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 5.

Em sentido similar, que contrasta o papel do precedente na visão positivista com o que até então era até então a visão tradicional, Gerald Postema²⁴ afirma que a noção de precedente está presente quase universalmente nos sistemas jurídicos ocidentais, mas que é nos sistemas de *common law* que ela desempenha um papel de pivô na construção e aplicação do direito.

Assim, análises históricas do desenvolvimento da noção do precedente permitem o contraste entre uma visão tradicional de precedente e as consequências que doutrinas positivistas introduziram no papel dos precedentes nos séculos XVIII e XIX. Os ataques realizados por Hobbes e Bentham à liberdade da atuação judicial por meio de precedentes acabaram por transformar profundamente seus conceitos mais recentes de precedentes e o tipo de comportamento que se espera dos juízes quando se utilizam dessa ferramenta²⁵.

Ainda que a prática judicial no direito inglês ainda se apoie em conceitos de precedentes que se relacionam a uma concepção mais clássica do *common law*, o que parece acontecer em sistemas que não utilizam precedentes judiciais como elementos centrais é a predominância do entendimento positivista de precedentes, representada aqui no seu grau máximo, pela decisão London Street Tramways de 1898.

Assim, enquanto o uso tradicional de precedentes no direito inglês, apontada por Postema como o produto de uma longa história tanto de ajustes práticos imediatos a diferentes circunstâncias quanto a reflexões teóricas sobre essas práticas, aparece como a somatória de contínuas transformações que se acumulam no tempo e produzem a noção de que um dos elementos-chave do sistema jurídico daquele país foi e ainda é alvo de disputas sobre seu significado e papel na fundamentação das decisões.

Já nos sistemas que não acompanharam o desenvolvimento dessas visões, o precedente aparece como um elemento cujo papel parece ser de aceitação consensual ou pouco disputado. São duas as principais características de uma visão positivista do precedente apresentadas por Postema. Dado que para essa visão os precedentes possuem em seu conteúdo regras gerais,

²⁴ GERALD, Postema. “Some roots of our notion of precedent”, in Goldstein, Laurence (ed.). *Precedent in Law*. Oxford Clarendon, 1987, p.9.

²⁵ Para análises sobre os ataques de Bentham à doutrina tradicional do precedente, cf, Rupert Cross, *Precedent in English Law*, op.cit., p.26, Laurence Goldstein (ed), *Precedent in Law*, op.cit., Thomas da Rosa de Bustamante, **Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica**, p.77-ss

que são consideradas autoridade por conta de representarem o fato de que o tema em questão já foi decidido anteriormente, na regra inserida no precedente, e em função da regra presente no caso anterior determinar um parâmetro evitando ou até impedindo que novas deliberações sejam realizadas em torno dos mesmos elementos. Dessa maneira a questão sobre se deve ou não seguir um precedente é, ou deveria ser, externa ao conteúdo que os precedentes possuem, estando apenas relacionado à autoridade que se atribui à ideia de precedente²⁶. Seguir ou não seguir um precedente refere-se, nesse sentido, à certeza e previsibilidade das decisões e não a uma avaliação do conteúdo de uma ou outra decisão.

1.4 A Emenda Constitucional nº45/2004 e a busca de soluções

No Brasil, com a Constituição de 1988, a atividade do Poder Judiciário deixou de ser restrita ao debate político-jurista, inaugurando institutos e princípios essenciais à prestação jurisdicional. O texto constitucional consagrou, por exemplo, o princípio da razoável duração do processo²⁷ – objetivando o combate à morosidade – e o princípio do acesso à justiça²⁸.

Se, por um lado, a prestação jurisdicional é um dever do Estado, por outro lado, os direitos de ação e à razoável duração do processo acabam por serem constantemente atingidos. O descrédito perante a sociedade abala a eficácia das decisões do judiciário, causando insegurança à população.

A Emenda Constitucional 45, editada em 2004, criou mecanismos que visaram dar celeridade à prestação jurisdicional. Conhecida como “Reforma do Judiciário”, a referida Emenda denota o entendimento da necessidade de se combater a morosidade processual em razão das questões de segurança jurídica e garantia dos direitos fundamentais dos jurisdicionados.

É importante intercalar, aqui, a importância do efeito vinculante no caso de precedente judicial em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que surgiu antes da citada emenda. Entretanto, a grande novidade da Emenda 45 foi a adoção da súmula vinculante.

²⁶ Sobre a autoridade dos precedentes, considerada independentemente do resultado das decisões, ver Neil Duxbury e *The Authority of Precedent: Two Problems*, Faculty of Law, University of Toronto, 2005

²⁷ BRASIL, Constituição (1988). Emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Lex: Artigo 5º, LXXVIII.

²⁸ O princípio abarca diversos dispositivos constitucionais, como a inafastabilidade do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal/1988) e do devido processo legal (artigo 5º, LIV, Constituição Federal/1988).

Em suma, para solucionar a crise de eficiência do Poder Judiciário, o constituinte derivado aprovou a adoção da súmula vinculante e conseqüentemente, do precedente judicial. Gerou-se uma contradição na medida em que um Estado, adepto do *Civil Law* adota características do *Common Law*.

Em diversas ocasiões, o caráter vinculante do precedente aparece como o elemento mais, sendo inclusive utilizado como critério de identificação dos precedentes, só sendo chamado de precedente a decisão, ou o grupo de decisões, que apresentem força vinculante.

Em primeiro lugar, atrelada a uma visão mais legislativa do tema, a discussão em torno das fontes do direito e a problemática de se tentar situar o precedente dentre as fontes reconhecidas pelo ordenamento brasileiro, estabelece uma dicotomia, pois sistemas de *common law* e de *civil law*, reconhecem diferentes fontes básicas do direito, acabando por diferir no modo como o direito como um todo é compreendido e aplicado, gerando métodos de raciocínio legal diferenciados.

Assim, ao tratarem de precedentes no Brasil, muitos autores começam por avaliar se estes podem ou não ser classificados como fonte do direito²⁹. A questão se coloca então na possibilidade de os dispositivos presentes nas sentenças judiciais extrapolarem o problema presente no caso concreto e servirem de guia para a tomada de decisão em casos futuros semelhantes, possibilidade que só existirá se for possível enquadrar o precedente como uma das fontes reconhecidas no direito brasileiro. E a discussão a respeito das fontes leva à

²⁹ A maior parte dos trabalhos que tratam de precedentes é feita por autores de direito processual, cf., entre outros, Sidnei Agostinho Benneti. “Doutrina de precedentes e organização do Judiciário”, In FUX, Luiz; NERY JR. Jr, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.), Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 473-516; José Jesus Cazzeta Junior. A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993): contribuição ao estudo do efeito vinculante, Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Processual, 2004; Cristiano Reis Juliani. “A nova redação do Art.555, CPC e a uniformização da jurisprudência”, in Revista da AJURIS, Porto Alegre, v.30, n.89, mar.2003, p.29-36; Rodolfo de Camargo Mancuso. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; Patrícia Perrone Campos Mello. Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo, Rio de Janeiro: Renovar, 2008; José Rogério Cruz e Tucci. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 Sua maior preocupação é como se dá inclusão do precedente na decisão judicial, quais os efeitos desse uso e a vinculação dos futuros juízes ao que foi decidido em um caso concreto e considerações sobre precedentes figurarem entre as fontes formais do direito. Assim, não são objeto de reflexão desses autores, na maioria dos casos, as principais linhas de pensamento apontadas anteriormente: as justificações formais ou materiais identificadas acima.

separação dos sistemas jurídicos em dois grupos: os sistemas de tradição de *common law* e os de tradição de *civil law*.

1.5 Precedentes e distinção entre *common law* e *civil law*

Essa distinção rígida entre *common law* e *civil law* é usada como uma razão decisiva para que precedentes apresentem um papel secundário dentre os elementos que compõem o direito brasileiro. Essa colocação surge porque, tradicionalmente, argumentos que afirmam a existência de diferenças estruturais entre *common law* e *civil law* fazem destes sistemas completamente distintos e de difícil comparabilidade.

Segundo essa visão, o uso de precedentes nesses dois sistemas seria estruturalmente diferente, já que o tipo de raciocínio desenvolvido em cada um deles é metodologicamente distinto, e, conseqüentemente, impossível de ser adaptado a outros sistemas, fazendo com que sistemas de *civil law* nunca pudessem atribuir às decisões judiciais o mesmo grau de autoridade que lhes é endereçado no *common law*.

São manifestações que apresentam a ideia de que a diferença entre os sistemas não está somente na fonte das regras jurídicas, mas sim que elas condicionam o modo de pensar do jurista, dificultando aproximações conceituais entre eles e mantendo o precedente como elemento típico de sistemas de *common law*, inadaptável ou imprestável aos sistemas de *civil law*.

Para Tercio Sampaio Ferraz Jr, a jurisprudência está inserida na temática da teoria do ordenamento, ou dogmática das fontes do direito³⁰. Juntamente com os costumes³¹, a decisão

³⁰ Tercio Sampaio Ferraz Jr, **Introdução ao estudo do direito**, São Paulo: Atlas, 2001, p. 240-2.

³¹ Tratar a jurisprudência como um tipo de costume parece derivar de uma compreensão do direito inglês anterior ao século XVIII, no qual a doutrina do precedente ainda não havia se desenvolvido a ponto de construir o entendimento atual de precedentes. Neil Duxbury trata da diferença entre precedentes e costume, assim como a diferença entre tratar decisões anteriores como exemplos para decisão e como precedentes. “O *common law*, sistema que originalmente se baseia na regra costumeira, não pode ser confundido com a doutrina do precedente (*stare decisis*), que surge modernamente. São apontadas cinco razões pelas quais precedentes e costume não poderiam ser confundidos. Em primeiro lugar, precedentes e costume podem se opor, já que o argumento segundo o qual precedentes só podem estabelecer direito quando eles estão em consonância com o costume de uma corte data pelo menos da metade do século XV. Em segundo lugar, enquanto juízes que seguem precedentes estão se apoiando no trabalho de outras cortes, os costumes para os quais os juízes buscam autoridade não precisam ter sido legalmente reconhecidos. Em terceiro lugar, costumes se diferem dos precedentes pois eles podem ser imemoriais. Enquanto decidir com base no precedente significa comparar o caso presente com um evento passado identificado, decidir com base no costume frequentemente justifica um resultado pela observação

judicial é caracterizada como costume jurisprudencial, estando ambos inseridos em um grupo diferenciado de fontes do direito (separados das constituições, leis, regulamentos, decretos, dos tratados e convenções internacionais) e cuja característica é possuir um menor grau de objetividade devido ao fato de que a construção de suas normas exige um procedimento difuso, que não se reduz a um ato básico, como é a promulgação. Estaria assim na repetição de uma decisão a transformação do precedente em fonte do direito, assim como no caso do costume. A possibilidade de aplicação da regra presente no caso concreto para além das partes não surge do poder decisório do juiz, mas da repetição dessa decisão ao longo do tempo.

No caso de um sistema com base exclusiva em códigos e leis postas, a base principal para decisão não será o precedente, mas sim a obra do legislador. O que se perde, com o afastamento do precedente, é justamente a obrigação dos juízes posteriores em seguirem essa primeira decisão ou motivarem sua desconsideração em casos concretos. A cada novo problema, ainda que idêntico, a decisão terá de ser tomada novamente, sem a garantia de que esta se baseie nas mesmas regras positivadas. Entretanto, a discricionariedade intrínseca da atividade jurisdicional, em tese, mantém-se em cada nova decisão.

O que pode se tornar um obstáculo, portanto, para a discussão a respeito de precedentes no Brasil, relativizando sua importância, por consequência de não se encontrar dentre as fontes do direito, mais tradicionais nos sistemas de *civil law*.

de que ninguém se recorda do tempo em que a questão era resolvida de outra maneira. Em quarto lugar, juízes do common law não seguem precedentes simplesmente porque eles existem. Eles seguem precedentes porque eles sustentam linhas específicas de pensamento. Por fim, a principal diferença está em que o common law existe como uma forma de direito costumeiro muito tempo antes de existir uma doutrina do precedente.” (trad. livre). Para mais detalhes sobre a diferenciação, cf. Neil Duxbury, *The Nature and Authority of precedent*, op.cit., p.7-9. Na literatura brasileira, uma clara diferenciação entre common law e stare decisis é feita por Luiz Guilherme Marinoni: “Também não há como se confundir common law com stare decisis. Ora, o common law, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos englishmen, existiu, por vários séculos, sem stare decisis e rules of precedent. Como escreve Simpson, qualquer identificação entre o sistema do common law e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do common law em termos de stare decisis, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não falar na noção de precedentes vinculantes (binding precedents), que é mais recente ainda. Além de o common law ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ela funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de ratio decidendi.” Luis Guilherme Marinoni, “Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”, Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009, p.17

1.6 A importância no estudo dos precedentes

Os precedentes podem ser produto de uma única decisão, como também podem ser produto do julgamento de diversos casos sobre determinada questão, até que uma decisão delineie os contornos do precedente comum a afirmação de que o precedente, ou mesmo a *ratio decidendi* do precedente, normalmente é delineado apenas pela Corte posterior, que decide determinado caso com os olhos voltados à decisão proferida anteriormente, interpretando-a.

Como demonstrado anteriormente, os precedentes no âmbito do *common law* é fato histórico e cultural, que foi se desenvolvendo ao longo dos séculos. Naquela tradição jurídica jamais foi necessária a edição de leis para impor aos juízes e tribunais a obrigação de respeitarem os precedentes judiciais.

No Brasil, contudo, o respeito obrigatório aos precedentes e à jurisprudência dominante dos tribunais vem sendo paulatinamente imposto por meio da atuação do legislador. Essa diferença substancial entre ambas as tradições jurídicas, entretanto, não deve constituir óbice para que se adote um sistema de precedentes no Brasil e, também, não deve servir de pretexto para exageros na demonstração de que as decisões proferidas por meio das técnicas brasileiras de uniformização de jurisprudência, em especial àquelas dos julgamentos de casos repetitivos (recursos excepcionais repetitivos e IRDR) não podem constituir precedentes, tão somente porque os precedentes do *common law* formam-se de maneira diferente, isto é, não nascem já com pretensão de se tornarem precedentes.

Todavia, se faz importante o estudo da doutrina dos precedentes dos países de tradição do *common law*. São sistemas em que a referida doutrina vem há séculos se desenvolvendo e cujos instrumentos de operacionalização podem e devem, na medida do possível, ser aproveitados no Brasil. A lição geral e mais abstrata que se pode extrair do *common law* no tocante ao assunto deste trabalho, sem dúvida, é o apreço que se deve ter pelas decisões tomadas no passado, para que, efetivamente, casos iguais sejam tratados igualmente, gerando estabilidade, previsibilidade e, por consequência, segurança jurídica.

