

Hélio Ricardo Diniz Krebs

**A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA O
SISTEMA DE PRECEDENTES**

Dissertação submetida ao
Programa de Pós-
Graduação em Direito da
Universidade Federal de
Santa Catarina, para
obtenção do Grau de
Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr.
Eduardo de Avelar Lamy

Florianópolis
2015

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária
da UFSC.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz

A importância dos direitos fundamentais para o sistema
de precedentes / Hélio Ricardo Diniz KREBS ; orientador,
Eduardo de Avelar LAMY - Florianópolis, SC, 2015.

356 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Precedentes judiciais. 3. Direitos
fundamentais. 4. Neoconstitucionalismo. 5. Constituição e
Processo civil. I. LAMY, Eduardo de Avelar. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-
Graduação em Direito. III. Título.

Hélio Ricardo Diniz Krebs

**A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA O
SISTEMA DE PRECEDENTES**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 13 de março de 2015.

Prof. Ubaldo Cesar Balthazar, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Eduardo de Avelar Lamy, Dr.
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.^a Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Dr.^a
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Pedro Miranda de Oliveira, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Cláudio Eduardo Régis de Figueiredo e Silva, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

RESUMO

Por meio deste trabalho procura-se analisar as principais nuances dos direitos fundamentais a partir de sua afirmação histórica, com ênfase ao período pós Constituição de 1988. Sob tal perspectiva, pretende-se demonstrar a influência dos direitos fundamentais no âmbito do processo em decorrência do neoconstitucionalismo. Conseqüentemente, abre-se caminho para a análise mais aprofundada da temática que envolve os precedentes judiciais. Além disso, busca-se identificar e descrever os aspectos gerais e históricos das famílias de *civil law* e *common law*, especialmente no tocante à força que os precedentes judiciais possuem em cada um desses sistemas, bem como demonstrar as técnicas de uniformização e de aceleração de julgamento previstas no Brasil. Por fim, será demonstrado como deve ser compreendida a utilização dos precedentes no sistema processual brasileiro, a partir da experiência do *common law*, apresentando as formas de interpretação, afastamento e superação do precedente. A partir dessas observações, buscar-se-á demonstrar que o sistema de precedentes traduz-se em instrumento de afirmação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Precedentes.
Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

This work seeks to analyze the main nuances of fundamental rights from its historic affirmation, with emphasis on the post Constitution of 1988 period. Under this perspective, we intend to demonstrate the influence of fundamental rights in the process due to the neoconstitutionalism. Consequently, it opens way for more analysis about the thematic of judicial precedent. In addition, we seek to identify and describe the overview and historical of civil law and common law families, in particular regarding the force that judicial precedents have in each of these families and demonstrate how techniques of standardization and acceleration trial works in Brazil. Ultimately will be shown how it should be understood the use judicial precedents in brazilian precedural system, departing from the common law experience, presenting methods of interpretation, departure and overrule. From these observations, will be sought to demonstrate that the precedente judicial system works as an instrumento for affirmation of the fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights. Precedents. Neoconstitucionalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	25
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
2.1 A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PERÍODO PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	36
2.2.1 Fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais	48
2.2.2 Perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais	51
2.2.3 A distinção entre eficácia e efetividade	57
2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO.....	61
2.3.1 Princípios e regras.....	63
2.3.1.1 <i>O postulado da proporcionalidade e a busca por parâmetros em sua aplicação</i>	68
2.3.1.2 <i>Princípios e regras: uma visão crítica e consentânea com a realidade contemporânea</i>	82
2.3.2 A influência dos direitos fundamentais no âmbito do processo.....	90
3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS	101
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS DOS PRECEDENTES NO <i>COMMON LAW</i>	106
3.1.1 As teorias declaratória e constitutiva da atividade judicial ..	111
3.1.2 A doutrina do <i>stare decisis</i>	120
3.1.2.1 <i>O Poder Judiciário inglês também recebe críticas</i>	129
3.1.2.2 <i>Hierarquia e força dos precedentes na Inglaterra</i>	131

3.1.2.3 <i>Plea rolls, yearbooks e law reports</i>	134
3.1.3 O <i>common law</i> e a teoria do <i>stare decisis</i> no Estados Unidos	135
3.1.3.1 <i>Hierarquia e força dos precedentes nos Estados Unidos</i>	138
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS DOS PRECEDENTES NO <i>CIVIL LAW</i>	140
3.2.1 A Revolução Francesa e o juiz “boca da lei”	141
3.2.2 Do juiz “boca da lei” aos casos difíceis: neoconstitucionalismo como vetor da mudança de paradigmas do <i>civil law</i>	147
3.2.3 Precedente, decisão, jurisprudência e exemplo	154
3.2.4 A eficácia vertical e horizontal do precedente e a importância do <i>autoprecedente</i>	163
3.2.5 A intensidade da influência dos precedentes para as decisões futuras e a função uniformizadora das Cortes Superiores no Brasil	165
4 O PAPEL DOS PRECEDENTES NA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	183
4.1 O PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	184
4.1.1 Técnicas de aceleração de julgamento e técnicas de uniformização da jurisprudência	184
4.1.1.1 <i>Técnicas de aceleração de julgamento</i>	185
4.1.1.2 <i>Técnicas de uniformização da jurisprudência</i>	193
4.1.2 O respeito aos precedentes e à jurisprudência sedimentada no Novo Código de Processo Civil	222
4.1.3 Formação do precedente	229
4.2 TÉCNICAS DE OPERACIONALIZAÇÃO DE PRECEDENTES	242

4.2.1 Ratio decidendi, holding e obiter dicta	243
4.2.1.1 <i>Formação, interpretação e aplicação da ratio decidendi e da holding</i>	247
4.2.1.2 <i>Raciocínio jurídico</i>	259
4.2.2 Distinguishing	263
4.2.2.1 <i>Technique of signaling, transformation e overriding</i>	271
4.2.3 Overruling	274
4.2.3.1 <i>Retrospective overruling, anticipatory overruling e prospective overruling</i>	279
4.2.3.2 <i>Ambientes decisionais</i>	283
4.3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	284
4.3.1 Teoria norte-americana da “state action”	286
4.3.2 Teoria da eficácia indireta ou mediata.....	289
4.3.3 Teoria da eficácia direta ou imediata	293
4.3.4 Teoria dos deveres de proteção e teoria da “convergência estatista”	303
4.3.5 A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a desconstrução de um dogma	308
4.4 PRECEDENTES E DIREITOS FUNDAMENTAIS	321
4.4.1 Precedentes como instrumento para otimização dos direitos fundamentais	321
4.4.1.1 <i>A eficácia dos precedentes por meio dos discursos de aplicação a partir da teoria de Klaus Günther</i>	322
4.4.2 O respeito aos precedentes como instrumento de afirmação de direitos fundamentais	328

<i>4.4.2.1 O sobreprincípio da dignidade da pessoa humana</i>	328
<i>4.4.2.2 Princípio da igualdade</i>	330
<i>4.4.2.3 Princípio da segurança jurídica</i>	331
<i>4.4.2.4 Princípio da legalidade</i>	333
<i>4.4.2.5 Princípios do acesso à justiça, da efetividade e da razoável duração do processo</i>	335
5 CONCLUSÃO	337

1 INTRODUÇÃO

Acredita-se que o principal problema enfrentado pelo Poder Judiciário brasileiro seja o excesso de ações e recursos que aportam diariamente tanto nos órgãos jurisdicionais de 1ª instância, quanto nos tribunais de 2ª instância e nas Cortes Superiores. E esse problema traz consigo efeitos indesejáveis, como a morosidade na entrega da prestação jurisdicional e a conseqüente ineficiência da tutela jurídica prestada pelo Estado. Aponta-se como uma das principais causas desse problema, ao lado da litigiosidade em massa e a ela atrelada, a ausência de respeito aos precedentes judiciais por parte de juízes, desembargadores e também pelos próprios ministros das Cortes Superiores.

Desde o ano de 2007, quando o Mestrando ingressou no quadro de estagiários da assessoria jurídica do Banco do Brasil, um dos assuntos que mais lhe chama a atenção é justamente a diversidade de entendimentos de juízes, desembargadores e ministros sobre as mesmas questões jurídicas, bem como as causas e efeitos dessa problemática, pois é normal aprender, antes mesmo de cursar a faculdade de Direito, que a igualdade é um direito fundamental previsto expressamente na Constituição Federal. Assim, casos iguais deveriam ser tratados igualmente pelo Poder Judiciário, mas a realidade que se apresenta no Brasil é diversa.

A preocupação com essa temática levou o Mestrando a apresentar, como trabalho de conclusão de curso da graduação, monografia intitulada de “O Contrato de Abertura de Crédito à luz do TJSC e do STJ”, por meio da qual demonstrou muitas divergências de entendimento sobre as mesmas questões jurídicas, entre ambos os tribunais. Em verdade, nessa dissertação tentar-se-á demonstrar que, não se trata exatamente de divergência de entendimentos, mas sim desrespeito pelo tribunal de 2ª instância à autoridade das decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Alguns anos depois, em 2011, o Mestrando apresentou como trabalho de conclusão de curso de especialização em Direito Processual Civil, monografia intitulada de “Recursos Especiais Repetitivos: A nova (e polêmica) sistemática introduzida pela Lei 11.672/08.” A sistemática dos recursos especiais repetitivos, prevista no art. 543-C do CPC e inspirada na Lei 11.418/2006 – que inseriu o art. 543-B no CPC e criou o julgamento simplificado em recursos múltiplos que versam sobre a mesma matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal – possui como objetivo justamente atenuar a enxurrada de feitos em tramitação no Superior Tribunal de Justiça e possibilitar o cumprimento da promessa constitucional de julgamento em tempo razoável, com a missão de atenuar a pleora de feitos em tramitação no Superior Tribunal Justiça e

possibilitar o cumprimento da promessa constitucional de julgamento em tempo razoável, com a concessão de meios que garantam a celeridade na tramitação dos processos (art. 5.º, LXXVIII, da CF), além de servir de instrumento de afirmação do princípio da segurança jurídica.

No decorrer deste curso, paralelamente à produção desta dissertação, o Mestrando participou como painellista dos eventos: “II Seminário Internacional de Teoria das Instituições: Cortes Constitucionais & Realidade Política”, no Rio de Janeiro/RJ, e “II Simpósio de Políticas Públicas, Democracia e Poder Judiciário”, em Curitiba/PR, tendo apresentado, em coautoria com a também Mestranda Juliana Borinelli Franzoi, os artigos intitulados “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como Instrumento de Aproximação ao Common Law” e “Estudo comparado entre o julgamento de recursos repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas”, tendo este último sido publicado em obra coletiva coordenada pelas professoras Cláudia Maria Barbosa e Daniele Anne Pamplona.

Tais artigos, por possuírem o mesmo pano de fundo do tema desta dissertação, serviram para maturar as ideias aqui desenvolvidas, afastando entendimentos que antes pareciam corretos aos olhos do Mestrando, mas que agora são vistos sob outra perspectiva.

Seguindo a linha dos estudos elaborados anteriormente, o tema escolhido para esta dissertação não poderia ser outro. Os precedentes judiciais, porém, vistos através de uma filtragem pelos direitos fundamentais, uma vez que a dogmática tradicional vem mostrando-se ineficaz para exterminar os diversos problemas decorrentes da dispersão de entendimentos jurisprudenciais.

Sendo assim, no primeiro capítulo far-se-á um excuroso histórico sobre a afirmação dos direitos fundamentais no mundo ocidental, tendo como primeiro ponto de parada a Constituição de 1988. Em seguida, serão abordados os principais aspectos referentes ao tratamento conferido pelo constituinte aos direitos fundamentais, bem como as principais nuances de tais direitos no ordenamento jurídico pátrio, no período pós Constituição de 1988

Como a Constituição de 1988 foi concebida já sob os auspícios do neoconstitucionalismo, essa nova ordem de ideias merece atenção especial, principalmente por estar intimamente ligada à teoria dos princípios que, em muito, influencia as decisões judiciais. Por isso mesmo, ainda no primeiro capítulo, pretende-se discorrer sobre as principais teorias que distinguem princípios e regras como duas espécies de normas, apontando as consequências práticas de tais distinções na argumentação jurídica e na operacionalização de precedentes judiciais,

em especial para a otimização da eficácia dos direitos fundamentais por meio do processo.

Tendo em vista que, os países da família do *common law* tradicionalmente desenvolveram-se sob uma cultura de respeito aos precedentes, enquanto que os de *civil law*, como o Brasil, depositaram maior confiança nas leis escritas, no segundo capítulo será feito um resgate histórico dessas tradições, com o objetivo de encontrar as razões pelas quais hoje, no Brasil, tanto se escreve sobre as técnicas de operacionalização de precedentes provenientes dos sistemas de *common law*. Para tanto, no tocante aos sistemas de *common law*, serão abordadas as principais características da atividade judicial e da força dos precedentes na Inglaterra, berço do *common law*, e nos Estados Unidos. No que se refere ao *civil law*, o estudo concentrar-se-á nas características e evolução do desenvolvimento da atividade judicial e da força da jurisprudência, a partir da Revolução Francesa, tendo como ponto de chegada a intensidade da influência dos precedentes para as decisões futuras e a função uniformizadora das Cortes Superiores do Brasil.

Por fim, no terceiro capítulo, serão demonstrados os avanços legislativos ocorridos ao longo das últimas décadas no Brasil com o intuito de instituir técnicas de aceleração de julgamento e de uniformização de jurisprudência e, com isso, frear a litigiosidade assombrosa que abarrotava os tribunais de processos. O ponto alto do avanço dessas técnicas, será demonstrado, é o Novo Código de Processo Civil, sancionado pela presidente Dilma Rousseff em 16.03.2015. Frise-se, contudo, que, como este estudo foi elaborado quando o Novo Código ainda tramitava pelas Casas do Poder Legislativo, o tratamento conferido a essas técnicas dar-se-á de forma sucinta e objetiva, porém, sem descuidar de uma abordagem crítica sobre as tendências previstas para quando a utilização de tais técnicas se torne realidade. Grande parte dessa abordagem passará pela análise das técnicas de operacionalização de precedentes a partir da experiência de países do *common law*, em especial, a Inglaterra e os Estados Unidos. No terceiro capítulo também será feita uma abordagem das principais teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, também denominada de eficácia horizontal, uma vez que este trabalho visa a interligar as temáticas dos precedentes judiciais e dos direitos fundamentais sob uma perspectiva ampla, isto é, não apenas no tocante às relações entre o Estado e os entes particulares. Em paralelo, buscar-se-á demonstrar de que formas tais teorias podem ser úteis na operacionalização de um sistema de precedentes.

Ao final do terceiro capítulo, com o fito de otimizar as técnicas que

buscam trazer a tão sonhada estabilidade jurisprudencial, serão aproveitadas as conclusões alcançadas até então sobre os direitos fundamentais e as técnicas de operacionalização de precedentes que há séculos se desenvolvem nos países de *common law* e que são objeto de estudo do direito comparado ao redor do mundo.

Assim, espera-se alcançar resultados positivos no sentido de traçar parâmetros para que advogados, juízes, promotores e seus respectivos assessores e estagiários possam discursar dentro de um mesmo círculo, com convergência de entendimentos ao menos no que diz respeito à urgência de se uniformizar a jurisprudência, conferir o devido respeito aos precedentes e, assim, garantir tratamento isonômico aos jurisdicionados, trazendo-lhes previsibilidade e segurança para pautarem suas condutas de acordo com critérios objetivos.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste primeiro capítulo pretende-se apresentar um panorama geral sobre os direitos fundamentais, a partir de sua afirmação histórica, passando pelo reconhecimento de tais direitos na Constituição Federal de 1988 e tendo, como ponto de chegada, a análise da influência dos direitos fundamentais no âmbito do processo.

No tocante a este último ponto, sem o intuito de esgotar a matéria, serão exploradas teorias contrapostas, concernentes à diferenciação entre princípios e regras, assim como alguns aspectos relevantes, referentes às restrições aos direitos fundamentais.

Ressalta-se, desde já, que, de modo geral, não se pretende optar rigidamente por uma ou outra teoria, e sim demonstrar que o conhecimento sobre elas pode servir de importante instrumento de operacionalização do sistema de precedentes que está se firmando no país, especialmente em razão do Novo Código de Processo Civil¹, sancionado pela Presidente Dilma Rousseff em 16.03.2015.

2.1 A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao tratar do tema *direitos fundamentais*, deve-se esclarecer, inicialmente, que estes não se confundem com os direitos humanos, ainda que haja uma interação recíproca entre eles e ambos sejam tratados comumente como sinônimos. O termo direitos fundamentais refere-se àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.²

¹ Lei 13.105/15. De ora em diante denominado apenas NCPC.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 33-34. Para Peter Häberle (HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradução nossa. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 304), no entanto, o conceito de direitos fundamentais (*grundrechte*) englobaria os direitos humanos universais e os direitos nacionais dos cidadãos garantidos pela Constituição, contra os abusos que possam ser cometidos pelo Estado ou pelos particulares, sendo ambas as classes de direitos imprescindíveis à cultura jurídica de todo Estado Constitucional.