Não devemos simplesmente “importar” uma teoria do precedente formulada para a realidade do *common law*, adaptando para o nosso contexto. Assim, ainda que nem sempre possuam importância nacional, as decisões tomadas pela sistemática da repercussão geral, dos recursos excepcionais repetitivos e, também, aquelas do IRDR, via de regra, serão consideradas precedentes judiciais, pois espera-se que tais decisões sejam sempre densas e bem fundamentadas, bem como que, por terem como pressuposto em comum a multiplicidade de casos idênticos, tendem a caracterizar-se como paradigmáticas.

Nesse sentido, referindo-se aos institutos da repercussão geral e dos recursos excepcionais repetitivos, Evaristo Aragão Santos afirma que o produto desses julgamentos tem natureza de precedente judicial em sentido estrito. Vale dizer, da decisão que servirá de guia para o julgamento dos casos (suficientemente) idênticos dali em diante, *em todo o território nacional*.³²

De acordo com Neil Duxbury, seguir precedentes é obviamente uma atividade caracterizada por um olhar ao passado, porém, menos óbvio é o fato de que criar precedentes ou mesmo segui-los pode ser uma atividade preocupada com o futuro. A decisão de hoje no sentido de fazer algo novo ou de afirmar algo velho, deverá guiar ou influenciar os juízes no futuro.³³ No mesmo sentido, Frederick Schauer afirma que, tanto no direito como fora dele, a perspectiva tradicional do precedente aponta para o uso de um precedente de ontem para uma decisão de hoje. Porém, igualmente, senão mais importante, é a necessidade de ver a decisão de hoje como um precedente para os juízes de amanhã. Hoje não é apenas o ontem de amanhã; é também o amanhã de ontem. Um sistema de precedentes envolve, portanto, a responsabilidade especial que acompanha o poder de se comprometer com o futuro antes mesmo de se chegar lá.³⁴

2. A ADOÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Precedentes e Segurança Jurídica

³² SANTOS, Evaristo Aragão. **Em torno do conceito e da formação do precedente judicial**. In: ARRUDA ALVIM, Wambier Teresa (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.p. 172.

³³ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 4.

³⁴ SCHAUER, Frederick. “Precedent”, *Stanford Law Review*, vol. 39, p. 572, 1987

A adoção do precedente judicial produz uma contradição no sistema jurídico brasileiro, dada sua filiação à tradição romano-germânica. Entretanto, cabe ressaltar as virtudes dessa mudança de paradigma que vive o direito brasileiro. Por um lado, compromete a separação clássica de poderes, por outro lado, empresta coerência às cortes judiciárias e garante o princípio da isonomia, constitucionalmente previsto.

Para o filósofo do direito Neil MacCormick, o Estado de Direito exige certa estabilidade no padrão decisório de tribunais³⁵. Variações injustificadas e múltiplas decisões para casos semelhantes denotam não apenas um atentado ao Estado de Direito, mas também a incoerência de uma ordem jurídica não uniforme e, portanto, imprevisível.

O precedente judicial é, objetivamente, um conjunto de decisões reiteradas sobre determinada matéria de direito que consolida o entendimento de certo tribunal. Se num sistema jurídico o precedente tem efeito vinculante, ele pode ser capaz de oferecer segurança jurídica na medida em que cada tribunal está sujeito às decisões proferidas por seus magistrados ou por tribunal superior.

Logo, o precedente, se vinculante, geraria a padronização dos entendimentos e, conseqüentemente, das decisões. O resultante caráter de previsibilidade das respostas judiciais às demandas dos jurisdicionados nos permite atribuir ao precedente a suposta capacidade de construção de um princípio de segurança jurídica, todavia, é pertinente apontar que a utilização do precedente não se assemelha à analogia³⁶, pois o raciocínio empregado na aplicação dos precedentes traz a caracterização de aderência, por parte dos juízes, das decisões anteriores.

³⁵ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 339.

³⁶ Frederick Schauer critica essa aproximação constantemente retratada entre analogia e aplicação de precedentes: “Seguir precedentes é uma forma de raciocínio na qual é esperado que juízes adiram a decisões anteriores avaliando os mesmos temas independentemente de sua visão pessoal sobre como o tema deve ser decidido. Juízes, assim, são obrigados a responder a mesma questão da mesma forma que outros responderam no passado, mesmo que eles preferissem respondê-la de forma diferente. O constrangimento gerado pelo precedente no direito é precisamente essa obrigação de seguir decisões passadas simplesmente por conta de sua existência e não por sua percepção de correção (pela visão do decisor atual), e essa forma de raciocínio contra-intuitiva, onipresente no raciocínio jurídico e amplamente difundida, é consideravelmente diferente da forma típica de raciocínio por analogia, tanto no direito quanto fora dele.” SCHAUER, Frederick. Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy. In: **Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives**. Cidade: Springer Netherlands, 2013. p. 3.

O Código de Processo Civil de 2015 institui o devido processo legal para a formação do precedente. O estabelecido trata da vedação do uso do fundamento no qual as partes não puderam se manifestar, por não obterem a oportunidade para tal. A utilização do precedente só será garantida quando estiver assegurado o direito de plena participação das partes, senão haverá a configuração da restrição ao acesso à justiça.

Para atingir esse ideal, o novo CPC apresenta, dentre as suas principais novidades, a criação do Incidente de Assunção de Competência (IAC – art. 947) e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR – arts. 976 - 987). O IAC prevê que, estando em julgamento relevante questão de direito, com grande repercussão social e sem múltipla repetição, poderá o relator do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária, propor a assunção de competência para julgá-lo por órgão colegiado que o regimento interno do tribunal indicar. A pretensão do novo instituto é prevenir ou dirimir controvérsia a respeito da matéria, vinculando os membros do tribunal e os juízes a ele submetidos mediante a publicação do respectivo acórdão.

Se a questão apresentar múltipla repetição, o incidente adequado é o IRDR, que almeja proteger a isonomia e a segurança jurídica. Os legitimados para instaurar o IRDR são: juiz ou relator, por ofício; partes, por petição; Ministério Público ou Defensoria Pública, também por petição. Basta direcionar o pedido ao presidente do tribunal e apresentar prova documental da existência da multiplicação de demandas, com a mesma questão de direito, indicando o risco à isonomia e à segurança jurídica (art. 977).

Não há prazo específico para instauração do incidente nem necessidade de pagamento de custas processuais. A sua instauração deve ser divulgada por meio de registro eletrônico em cadastro criado pelo Conselho Nacional de Justiça (art. 979) e o julgamento caberá ao órgão indicado pelo regimento interno do tribunal (art. 978). O IRDR deve ser julgado no prazo de um ano, a contar da sua instauração, e sua análise tem preferência sobre qualquer outro feito, à exceção de pedidos de *habeas corpus* e de processos de réu preso (art. 980). Sendo admitido o incidente, os processos pendentes e em curso que envolvam a mesma questão de direito devem ser suspensos (art. 982, I). Pode o relator admitir a participação de quaisquer pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia (art. 983).

O julgamento do IRDR será aplicado obrigatoriamente a todos os processos individuais ou coletivos que tratem da tese decidida, e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive às causas de competência dos juizados especiais. A tese jurídica fixada deve, ainda, ser aplicada aos casos futuros que tratem da idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo se houver a revisão da orientação firmada no incidente (art. 985, I, II). Contra o julgamento de mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial e a consequente decisão do tribunal superior deverá ser aplicada em todo o território nacional, para todos os processos coletivos ou individuais que versem sobre idêntica questão de direito (art. 987).

Como se percebe, os objetivos do IAC e IRDR são bastante claros: a) conferir maior estabilidade e previsibilidade à jurisprudência do tribunal local; b) evitar a divergência interpretativa e a chamada “jurisprudência lotérica” entre juízes vinculados ao mesmo tribunal; c) abreviar o tempo dos processos; d) diminuir os recursos aos tribunais superiores; e) prestigiar a igualdade e a segurança jurídica; f) atribuir força obrigatória e vinculativa do entendimento do tribunal local aos órgãos a ele vinculados nas demandas repetitivas, cuja tese jurídica foi coletivizada; g) acabar com o fenômeno da pulverização de demandas que versem sobre um mesmo assunto.

Além de inovar com a criação do IRDR e dar uma nova roupagem às técnicas já existentes, tanto às de aceleração de julgamento como às de uniformização de jurisprudência, o NCPC inova ao trazer a orientação expressa, constante do art. 926, de que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

2.2 Precedentes e o novo código de processo civil

O novo Código de processo civil brasileiro³⁷ ao estabelecer os elementos e efeitos da sentença se deteve no conceito de fundamentação de atos judiciais, impondo que não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial quando se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes e nem demonstrar que o caso sub judice se ajusta àqueles fundamentos; ou deixar de seguir enunciado de súmula,

³⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

jurisprudência ou precedente invocando pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Não basta, portanto, que se aponte o precedente, a súmula ou o julgado. É crucial que se identifiquem os fundamentos determinantes que o levaram a seguir o precedente. Explicando os motivos pelos quais está aplicando a orientação consolidada jurisprudencialmente ao caso concreto. E, nesse sentido, é que se encontram os parâmetros para a utilização, se for o caso, para o *distinguishing*.³⁸

Em verdade, o CPC/2015 traçou um roteiro de como os julgadores deverão aplicar precedentes. E, não se trata de mera faculdade e, sim, de imperatividade. O que poderá levar alguns a cogitar que se está afastando a independência do juízo e o princípio da persuasão racional que habilita o magistrado a valer-se do seu convencimento para julgar a causa. Tal como no sistema positivado, também no *stare decisis*, existe o livre convencimento do juiz que incide sobre a definição da norma a ser aplicada seja por meio de confronto da *ratio decidendi* extraída do paradigma com os fundamentos do caso sob julgamento, sobre a valoração das provas e, finalmente sobre a valoração dos fatos pelo paradigma escolhido, considerando as circunstâncias peculiares da hipótese em julgamento³⁹.

Aponta a maior parte da doutrina⁴⁰ que o uso de precedentes judiciais vinculantes gera vantagens entre as quais se destacam: a segurança jurídica, a previsibilidade, estabilidade, igualdade perante a jurisdição e da lei, o que denota em maior eficiência do judiciário, sobretudo, há entendimentos contrários ao uso dos precedentes, teorias estas que supõe que o uso do precedente pode ser um obstáculo ao desenvolvimento do Direito e ao surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais, óbice à realização da isonomia substancial, violação do princípio da separação dos poderes, violação da independência dos juízes, violação do juiz natural e a violação da garantia do acesso à justiça, entretanto, ainda

³⁸ Para Fredie Didier o termo possui duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método); (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado).

³⁹ DONIZETTI, Elpídio. A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 175, 2015. p. 18.

⁴⁰ Luiz Roberto Barroso compreende que a jurisprudência dos tribunais, e em especial do STF, foi reconduzida, nos últimos anos, à posição de item fundamental para a estabilidade e harmonia do sistema jurídico. Os valores essenciais do Estado Democrático de Direito como a racionalidade e a legitimidade das decisões judiciais, a segurança jurídica e a isonomia, são incorporados, quando os precedentes são observados. BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança Jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**, n. 2. 2006. p. 261-289.

prevalece na doutrina que o rol de vantagens na utilização dos precedentes supera as possíveis desvantagens o que demonstra o poder dos precedentes no direito brasileiro.

O Novo Código de Processo Civil contemplou relevantes mecanismos relacionados ao sistema de precedentes, visando a possível uniformização e estabilização das decisões judiciais, para uma melhor racionalização da adjudicação e do modo como os processos são tratados no judiciário brasileiro.

O próprio Código delimita a composição, os requisitos e os efeitos da sentença⁴¹, conceituando o que seria a fundamentação dos atos judiciais, não bastando a invocação de uma súmula ou precedente, mas fundamentando determinadamente os motivos de ele acabar por seguir tal precedente⁴².

O precedente judicial possui um capítulo próprio⁴³ no CPC/2015. O legislador buscou, nesses dispositivos, adequar os entendimentos jurisprudenciais em todas as instâncias jurisdicionais, para que não mais houvesse a dispersão de entendimentos, para evitar a insegurança jurídica e o descrédito do Poder Judiciário.

Ao tratar da hierarquia entre os precedentes, o legislador utilizou-se de um roteiro⁴⁴, esclarecendo a forma de aplicação dos precedentes pelos juízes e tribunais. Há uma imperatividade advinda do próprio dispositivo, quando ele afirma, em seu *caput*, que “as disposições seguintes devem ser observadas”. Somente será lícito recorrer à lei ou ao próprio arcabouço dos princípios para analisar os fatos na ausência de precedentes.

Essa hierarquização se dá através do processo de vinculação⁴⁵ dos precedentes cabendo somente nas hipóteses admitidas, para assim evitar que dois jurisdicionados, em casos juridicamente semelhantes, tenham seus recursos decididos de forma distinta por terem sido distribuídos em Turmas diferentes, como no caso da contratação, por agente público, de

⁴¹ Art. 499 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015

⁴² Pode-se dizer que aqui se encontram os parâmetros para a prática do *distinguish*. DONIZETTI, Elpídio. A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 175, 2015. p. 18. Também é encontrado no art. 520, §2º, CPC/2015.

⁴³ Arts. 520 a 522 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁴⁴ Art. 521 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁴⁵ Art. 521, §7º, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

parentes para cargo em comissão antes da edição do enunciado número 13, da Súmula Vinculante do STJ⁴⁶.

Para ser realizada a alteração⁴⁷ do entendimento estruturado no precedente, sendo este ou uma súmula vinculante, a jurisprudência dominante ou no caso de remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal, o Código elenca as possíveis hipóteses de alteração, bem como retrata que a modificação de entendimento sedimentado poderá ter por fundamento a revogação, ou modificação de norma que concretizou a tese ou em alteração econômica, política ou social, referente à matéria decidida, dentre outras alegações pertinentes. Esses dispositivos que tratam da superação buscam evitar o engessamento dos entendimentos previamente firmados, convergindo para uma melhor resposta à temperatura social de suas respectivas jurisdições.

Quando se fala da coisa julgada⁴⁸, se um entendimento for sedimentado posteriormente à formação desta coisa julgada, ele não será passível, em regra, de alteração, em respeito à imutabilidade da coisa julgada. O entendimento, então, será aplicado aos casos em andamento, podendo haver a modulação dos efeitos da decisão⁴⁹, podendo limitar a retroatividade ou atribuindo efeitos prospectivos, evitando possíveis prejuízos ao jurisdicionado, ao propiciar maior segurança jurídica quando do exercício de seu direito de ação, constitucionalmente garantido.

No que tange um caso paradigmático, essa eficácia vinculante do precedente será afastada se porventura os fundamentos da situação-paradigma não forem indispensáveis para a solução final ou quando não houver a sua adoção pela maioria dos membros do órgão, mesmo se presente no acórdão. O intuito desse afastamento é evitar que os operadores do direito se baseiem nos votos vencidos ou em precedentes que não são similares ao caso concreto para sustentar suas teses. Neste caso, “apenas as decisões proferidas ou seguidas pela

⁴⁶ Segundo a 2ª Turma do STJ, o caso é configurado como ato de improbidade administrativa. A 1ª turma entende exatamente o contrário (Nesse sentido: STJ, 1ª Turma, REsp nº. 1.193.248-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/4/2014; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº. 1386255/PB, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 24/04/2014).