J. J. Gomes Canotilho assevera que a positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. E o local exato dessa positivação é a Constituição. É necessário assinalar-lhes dimensão de *Fundamental Rights* (Direitos Fundamentais) inseridos no lugar mais alto das fontes de direito: ou seja, as normas constitucionais. Segundo o mencionado autor, sem essa positivação jurídica, os direitos do homem são meras esperanças, aspirações, ideias, ou mesmo simples retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.³

Já a expressão direitos humanos possui relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de estarem previstos em determinada ordem constitucional e que, portanto, possuem validade universal, para todos os povos e tempos.⁴

Os direitos humanos podem ser absolutos e relativos, sendo aqueles os direitos que todos têm frente a todos (v.g., o direito à vida) e estes os direitos que todos os membros de uma comunidade jurídica têm na sua comunidade legal (v.g., o direito ao voto). Tanto um quanto o outro são considerados direitos suprapositivos ou morais, podendo-se afirmar que, mesmo antes de serem positivados, constituem uma ordem jurídica superior, objetiva, capaz de servir de fundamento universal para todo o sistema jurídico. Por isso, é possível apontar como exemplos de violação de direitos humanos os crimes praticados na Alemanha Nazista, o *Apartheid* na África do Sul e a negação das liberdades políticas e sindicais no Chile de Pinochet, mesmo que nenhum desses ordenamentos jurídicos possuísse tais direitos positivados.⁵

Com efeito, a afirmação dos direitos humanos e o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, dando origem posteriormente aos direitos fundamentais, ocorreu em três momentos distintos, sempre a partir da limitação do poder político. Uma pré-história, que foi das civilizações antigas até a Idade Média, onde se destacaram as limitações de poderes no reino unificado de Davi, entre os anos de 996 e

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 33-34.

⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neopositivismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 39.

963 a.C. e, posteriormente, nos séculos VI e V a.C. na democracia ateniense e na República romana, respectivamente.⁶

Na Idade Média, teve destaque a Magna Carta de 1215, por meio da qual o Rei João Sem Terra reconheceu certos privilégios e liberdades aos barões feudais, limitando a sua própria soberania e vinculando o monarca às leis editadas. Nesse período, portanto, despontou o valor da liberdade, porém, não a liberdade geral, em favor de todos, mas sim algumas liberdades concedidas especificamente às classes superiores da sociedade da época, o clero e a nobreza, recebendo o povo apenas alguns benefícios oriundos, especialmente, da ascensão social dos comerciantes, em razão da abertura das vias marítimas.⁷

Em seguida, destacam-se as declarações de direitos inglesas, efetuadas a partir do século XVII d.C., quais sejam: a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento e que entrou em vigor já no reinado de Guilherme d'Orange, como resultado da chamada *Revolução Gloriosa*, de 1688; e, ainda, o *Establishment Act*, de 1701, que definiu as leis da Inglaterra como as leis naturais de seu povo. Os direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses por meio desses documentos surgem como resultado da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa, implicando expressiva ampliação, tanto no que diz respeito ao conteúdo das liberdades, quanto no que toca à extensão da sua titularidade a todos os cidadãos ingleses.⁸

Por fim, houve uma fase de positivação dos direitos fundamentais, iniciada em 1776, através da declaração da independência dos Estados Unidos e complementada pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que, embora as declarações inglesas tenham sido de suma importância para a afirmação dos direitos fundamentais, sobretudo por conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, tais documentos não podem ser considerados como o marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais, no sentido que hoje se atribui ao termo. Para o autor, foi a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, que deu origem aos direitos fundamentais constitucionais, ainda que este *status* constitucional

⁶ LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 85-86.

⁷ LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderley. 2011, p.86.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 42-43.

da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente em 1791, quando da incorporação da *United States Bill of Rights* à Constituição Americana de 1787. Contudo, de igual importância foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da revolução que provocou a derrubada do *Ancien Régime* e a instauração da ordem burguesa na França. Diante do aspecto cronológico, é inegável que os documentos americanos influenciaram a Declaração Francesa de 1789, mas, do mesmo modo, não se contesta a influência da doutrina iluminista, sobretudo dos contratualistas franceses Jean-Jacques Rousseu e Charles de Montesquieu, no tocante à incorporação do princípio democrático e da teoria da separação de poderes pela Constituição Americana de 1789.⁹

De acordo com Alexandre de Moraes, a origem formal do constitucionalismo encontra-se ligada a esse período, especificamente às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América (1787), após a Independência das 13 Colônias, e da França (1791), a partir da Revolução Francesa, as quais apresentam dois traços marcantes: “organização do estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais”.¹⁰

Portanto, foi a partir desse momento histórico que a lei, como expressão da vontade geral, e o princípio da separação dos poderes, passaram a embasar e ser inerentes à própria concepção do Estado de Direito, como organizador e delimitador do poder político que deixou de ser absoluto.¹¹

Em razão das transformações por que passaram os direitos fundamentais ao longo da história das Constituições, principalmente no que concerne ao seu conteúdo e à sua titularidade, costuma-se dividir os direitos humanos em gerações ou dimensões. Frise-se, desde já, que o termo “gerações” há muito vem sendo alvo de críticas doutrinárias por dar a errônea impressão de que os direitos fundamentais substituir-se-iam uns aos outros gradativamente, quando na realidade eles possuem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, decorrente do reconhecimento progressivo de novos direitos, razão pela qual se opta neste trabalho pelo termo “dimensões”. A controvérsia, no entanto, reside

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 43-44.

¹⁰ MORAES. Alexandre de. *Direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 37.

¹¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição, direito constitucional positivo*. 12 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 59.

apenas no campo terminológico das expressões “dimensões” e “gerações” de direitos, havendo consenso, em princípio, quanto ao seu conteúdo.¹² Do mesmo modo, adverte-se que, embora as terminologias “gerações” e “dimensões” comumente estejam relacionadas aos direitos humanos, inclusive como consta na obra clássica de Norberto Bobbio¹³, elas se aplicam igualmente aos direitos fundamentais já constitucionalizados.¹⁴

Com efeito, a primeira dimensão refere-se àqueles direitos conquistados pelo homem na luta contra os governos absolutistas e arbitrários, aí reconhecidos os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São direitos de conteúdo negativo, pois não dependem de uma atuação do Estado, reclamando, por outro lado, a sua não intervenção na esfera dos particulares.¹⁵

A segunda dimensão, por sua vez, é marcada pela conquista de direitos da classe operária após a Revolução Industrial, quando ficou reconhecido o dever do Estado de assegurar-lhes os direitos sociais, civis e políticos. É fruto das graves consequências socioeconômicas que acompanharam a acumulação da riqueza nas mãos dos detentores do capital, em razão da exploração do proletariado. Esses direitos foram conquistados pelos movimentos reivindicatórios dos trabalhadores, resultando num progressivo reconhecimento do direito ao bem-estar social, o que passou a exigir do Estado uma postura ativa no sentido de efetivá-los, ao contrário da inércia que lhe exigiam os direitos de primeira dimensão.¹⁶

Já a terceira dimensão, surgida em meados do século XX, ao contrário das dimensões anteriores, que possuíam caráter de proteção individual, diz respeito ao reconhecimento dos direitos metaindividuais, resultante de uma visão de coletividade, fraternidade e solidariedade, gerada no período pós Segunda Guerra Mundial, em razão das atrocidades vivenciadas naquela época. Por isso, os direitos fundamentais de terceira dimensão são também chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade.¹⁷

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 45.

¹³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 2004.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 46.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 563-564

¹⁶ LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderley. 2011, 91-92.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 48.

Ao comentar sobre os direitos fundamentais de terceira dimensão, Celso Lafer assevera que se tratam, sobretudo, de direitos não dos indivíduos, mas de grupos humanos, como a família, o povo, a nação e a própria humanidade.¹⁸ São protegidos os direitos a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos, entre outros direitos difusos.¹⁹

Em resumo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que “[...] a primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim, complementaria o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade e fraternidade*”.²⁰

A terceira dimensão, ainda antecede a quarta, que para Paulo Bonavides é voltada ao reconhecimento da globalização dos direitos fundamentais, consagrando os direitos à democracia direta, à informação e ao pluralismo, ampliando-se o exercício da cidadania.²¹ O mesmo autor ainda defende a existência de uma quinta geração de direitos fundamentais, consubstanciada na proteção ao direito de paz.²²

¹⁸LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 131.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. 2004, 62. Com relação ao direito à paz, deve-se ressaltar a posição de Paulo Bonavides (A quinta geração de direitos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 2, n. 3, p. 82-91, abr./jun. 2008.), no sentido de que tal direito integraria uma quinta geração de direitos fundamentais, o que faz sob a justificativa de que deve-se assegurar ao direito à paz um lugar de destaque que não lhe foi dado pela terceira dimensão de direitos.