⁴⁷ Art. 521, §§1º e 2º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁴⁸ Didier considera que “a coisa julgada é uma concretização do princípio da segurança jurídica.” Ela estabiliza a discussão acerca de determinada situação jurídica, consolidando um “direito adquirido” reconhecido judicialmente. Ela tem um âmbito objetivo de proteção da segurança jurídica, por ser inviolável por lei, conforme o art. 5º, XXXVI, CF.

⁴⁹ Art. 521, §5º, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

maioria dos julgadores e que se amoldem ao caso concreto podem ser utilizadas como paradigma para decisões futuras”⁵⁰.

O texto do NCPC possui uma inegável inspiração no modelo de utilização de precedentes do sistema de *commom law*, uma vez que traz em seu bojo, mesmo que inominadamente, técnicas ‘de interpretação, afastamento e superação de precedentes, próprias daquele sistema, tais como: *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*. O texto que havia sido aprovado na Câmara dos Deputados ainda era muito mais profundo nesse sentido, pois possuía um capítulo próprio intitulado “Do Precedente Judicial”, onde essas técnicas apareciam reunidas e de forma expressa, mas denominadas em vernáculo. Tais técnicas, deve-se deixar claro, não representam tamanha novidade no ordenamento jurídico nacional.⁵¹

De qualquer forma, para alcançar essa tão almejada qualidade, que fará com que suas decisões se tornem verdadeiros precedentes, as Cortes Superiores, mesmo que não incumbidas da tarefa de reexaminar fatos e provas, devem passar a expor em suas decisões, com clareza e profundidade, quais foram os fatos e provas considerados no caso objeto de julgamento, além dos argumentos de todas as partes envolvidas no litígio (art. 489, § 1º, IV e art. 984, § 2º do NCPC), uma vez que é muito comum encontrar nos julgados apenas os argumentos do recorrente, havendo omissão quanto aos que chegaram à Corte por meio das contrarrazões. Assim agindo, a possibilidade de suas decisões serem seguidas certamente aumentará, pois será mais fácil identificar, com segurança, a semelhança entre os casos.

Como consequência, os juízes posteriores serão desestimulados a afastarem-se de precedentes cujas questões fáticas estejam claramente demonstradas e se assemelhem aos casos presentes, até mesmo porque, de acordo com o art. 489, § 1º, VI do NCPC, não será considerada fundamentada qualquer decisão que 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”. Em outras palavras, quanto mais as

⁵⁰ _____, n. 175, 2015. p. 23.

⁵¹ Teresa Arruda Alvim Wambier (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2014) afirma que: “[...] distinguir a *ratio decidendi* dos *obiter dicta* não é, ainda, um sério problema brasileiro. Assim como não é um problema brasileiro aprender a fazer *overruling*: Os tribunais brasileiros fazem isso várias vezes ao dia... E o *distinguishing*? Saber que o precedente não se aplica a casos que não são iguais aos que o inspiraram? Ah, por favor!”

circunstâncias fáticas estiverem expostas nas decisões e quanto mais se identificarem com as circunstâncias dos casos que tem perante si, menos os juízes estarão propensos a não segui-las.

Além disso, quanto mais as circunstâncias fáticas forem expostas nas decisões, menos casos de aplicação automática de *supostos* precedentes a casos substancialmente diferentes irão ocorrer. Ressalte-se que, determinar, à exaustão, as circunstâncias fáticas do caso na decisão não constitui óbice à universalização da decisão, nem o contrário. Na realidade, são duas atividades que se complementam com o objetivo de facilitar tanto a aplicação da decisão como precedente nos casos futuros como o seu afastamento por meio do *distinguishing*.

Com relação ao entendimento a ser adotado no Brasil, sobre quem determina se certa decisão é precedente ou mesmo qual a *ratio decidendi* de um precedente, tem-se a tendência ao desvirtuamento daquilo que normalmente acontece na Inglaterra, pois não parece haver nada de extraordinário ou equivocado em admitir que a própria Corte Superior, ao proferir determinada decisão, afirme tratar-se de decisão que servirá de precedente para casos futuros.

Frise-se, contudo, que não se está a defender aqui uma padronização de julgados, cujo objetivo seria a aplicação automática e desmedida a todo e qualquer caso semelhante. Todavia, é importante ressaltar que saber quais os fatos realmente relevantes para um precedente é questão difícilíssima e que até hoje não foi descoberta uma fórmula para solucioná-la.

2.3 O caráter de vinculação dos precedentes

São diversos os conceitos de precedentes e os aspectos de sua aplicação. O papel desempenhado pelo precedente na fundamentação das decisões e a sua importância como integrante do sistema jurídico são características delineadas pelos agentes que julgam ou decidem pela comunidade jurídica o qual está inserido.

De forma geral, os precedentes são compreendidos como “decisões anteriores que funcionam como modelo para novas decisões”⁵², não se restringindo ao âmbito jurídico. No

⁵² VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Brasil, é possível obter a percepção de que o tribunal atribui uma função específica aos precedentes originada da ótica positivista dessa ferramenta, ou seja, o atributo do precedente é assentado mais por uma formação de uma jurisprudência de reiteração de soluções do que pela construção argumentativa de modelos que orientam o desempenho judicial nos *hard cases*. Essa consolidação da visão positivista está pautada na necessidade de uma atuação judicial eficiente, por meio de mecanismos de uniformização de jurisprudência. Ele deixa lacunas, contudo, no que se refere à atuação do tribunal como Corte Constitucional responsável pelo seu desenvolvimento do direito.

A problemática acerca dos precedentes judiciais na literatura brasileira⁵³ constituiu diversas dicotomias⁵⁴ dentro das quais estes são enquadrados, como o debate acerca de serem ou não fontes do direito; as diferentes funções exercidas nos sistemas de *Civil Law* e *Common Law*⁵⁵; e o caráter persuasivo ou vinculante quanto ao seu papel na tomada de decisão. Essas dicotomias acabaram formando categorias utilizadas para avaliar o modo como são usados os precedentes em ordenamentos jurídicos distintos.

No Brasil, a avaliação gira em torno da possibilidade ou não de o precedente ser qualificado como fonte do direito⁵⁶, bem como o caráter de vinculação do precedente, que é elencado como um elemento-chave quando se trata deste tema, sendo, portanto, o foco do presente.

Os precedentes são separados em dois grupos caracterizados como precedentes vinculantes e precedentes persuasivos, sendo os vinculantes considerados os verdadeiros precedentes⁵⁷. Essa divisão ganhou maior força após a introdução de mecanismos de uniformização de jurisprudência através da vinculação das instâncias inferiores às decisões dos Tribunais Superiores em determinados casos. Essas reformas constitucionais e legislativas, como as ações de controle concentrado de constitucionalidade com efeito

⁵³ A maior parte dos trabalhos que tratam de precedentes é feita por autores de direito processual civil.

⁵⁴ VOJVODIC, Adriana de Moraes. Op., cit., p. 67.

⁵⁵ “Grande parte das diferenças entre os dois sistemas, citadas por diversos autores e entendidas por muitos como impossibilidades de estudos comparativos ou até mesmo de análise da influência e da aplicação dos precedentes nas decisões judiciais são superestimadas e decorrem de uma incompreensão de como se dá o real funcionamento da aplicação de normas e argumentação jurídica nesses sistemas.” VOJVODIC, Adriana de Moraes. Op., cit., p. 88.

⁵⁶ VOJVODIC, Adriana de Moraes. Op., cit., p. 67-69.

⁵⁷ BUSTAMANTE, Thomas. **Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica**. 2007. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

vinculante, bem como a própria súmula vinculante, são consideradas, por diversos autores⁵⁸, características marcantes da implementação dos precedentes vinculantes no sistema jurídico do Brasil.

Adriana Vojvodic, em sua tese de doutorado⁵⁹, considera haver distinções entre o efeito vinculante de algumas decisões e os próprios precedentes vinculantes, pois dotar uma decisão com efeito vinculante não significa valorizar “o precedente como elemento dotado de autoridade”⁶⁰. No caso das decisões que possuem o efeito *erga omnes*, elas acabam adquirindo um traço de regra passível de oposição contra o Judiciário e a própria Administração. Isso não estimula uma maior utilização dos precedentes para fundamentar decisões ou seu uso pelas demais instâncias, mas configura, na verdade, um aumento de poder do Judiciário⁶¹.

Ao citar Luís Roberto Barroso, quanto ao tratamento dos efeitos vinculantes e gerais das decisões de controle concentrado de constitucionalidade, por ele considerar seu efeito *erga omnes* uma importante atribuição para garantir a relevância dos precedentes no Brasil, considerando os precedentes vinculantes como equivalentes à *stare decisis*⁶² em que “o juiz ou tribunal inferior deve seguir a regra de direito estabelecida, em relação à determinada matéria, pelo tribunal superior”⁶³, Vojvodic identifica que a vinculação aos precedentes é qualificada como um princípio geral, sendo possível afastá-lo em casos excepcionais, sofrendo influências da própria condição social e histórica do meio ou da concepção do direito a ser extraído de uma norma específica.

⁵⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. e TUCCI, José Rogério Cruz. Precedente judicial como fonte do direito. **Revista dos Tribunais**, 2004.

⁵⁹ O enfoque é voltado para determinar o papel dos precedentes na fundamentação das decisões do STF nos casos de conflito ou restrição de direitos fundamentais. VOJVODIC, Adriana de Moraes. Op., cit.,

⁶⁰ VOJVODIC, Adriana de Moraes. Op., cit., p. 81.

⁶¹ VOJVODIC, Adriana de Moraes. Op., cit., p. 80.

⁶² “*Common Law* e *Stare Decisis* não se confundem, um sendo um sistema de criação e aplicação de regras jurídicas, o outro uma regra (não formal) segundo a qual decisões tomadas no passado devem ser utilizadas como regra para decisões futuras. O fato de um sistema de *Common Law* ter decisões judiciais como fonte do direito não significa a adoção automática de uma regra de vinculação aos precedentes. O *Stare Decisis*, ou o princípio segundo o qual se deve manter o que foi decidido previamente, decidindo da mesma forma novos casos que surgem e que comungam de certas características do caso anterior, pode ser entendido de diversas formas dependendo da doutrina que se adota. Ele pode ser entendido, por exemplo, como um princípio formal do sistema jurídico, não dotado de conteúdo material, mas que faz parte da estruturação do sistema jurídico devendo por si só ser respeitado.” VOJVODIC, Adriana de Moraes. Op., cit., p. 89-90.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança Jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**. n. 2. 2006. p. 270.

Aponta ela que o maior problema com essas conexões entre o efeito vinculante e a aplicação de precedentes feitas por diversos autores, e reproduzidas no âmbito do próprio direito processual, é a confusão dos conceitos de precedente com o efeito das decisões específicas, pois as decisões de controle concentrado de constitucionalidade não seriam precedentes de efeitos normativos⁶⁴. O efeito vinculante tem sua incidência em uma única decisão, sendo garantida a sua eficácia nesta decisão, não sendo obrigatória a sua utilização em casos similares, portanto, não podendo exceder o caso concreto e vincular futuras decisões em casos semelhantes. O efeito geral e contra todos é garantido no próprio dispositivo das decisões⁶⁵ que foram tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não podendo haver o desrespeito por parte de outras decisões judiciais.

A crítica realizada ao vislumbrar o precedente através da ótica do efeito vinculante é feita considerando que, ao se utilizar somente desta ótica para estudar o precedente, o próprio tema acaba sendo empobrecido⁶⁶, sofrendo com as restrições e diminuindo a possibilidade de maior compreensão dos precedentes nos sistemas de *Civil Law* e do próprio como um elemento de justificação de decisões judiciais, tanto como argumento de autoridade ou quanto como argumento substancial.

O ideal, utilizado em sua tese, é o afastamento dos critérios⁶⁷ de vinculação ou classificação como fonte do direito, para que se evidencie o precedente como também um integrante significativo na argumentação jurídica no sistema de *Civil Law*, igualmente como ocorre no sistema de *Common Law*, pois a inexistência de um poder vinculatorio formal dos

⁶⁴ VOJVODIC, Adriana de Moraes. Op., cit., p. 82.

⁶⁵ “Com isso, decisões de ADI, ADC e ADPF, bem como súmulas vinculantes não geram precedentes com efeito normativo, mas são elas próprias decisões com efeito normativo, cuja autoridade (decorrente de dispositivo legal ou constitucional) deve ser respeitada sob pena de cassação do ato que a desrespeite. Essas decisões possuem efeito vinculante, o que não significa que são precedentes com efeitos vinculantes.” VOJVODIC, Adriana de Moraes. Op., cit., p. 82.

⁶⁶ SORIANO, Leonor Moral. The Use of Precedents as Arguments of Authority, Arguments ab exemplo, and Arguments of Reason in Civil Law Systems. *Ratio Juris*, v. 11, n. 1, p. 90-102, 1998.

⁶⁷ Isso não significa que não haja outros níveis de discussão e de comparação para se avaliar o precedente em um sistema jurídico. Vojvodic traz em sua tese alguns exemplos, como: “a relação do precedente com o conceito e o desenvolvimento do positivismo jurídico, especificamente a criação do conceito de *ratio decidendi* e sua ligação com a necessidade de demandar maiores ônus argumentativos quando da criação de direito pelo aplicador, discussões acerca dos limites do precedente em termos de desenvolvimento do direito, arbitrariedade e discricionariedade judiciais, a análise da coerência de um tribunal no tempo, o respeito hierárquico das cortes inferiores aos precedentes criados pelas supremas cortes”, etc. VOJVODIC, Adriana de Moraes. Op., cit., p.84-85.

precedentes não anula a autoridade normativa que as decisões possuem⁶⁸. A utilização desse critério acaba por desconsiderar outros aspectos relacionados à aplicação dos precedentes, até mesmo quanto à sua interpretação, deixando-a de fora quando o enfoque é o de vinculação.

A vinculação não configura um critério impositivo do uso dos precedentes, pois esse respeito está ligado ao diálogo com as decisões anteriores, seja para aplicá-las, seja para justificar a sua não aplicação. Elas não seriam estáticas, estando sujeitas à revisão, não dependendo da utilização integral do que foi decidido anteriormente, sendo mais flexível, para que seu alcance se suceda a influenciar futuras decisões.

Como foi instituído pelo CPC/2015, o precedente acaba por ser analisado por meio do ângulo processual e normativo, não sendo originário das práticas dos tribunais, muito menos da argumentação dos decisores. Por conta disso, o precedente não é investigado como “um conjunto de argumentos que fundamentam os dispositivos das sentenças”⁶⁹, mas como uma regra determinada, que foi produzida pelo Judiciário. Essa regra acaba por ser aplicada a todos, entrando neste ponto o quesito da vinculação, incorporando a mesma ideia da vinculação e eficácia das regras produzidas pelo Poder Legislativo. O precedente deveria ser entendido como um elemento argumentativo para justificar as decisões, não como o único, mas como um integrante capaz de dar coerência temporal entre as decisões.