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57.

²¹ BONAVIDES, Paulo. 2010, p. 571. Outros autores, no entanto, entre eles Norberto Bobbio (2004, p. 9) e Pietro de Jesús Lora Alarcón (*O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004, p. 90), identificam a quarta dimensão de direitos fundamentais com a preocupação voltada aos avanços tecnológicos relativos à vida, especialmente na manipulação de genes humanos.

²² BONAVIDES, Paulo. 2008, p. 82-91. Para Antônio Carlos Wolkmer (Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antônio Carlos (Org.) *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15) no entanto, os direitos de quinta geração seriam aqueles “advindos das tecnologias de informação (*internet*), do ciberespaço e da realidade virtual em geral”. No mesmo sentido, cf. Luis Carlos Cancellier de Olivo (Os “novos” direitos enquanto direitos públicos virtuais na sociedade da informação. In: LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antônio Carlos (Org.) *Os “novos” direitos no Brasil. Natureza e perspectivas: uma visão*

Não obstante, como assevera Eduardo Cambi, não é correto limitar a carga protetiva dos direitos fundamentais às gerações ou dimensões, uma vez que a tutela de tais direitos deve ser buscada no contexto histórico-social em que se movem. Assim, não importa saber, por exemplo, se a tutela contra a biopirataria ou o terrorismo é de quarta ou quinta dimensão/geração, uma vez que não há um elenco limitado de perigos a serem combatidos.²³

É importante ressaltar, contudo, que foi no contexto da terceira dimensão, em razão da barbárie que acometera a humanidade com a Segunda Guerra Mundial, que os direitos humanos passaram a ser incorporados - como direitos fundamentais - com mais vigor às Constituições. Nesse sentido, Eduardo de Avelar Lamy assevera que:

O reconhecimento da existência de direitos fundamentais oriundos, especialmente, do respeito à dignidade da pessoa humana, que passou a ser amplamente difundido pelos ordenamentos ocidentais após o Holocausto e a Segunda Guerra Mundial, trouxe para o direito uma preocupação com valores muitas vezes desconsiderada pela sua teoria geral, até então muito mais dedicada ao universo da validade normativa.²⁴

Como se pode ver até aqui, a efetivação dos direitos fundamentais é fruto de difíceis conquistas sociais, traduzidas na história da luta, por vezes sanguinária, pela superação das graves diferenças entre sujeitos de direitos discriminados, indevidamente, como objetos (v.g., na escravidão dos negros), seres de menor dignidade (v.g., como foram ou são as práticas do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia e de outras formas de intolerância)²⁵, ou ainda em razão de sua classe social.

Por isso é que a afirmação dos direitos fundamentais normalmente é acompanhada pela negação e superação dos antigos regimes. Nesse sentido, deve-se ressaltar que as transformações mais importantes no Direito Constitucional contemporâneo se deram a partir da Segunda

básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 332-333).

²³ CAMBI, Eduardo. 2011, p. 40.

²⁴ LAMY, Eduardo de Avelar. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 173, p. 1, jul. 2009 (versão online).

²⁵ CAMBI, Eduardo. 2011, p. 32.

Guerra Mundial, destacando-se: a Lei Fundamental de Bonn (1949), na Alemanha, fruto do repúdio ao nazismo; a Constituição Italiana (1947), que nasceu da resistência e da guerra de liberação contra o regime fascista; as Constituições portuguesa (1976) e espanhola (1978), ao romperem com os regimes de Salazar e Franco; e, ainda, a Constituição Brasileira (1988), como resposta democrática à ditadura militar.²⁶

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PERÍODO PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como bem acentua Oscar Vilhena Vieira, os direitos fundamentais, ao servir de veículo para a incorporação dos direitos da pessoa humana pelo Direito, passam a se constituir numa importante parte da reserva de justiça do sistema jurídico.²⁷ E isto se dá em três sentidos:

Em primeiro lugar pela abertura dos direitos fundamentais à moralidade – o que se pode verificar pela incorporação pelos direitos fundamentais de valores morais, como a dignidade humana, a igualdade ou a liberdade; por outro lado, a gramática dos direitos fundamentais impõe que o mesmo padrão de respeito e consideração exigido no tratamento de uma pessoa seja dispensado em relação a todas as outras pessoas ou, ao menos, para todas as pessoas que se encontrem numa mesma situação – tratando-se, assim, de um meio voltado a distribuir de forma imparcial os interesses e valores que são protegidos como direitos; por fim, os direitos fundamentais organizam procedimentos, como o devido processo legal e a própria democracia, que favorecem que as decisões coletivas sejam tomadas de forma racional.²⁸

Sendo direitos reconhecidos por diferentes ordens constitucionais, é natural que os respectivos catálogos de direitos fundamentais tenham regimes jurídicos que guardem suas especificidades. E é por meio desse catálogo de direitos assegurados a uma determinada sociedade que se

²⁶ CAMBI, Eduardo. 2011, p. 32-33.

²⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36.

²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. 2006, p. 36-37.

poderá tentar descobrir os princípios de justiça escolhidos para regular o convívio entre as pessoas, bem como dessas pessoas com a autoridade política.²⁹

No Brasil, como visto, a Constituição de 1988 foi o resultado de uma longa batalha contra o regime autoritário militar, instalado no Brasil em 1964 e que perdurou até 1985.³⁰ O regime militar foi caracterizado pela fusão entre os militares e o Poder Executivo, de modo que as Forças Armadas passaram a exercer controle direto das principais funções governamentais, culminando na supressão de direitos constitucionais e no centralismo federativo na União, em detrimento da autonomia dos Estados.³¹

Esse longo período ditatorial foi decisivo para que o processo de redemocratização e de elaboração da Constituição de 1988 se desse por meio de amplos debates, sendo que tais fatos encontram-se intrinsecamente ligados à formatação do amplo catálogo de direitos fundamentais da nova ordem constitucional que se instaurou.³² Assim, a Constituição de 1988 introduz notável avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais³³ e na proteção de esferas

²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. 2006, p. 37-38.

³⁰ José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88) narra que "A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado de Direito Democrático começara assim que instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI-5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição de governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social".

³¹ PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 45, p. 1-2, out. 2003 (versão online).

³² SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 63-66.

³³ Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 28), o uso da expressão "direitos fundamentais" pelo constituinte de 1988 foi inspirado na Lei Fundamental da Alemanha (1949) e na Constituição Portuguesa de 1976, rompendo, assim, com a tradição do direito constitucional positivo pátrio. Isso porque, na Constituição de 1824, falava-se nas "Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros), ao passo que a Constituição de 1981 continha somente a expressão "Declaração de Direitos" como epígrafe da Secção II, integrante do Título IV. Na Constituição e 1934, utilizou-se, pela primeira vez, a expressão Direitos e Garantias Individuais", mantida nas Constituições de 1937 e 1946 (integrando o

vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganharam relevo extraordinário³⁴, podendo-se afirmar, de certo modo, que pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio a matéria foi tratada com a merecida importância.³⁵ Por isso, Flávia Piovesan afirma que “[...] a Carta de 1988 destaca-se como uma das Constituições mais avançadas do mundo, no que respeita à matéria”.³⁶

Conforme consta do seu preâmbulo, por meio dela institui-se no Brasil um legítimo Estado Democrático de Direito, com o objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.³⁷ E como princípio fundamental que constitui esse Estado Democrático de Direito, destaca-se, entre outros, a dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF/88).

Desse modo, percebe-se a importância que a Constituição de 1988 confere aos valores do bem-estar social e da dignidade da pessoa humana, conforme há muito já percebeu José Afonso da Silva:

É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.³⁸

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da relatoria do Ministro Celso de Mello, reconhece que o postulado da dignidade da pessoa humana representa:

Título IV da declaração de Direitos), bem como na Constituição de 1967, inclusive após a Emenda nº 1 de 1969, integrando o Título da Declaração de Direitos.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. 2003, p. 2.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 63.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. 2003, p. 2.

³⁷ No art. 3º da Constituição de 1988, tais valores aparecem, de forma mais específica, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 93.

[...] considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1.º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.³⁹

Em verdade, pode-se dizer que o respeito aos direitos fundamentais configura-se na própria concretização do princípio da dignidade humana,⁴⁰ que, segundo a lição de Flávia Piovesan, se impõe como “[...] núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”.⁴¹

Contudo, deve-se ressaltar que não existe historicamente uma conexão necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, uma vez que este conceito, pelo menos desde o século XV, já vinha sendo alvo de discussões em doutrinas de matriz religiosa e filosófica, sem qualquer relação com catálogos de direitos fundamentais. Como afirma Jorge Miranda:

A ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com o Estado Social de Direito e, mais rigorosamente, com as Constituições e os grandes textos internacionais subsequentes à segunda guerra mundial, e não por acaso. Surge em resposta aos regimes que “tentaram sujeitar e degradar a

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 85.988/PA, rel. Min. Celso de Mello, j. 04.05.2010.