2.4 Precedentes nos tribunais brasileiros

Dentre os exemplos de utilização e importância dos precedentes estão as ações de controle concentrado de constitucionalidade com efeito vinculante (criação da ADC pela Emenda Constitucional n. 3 de 1993, a extensão dos efeitos vinculantes e gerais aos casos de interpretação conforme à Constituição e de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto presente no art.28 par. único da lei federal n. 9.868/1999 e a regulamentação da ADPF pela lei federal n. 9.882/1999).

Além destas, a introdução da súmula vinculante pela Emenda Constitucional 45/2004, como já mencionado anteriormente, todavia, algumas distinções devem ser feitas para que não se faça confusão entre o efeito vinculante de certas decisões e os precedentes vinculantes. Nas

⁶⁸ KOMÁREK, Jan. Judicial lawmaking and precedent in Supreme Courts. 2011. p. 04

⁶⁹ VOJVODIC, Adriana de Moraes. Op., cit., p. 86.

decisões com efeitos *erga omnes*, estamos diante na realidade de mecanismos de atribuição de maiores poderes ao judiciário, e em especial ao STF, sem que isso implique em um maior uso de precedentes na fundamentação das suas decisões e nem que isso signifique um maior papel conferido ao precedente pelas demais instâncias.

Decisões com efeitos *erga omnes* tornam-se regras oponíveis ao judiciário e à administração, o que não significa que elas se tornem precedentes para nenhuma outra decisão. O efeito vinculante e geral das decisões de controle concentrado não torna a decisão um precedente, mas somente confere um efeito característico a um determinado tipo de decisão. Com relação a outros temas semelhantes essa decisão poderá servir como precedente sendo nesse caso indiferente o fato de se tratar de decisão de controle concentrado de constitucionalidade⁷⁰. A maior parte dessas medidas estabelece que a existência de decisões de tribunais superiores seja vinculante aos próprios órgãos do judiciário ou gerem efeitos para além do caso que foi decidido originalmente buscando, principalmente a uniformização das decisões judiciais conforme o padrão estabelecido pelos tribunais superiores.

Segundo Luís Roberto Barroso, nos últimos anos a jurisprudência dos tribunais, e em especial do STF, tornou-se elemento fundamental para a estabilidade e a harmonia do sistema jurídico. A observância de precedentes liga-se então a valores essenciais em um Estado democrático de direito, como a racionalidade e a legitimidade das decisões judiciais, a segurança jurídica e a isonomia. Resumidamente, a ideia de precedente vinculante presente em nosso ordenamento seria o mesmo que a própria doutrina do *stare decisis* segundo a qual juízes e tribunais devem seguir a regra de direito fixada em decisões judiciais anteriores, sempre que a mesma questão surgir em novas demandas.

⁷⁰ É da mesma forma que Gilmar Mendes compara a decisão vinculante com precedentes, no momento em que fala que a prática da repetição de decisões nos RE seguindo precedentes é o mesmo que conferir efeito *erga omnes* ao controle difuso. Esse debate encontra-se muito delineado nos votos proferidos na Rcl 4335, na qual buscava-se a atribuição de efeito *erga omnes* para a declaração incidental de inconstitucionalidade da regra que vedava a progressão de regime para presos que foram condenados por terem cometido crimes hediondos. A declaração incidental de inconstitucionalidade foi feita em um HC e, portanto, seus efeitos restringiam-se ao paciente. Diante do pedido presente na Rcl 4335, e especialmente, por sua admissão pelo ministro relator, imaginava-se, à época, que sua decisão representaria uma alteração substantiva no desenho do controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro. Entretanto, antes da finalização de seu julgamento, a lei n. 11.464/07 foi aprovada, retirando essa vedação e fazendo com que o pedido da Rcl perdesse seu objeto. Para uma análise do que representou a Rcl 4335 em termos de discussões sobre os limites do controle de constitucionalidade, cf. Marcos Paulo Veríssimo, “A constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”, op.cit.

No geral, *stare decisis* equivale ao precedente vinculante (binding precedent): o juiz ou tribunal inferior deve seguir a regra de direito estabelecida, em relação a determinada matéria, pelo tribunal superior⁷¹. A vinculação aos precedentes é identificada como um princípio geral, passível de ser afastado excepcionalmente, dependendo da mudança das condições históricas ou da própria percepção do direito a ser extraído de determinada norma. Com isso, decisões de ADI, ADC e ADPF, bem como súmulas vinculantes não geram precedentes com efeito normativo, mas são elas próprias decisões com efeito normativo, cuja autoridade (decorrente de dispositivo legal ou constitucional) deve ser respeitada sob pena de cassação do ato que a desrespeite. Essas decisões possuem efeito vinculante, o que não significa que são precedentes com efeitos vinculantes.

É importante, fazer uma distinção, em primeiro lugar, entre a importância que o STF tem tido nas decisões sensíveis do país e o fato de que os precedentes criados por ele estão tendo mais importância nas decisões judiciais como um todo. Decidir mais casos polêmicos não leva necessariamente à utilização dessas decisões como precedentes pelas demais cortes.

Em segundo lugar, compreendermos que o efeito *erga omnes* faz com que as decisões do STF possam ser considerados precedentes com força normativa ou precedentes vinculantes, sendo que, na verdade eles são somente decisões vinculantes para o caso que se decidiu e seus efeitos não tem capacidade de extrapolar o caso concreto e vincular novas decisões sobre casos semelhantes⁷².

Essa conexão que normalmente é feita entre precedentes e vinculação pode restringir as possibilidades de compreensão do precedente no sistema jurídico brasileiro. Acontece que essa conclusão que retira o peso das decisões judiciais em sistemas de *civil Law*, pode ser afastada se a vinculação for ignorada como critério de comparação, ou seja, a partir do momento em que a vinculação aos precedentes ou a classificação das fontes não são mais utilizados como únicos critérios de comparação entre os usos do precedente, é possível o desenvolvimento de reais análises comparativas e da percepção de que em sistemas de *civil*

⁷¹ Luís Roberto Barroso, “Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária”, *op.cit.*, p.270

⁷² “A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal”, in Marcelo Novelino, *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*, Salvador, Jus Podium, 2008, p.401-435.

law o precedente pode ter um papel muito significativo na argumentação jurídica, assim como no *common law*.

A avaliação desse papel, o peso dado ao precedente, poderá com isso ser considerado em cada ordenamento⁷³, já que a inexistência de uma força vinculante formal dos precedentes não nega toda autoridade normativa existente nas decisões⁷⁴.

A partir desse prisma, abre-se a possibilidade de análise do uso do precedente baseado em outros critérios de comparação, sendo inúmeros os níveis de discussão que podem ser travados tendo por base o conceito de precedente em um sistema jurídico, independentemente de se tratar de *civil* ou *common law*.

Entre essas discussões pode-se mencionar a relação do precedente com o conceito e o desenvolvimento do positivismo jurídico, especificamente a criação do conceito de *ratio decidendi* e sua ligação com a necessidade de se demandar maiores ônus argumentativos quando da criação de direito pelo aplicador, discussões acerca dos limites do precedente em termos de desenvolvimento do direito, arbitrariedade e discricionariedade judiciais, a análise da coerência de um tribunal no tempo, o respeito hierárquico das cortes inferiores aos precedentes criados pelas supremas cortes, a possibilidade de concretização de conceitos abertos presentes nos dispositivos legais e constitucionais e a conseqüente diminuição da litigiosidade em torno de determinados conceitos que ganham concretude na medida em que são fixados pelas decisões judiciais ou a possibilidade de engessamento da jurisprudência e as conseqüências desta para a democracia, entre outros.

No Brasil, por exemplo, a análise do precedente que se utilizasse da vinculação como critério de identificação de precedentes ficaria restrita às decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (as ADIs, as ADPFs e as ADCs), possivelmente,

⁷³ A questão seguinte que é proposta pela autora - sobre o que poderia ser usado como critério de comparação - seria mais uma razão para a adoção de uma perspectiva argumentativa, que será tratada em outros momentos ao longo d presente trabalho. Resumidamente pode-se dizer que a atividade judicial não deve ser reduzida à doutrina do precedente, ou à doutrina das fontes. Como MacCormick afirma, a autoridade atribuída ao precedente (e às leis também) é uma razão para decidir um caso, mas não é uma razão definitiva, e nem necessariamente uma boa razão. Juízes decidem legalmente e racionalmente. O ponto de partida teórico é considerar o processo de aplicação do direito como algo principalmente argumentativo. Desse ponto de vista, a relevância da questão da vinculação é reduzida em favor de outro, relacionado ao uso argumentativo do precedente como um argumento para justificar futuras decisões judiciais. A relação do processo argumentativo de justificação e a aplicação do precedente será tratado em tópico específico.

⁷⁴ Jan Komárek, "Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Court", op.cit., p.4

ignorando uma gama considerável de decisões tomadas tanto pelo STF quanto pelas demais instâncias do Poder Judiciário. Além dessas, o critério de vinculação incluiria as súmulas vinculantes.

O problema em chamar de precedentes somente aquelas decisões que possuem eficácia vinculante está em desconsiderar as demais decisões como elementos possuidores de autoridade normativa. Muito da discussão sobre o poder de criação do direito dos juízes tem como foco somente na criação do direito para a solução de um caso em concreto, e confunde essa criação com a vinculação das decisões judiciais⁷⁵. Mesmo em uma cultura de respeito a precedentes, na qual juízes se preocupam em demonstrar, por meio das decisões judiciais, existir uma relação entre decisões atuais e anteriores, a vinculação não é responsável pelo uso recorrente de precedentes. Esse respeito aos precedentes aparece no diálogo com decisões passadas, que acontece seja para aplicar essas decisões passadas, ou para explicitar o porquê de sua não aplicação⁷⁶.

Ao invés de posicionamentos fixos e inalteráveis, precedentes são decisões sujeitas à revisão e sua utilização na argumentação das decisões novas não necessariamente depende da aplicação integral daquilo que foi decidido no passado. O direito jurisprudencial pode ser aberto e flexível no decorrer do tempo, deixando evidente que o que caracteriza o respeito a precedentes não é a vinculação que deles decorre, mas sua consideração como elemento capaz de influenciar novas decisões.

Decisões anteriores que contenham formas de se raciocinar e aplicar princípios jurídicos podem ser extremamente relevantes para decisões de casos mesmo que eles não tratem da exata matéria decidida no precedente. A distinção rígida entre uma única *ratio decidendi* e *obiter dictum* dificulta a aplicação de raciocínios ou elementos considerados não essenciais para a resolução do caso anterior, estreitando a noção de precedente.

⁷⁵ Jan Komárek, “**Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Court**”, op.cit., p.20

⁷⁶ “*Respeito a precedentes* pode ser compreendido da seguinte forma: quanto maior for o respeito a decisões judiciais tomadas em casos semelhantes, menor será a liberdade subjetiva do aplicador do direito ao realizar um sopesamento. Ou seja, quanto mais aplicações de uma determinada norma ao longo da história de um tribunal, maior é o ônus argumentativo para se chegar a uma decisão que se desvie das decisões anteriores. (...) Nesse sentido, a possibilidade de decisões irracionais e exclusivamente subjetivas em um sopesamento *diminui na proporção em que se aumenta o respeito a precedentes*.” (grifos no original). A relação entre precedentes e diminuição da discricionariedade judicial e da insegurança na decisão desses conflitos será tratado com maior profundidade em tópico específico. Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, in Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p.376.

O Supremo Tribunal Federal, conforme a Constituição Federal de 1988, é o responsável pelo controle incidental e concentrado de constitucionalidade, bem como pela função de última instância recursal. Dessa forma, a Corte brasileira mostra-se como modelo diferenciado entre os demais sistemas jurídicos. Essa cumulação de atividades exige comportamentos diferenciados do tribunal quando atua na revisão de controle de constitucionalidade e na uniformização de interpretação constitucional.

Com o intuito de facilitar a compreensão do comportamento do Supremo, podemos dividir a Corte, baseando-se em personas que se relacionam com a função exercida. Ou seja, o tribunal poderia ser desmembrado em Corte Constitucional e Corte Recursal. Nesse caso, o precedente se voltaria à concretização de objetivos diferenciados, conforme a atividade de cada uma dessas cortes. A divisão da Corte de acordo com seus papéis de atuação não é exclusiva do STF, pois ao analisar a jurisprudência italiana é possível encontrar semelhança com as funções desempenhadas pelo STF.⁷⁷

Exercendo o papel de Corte Recursal, o precedente funcionaria como uma ferramenta que colaboraria na diminuição no volume de processos que chegam ao STF utilizando uma decisão jurisprudencial como paradigma, que funcionaria, sobretudo, para consolidar entendimentos anteriores e adotados em situações menos complexas, reduzindo o número de casos que chegam a Corte.

Assumindo o papel de Corte Constitucional, as decisões tomadas de forma colegiada pelo tribunal (pelas turmas ou pelo pleno) formam interpretações a respeito de específicos dispositivos constitucionais, formando os precedentes, os quais refletem uma atuação mais incisiva do tribunal na regulamentação dos princípios constitucionais e, entre eles, os direitos fundamentais. Nesse sentido, o precedente é de especial importância como forma de restringir a arbitrariedade judicial no entendimento dessas questões, orientando novas decisões para a complementação do significado das normas constitucionais e contribuindo ao desenvolvimento do direito.

⁷⁷ SORIANO, Moral Leonor. The Use of Precedents as Arguments of Authority, Arguments ab exemplo, and Arguments of Reason in Civil Law Systems, in **Ratio Juris**, Volume 11, Issue 1 p.99, March 1998.

O Código de Processo Civil discrimina que “o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nela versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo” (543-A, caput, CPC). Ainda, delimita que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal” (art. 543-A, § 3º, CPC).

Sendo assim, nos parece óbvio que toda decisão proferida através de recurso extraordinário deve possuir efeito vinculante, sobretudo porque haverá relevância jurídica, política, social ou econômica. Ademais, de acordo com o art. 543-A, § 5º, do CPC, “negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

A dúvida que nasce com o instituto em análise diz respeito à superação das decisões do STF, isto é, como reformar/revisar um “precedente”, o qual, em momento histórico diverso, colacionou a inexistência da repercussão geral, se os Tribunais devem rejeitar liminarmente os recursos que possuem temas sem repercussão geral.

O Supremo já se manifestou a este respeito e decidiu que a parte que considerar equivocada a aplicação da repercussão geral, inclusive nas ações repetitivas (art. 543-B, CPC), pode interpor agravo interno perante o Tribunal de origem.⁷⁸ O problema da decisão anteriormente mencionada é que o Supremo Tribunal Federal acabou por legislar. Isto porque o Código de Processo Civil não dispõe acerca do agravo interno nos casos de negativa de existência de repercussão geral pelo Tribunal de origem.

Em que pese à repercussão geral possuir relevância no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode impedir os cidadãos de ver suas razões recursais apreciadas. Tal atitude não se coaduna com os ensinamentos do precedente judicial. Em suma, o precedente, se usado de forma meramente ornamental, presente somente de modo formal no argumento da fundamentação, não tem a capacidade de atribuir um maior peso valorativo a essa argumentação.