⁴⁰ Nesse sentido, cf. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 54-55. Moraes, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 1997, p. 89.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. 2003, p. 3. No mesmo sentido, cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 231. PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 318-319.

pessoa humana” (Preâmbulo da Constituição francesa de 1946) e quando se proclama que “a dignidade da pessoa humana é sagrada” (art. 1º da Constituição alemã de 1949). E, ao afirmar que o “desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem” tinham conduzido “a actos de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade” e que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade e da paz do mundo” (Preâmbulo da Declaração Universal).⁴²

Voltar-se-á ao princípio da dignidade da pessoa humana no item 4.4.2.1, após já estarem bem delineadas as premissas deste trabalho, para então relacioná-lo ao tema dos precedentes judiciais. Por ora, é o que basta para ressaltar sua interdependência com os direitos fundamentais, que é o tema principal deste capítulo inicial.

Com efeito, voltando a falar do catálogo de direitos fundamentais, verifica-se que a Constituição reservou-lhes local de destaque em seu corpo, uma vez que se encontram positivados no Título II, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais.⁴³ Mas não é só. Da simples leitura do Capítulo I do Título II – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos – verifica-se que a Constituição de 1988 incorporou a tutela dos direitos coletivos e difusos, diferentemente da Constituição anterior, que consagrava somente direitos e garantias individuais.⁴⁴

Além disso, outra inovação trazida pela Constituição de 1988, diz respeito à incorporação expressa dos direitos sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais (Capítulo II do Título II – Dos Direitos Sociais), já que nas Constituições anteriores esses direitos encontravam-se positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes reconhecido caráter meramente programático, salvo algumas exceções.⁴⁵

De acordo com Clémerson Merlin Clève, a Constituição de 1988 adotou, do ponto de vista da técnica legislativa, uma metodologia distinta

⁴² MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 168.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 66.

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. 2003, p. 4.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 66-67.

com relação à matéria, especialmente quando em vários dispositivos constitucionais, mas, especialmente, no art. 6.º, os nominou reportando-se aos direitos à (proteção da) saúde, ao lazer, à moradia (incluído no rol por força da EC 26/2000), à educação, à previdência, entre outros, contemplando-os como *verdadeiros* direitos fundamentais. E esta previsão explica-se, em parte, pelo momento especial pelo qual passava a experiência constitucional brasileira na década de oitenta, conforme já narrado anteriormente, o que demandou do Constituinte um compromisso com os postulados do Estado Democrático de Direito. Explica-se, também, pela ampla discussão e disputabilidade que caracterizou o processo de elaboração da Constituição, favorecendo a participação dos movimentos sociais que estavam a reivindicar esses direitos.⁴⁶

Essa ampliação da proteção aos direitos fundamentais manifesta-se também, como asseveram Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁷ e Flávia Piovesan⁴⁸, pela inclusão destes no rol das cláusulas pétreas, do art. 60, § 4º da Constituição de 1988.

Oscar Vilhena Vieira atenta para o fato de que a Constituição de 1998 é extremamente generosa em termos de direitos, uma vez que:

Somente no art. 5º temos 77 incisos dispendo basicamente sobre direitos civis, ou seja, direitos relativos às liberdades, à não-discriminação e ao devido processo legal (garantias do Estado de Direito). Alguns dos direitos relativos às liberdades são retomados a partir do art. 170, que rege nossa ordem econômica. Do art. 6º ao art. 11, por sua vez, temos direitos sociais, que serão ainda estendidos entre os arts. 193 e 217. Neste campo nossa Constituição reconhece como direitos fundamentais os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência e à assistência social, entre outros. O art. 12 articula as condições de nacionalidade, e do art. 14 ao art. 17 temos as bases para o exercício dos direitos de cidadania política,

⁴⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*. vol. 1, p. 2-3, set. 2012 (versão *on line*).

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 66-67.

⁴⁸ Flávia Piovesan (2003, p. 17) lembra que a Constituição anterior, de 1967, resguardava como cláusula pétrea somente a Federação e a República (art. 47, § 1º), sem fazer qualquer menção aos direitos e garantias individuais.

ou direitos políticos. Por fim, há, ainda, direitos ligados a comunidade e grupos vulneráveis, como a proteção especial à criança, ao idoso, ao índio (arts. 227, 230 e 231), ou, ainda, a proteção ao meio ambiente (art. 225 da CF).⁴⁹

Segundo o autor, contudo, esta tentativa de conciliar princípios liberais, democráticos, sociais e comunitários ou solidários gera uma enorme dificuldade não apenas ao intérprete da Constituição, mas principalmente àqueles que têm como responsabilidade a implementação de tais direitos.⁵⁰

De todo modo, o que se percebe é que, ao lado dos direitos clássicos de defesa (liberdades, direitos e garantias), a Constituição de 1988 não só assegura como amplia o rol dos chamados direitos prestacionais (sociais, econômicos e culturais), que pressupõem a existência de orçamento e de dotações específicas para serem efetivados. Por isso é que a Constituição portuguesa adota uma dualidade de regimes para a efetivação de cada uma dessas duas espécies de direito⁵¹, o que não foi feito pelo constituinte brasileiro de 1988. Como consequência disso, a norma que prevê a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5, § 1º da CF/88) incide tanto sobre os direitos fundamentais clássicos como sobre aqueles direitos que exigem uma atuação positiva do poder público.⁵²

Conforme defendem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a redação do referido dispositivo constitucional é por demais clara e evita a perenidade das normas programáticas no tocante aos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual todo e qualquer direito previsto no art. 5º da CF/88 pode ser desde já invocado, ainda que não exista norma infraconstitucional que o regule.⁵³

A aplicação direta, de acordo com J. J. Gomes Canotilho, não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam

⁴⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. 2006, p. 41.

⁵⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. 2006, p. 41. Para uma abordagem mais específica sobre aos problemas decorrentes desse amplo catálogo de direitos fundamentais, entre eles a fundamentalidade discutível de alguns direitos, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 68-73.

⁵¹ CF. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003, p. 415 *et seq.*

⁵² CLÈVE, Clémerson Merlin. 2012, p. 4.

⁵³ NERY JÚNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação infraconstitucional*. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2009, p. 198-199.

independentemente da atuação do legislador. Significa também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desacordo com a Constituição.⁵⁴

Ao tratar sobre o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, Flávia Piovesan defende ser inadmissível a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, “posto que a omissão estatal viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir direito fundamental”. Assim, extrai-se do sistema constitucional de 1988 as características de um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social, de modo que cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata também aos direitos sociais.⁵⁵ Deste modo, contrapondo-se ao Estado Liberal, em que reinava a *neutralidade* do Poder Judiciário frente aos demais poderes como imperativo da teoria clássica da separação dos poderes, emerge o Estado Social, com a função de controlá-los, sempre que comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado, impedindo a concretização dos direitos fundamentais. Com isso, *desneutraliza-se* o Poder Judiciário, cuja função deixa de ser somente a de dizer o que é certo ou errado com base na lei, mas, também, a de examinar se o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar conduzem à efetivação dos resultados objetivados pela Constituição.⁵⁶

Com razão, portanto, Andreas Joachim Krell ao observar que:

A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003, p. 1179.

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. 2003, p. 4-5. Vale ressaltar que José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 177) considera os direitos sociais como normas de eficácia limitada, cuja aplicabilidade seria indireta, mediata e reduzida.

⁵⁶ CAMBI, Eduardo. 2011, p. 32-33.

entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. [...] A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.⁵⁷

Assim sendo, na omissão do Poder Público, o Poder Judiciário vem sendo alvo e berço de pleitos e decisões voltados à tutela desses direitos de segunda dimensão. Nesse sentido, destaca-se recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida pelo Min. Celso de Mello ao negar seguimento ao Recurso Extraordinário com Agravo n. 727.864⁵⁸, interposto pelo Estado do Paraná contra decisão do Tribunal de Justiça daquele estado, que manteve sentença proferida em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Paraná, por meio da qual foi determinado o custeio, pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas aos pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS) atendidos pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU), no caso de inexistência de leitos na rede pública no Município de Cascavel e seu entorno.