⁷⁸ STF. Rcl 2.363. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ de 01/04/2005. 19 STF. QO no AgIn 760.358. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ de 19/02/2010; e Rcl 7.569. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ de 11/12/2009.

Assim, o precedente pode ser tratado como um dos elementos concretos que permitem a análise e o controle do "grau de coerência" de uma corte. Aquele será entendido como um dos elementos de justificação de decisões - elemento de argumentação, não como único elemento, determinante para a tomada de decisão, mas como indício de coerência entre decisões, a coerência no tempo.

2.5 O caso dos gêmeos siameses

No ano 2000, uma lide envolvendo a separação de gêmeos siameses dividiu os juristas britânicos. Jodie e Mary nasceram unidas pela pelve. Jodie era mais forte, segundo os médicos e, portanto, capaz de viver de forma independente. Em contrapartida, Mary era mais fraca, portadora de um cérebro primitivo e dessa maneira, sua sobrevivência dependia de Jodie. De acordo com as evidências médicas, se as gêmeas permanecessem unidas, ambas morreriam. Contudo, se fossem separadas por meio de uma cirurgia, Jodie teria grandes chances de sobreviver independentemente, embora Mary estivesse condenada à morte. Os pais, religiosos, negaram consentimento à cirurgia. Comisso, os médicos apelaram ao judiciário por uma declaração acerca da legalidade do referido procedimento. O tribunal ordinário deferiu a demanda médica. Insatisfeitos com a decisão, os pais foram ao tribunal de recursos, que novamente, considerou legítima a cirurgia. A operação foi realizada e, conforme esperado, Jodie sobreviveu enquanto Mary, não resistiu.

O caso narrado suscitou à época dilemas de ordens legal, ética e religiosa. Relegando a questão moral a um plano secundário e atendo-se à questão jurídica, uma observação referente a precedentes judiciais pode ser feita. Segue a conclusão do julgamento do recurso impetrado pelos pais de Jodie e Mary:

Para evitar que se pense que esta decisão possa se tornar um precedente de dimensões mais amplas, de tal modo que um médico, tendo determinado que seu paciente não pode sobreviver, mate o paciente, é importante reafirmar as circunstâncias únicas para as quais este caso pode ser considerado um precedente. Elas consistem em que seja impossível preservar a vida de X sem acarretar a morte de Y, que Y, pelo só fato de se manter vivo, vá inevitavelmente ocasionar a morte de X em um espaço curto de tempo, e que X seja capaz de sobreviver independentemente, mas Y seja incapaz de fazê-lo sob quaisquer circunstâncias (incluindo quaisquer formas de intervenção médica). Como eu disse no início do julgamento, este caso é bastante único. (SAUSEN, 2011)

O caso dos gêmeos siameses ilustra a necessidade de observância das circunstâncias fáticas para a utilização dos precedentes⁷⁹. As especificidades do caso concreto, o “mínimo é” ensinado por Streck, tem de ser considerado quando da aplicação dos precedentes sob pena de transformar a prática jurisdicional numa atividade mecânica de repetição de entendimentos padrões consolidados pela experiência.

Em síntese, o precedente assume papel fundamental num sistema jurídico, mas sua utilização indevida compromete a estrutura democrática. Por um lado, contribui para a integridade do direito, a igualdade e a segurança jurídica, por outro lado produz a homogeneização do pensamento jurídico segundo a doutrina dos tribunais se as circunstâncias fáticas de cada caso não são observadas. Como a redução do direito a uma ciência exata segundo o que é decidido por juízes sobrepõe aos diplomas legislativos as decisões judiciais, a homogeneização do direito corrói o regime democrático. Nesse sentido, não se está a advogar o abandono da influência do precedente judicial, mas sua correta utilização como mecanismo de promoção do Estado Democrático de Direito, sobretudo no Supremo Tribunal Federal.

3. PRECEDENTES E AS ESPECIFICIDADES DO CASO

3.1 A homogeneização do pensamento jurídico

É bem verdade que apenas o sistema que atribui ao precedente posição de destaque pode garantir a coerência do direito, a segurança jurídica e a isonomia. Entretanto, levado às últimas consequências, o precedente constitui a doutrina dos tribunais. Esse entendimento

⁷⁹ “In the unique circumstances of the case, the court was obliged to consider the manner in which each twin was individually able to exercise her right to life; that the balance was heavily in favour of J since the best interests of the twins was to give the chance of life to the twin whose actual bodily condition was capable of accepting the chance to her advantage, even if that had to be at the cost of the sacrifice of the life which was so unnaturally supported; and that, therefore, the least detrimental choice, balancing the interests of M against J and J against M, was to permit the operation to be performed; that (per Robert Walker LJ) there was a strong presumption that the proposed operation, consent to which did not require the court to value one life above another, would be in the best interests of each twin since its purpose would be to give J a reasonably good prospect of a long and reasonably normal life, and, although M's death would be its inevitable consequence, she would obtain bodily integrity and human dignity which was her right, her death was not the purpose of the operation, she would die because her own body could not sustain her life, and her continued life, whether short or long, conferred no benefit on her except possible pain and discomfort and was to her disadvantage.” In: KANNAN, K. **Medicine and the Law**. Oxford, 2014.

reduz o direito àquilo estabelecido nos pretórios além de suscitar uma homogeneização do pensamento jurídico haja vista que um juiz ou tribunal está vinculado a decisões anteriores⁸⁰.

Deve-se observar que, possivelmente, ao buscarmos a estabilidade do padrão decisório, podemos sobrepor as decisões judiciais aos diplomas legislativos. Trata-se de um atentado à Democracia visto que os magistrados não possuem mandatos políticos e dessa maneira, não são competentes a estabelecer normas jurídicas efetivamente operantes a toda a coletividade.

Além de produzir contradições na estrutura democrática⁸¹, a homogeneização do pensamento jurídico concebe o direito como aquilo que os tribunais dizem que ele é. A Ciência Jurídica é reduzida a uma ciência exata e os operadores do direito tornam-se meros consumidores de uma doutrina gerada nos tribunais⁸². A estrutura mecânica adquirida pelo sistema de precedentes compromete as efetividades qualitativas da atividade jurisdicional, que se assemelha a uma linha de produção em massa de sentenças.

A segurança jurídica atrelada ao precedente, ao contrário do que se pode deduzir em um primeiro momento, não está totalmente concentrada no resultado que se obtém na decisão, mas no início, no momento da sua construção observando-se i) a circunstância fática, ii) a ratio decidendi e iii) decisões passadas, a fim de poder chegar ao ponto de ter uma continuidade no precedente construído. Em suma, não se trata de um movimento simplificador, mas de um estudo pormenorizado de cada caso, de modo a ser capaz de qualificar ainda mais o precedente para que esse atinja ao seu fim, qual seja, uma eficaz atuação do judiciário.⁸³

3.2 Superação do impasse: observância das especificidades do caso

⁸⁰ SAUSEN, Dalton. Utilização (in)devida dos precedentes: uma reflexão para além do aspecto quantitativo da prestação jurisdicional. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Janeiro: 2011, v.78, n.1, ano XXIX.

⁸¹ Constatado que a adoção do efeito vinculante dos precedentes promove contradições na separação clássica de poderes, essa tendência compromete também a estrutura democrática uma vez que sobrepoê precedentes judiciais aos diplomas legislativos. Dessa forma, o legislador, eleito pelo povo, tem legitimidade mas vê seus diplomas sobrepostos por decisões de juízes, estes não legitimados pelo processo eleitoral.

⁸² SAUSEN, Dalton. Utilização (in)devida dos precedentes: uma reflexão para além do aspecto quantitativo da prestação jurisdicional. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Janeiro: 2011, v.78, n.1, ano XXIX.

⁸³ BARBOSA, Carolina Almeida. **A Construção de Precedentes *intracorporis*: a doutrina do STF**. 2017. Dissertação – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017

Ao analisar a tentativa de estabelecer um sistema de precedentes no Brasil, chegamos a um impasse: apesar de os precedentes contribuírem para a construção de um princípio de segurança jurídica e garantirem a igualdade, corroem a estrutura democrática na medida em que, seu efeito vinculante, produz uma homogeneização do pensamento jurídico baseada na doutrina dos tribunais. Dessa maneira, o sistema de precedentes enfrenta críticas no direito brasileiro.

Cabe ressaltar que as críticas à adoção de precedentes podem ser superadas por meio de uma reformulação do mecanismo de construção dos mesmos. Na verdade, no Brasil, os precedentes apresentam construção e aplicação diversas da *Common Law*. Na tradição anglo-saxônica, o precedente é a aplicação de critérios para a apreciação do caso, entendendo-se aqui critérios como parâmetros constitucionalmente assegurados.

Observando-se a atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, constata-se que a corte não tem aplicado critérios para a construção de precedentes. Consequentemente, as decisões são fundamentadas a partir da matéria dos precedentes. Todavia, a analogia em matéria de fato é reprovável uma vez que desconsidera as especificidades do caso concreto. Dessa maneira, a utilização indevida dos precedentes compromete a legitimidade democrática dos mesmos já que são fundamentados em decisões anteriores dos magistrados em detrimento de parâmetros constitucionais⁸⁴.

⁸⁴Sobre tal assunto, já tratavam Vojvodic, Machado e Cardoso. A respeito da construção de uma *ratio decidendi*, ou seja, o conteúdo principal de uma decisão judicial, os autores já tratavam da ausência de uniformidade no tribunal. Cada ministro baseia sua decisão em elementos diferentes do caso, o que geraria diferentes *rationes*. Tomando como base o conhecido "caso Ellwanger", diz-se: "O que se identifica no julgamento do caso Ellwanger, porém, é a escolha, por parte de cada ministro, de um problema específico que, no dizer de cada um, resume a controvérsia como um todo. No limite, ao escolherem problemas diferentes, ao invés de terem perspectivas de interpretação diferentes de um mesmo problema, cada ministro decide um caso completamente diferente." Ao fim do artigo, os autores concluem: "A falta de clareza de uma decisão (quando não se consegue extrair uma *ratio decidendi* do Tribunal ou do voto), por vezes, constitui uma maneira de decidir de maneira informal, evitando formar um precedente do Tribunal que provoque consequências indesejáveis em casos de grande repercussão; a pluralidade de *rationes*, por vezes, joga para o tempo futuro a decisão sobre qual linha argumentativa deve prevalecer. [...] No caso do STF, por não haver um texto único de seus acórdãos e, sim, uma sucessão de votos, é possível que a decisão de um caso produza múltiplas *rationes*, que poderão influenciar a decisão de casos futuros. O desenho institucional do STF favorece, em nossa opinião, a formação de *ratio decidendi* de cada ministro, e não da corte, mas isso não necessariamente é algo ruim." No entanto, discorda-se da visão dos autores no tocante à formação de múltiplas *rationes*. A proliferação de diferentes entendimentos sobre diferentes temas gera insegurança jurídica no momento em que, deixando-se para o futuro a definição do que se estabelecerá como precedente e o que não irá, abre-se margem para que tudo e nada possa ser elevado ao status de precedente. VOJVODIC, Adriana; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, p. 021-044, 2009.

De fato, não é possível formar-se precedente judicial sobre matéria de fato. Em verdade, uma decisão anterior só tem valor para apreciação do caso futuro análogo quando encerra certa tese sobre matéria de direito. Essa condição se justifica pela existência de peculiaridades fáticas; nenhum evento pode ser absolutamente igual ao outro. Para o jurista Lênio Luiz Streck, a decisão que originou um precedente contém um “mínimo é” a ser desvendado em futuros julgamentos⁸⁵. O “mínimo é” corresponde ao ser do caso, aquilo que o define e o torna peculiar; trata-se da especificidade que o diferencia dos demais casos apreciados pelo tribunal. Esse instrumento analítico proposto por Streck, se efetivamente considerado, é capaz de assegurar a integridade do direito e a Segurança Jurídica, garantindo a legitimidade e manutenção do regime democrático⁸⁶.

Ao mesmo tempo, é importante ressaltar que as sociedades contemporâneas são marcadas pela heterogeneidade. Verifica-se uma diversidade de valores que, aparentemente, ameaçam qualquer possibilidade de ordem constitucional e estabilidade social. Dessa forma, nos deparamos com a seguinte pergunta: “Como o Constitucionalismo é possível, quando as pessoas discordam em muitas questões sobre o certo e o errado?”. A sugestão de Cass Sunstein é que as pessoas geralmente concordam com práticas e mesmo com direitos constitucionais embora não concordem com as teorias que fundamentam as disposições da Lei Maior. A proposta do autor é de que a ordem constitucional funciona por meio de acordos de incompleta teorização. Cuida-se de acordos fundamentados em princípios abstratos, que permitem a convergência de diferentes perspectivas morais⁸⁷.

Um acordo de incompleta teorização é um acordo especificado de forma incompleta. Por exemplo, as previsões constitucionais, geralmente, protegem direitos como liberdade de expressão, liberdade religiosa e igualdade jurídica e os cidadãos concordam com esses princípios em meio à discussão sobre o real significado dos mesmos. A elaboração legislativa torna-se possível em virtude desse fenômeno. Com isso, indivíduos partidários ao reconhecimento dos direitos dos homoafetivos e indivíduos conservadores que se opõem à regulamentação daqueles direitos, em geral, aceitam um princípio geral de não discriminação. Os julgamentos de incompleta teorização são fundamentais porque viabilizam a ordem

⁸⁵ STRECK, Lênio. Súmulas Vinculantes em *terraebrasilis*: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 78, p. 284-319, 2009.

⁸⁶ SAUSEN, Dalton. Utilização (in)devida dos precedentes: uma reflexão para além do aspecto quantitativo da prestação jurisdicional. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Janeiro: 2011, v.78, n.1, ano XXIX.

⁸⁷ Um acordo entre particulares é de incompleta teorização no sentido de que os participantes concordam com a prática ou com o resultado sem concordar com a teoria geral que lhes dão fundamento.

constitucional, garantindo a estabilidade social. Contudo, o silêncio é igualmente indispensável uma vez que pode ajudar a minimizar o conflito, permitindo o presente aprender com o futuro.

No constitucionalismo democrático, nota-se que os acordos de teorização incompleta em casos particulares são acompanhados de “*low-level principles*” que os suportam. Por “*low-level principles*”, Sunstein entende princípios relativos; que não derivam de uma teoria específica, mas justificam diferentes teorias. Por exemplo, a exigência de perigo certo e imediato para a regulação do discurso no direito americano é uma abstração relativa se comparada à alegação de que o governo não pode coibir discursos terroristas que sugiram violência na internet. Nesse sentido, a liberdade de expressão é um princípio relativo, que requer menor fundamentação teórica por inspirar diferentes teorias. Em suma, o emprego desses princípios pelas cortes judiciárias na fundamentação de suas decisões deve-se ao fato de que as pessoas concordam com princípios abstratos embora divirjam nas teorias gerais que os sustentam.