Essa espécie de decisão integra o conceito do que se tem comumente chamado de *ativismo judicial*, conceito este muitas vezes atrelado a uma conotação negativa, de extrapolação das funções do Poder Judiciário em detrimento dos Poderes Legislativo e Executivo. Embora este trabalho não se proponha a examinar a fundo os limites e

⁵⁷ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 22-23.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 727.864/PR, rel. Min. Celso de Mello, j. 09.9.2014.

possibilidades, os acertos e desacertos do *protagonismo judiciário*, prestigia-se quanto ao assunto a conclusão de Luís Roberto Barroso:

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.⁵⁹

Com efeito, não são poucos os meios processuais existentes no Brasil para que os direitos fundamentais sejam efetivados por intermédio do Poder Judiciário, sendo imperioso ressaltar que a Constituição de 1988 também introduziu inovações nesta seara. Ao lado de garantias tradicionais, como o *habeas corpus* (previsto pela Constituição de 1891), o mandado de segurança e a ação popular (previstos pela Constituição de 1934), a Constituição de 1988 estabelece como novas garantias constitucionais o mandado de injunção, o *habeas data* e o mandado de segurança coletivo. A Constituição de 1988 também alargou o objeto da ação civil pública prevista pela Lei nº 7.347/1985, tornando-a instrumento de proteção de todo e qualquer direito difuso ou coletivo, não mais ficando restrita à tutela do meio ambiente, consumidor ou bens de valor artístico. Dessa feita, passam a ser tuteláveis por meio da ação civil pública os direitos sociais à saúde, à educação, ao transporte, entre outros direitos prestacionais.⁶⁰

Não se pode deixar de mencionar, ainda, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. A primeira, contudo, se mostra um mecanismo frágil de controle da omissão estatal violadora de direito fundamental, uma vez que se limita a declarar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar ao poder competente que adote as providências necessárias. É

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judiciário e legitimidade democrática. *Atualidades jurídicas*. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, n. 4, p. 19, jan/fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 14 set. 2014.

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. 2003, p. 8-9.

a arguição de descumprimento de preceito fundamental, como aponta Clémerson Merlin Clève, que se mostra como opção possivelmente mais eficaz no controle das omissões estatais, porém, deve-se aguardar uma afirmação sólida da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito, o que ainda não ocorreu. Por outro lado, com todo o respeito ao mencionado autor, discorda-se de seu entendimento quando afirma que no Brasil não há “ações constitucionais eficientes para o controle das omissões inconstitucionais, especialmente de controle abstrato de referidas omissões”.⁶¹

Isso porque, a ação civil pública vem se mostrando instrumento eficaz de implementação de políticas públicas destinadas a promover a concretização de direitos fundamentais que demandem a atuação positiva do Estado. Nesse sentido, João Batista de Almeida⁶² aponta diversas decisões das Cortes Superiores, em sede recursal de ações civis públicas, por meio das quais se reconheceu, por exemplo, que: a) em ação civil pública envolvendo a defesa do meio ambiente e saúde pública, prejudicadas pela descontinuidade de serviço de coleta de lixo, alegado o malferimento da lei, cabe ao Judiciário determinar o seu cumprimento, com a realização da prática da promessa constitucional, não se cogitando de ingerência entre poderes⁶³; b) “o direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através de sua rede própria”, uma vez que “colocar um menor na fila de espera e atender a outros é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia”, ferindo de morte a cláusula da defesa da dignidade humana⁶⁴; c) no tocante ao direito à creche aos menores de zero a seis anos, é obrigação do Estado prestar tal serviço, não lhe sendo lícito transferir tal encargo a particular, mormente tangenciando a legalidade⁶⁵; d) igual direito alcança menor com seis anos incompletos

⁶¹ CLÈVE, Clémerson Merlin. 2012, p. 3-4.

⁶² ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública*. 3 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 100-101.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 575.998/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 07.10.2004.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.577.836/SC, rel. Min. Luiz Fux, j.21.10.2004. Na mesma linha, cf., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 485.969/SP, rel. Min. José Salgado, j. 23.08.2006; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 436.996/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ 07.11.2005.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 718.203/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 06.12.2005. No mesmo sentido, cf., BRASIL. Superior Tribunal

para frequentar a escola⁶⁶; e) embora resida primariamente nos Poderes Executivo e Legislativo a prerrogativa de implantar políticas públicas, revela-se possível ao Judiciário, excepcionalmente, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, determinar sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão mostra-se apta a comprometer a eficácia e integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional.⁶⁷

Além da ação civil pública, merece destaque também o mandado de injunção, uma vez que, a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Mandado de Injunção n. 712/PA⁶⁸, ocorrido em 25.10.2007, conferiu-se efeitos concretos ao referido instrumento, porquanto se concedeu a injunção para que fosse aplicada, no que couber, a Lei da Greve ao serviço público. Ou seja, a Corte Suprema foi além de meramente notificar o Congresso Nacional sobre sua omissão, como até então vinha ocorrendo.⁶⁹

Conforme observa Flávia Piovesan, desse breve panorama das garantias fundamentais, constata-se que o Texto de 1988 conjuga garantias típicas do modelo liberal, voltadas à proteção das liberdades (como o *habeas corpus* e o mandado de segurança individual e coletivo), com garantias típicas do modelo social, voltadas à proteção da igualdade material e justiça social (como o mandado de injunção, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental).⁷⁰

Enfim, a relativa unidade de conteúdo, o princípio da aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem como a especial proteção que foi atribuída ao conjunto desses direito ao incluí-los no rol das chamadas cláusulas pétreas, podem

de Justiça. Recurso Especial n. 510.598/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.04.2007.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 735.565/MS, rel. Min. Luiz Fux, j. 27.03.2007.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário n. 603.575/SC, rel. Min. Eros Grau, j. 20.04.2010.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712/PA, rel. Min. Eros Grau, j. 25.10.2007.

⁶⁹ Até então prevalecia no Supremo Tribunal Federal o entendimento exposto no Mandado de Injunção n. 107/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 21.11.1990, segundo o qual a concessão da injunção implicava apenas na declaração da inconstitucionalidade por omissão e na ciência ao poder competente para que adotasse as providências necessárias.

⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. 2003, p. 9.

ser considerados, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, “elementos identificadores da existência de um sistema de direitos fundamentais no direito constitucional pátrio”, integrado ao restante da ordem constitucional e cujo alguns conceitos e nuances merecem maior atenção. É o que se passa a demonstrar nos tópicos seguintes.

2.2.1 Fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais

A principal característica dos direitos fundamentais, como a própria terminologia pressupõe, é a sua fundamentalidade, que, de acordo com J. J. Gomes Canotilho, “aponta para a especial dignidade da protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.⁷¹

Nesse mesmo sentido, Robert Alexy leciona que “o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial”.⁷²

A fundamentalidade formal encontra-se relacionada à constitucionalização, ou seja, à positivação dos direitos fundamentais no corpo da Constituição, no sentido de um regime jurídico definido a partir dela própria, seja de forma expressa ou implícita, e composto, conforme Ingo Wolfgang Sarlet, especialmente dos seguintes aspectos:

- (a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais⁷³; (b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), muito embora se possa controverter a respeito dos limites da protecção outorgada pelo Constituinte [...]; (c) além disso, as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003, p. 378.

⁷² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 520.

⁷³ No mesmo sentido e também afirmando a vinculação direta dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário aos direitos fundamentais, cf. ALEXY, Robert. 2008, p. 520.

imediate as entidades públicas e, mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também os atores privados (art. 5º, § 1º, da CF) [...]”⁷⁴

Em razão dessas características, os direitos fundamentais revelam-se como direitos subjetivos indisponíveis ao legislador ordinário, de modo que, no plano infraconstitucional, eles são imunes à abolição ou qualquer forma de ataque que vise a enfraquecê-los, ressalvadas as hipóteses de sua organização, limitação ou complementação por normas inferiores, mas desde que não os nulifiquem. Contudo, João dos Passos Martins Neto adverte que essa garantia de imunidade em face do legislador ordinário está ligada muito mais ao princípio da supremacia da Constituição do que à noção de fundamentalidade. Desse modo, a fundamentalidade estaria mais relacionada ao fato de que os direitos fundamentais constituem cláusula pétrea, uma vez que essa proteção pressupõe uma qualidade especial, que os torna distintos e mais importantes do que os demais direitos do ordenamento jurídico, inclusive em comparação a outras normas constitucionais.⁷⁵

Mas quais seriam então os direitos fundamentais previstos na Constituição? Existe um rol taxativo de tais direitos? A resposta dessas indagações está intrinsecamente ligada à fundamentalidade material dos direitos fundamentais.

Para J. J. Gomes Canotilho, a ideia de “fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”⁷⁶, especialmente no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana.⁷⁷ Essa ideia, segundo o doutrinador, oferece suporte para, entre outras possibilidades, permitir a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais, mas ainda não constitucionalizados, assim como para novos direitos fundamentais, donde se extraem os conceitos de cláusula aberta e do princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais.⁷⁸

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 267. Nesse sentido, porém com os olhos voltados à Constituição portuguesa, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003, p. 379.