De fato, a noção de acordos de incompleta teorização não se compatibiliza com profundas discussões filosóficas, mas com a superficialidade dos argumentos defendidos. Esses acordos promovem dois objetivos numa democracia constitucional: habilitar as pessoas a viverem juntas e estimulá-las a demonstrar uma medida de reciprocidade e respeito mútuo. O uso dos “*low-level principles*” permite aos juízes encontrar um modo de vida comum sem produzir antagonismos desnecessários. Grandes ambições teóricas são rechaçadas porque entendidas à estabilidade social e ao fomento da ordem constitucional.

3.3 Minimalismo judicial e acordo teórico incompleto

No Canadá, o debate sobre as teorias dialógicas gira em torno da atuação de sua Suprema Corte e a efetivação dos direitos fundamentais da Carta Canadense. Rosalind Dixon⁸⁸, preocupada com as relações entre o Judiciário e o Legislativo, elabora uma das teorias dos diálogos institucionais mais instigantes no qual ela formula um sistema de atuação que ao invés de contrariar e suprimir as deliberações do Legislativo, o Judiciário deveria permitir que este lançasse um “segundo olhar” sobre a questão⁸⁹.

⁸⁸ DIXON, Rosalind. **The Supreme Court of Canada: Charter dialogue and deference**

⁸⁹ *Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, Nº 284, 2009.

A partir de Dixon, é possível afirmar que a teoria canadense tem a preocupação de corrigir imperfeições no campo constitucional, mas fazê-lo sem grandes interferências em matérias reservadas a entes com papel próprio em uma estrutura com poderes distintos. A ideia do *second look cases* promovido pelo Legislativo, instituição que deliberou inicialmente a questão sub judice na Corte, caracteriza a teoria de Dixon como um padrão de comportamento institucional fundado no requerimento de autorreflexão sobre deliberações próprias, mantendo a Corte em aguardo de seu posicionamento, o que ela chama de *narrow statement ex ante*.

A teoria norte-americana, por outro lado, sob a perspectiva de Sunstein⁹⁰, trata a questão diferentemente. O minimalismo judicial⁹¹ seria uma teoria dialógica a partir do momento em que a Suprema Corte, nos momentos de promover a revisão judicial, considera suas capacidades institucionais e os resultados advindos sobre suas decisões a partir de suas deliberações.

O minimalismo judicial é, objetivamente, uma tendência de limitação da profundidade e pretensão teórica das decisões judiciais. Trata-se da expressão judicial dos acordos de incompleta teorização, invocados em juízo como uma resposta a problemas concretos quando a obtenção de consenso sobre a matéria é difícil em razão do pluralismo presente nas sociedades atuais.

Segundo tal teoria dialógica, a atuação da Suprema Corte em decidir somente sobre os assuntos estritamente necessários, desenvolve sua atividade a partir de dois critérios: profundidade e amplitude. Para Sunstein, uma atuação da Corte que decide somente o que é essencial na questão, tendo um padrão de atuação shallow e narrow, alcança resultados positivos. Quando alguma questão deixa de ser decidida pela Corte, desde que não implique prejuízos aos cidadãos, a responsabilidade repousa nos agentes democraticamente legítimos sobre a decisão.

⁹⁰ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

⁹¹ SUNSTEIN, Cass. **Beyond Judicial Minimalism**. U. Chicago. Public law and legal Theory Working Paper n. 237.

O estudo dos acordos teóricos incompletos carrega uma preocupação com os fenômenos da construção e da interpretação constitucional, de modo a analisar como estes acordos se relacionam com seus efeitos, principalmente quando não se sabe as consequências totais dos efeitos gerados por eles. Dentre as várias ferramentas do raciocínio jurídico, Sunstein⁹² destaca as analogias como uma daquelas que mais favorecem a obtenção de acordos teóricos incompletos.

Segundo esse autor, para que os juízes decidam que um caso é igual a outro é necessário utilizar princípios que, na maioria das vezes, operam em nível inferior, o que permite chegar a um acordo sem recorrer a teorias gerais. O estudo do raciocínio analógico serve para Sunstein defender a interpretação e aplicação dos precedentes como analogias.

Do ponto de vista do autor, as analogias se colocam em um ponto intermediário entre as formas de pensamento. De um lado, elas não exigem o desenvolvimento de teorias profundas para serem aplicadas; de outro, não é possível raciocinar a partir de um particular em direção a outro particular sem recorrer a um mínimo de abstração, apresentando as razões pelas quais, por exemplo, a decisão do caso A deve ou não valer para o caso B. Por causa dessas características, o raciocínio analógico seria bastante adequado para um sistema jurídico composto de muitos juízes, os quais discordam sobre princípios fundamentais, mas devem considerar a maioria dos casos decididos anteriormente como pontos fixos a partir dos quais eles devem trabalhar.

De acordo com essa lógica, o principal problema enfrentado pelo raciocínio analógico decorre do fato de que o caso "objeto" B possui elementos em comum com vários outros casos além de A, o que torna necessário decidir qual desses casos será utilizado como "fonte" da comparação. Consequentemente, o uso de analogias não garante a verdade de suas conclusões, pois a existência de uma ou mesmo de muitas características compartilhadas entre A e B não significa que eles compartilhem todas as demais características.

Segundo Sunstein, o máximo que o raciocínio analógico pode nos oferecer, com base nas semelhanças que são conhecidas, é um juízo sobre a probabilidade de que haja outras

⁹² SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Oxford: Oxford University Press, p. 62-100, 1996.

semelhanças entre os casos. Para exemplificar o raciocínio analógico, Sunstein lembra o caso *Brandenburg v. Ohio*⁹³, em que a Suprema Corte decidiu que o discurso de um membro da Ku Klux Klan defendendo o ódio racial somente poderia ser proibido se viesse a incitar a prática iminente de um ato ilícito. Tomando esse caso como fonte, uma marcha do Partido Nazista, que constituiria o caso objeto, também não poderia ser proibida.

Sunstein ressalta que as analogias não possuem caráter dedutivo, pois o princípio que rege ambos os casos não é dado com antecedência e aplicado ao caso objeto, mas surge no decorrer do processo de comparação entre eles. O raciocínio analógico no campo do direito, lembra o autor, tampouco garante bons resultados, uma vez que mesmo casos similares sempre serão diferentes em várias outras dimensões.

Portanto, quando os juristas afirmam que não há diferenças relevantes entre A e B, o que eles querem dizer é que nenhuma diferença entre os casos é relevante à luz dos precedentes, que excluem algumas razões que poderiam ser utilizadas para distingui-los; ou, então, que nenhuma diferença pode ser utilizada como base para uma distinção dos casos que faça sentido, ou seja, baseada em um princípio.

⁹³ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). Clarence Brandenburg era um líder da Ku Klux Klan em Ohio, que, no verão de 1964, convidou um repórter da Cincinnati TV para acompanhar o encontro da organização que aconteceria em uma fazenda em Hamilton County, região no sudoeste do estado de Ohio. O repórter e um cinegrafista da emissora compareceram ao local e filmaram o evento, realizado em 28 de junho de 1964; partes do vídeo foram posteriormente exibidas em canais de televisão locais e nacionais. Na filmagem é possível distinguir doze pessoas encapuzadas usando vestimentas características dos membros da organização, algumas, inclusive, portando armas; todas reunidas em torno de uma cruz de madeira em chamas. A maior parte dos discursos proferidos durante o encontro são inteligíveis nos vídeos, entretanto, frases soltas puderam ser identificadas como depreciativas em relação a negros e judeus. Em virtude desses fatos, o Estado de Ohio acusou Brandenburg de violar o Ohio's Criminal Syndicalism Statute. Como provas, a acusação apresentou as filmagens do encontro, armas utilizadas no dia, testemunhas identificando Brandenburg como o autor do discurso e o capuz vermelho utilizado por ele. O líder da Ku Klux Klan foi então condenado pela Court of Common Pleas (o equivalente ao Juízo de primeiro grau no ordenamento jurídico brasileiro) de Hamilton County. Após sua condenação inicial, Brandenburg passou a ser assistido pela American Civil Liberties Union of Ohio (União das Liberdades Cívicas Americanas de Ohio), e o advogado voluntário, Allen Brown, ficou encarregado do caso. Ele apelou para a Suprema Corte de Ohio, alegando que o Ohio's Criminal Syndicalism Statute violava a Primeira e a Décima Quarta Emenda à Constituição Americana, no que diz respeito à liberdade de expressão. Contudo, a Corte rejeitou seu apelo sem sequer exprimir opinião ou conclusões, por entender que não havia questões constitucionais substanciais no caso. Brandenburg, então, apelou para a Suprema Corte Americana, que reverte a condenação elucidando que as garantias constitucionais à liberdade de expressão e de imprensa não permitem que um Estado proíba ou condene a advocacia (defesa) do uso da força ou violação da lei, exceto quando essa defesa visa incitar ou produzir uma ação ilegal iminente e provavelmente incitará ou produzirá tal ação. *Brandenburg v. Ohio* é considerado um caso paradigma para o direito norte-americano no que tange a liberdade de expressão e o discurso do ódio. Isso porque, representa o marco de uma abordagem mais protetiva ao discurso ao definir quando o governo pode interferir e punir discursos que defendam ou incitem ações consideradas ilegais.

Isso significa que a tarefa central do raciocínio analógico é decidir quais são as diferenças e semelhanças relevantes nos casos em análise, o que torna necessário trabalhar com argumentos de cunho substantivo. Para Sunstein, o bom desenvolvimento das analogias no direito deve observar quatro elementos: (1) os julgamentos sobre casos específicos devem ser coerentes uns com os outros, baseando-se em princípios que harmonizem os diferentes resultados; (2) o foco do raciocínio analógico devem ser as particularidades, o que significa que seus princípios são desenvolvidos a partir de casos concretos e fazem constante referência a eles; (3) o raciocínio analógico não requer uma teoria de larga escala para justificar seus resultados; e (4) os princípios produzidos pelo raciocínio analógico operam em um nível intermediário ou inferior de abstração. Segundo esse autor, esse tipo de analogia constitui, ao lado da interpretação das regras, o raciocínio mais utilizado pelos juristas. Estabelecidos esses parâmetros, Sunstein pode aprofundar de que maneira o raciocínio analógico lida com os precedentes.

Em primeiro lugar, o autor distingue três espécies de julgamentos: (1) os precedentes vinculantes, que não podem ser revogados pelos juízes, tais como as decisões da Suprema Corte norte-americana em relação aos tribunais inferiores; (2) os precedentes não vinculantes, que podem ser revogados em circunstâncias excepcionais, posição adotada pela Suprema Corte em relação a seus próprios precedentes; e (3) os julgamentos hipotéticos que, embora não constituam precedentes, são tão óbvios que assumem o mesmo *status*, por exemplo, a ideia de que o Estado não pode prender os cristãos em razão da sua fé ou não pode obrigar somente os hispânicos a doarem sangue para outras pessoas.

Apesar de suas diferenças, em todas essas situações é necessário identificar a *holding* do caso, isto é, a fundamentação mínima da decisão que deverá ser aplicada aos casos posteriores. Para Sunstein, essa fundamentação pode ser considerada muito ampla ou muito restrita à medida que novos casos vão surgindo, o que demonstra que não se pode antecipar completamente o conjunto de situações que a *holding* abrange. Portanto, a identificação da *holding* não se baseia na descoberta de algo que já se encontra no precedente, mas sim em uma construção feita pelos tribunais que a ele se vinculam.

Essa construção pode fazer com que o precedente funcione tanto como uma regra, quanto como uma analogia. Na primeira hipótese, o precedente se aplica aos casos idênticos a ele, isto é, a casos obviamente similares que não possuem diferenças relevantes. Já como

analogia, o precedente se aplica a casos em que, embora haja diferenças, seu princípio é relevante para solucioná-los. Sunstein reconhece que não é fácil distinguir quando um precedente atua como regra e quando ele atua como analogia, pois essa conclusão só pode ser obtida mediante a análise do caso posterior e depende de que certos entendimentos sejam compartilhados pela comunidade.

Quando se diz que o precedente é uma regra, isto significa que ele é tão semelhante ao caso em questão que ninguém colocará em dúvida sua aplicação. Mas, quando o precedente é concebido como analogia, isso implica o reconhecimento de que há diferenças relevantes entre os casos e a aplicação do precedente requer alguma justificação. Como os casos nunca são completamente idênticos, é o tribunal posterior que decidirá quais são as diferenças e semelhanças relevantes, de acordo com a importância que for atribuída às suas várias características. Para Cass Sunstein, o tratamento dos precedentes como analogias é uma alternativa superior tanto às regras quanto às teorias gerais.

Em primeiro lugar, o raciocínio analógico exige um compromisso com a consistência e com o direito a igual tratamento: a parte do caso A não pode ser tratada de modo distinto da parte do caso B, a menos que haja uma diferença relevante entre eles. Em segundo lugar, as analogias podem ser uma fonte de princípios e de políticas, desde que os juízes saibam encontrá-los nos precedentes. Em terceiro lugar, o respeito aos precedentes como analogias ajuda a evitar que os juízes utilizem teorias confusas ou sectárias. Em quarto lugar, o raciocínio analógico baseado em precedentes promove os valores da previsibilidade e da proteção das expectativas. Em quinto lugar, o raciocínio analógico poupa uma grande quantidade de tempo, pois a observância dos precedentes desobriga os juízes de recriarem a cada momento os fundamentos do direito. Por último, precedentes e analogias facilitam o surgimento de acordos entre juízes que, embora diverjam sobre vários assuntos, reconhecem como válidas certas decisões anteriores, o que torna possível estabelecer um diálogo entre eles.

Particularmente no campo do direito constitucional, o uso do raciocínio analógico com base em precedentes também contribui para legitimar o exercício do *judicial review*⁹⁴, pois

⁹⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). O presidente Federalista John Adams perdeu a eleição para Thomas Jefferson em 1800; porém, antes de Adams deixar a presidência, o Congresso aprovou o “*Judiciary Act*” de 1801 que modificou o “*Judiciary Act*” de 1798, reestruturou o Judiciário Norte-americano e, especialmente, elevou o

leva a utilizar decisões anteriores que sobreviveram ao tempo e contam com um alto grau de aprovação popular. Tais decisões devem funcionar como pontos fixos para a investigação de casos futuros, evitando que os juízes se envolvam com justificações filosóficas.

3.4 Precedentes e o comportamento decisório

Diante da constatação de que imaginar uma relação entre as múltiplas decisões de uma corte como uma linha contínua que vai da decisão mais antiga até a mais nova não ilustra com precisão o comportamento decisório de um tribunal, faz-se pertinente reconstruir o modo como as decisões do Supremo se conectam.

Na filosofia de Ronald Dworkin é comparado o papel do magistrado à figura mitológica de Hércules, o semideus de força comum, e ao trazer a responsabilidade de um “semideus” para os juízes, o autor pretende conferir às decisões judiciais, aspectos de certeza, moralidade, segurança, justiça que necessariamente são assegurados por meio das “respostas certas”, mesmo nos casos considerados de difícil interpretação diante de conflitos aparentes de regras e princípios.

Para Ronald, um judiciário representado por juízes “Hércules”, pode desenvolver uma teoria política capaz de justificar a Constituição e, ao mesmo tempo, fundamentá-la por um sistema de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo. Ao encarar questões difíceis o juiz deve questionar-se filosoficamente, em suas palavras:

Hércules deve começar por perguntar-se porque uma lei tem o poder de alterar direitos jurídicos. Ele encontrará a resposta em sua teoria constitucional: esta pode

número de juízes. Adams, dias antes de deixar a presidência, apontou uma série de juízes para as vagas recém-criadas, dentre eles *William Marbury*, que fora apontado juiz de paz do Distrito de Columbia. Quando Jefferson assumiu a presidência ordenou que Madison, novo secretário de estado, não concluísse o processo de nomeação de juízes que Adams previamente apontara, incluindo-se Marbury. O Congresso, com o intuito de apoiar Jefferson aprovou o “*Judiciary Act*” de 1802 que reintroduziu disposições do “*Judiciary Act*” de 1789. Marbury então entrou com uma ação junto à Suprema Corte Americana contra Madison com o objetivo de reaver a sua comissão que concluiria o processo de nomeação. A corte decidiu que de fato Marbury tinha o direito à nomeação, porém, a Corte em si não tinha competência para obrigar Madison a fazê-lo. O voto do juiz Marshall foi de extrema importância, pois, levantou indagações que na época não eram discutidas no Direito Americano. Marshall avaliou que o “*Judiciary Act*” de 1789 entrava em conflito com a Constituição e assim erigiu a Revisão Judicial, pois afirmara que aquele atribuía à Suprema Corte poderes extra-constitucionais, dispondo que “*é enfaticamente a competência, bem como o dever, do Poder Judiciário dizer o que é o Direito. Aqueles que aplicam a regra casos particulares devem, necessariamente, expor e interpretar aquela regra. Se duas leis entram em conflito, os tribunais devem decidir sobre a aplicação de cada uma*”. Este caso específico serviu como paradigma para discussão da constitucionalidade das leis e quem teria a palavra final.

determinar, por exemplo, que uma assembleia legislativa democraticamente eleita é o órgão apropriado para a tomada de decisões coletiva sobre a conduta que se pode considerar criminosa. Mas essa mesma teoria imporá responsabilidades ao poder legislativo: irá impor não apenas restrições que refletem os direitos individuais, mas também um dever geral de lutar por metas coletivas que definam o bem-estar público. Este fato propicia a Hércules um bom teste neste caso difícil. Ele poderia perguntar-se qual a interpretação vincula de modo mais satisfatório a linguagem utilizada pelo poder legislativo a suas responsabilidades institucionais como juiz.⁹⁵

Na fase de estudo de precedentes, Hércules terá que ponderar quais os impactos que a sua decisão refletirá no futuro (força gravitacional)⁹⁶. De acordo com Dworkin, a força gravitacional de um precedente consiste na equidade, devendo os casos similares serem tratados igualmente. Isto, no entanto, não isentaria o juiz de se deparar com decisões de caráter confuso, incoerente, o que leva Dworkin a desenvolver uma teoria que fale a respeito dos erros.

A teoria dos erros, de Dworkin, traz distinções entre o que ele denomina de “autoridade específica”, que consiste no poder de um precedente, decisão executiva ou lei produzir os mesmos efeitos sempre e “erros enraizados”⁹⁷, que tratam da hipótese de, se em face de uma perda de poder gravitacional, os efeitos específicos continuam e os erros, por sua vez, poderão ser corrigidos. Há que se mencionar, no entanto, que os erros enraizados que levam a perda de um poder gravitacional estão diretamente conectados a uma consequente perda de autoridade específica⁹⁸.

Seguindo a mesma perspectiva, sua teoria de erros também deve demonstrar que sua importância faz-se fundamental para o preciso reconhecimento de erros, podendo o juiz Hércules se valer de duas ordens de argumentos para demonstrar que uma corrente jurisprudencial específica pode, sim, estar errada. Para tal, contudo, ele deverá utilizar argumentos históricos ou que remetam a uma percepção de comunidade, coletividade, bem como argumentos de moralidade política, demonstrando que pode haver injustiça se a equidade for ferida.

A proposta da metodologia utilizada pelo juiz Hércules não se limitaria, por fim, aos casos difíceis, podendo ser adotada para todo e qualquer caso.

⁹⁵ DWORKIN, 2002, P. 168-169

⁹⁶ De acordo com o juiz Hércules, a força gravitacional de um precedente poderá ser medida a partir dos princípios carregados nos argumentos. A partir dessa percepção, ele constrói uma cadeia de princípios que fundamentam o direito costumeiro, a partir das justificações dadas nas decisões pretéritas. Op. Cit. Pág. 181.

⁹⁷ São medidos pelo nível constitucional da teoria dos erros.

⁹⁸ Op. Cit. Pág.190.

No entanto, ao buscar no nosso sistema o funcionamento orgânico a imagem de uma cadeia decisória, metáfora utilizada por Dworkin⁹⁹, não vem sendo aplicada, visto que na realidade os juízes dificilmente são “Hércules” e não conseguem dadas as limitações materiais e intelectuais que os constroem, criar um pensamento extremamente coerente do início ao fim, levando em conta a relevância de todas as decisões anteriores, além de problemas de ordem estrutural.

Em suma, é mais próximo de nossa realidade inferir que o juiz absorve esse caráter individualmente, mas encaram essa perspectiva através de um modelo em cadeia, pode ser de difícil implementação na realidade do judiciário brasileiro. O mais próximo dessa realidade é um conjunto de decisões que com teor semelhante que são aglomeradas em um campo de precedentes, que não seguem necessariamente uma linha, mas sim uma rede.

Ao encarar a realidade do uso de precedentes na jurisprudência do STF em sua função de tribunal recursal, é possível que não se aplique caráter apenas retórico ao precedente, visto que cumpre o papel satisfatório de estabelecer posicionamentos claros e coerentes, destinados não só a solução dos casos que chegam ao Supremo, mas também à orientação das demais instâncias quando estas se deparam com casos semelhantes. Esta perspectiva pode ser assegurada pelo caráter formalista de nossos precedentes, sobretudo, em relação a vinculação ao que foi decidido anteriormente, visto que a própria interferência do juiz se faz minimizada, típico de um sistema jurídico de natureza *Civil Law*.

Ao mesmo tempo em que o precedente funciona como promotor de segurança jurídica, previsibilidade e eficiência na atividade decisória, ele acaba limitando a atuação do Supremo como Corte Constitucional, justamente por restringir suas possibilidades de colaboração no desenvolvimento do direito na decisão dos casos mais complexos, visto que ele vai buscar base na anterioridade.

É possível que esse revés dificulte o papel do STF como agente ativo no desenvolvimento do direito brasileiro, talvez não conseguindo preencher todo o espaço que a

⁹⁹ Ronald Dworkin usa a metáfora do romance em cadeia, em *Law's Empire*, para narrar o modo como o direito é criado e seguido pelos juízes em cada caso que eles decidem, ou seja, juízes seriam autores, mas ao mesmo tempo críticos literários que agregam um capítulo ao novo romance que se é construído, ao mesmo tempo que interpreta o passado utilizado como norte. Ele compara o trabalho do juiz ao de um romancista, cf. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, op. Cit. Capítulo 7.

Constituição fornece na criação do direito. Analisar a frequência de citações de precedentes e das conexões existentes entre eles se faz importante, para permitir avanços na compreensão de como se dá o uso dessa ferramenta na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3.5 Precedentes e a adi 4815

A principal diferença entre os sistemas de *civil law* e *common law*, sabidamente, é o que se considera como fonte primordial do direito. Aquilo que realmente vincula a ação do juiz: se a lei posta ou se o precedente judicial. Ainda que existam leis codificadas, nos países de *common law* é a interpretação dada sobre o caso concreto o que deve ser seguido. E com isso as situações vão se especificando; se particularizando.

Enquanto nos EUA, o direito é indutivo, ou seja, as Cortes locais enfrentam desafios concretos até se chegar, eventualmente, à Suprema Corte, quando será construída uma tese que será seguida por todos. No Brasil, é o oposto, espera-se uma manifestação única do Tribunal Constitucional que orienta o comportamento de todos os tribunais.

Um dos casos que mais elucidam o raciocínio teórico apresentado refere-se à ADI 4815, que analisou a necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias. Neste caso, ainda que os votos dos nove ministros tenham caminhado para o mesmo resultado, fez-se presente a transparência, um constante exercício de deliberação, partindo de concepções teóricas distintas.

A autorização para a publicação de bibliografias foi questionada no Supremo pela Associação Nacional de Editores de Livros (ANEL), que alegava incompatibilidade das liberdades de expressão e informação pelos que os artigos 20 e 21 do código civil, apresentavam.

Como relatora, a Ministra Carmém Lúcia pontuou que os artigos 20 e 21 do Código Civil deveriam ser interpretados conforme a Constituição entende a defesa dos direitos fundamentais, de modo que o direito à ampla liberdade de expressão não deveria ser suprimido pelo direito que pessoas públicas têm quanto a sua intimidade e privacidade.

O Ministro Gilmar Mendes citou a necessidade do uso de ponderação no caso. Para ele a ADI não pretende tratar da questão do uso da imagem de pessoas públicas por veículos de comunicação, mas:

“Tão somente da necessidade da autorização do biografado (ou de seus familiares) como condição para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, o que criaria uma espécie de censura prévia. Tal condição produz efeito devastador sobre o mercado editorial, já que escritórios de representação negociam preços absurdos pelas licenças, transformando informação em mercadoria”.¹⁰⁰

Concluiu seu voto entendendo que a prévia autorização para publicação de obras biográficas gerava danos à liberdade artística e de comunicação, e que a própria Constituição assegura o direito de resposta para possíveis danos. Prevaleceu assim, no seu entender, a liberdade de expressão.

A Ministra Rosa Weber, começou seu voto analisando a importância histórica das biografias. Apontou que o gênero liberdade de expressão do pensamento não admite restrição arbitrária a partir da modalidade textual adotada pelo emissor da expressão. Para a ministra, diante da finalidade de informar, incide a proteção constitucional independentemente da linguagem escolhida pelo emissor para promover a veiculação.

Na sua visão, o remédio constitucional de danos morais é fator inibidor para que a liberdade de imprensa e expressão não ultrapasse os limites da razão, e ressalta:

“Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e matérias. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido”.¹⁰¹

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, salientou que o caso envolvia uma tensão entre liberdade de expressão de um lado e os direitos da personalidade, do outro – e para ele, no caso, o próprio Código Civil ponderou essa tensão em desfavor da liberdade de expressão, que tem posição preferencial dentro do sistema constitucional.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815/DF. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 10 de junho de 2015. DJ, 29 de janeiro de 2016.

¹⁰¹ Id.

Essa posição decorre do tanto do texto constitucional como pelo histórico brasileiro de censura a jornais, revistas e obras artísticas, que perdurou até a última ditadura militar. Barroso, porém, deu ênfase aos direitos do biografado que não ficarão desprotegidos: qualquer sanção pelo uso abusivo da liberdade de expressão deverá dar preferência aos mecanismos de reparação a *posteriori*, como a retificação, o direito de resposta, a indenização e até mesmo, em último caso, a responsabilização penal.

Considerou, portanto, que a Constituição brasileira aproxima o sentido de liberdade de informação jornalística, liberdade de imprensa e o desdobramento de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.

A Ministra Rosa Weber enfatizou que para ela o critério da proporcionalidade desautoriza imposição de restrições à liberdade de expressão ainda que fundadas na proteção da honra ou da imagem (direitos da personalidade), quando tiverem por objetivo inibir a manifestação de juízos críticos que são de interesse público. Destacou que:

“A imposição de restrições às liberdades de expressão e de manifestação do pensamento que, embora destinadas em princípio à proteção de finalidades constitucionalmente legítimas, de modo algum se mostram necessárias ou adequadas no contexto de uma democracia plural, não sobrevive ao teste da proporcionalidade”

Foi unânime a decisão dos ministros em acompanhar o voto da relatora Cármen Lúcia, em conceder procedente a ação direta de inconstitucionalidade em favor das Associação Nacional dos Editores de Livros.

O uso do princípio da proporcionalidade em mais um caso de colisão entre direitos foi similar entre os ministros; para eles o interesse público se destacou em relação aos direitos de personalidade dos biografados. Para os ministros o modo menos gravoso para resolver tal conflito, nesse caso, foi dando relevância a liberdade de expressão e deixando em aberto possíveis pedidos de indenização por danos morais, caso as biografias ofendessem os biografados.

A aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal é um diferencial na ponderação de interesses constitucionais e o seu uso foi identificado nos casos envolvendo a liberdade de expressão X direitos da personalidade. Apesar de serem os mesmos direitos em colisão nos casos decididos pela corte, as justaposições de um direito em relação ao outro nos casos vistos não foram uniformes, ou seja, não houve uma clara definição da *ratio decidendi* que vem se perpetuando nos votos. O mesmo juiz ora poderia votar pelo maior peso da liberdade de expressão ora poderia dar maior suporte aos direitos da personalidade, utilizando o princípio da proporcionalidade como instrumento processual.

Essa dissonância se deu pelo fato de os intérpretes da Constituição analisarem a circunstância factual sopesando entre os interesses conflitantes e o exame da necessidade, sendo realizado por medida menos gravosa aos titulares do direito. Ao analisarem o mesmo caso utilizando o princípio da proporcionalidade, os ministros chegaram a conclusões opostas quanto a quais direitos deveriam prevalecer ou ceder em relação ao outro, observada a amplitude de ambos os direitos envolvidos na colisão.

O conteúdo das informações expostas à sociedade e as consequências de sua veiculação são os efeitos mais apreciados pelos ministros na análise dos casos concretos. No entanto, os votos analisados demonstraram a presença de uma falsa colegialidade, pois os diálogos apresentaram que ministros dificilmente seguiram o histórico de posicionamentos tidos em casos anteriores.

De fato, os julgamentos são marcados pela dinamicidade que é inerente ao bom funcionamento do precedente, todavia, careceram de fundamentações que justificassem a mudança de posicionamento em assuntos que trazem discussões similares a nível de direitos fundamentais.

O que se conclui é que, de fato, há uma constância a respeito do uso do princípio da proporcionalidade, mas o que se observa nos casos não é quantitativo o suficiente a ponto de demonstrar uma uniformidade decisional, mesmo em se tratando de colisões envolvendo os mesmos direitos fundamentais e que devessem retomar argumentações feitas outrora e aprimorá-las.

3.6 Críticas à Aplicação de Precedentes Judiciais no direito brasileiro

Na medida que ações são processadas e julgadas de acordo com decisões passadas, é fácil perceber que se vivencia uma aglutinação das tradições *common law* e *civil law*, sem, entretanto, haver alicerces em uma teoria de Precedentes pátria.