⁷⁵ NETO, João dos Passos Martins. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003, p.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003, p. 379.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. 2012, p. 268.

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003, p. 379.

Contudo, deve-se deixar claro que essa ampla abertura, por assim dizer, que implica inclusive na possibilidade de inserir direitos previstos na legislação infraconstitucional no catálogo de direitos fundamentais, é própria da Constituição portuguesa, uma vez que o seu art. 16/1, prevê que “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.

A Constituição de 1988, por sua vez, também permite a abertura material do catálogo de direitos fundamentais, contudo, não de forma tão ampla. Isso porque, ao prever, em seu art. 5º, § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, ela não inclui a expressão *lei*, ao contrário da Constituição portuguesa. Além disso, como adverte Ingo Wolfgang Sarlet, nunca foi da tradição do direito constitucional brasileiro incluir a legislação infraconstitucional como fonte de direitos materialmente fundamentais.⁷⁹

Com efeito, a norma contida no art. 5º, § 2º da CF/88 reflete uma tradição das Constituições brasileiras desde 1891, sem exceções, ainda que com alguma variação de conteúdo e alcance ao longo do tempo. Trata-se de norma inspirada na IX Emenda da Constituição americana e que traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), existe um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo e importância, pertencem ao corpo da Constituição, ainda que não previstos expressamente pelo Constituinte.⁸⁰ Há, ainda, respeitável doutrina que defende a existência de uma terceira categoria, qual seja, a dos direitos apenas formalmente materiais. Tal categoria seria composta por aqueles direitos previstos expressamente no catálogo dos direitos fundamentais, mas que, por não terem relação direta com a dignidade da pessoa humana ou mesmo em razão de seu conteúdo e grau de importância para com os valores da sociedade brasileira, não se encaixariam no conceito material de direitos fundamentais.⁸¹

Como exemplos de direitos materialmente fundamentais, pode-se citar o princípio da anterioridade tributária e o direito ao meio ambiente

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. 2012, p. 273-274.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. 2012, p. 270.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. 2012, p. 271. Nesse sentido, cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 78 *et seq.* TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 73.

sadio. Aquele, constante da norma do art. 150, III, “b” da Constituição de 1988, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como garantia individual do contribuinte e, portanto, proibida de ser modificada por meio de emenda constitucional.⁸² Já o direito ao meio ambiente sadio, previsto no art. 225, é reconhecido pela Corte Suprema como um “típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo gênero humano”.⁸³

Por fim, estando delineadas as definições da fundamentalidade formal e material, bem como a abertura do catálogo dos direitos materiais que esta proporciona, faz-se mister citar o conceito oferecido por Ingo Wolfgang Sarlet, extraído da lição de Robert Alexy, porém com as devidas adaptações ao direito constitucional pátrio:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).⁸⁴

2.2.2 Perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

Mesmo quando organizados sob a forma de direitos subjetivos, os direitos fundamentais possuem um caráter duplo, de modo a não apenas assegurar a posição jurídica do particular, mas funcionando também como “elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade”.⁸⁵ Com

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7/DF, rel. Min. Sydney Sanches, j. 18.03.1994.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3540/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.09.2005.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 77.

⁸⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 228-230.

efeito, a própria ideia de ordenação por meio do direito pressupõe a conexão de dimensões objetivas (direito objetivo) com dimensões subjetivas (direito subjetivo).⁸⁶

No campo dos direitos fundamentais, a constatação de que estes se desdobram em duas perspectivas (ou dimensões), na medida em que podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos da comunidade, é uma das formulações mais relevantes do direito constitucional contemporâneo, especialmente na dogmática dos direitos fundamentais.⁸⁷

Antes de adentrar nesta temática, faz-se necessário tecer um breve esclarecimento sobre o conceito de direito subjetivo, uma vez que muito já se discutiu na doutrina a seu respeito, mas poucas vezes se chegou a um consenso.⁸⁸ O aprofundamento da matéria, no entanto, a fim de justificar a adoção de um determinado conceito, demandaria, no mínimo, uma análise da evolução histórica da noção de direito subjetivo, o que ultrapassa os objetivos deste estudo. Sendo assim, aproveita-se o conceito sintético, elaborado a partir dessa premissa, por João dos Passos Martins Neto:

O direito em sentido subjetivo pode ser definido como a prerrogativa ou possibilidade, reconhecida a alguém e correlativa de um dever alheio suscetível de imposição coativa, de dispor como dono, dentro de certos limites, de um bem atribuído segundo uma norma jurídica positiva.⁸⁹

Os direitos subjetivos, de acordo com Luís Roberto Barroso, são dotados das seguintes características essenciais:

- a) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; b) ele é *violável*, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003, p. 244.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 141.

⁸⁸ Nesse sentido, Robert Alexy (2008, p. 180), concordando com o que Hans Kelsen já constatava em 1991, observa que, “a despeito de sua considerável longevidade e de intensos e amplos esforços, a discussão sobre o conceito de direito subjetivo não caminhou na direção de um consenso”.

⁸⁹ NETO, João dos Passos Martins. 2003, p. 76.

uma pretensão, podendo servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial.⁹⁰

Portanto, de modo geral, quando se refere aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, tem-se a ideia de que ao titular de um direito fundamental, seja este individual ou ente coletivo, é aberta a possibilidade de fazer valer judicialmente, perante o destinatário, os poderes, as liberdades, ou mesmo o direito às ações positivas ou negativas que lhe foram outorgadas por determinada norma consagradora de direito fundamental.⁹¹

Assim, J.J. Gomes Canotilho, embasado na lição de Robert Alexy, afirma que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito. Tendo-se como exemplo o art. 24 da Constituição portuguesa, que consagra o direito à vida, poder-se-á dizer, segundo o autor, que o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este e que o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo.⁹² Do citado exemplo, perfeitamente aplicável ao direito constitucional brasileiro, uma vez que o direito à vida é consagrado pelo *caput* do art. 5º da Constituição de 1988, extrai-se que o titular é o indivíduo, o destinatário é o Estado e o objeto é a vida.

Ainda no plano da dimensão subjetiva, deve-se destacar pelo menos três funções desempenhadas pelos direitos fundamentais: *defesa*, *prestação* e *não intervenção*. Ou seja, os direitos fundamentais (i) colocam o particular na condição de se opor à atuação do Poder Público que esteja em desconformidade com o mandamento constitucional, (ii) exigem do Poder Público a atuação necessária para a concretização desses direitos, e, por último, (iii) exigem que o Estado coloque à disposição dos particulares, de modo igual, sem discriminação (exceto aquelas necessárias para bem cumprir o princípio da igualdade), os bens e serviços indispensáveis ao seu cumprimento.⁹³

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por sua vez, relaciona-se com a concepção da Constituição como estatuto axiológico

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221-222.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 154.

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003, p. 1254.

⁹³ CLÈVE, Clémerson Merlin. 2012, p. 6.

da sociedade, concepção esta que foi desenvolvida e estruturada na jurisprudência da Corte Constitucional da Alemanha, a partir da vigência da Lei Fundamental de Bonn, em 1949. Segundo esse entendimento, a comunidade estabelece, por meio da Constituição, um conjunto de valores destinados a orientar e conformar não apenas a ordem jurídica estatal, mas a vida social genericamente considerada. Esses valores, que são inseridos no catálogo de direitos fundamentais, devem orientar a ação do Estado e de todos os setores da sociedade.⁹⁴

Com efeito, a dimensão objetiva compreende o dever de respeito e compromisso, ou seja, a vinculação dos poderes constituídos com os direitos fundamentais. Neste ponto, independente das posições *jusfundamentais* que possam ser extraídas da dimensão subjetiva, incumbe ao Poder Público agir sempre de modo a conferir a máxima eficácia possível aos direitos fundamentais, seja prestando os serviços públicos necessários, seja exercendo o poder de polícia, seja legislando para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais.⁹⁵

Conforme assevera Gilmar Mendes, não há dúvidas de que os direitos fundamentais vinculam os órgãos do Poder Executivo no exercício de qualquer atividade pública, aqui contemplados os órgãos integrantes da Administração direta, os entes que compõem a Administração indireta e também as pessoas jurídicas de direito privado que exercem atividades públicas.⁹⁶

No tocante ao Poder Legislativo, é papel do legislador editar normas indispensáveis à concretização de inúmeros direitos fundamentais, em especial o direito de igualdade e também aqueles direitos dotados de âmbito de proteção estritamente normativo (*normgeprägter Normbereich*), como são os direitos fundamentais de índole institucional (garantias institucionais), tais como o direito de proteção judiciária, o direito de propriedade, o direito à honra, à imagem e à privacidade.⁹⁷ Mas não é só. O papel do legislador é essencial também

⁹⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 148-149.