Nota-se o imprevisto quando se adapta um instituto tipicamente anglo-saxão para uma escola de direito de tradição romano-germânica. O que pode acarretar em decisões arbitrárias e com ausência de critérios na escolha do precedente a ser seguido. Muitas vezes, os precedentes são forçados a se encaixar em moldes aos quais não se ajustam, todavia, em prol da celeridade.

Fundamentar uma decisão é princípio constitucional atinente ao Poder Judiciário, eivado de nulidade o julgamento que assim não proceder, nos termos do art. 93, inciso IX da CF/1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Ao falar-se em dever, impõe-se uma obrigatoriedade, imposição essa que garante que o julgador não se valerá de decisões arbitrárias e desamparadas de fundamento jurídico, o que nem sempre foi uma realidade no direito. Inclusive, a democracia ganhou novo sentido já que não só a vontade da maioria foi suficiente para legitimar o Estado, conforme exemplos do nazismo e fascismo, que detinham a vontade da maioria como pano de fundo.

Dessa forma, não se pode deixar de levantar a questão do fundamento, visto que, por vezes identificamos sentenças, muito bem escritas, mas que apenas explicam a decisão,

muitas vezes baseando-se em um dispositivo legal ou julgado anterior, atribuindo ao julgamento um aspecto falso de validade. Não basta afirmar que parte X é vencedora em razão de norma, ou precedente Y, mas principalmente mencionar quais são as razões de parte X ter vencido a contenda.

Em outras palavras, deve haver o cuidado de fundamentar a decisão, sob risco de ser uma decisão arbitrária, entretanto, no momento da aplicação da norma não há como escapar da arbitrariedade de se escolher o método de interpretação dessa mesma norma a ser fundamentada.

O Centro nevrálgico da arbitrariedade da aplicação dos precedentes pode ser sintetizado com a disposição de um lado considerar um julgado, simplesmente por ter sido publicado anteriormente, como uma norma geral e abstrata e de outro lado, existirem julgados contrários entre si. Não faz sentido julgar sob o fundamento de que há um julgado anterior no mesmo sentido, sendo que anterior ao anterior é em sentido contrário.

Por isso é importante a fundamentação do julgado, pois dessa forma, estaria expondo por quais razões o juiz pinçaria o julgado X em detrimento de Y, pois ao fundamentar apenas o julgado que escolheu para sustentar a decisão, causa uma distorção no raciocínio lógico da decisão, e ainda inviabiliza a construção de um precedente sólido.

Outro ponto que também merece ser levantado, é que, no Brasil, não é comum termos uma preocupação preponderante com os fatos, e sim com as normas. Basicamente, ao intérprete do direito cabe a análise da norma e não dos fatos para os quais as normas são destinadas, de modo que o objeto de investigação jurídica acaba sendo o produto da função legislativa.

Como consequência desse modelo é considerarmos a decisão proferida pelos órgãos colegiados superiores como a mais importante, mesmo que os fatos que embasaram a aplicação da norma tenham sido apreciados lá no juiz singular, que tomou contato direto com o caso, provas, etc. O Juiz singular identifica a norma a ser aplicada e julga o pedido. Porém, caso uma das partes saia irresignada, interpões recurso para fins de reclamação da vigência da norma, ignoram-se os fatos, e os tribunais superiores determinam seu entendimento com base na análise da norma e não dos fatos. (que estão impedidos de reapreciação) e este julgado

passar a ser um precedente, já que servirão de fundamento para a decisão de casos análogos futuros.

O que ocorre, inúmeras vezes, é o emprego de um precedente que tem fatos diferentes àquele que deu origem ao enunciado.

Na exposição de Lenio Streck:

Uma juíza brasileira, ao analisar situação em que dois indivíduos foram presos em flagrante ao invadirem a casa de uma pessoa manifestamente pobre e tentarem furtar objetos com valor estimado em R\$ 100,00 (mais um aspirador de pó, que não chegou a ser avaliado), rejeita a denúncia oferecida pelo Ministério Público, sob o fundamento de que o fato era insignificante, e arrima sua decisão somente em uma ementa de julgado exarado por um Tribunal de Justiça, assim: “Furto. Rejeição da denúncia. Princípio da Insignificância. Hipótese que caracteriza o delito de bagatela, ensejando a aplicação do princípio da insignificância. Apelo provido”. Ao se analisar o acórdão usado como precedente pela magistrada para guiar sua decisão, descobre-se que os dois fatos estão em total incompatibilidade: ao contrario do caso presente (em que os agentes foram presos depois de invadirem a residência alheia, o que por si só já configuraria o crime do art. 150 do Código Penal, se não estivesse consumido pela tentativa de furto), o aresto pretérito dizia respeito a uma subtração praticada por empregada doméstica na residência de classe média onde trabalhava, e a *res furtiva* limitava-se a uma oração de Santo Expedito e dois porta-retratos.¹⁰²

A noção de que casos semelhantes devem ter tratamentos semelhantes fez com que o julgador reduzisse todo o arcabouço fático apenas ao enunciado contido na ementa.

¹⁰² Episódio mencionado por Lenio Streck, em Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós – Graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre, 2006, p. 170 – 174.

Identificou apenas um conectivo entre o caso anterior e o presente, ou seja, o furto de objetos com valor estimado de cem reais.

Ao ver-se perante o Tribunal do Júri, para ser julgado por um homicídio, consumado, o réu declara que estava a receber violentos socos e pontapés por parte da vítima, que era maior e mais forte que o acusado, não tendo alternativa para fazer cessarem os golpes, o indivíduo, puxou a faca que portava e atingiu seu agressor no abdômen, levando-o a óbito. Ao sustentar o pedido de condenação em suas alegações orais, a promotora de justiça invoca um verbete jurisprudencial retirado de um Código Penal comentado, que diz:

“TJSP: ‘Não se configura a legítima defesa se a agressão do ofendido foi a mãos limpas, não correndo risco a vida do réu, de molde a justificar sua violenta reação, aquele eliminado com uma facada’ (RT 548/308)”.¹⁰³

Não se menciona as circunstâncias do fato para o qual o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu essa decisão. O único conceito utilizado para revogar o direito de legítima defesa é o fato de se defender com uma faca contra um agressor desarmado. Em suma, tornou-se irrelevante apreciar as especificidades do caso concreto.

Devemos no atenuar que o direito não é exato. Não conseguimos separar, de forma simétrica, o caso concreto e o direito, ou seja, o fato e a norma. Talvez, por má interpretação do papel dos precedentes, acabamos por criar conceitos universais que ignoram a realidade dos fatos, trazendo uma solução única apenas por semelhança, quando na realidade o ideal seríamos individualizar aquele julgamento.

Há o compadecimento de que o sistema judiciário brasileiro sofre de carência de recursos e infraestrutura, todavia, devemos tomar cuidado para não deferirmos decisões *contra legem*, apenas sob o pretexto de enxugar o volume de processos, com o objetivo de cumprirmos metas de julgamentos. Investir em maior acuidade inicial, na escolha do precedente, para que casos, realmente semelhantes, possam ter solução rápida e fácil.

¹⁰³ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código Penal Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 224.

Afinal, mesmo que haja um uso maduro de precedentes, sem contaminação por conceitos ou reducionismos, não devemos nos afastar da Constituição, pois, não possuímos um ordenamento jurídico com tradição de *common Law*, de modo que não seria possível simplesmente substituir toda hermenêutica jurídica brasileira, preponderantemente, legislativa pelo direito judicial.

4. CONCLUSÃO

De tudo o que foi exposto, é importante que se esclareça que o Brasil passa por um período de mudanças, que geram efeitos no ordenamento jurídico. Diante disso, parece certo que no contexto jurídico brasileiro atual, o maior problema enfrentado pelo Judiciário é a morosidade processual, que acarreta violação dos princípios constitucionais da tutela jurisdicional e do acesso à justiça.

É essa premissa que consolida o maior argumento em defesa da instituição dos precedentes judiciais, isto é, lentidão da Justiça, verificada na prática pelo imenso volume de processos que acumulam nas Cortes superiores.

A introdução de Precedentes no ordenamento brasileiro deixa clara a intenção de atingir resultados que países desenvolvidos já alcançaram na seara de direitos e garantias fundamentais. Observa-se uma democracia, relativamente jovem, ainda carente de referências, tentando se ajustar para consolidar um modelo em evolução.

O Novo Código de Processo Civil de 2015, traçou um roteiro de como os julgadores deverão aplicar precedentes. Não se trata de mera faculdade e, sim, de imperatividade, entretanto, há dificuldade em estabelecer uma homogeneização que assente de maneira eficaz a criação de um princípio de segurança jurídica no Sistema Judiciário Brasileiro, pois observa-se que as características fáticas são relegadas a um plano secundário.

Na tentativa de se estudar parâmetros para a sua utilização foi trabalhada a teoria do autor Cass Sunstein, que versa sobre os acordos de teorização incompleta, defendendo que pessoas podem entrar em consenso a respeito de um resultado sem necessariamente acordarem com qualquer grau de fundamentação racional. Abre-se mão, em prol de uma

eficácia mais célere a partir do resultado obtido, de fundamentações profundas para que a decisão seja justificada.

Além disso, trabalhamos Ronald Dworkin, destacando a força gravitacional do precedente, em que o foco principal está na maleabilidade que o julgador terá com o caso, tendo o cuidado de retroceder a decisões antigas e avaliar os efeitos da sua decisão, ao aplicar o precedente. O termo força gravitacional se dá justamente devido a esse orbitar do precedente no tempo e no espaço, ponderando-se as mudanças culturais e políticas pertencentes de cada época.

Entretanto, ressaltamos a dificuldade de em estabelecermos um juiz “Hércules”, dadas as limitações materiais e intelectuais que os assolam, além da dificuldade em criar um pensamento coerente do início ao fim, levando em conta a relevância de todas as decisões anteriores, não esquecendo os problemas estruturais.

Ou seja, é mais próximo de nossa realidade inferir que o juiz absorve esse caráter individualmente. Encarar essa perspectiva através de um modelo em cadeia, pode ser de difícil implementação na realidade do judiciário brasileiro. O mais próximo dessa realidade é um conjunto de decisões que com teor semelhante que são aglomeradas em um campo de precedentes, que não seguem necessariamente uma linha, mas sim uma rede.

Contudo, infere-se que precedentes são vantajosos ao ordenamento jurídico brasileiro e ao seu desenvolvimento, pois mesmo que de um lado existam dissabores apontados como pontos negativos ou desvantagens em sua utilização, há a expectativa, sobretudo, com a recém - chegada do Novo Código de processo civil, de sanar a necessidade de estabilidade e celeridade do judiciário.

De toda sorte, ainda que exista uma devida aplicação hermenêutica, sem contaminação por conceitos, comparações e reducionismos, faz-se importante estudarmos os parâmetros que serão utilizados na aplicação dos precedentes, visto que o mesmo jamais poderão fugir da Constituição e conseqüente efetivação dos direitos fundamentais, em especial, a igualdade, a segurança jurídica e legalidade.

5. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Carolina Almeida. **A Construção de Precedentes *intracorpis*: a doutrina do STF**. 2017. Dissertação – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017

BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança Jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**. n. 2. 2006. p. 270.

BUSTAMANTE, Thomas. **Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica**. 2007. Tese de Doutorado. Tese de doutorado defendida perante o curso de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. p. 225.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais. **Brasília: Gazeta Jurídica**, 2012, p. 324.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 60, p. 1, out. 1990

_____. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 12, n. 40, p. 26, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil. vol 2**. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 11.

DIXON, Rosalind. “**The Supreme Court of Canada: Charter dialogue and deference,**” University of Chicago Public Law e Legal Theory Working Paper, No. 284 (2009).

DONIZETTI, Elpídio. A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 175, 2015. p. 18.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 39.

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

_____. **O império do direito**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. **English legal system**. 7 ed. Tradução nossa. Dorchester: Pearson Education Limited, 2006, p. 9.

EVANS, Jim. **Change in the doctrine of precedente during the nineteenth century**. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 5.

FON, Vincy; PARISI, Francesco. **Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis**. *International Review of Law and Economics*, v. 26, n. 4, p. 519-535, 2006.

GERALD, Postema. **“Some roots of our notion of precedent”**, in Goldstein, Laurence (ed.). *Precedent in Law*. Oxford Clarendon, 1987, p.9.

GOLDSTEIN, Laurence. **Precedent in law**. New York: Oxford University Press, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Trad. William Rehg. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996.

JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz, **Introdução ao estudo do direito**, São Paulo: Atlas, 2001, p. 240-2.

KOMÁREK, Jan. Judicial lawmaking and precedent in Supreme Courts. 2011. p. 04

KORNHAUSER, Lewis. **Deciding Together**. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-65; NYU Law and Economics Research Paper No. 13-37.

LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da Súmula do STF**. Arquivos do Ministério da Justiça, cit; Problemas do direito público e outros problemas, Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LEITER, Brian. **In Praise of Realism** (and Against 'Nonsense' Jurisprudence). University of Texas Law, Public Law Research Paper No. 138.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 339.

MARMOR, Andrei. **The Ideal of the Rule of Law**. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes Obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: RT, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. e E TUCCI, José Rogério Cruz. Precedente judicial como fonte do direito. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código Penal Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 224.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANTOS, Evaristo Aragão. **Em torno do conceito e da formação do precedente judicial**. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

SAUSEN, Dalton. **Utilização (in)devida dos precedentes: uma reflexão para além do aspecto quantitativo da prestação jurisdicional.** Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, Janeiro: 2011, v.78, n.1, ano XXIX.

SCHAUER, Frederick. **Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy.** In: Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives. Springer Netherlands, 2013. p. 3.

_____. **Precedent.** *Stanford Law Review*, vol. 39, p. 572, 1987

_____. **Thinking Like a Lawyer.** Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SELLERS, Mortimer NS. **The Doctrine of Precedent in the United States of America.** The American Journal of Comparative Law, 2006.

SORIANO, Leonor Moral. **The Use of Precedents as Arguments of Authority, Arguments ab exemplo, and Arguments of Reason in Civil Law Systems.** Ratio Juris, v. 11, n. 1, p. 90-102, 1998.

STRECK, Lênio. **Súmulas Vinculantes em *terraebrasilis*: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes?** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 78, p. 284-319, 2009.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions.** Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, No. 28, 2002.

SUNSTEIN, Cass. **Incompletely theorized agreements.** Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, No. 147, 2007.

_____. **Legal Reasoning and Political Conflict.** Oxford: Oxford University Press, 1996.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy. Institutional Design Writ Small.** New York: Oxford University Press, 2007.

_____. **Second Opinions.** Harvard Public Law Working Paper No. 10 – 38; Harvard Law and Economics Discussion Paper No 673, 2010.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro.** 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/>>. Acesso em: 20-08-2016. p. 44.

VOJVODIC, Adriana; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF.** Revista Direito GV, v. 5, n. 1, p. 021-044, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil Law e common Law**. Revista de processos 172, ano 34, junho São Paulo: RT, 2009

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An introduce to comparative law**. 3 ed. Translated by Toni Weir. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 182