⁹⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. 2012, p. 5.

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 90, p. 4, nov. 2013 (versão *on line*).

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. 2013, p. 3-4.

para a proteção dos direitos fundamentais, uma vez que, ao fixar limitações ou restrições aos direitos fundamentais, ele deve ater-se não só ao estabelecido na Constituição (reserva legal simples/reserva legal qualificada), mas também aos denominados limites dos limites (*Schranken-Schranken*), especialmente ao princípio de proteção do núcleo essencial (*Wesensgehaltsgarantie*) e ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), assunto este que será retomado adiante, na seção 2.3.1.1, onde se controverterá inclusive sobre a terminologia adequada da expressão princípio da proporcionalidade.⁹⁸

A dimensão objetiva igualmente vincula o Poder Judiciário para exigir uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, com a utilização da chamada *filtragem constitucional*⁹⁹, que exprime a noção de um processo em que toda a ordem jurídica, sob as perspectivas material e formal, bem como os seus procedimentos e valores, devem imprescindivelmente passar pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo a cada momento da aplicação do direito, uma nova leitura e atualização de suas normas.¹⁰⁰

Analisando essa nova hermenêutica constitucional, Paulo Bonavides afirma que:

[...] os direitos fundamentais, ao extrapolarem aquela relação cidadão-Estado, adquirem, segundo Böckenförde, uma dimensão até então ignorada – a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula.¹⁰¹

De acordo com Jane Reis Gonçalves Pereira, esse novo significado dos direitos fundamentais teve como marco inicial a sentença do caso Lüth, julgado pela Corte Constitucional Alemã em 1958.¹⁰² Tendo em vista que se trata de um caso paradigmático também para outros aspectos relacionados aos direitos fundamentais e que serão objeto de análise nos

98 MENDES, Gilmar Ferreira. 2013, p. 3.

99 CLÈVE, Clémerson Merlin. 2012, p. 5.

100 SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 199, p. 104.

101 BONAVIDES, Paulo. 2010, p. 603.

¹⁰² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2008, p. 152.

tópicos seguintes, apresenta-se sumariamente o enredo do caso:

Em 1950, Erich Lüth, diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, sustentou boicote público contra o filme "Unsterbliche Gelibte" (amada imortal), dirigido pelo cineasta Veit Harlan, que havia produzido filme de cunho notoriamente anti-semita, durante a ditadura nazista. Harlan obteve decisão do Tribunal de Justiça de Hamburgo no sentido de que Lüth se abstinisse de boicotar o filme, com base no §826 do Código Civil (BGB).¹⁰³ Contra esta decisão, Lüth ingressou com reclamação constitucional perante a Corte Constitucional, argumentando que a decisão do Tribunal de Hamburgo violou sua liberdade de expressão, que - segundo Lüth - protege também a possibilidade de influir sobre outros mediante o uso da palavra. O Tribunal Constitucional, por sua vez, acolheu o recurso, argumentando que os tribunais civis podem lesar o direito fundamental de livre manifestação de opinião, aplicando regras de direito privado. Entendeu a Corte que o Tribunal Estadual desconsiderou o significado do direito fundamental de Lüth (liberdade de expressão e informação) também no âmbito das relações jurídico-privadas, quando ele se contrapõe a interesses de outros particulares.¹⁰⁴

Portanto, foi na sentença do caso Lüth que se deduziu da dimensão objetiva um *efeito de irradiação* dos direitos fundamentais sobre todo o sistema normativo, cuja consequência traduz a ação conformadora que o direito constitucional deve exercer sobre todos os ramos do direito, além de exprimir a vinculação dos poderes públicos aos comandos judiciais. Desse modo, a dimensão objetiva acaba ligando-se também à noção de

¹⁰³De acordo com o § 826 do BGB (Código Civil da Alemanha), "aquele que causa dano a outro, de maneira ofensiva aos bons costumes, está obrigado a repará-lo" (Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet).

¹⁰⁴SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 36, p. 11, out. 2000 (versão online).

eficácia entre particulares dos direitos fundamentais e, ainda, à ideia de deveres de proteção,¹⁰⁵ cujos delineamentos serão tratados no tópico 4.3.

Antes, porém, deixa-se consignado que, conforme sustenta João dos Passos Martins Neto, apesar da evidente relevância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é a dimensão subjetiva que predomina em importância.¹⁰⁶ Isso porque, é por meio dela que a comunidade política pode efetivamente praticar os seus valores objetivos básicos (Luño), ou os elementos da sua ordem objetiva (Hesse), como são a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, o pluralismo político, a soberania popular e a justiça social, segundo decorre dos princípios fundamentais da Constituição de 1988.¹⁰⁷

2.2.3 A distinção entre eficácia e efetividade

A doutrina clássica analisa os atos jurídicos em geral, inclusive as normas jurídicas, em três planos distintos: o da existência ou vigência, o da validade e o da eficácia. No período imediatamente anterior e no decorrer da vigência da CF/88, como bem observa Luís Roberto Barroso, consolidou-se um quarto plano, que por longo tempo fora negligenciado: o plano da efetividade ou da eficácia social da norma¹⁰⁸, que é o plano merecedor de maior atenção neste breve tópico, em especial no que toca à necessidade de pontuar a sua distinção em relação ao plano da eficácia.

Primeiramente, faz-se necessário esclarecer que as noções de vigência e eficácia não se confundem. Na lição de José Afonso da Silva, a vigência consiste na qualidade da norma que a faz existir juridicamente, após sua promulgação e publicação, tornando-a vinculante. Assim, a vigência caracteriza-se como pressuposto da eficácia, uma vez que apenas a norma vigente pode ser eficaz.¹⁰⁹

¹⁰⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2008, p. 153. Para uma análise detalhada sobre as diversas funções dos direitos fundamentais decorrentes dos desdobramentos vinculados às perspectivas subjetiva e objetiva, cf. SARLET. Ingo Wolfgang. 2010, p. 155-207.

¹⁰⁶ NETO, João dos Passos Martins. 2003, p. 97. No mesmo sentido cf., entre outros, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2008, p. 152 e CANOTILHO, J. J. Gomes. 2003, p. 1257.

¹⁰⁷ NETO, João dos Passos Martins. 2003, p. 97

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. 2009, p. 220.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2008, 42.

Com efeito, o tema referente à eficácia das normas constitucionais, isto é, a sua aptidão para produzir efeitos, há muito já vem sendo estudado no Brasil. Como recorda Luís Roberto Barroso, nos primórdios da República, Ruy Barbosa reproduziu e adaptou a doutrina norte-americana sobre a matéria, dividindo as normas constitucionais em autoaplicáveis (*self executing*) e não autoaplicáveis (*non self executing*)¹¹⁰, tratamento este que era claramente insatisfatório, uma vez que desde então já se buscava atribuir força imperativa às normas constitucionais.

No decorrer das décadas de 50 e 60 do século passado, João Horácio Meirelles Teixeira, cuja obra, embora publicada somente na década de 90, é tida como a primeira incursão profunda sobre o tema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, propôs uma revisão da doutrina norte-americana encampada por Ruy Barbosa, tendo como base as lições de juristas germânicos e principalmente do italiano Vezio Crisafulli.¹¹¹ Assim, João Horácio Meirelles Teixeira classificou as normas constitucionais em duas categorias: a) normas de eficácia plena; e b) normas de eficácia limitada ou reduzida, sendo esta última dividida em normas programáticas e normas de legislação.¹¹²

Em seguida, em 1968, com a publicação da primeira edição de sua aclamada obra “Aplicabilidade das Normas Constitucionais” foi a vez de José Afonso da Silva propor a que veio a ser a mais aceita¹¹³ classificação das normas constitucionais, tanto pela doutrina como pela jurisprudência nacionais.

Segundo o autor, quanto à eficácia, as normas constitucionais devem ser classificadas em três categorias: a) normas de eficácia plena; b) normas de eficácia contida; e c) normas de eficácia limitada. As normas de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata seriam:

[...] aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. 2009, p. 212.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 235-236, nota 1.

¹¹² MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 317 e ss.

¹¹³ Para outras classificações tendo como parâmetro a eficácia das normas constitucionais, cf. DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 98 e ss. BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 58.

legislador constituinte, direta e normativamente quis regular.¹¹⁴

As normas de eficácia contida, por sua vez, seriam aquelas que possuem eficácia plena, mas que podem ser objeto de restrição por parte do legislador infraconstitucional. Já as normas de eficácia limitada seriam aquelas cuja produção de efeitos depende de ação do legislador ou de outros órgãos estatais. Isso não significa, contudo, que tais normas não tenham um mínimo de eficácia, até mesmo porque o ponto de partida da teoria de José Afonso da Silva é justamente rejeitar a ideia de que existam normas constitucionais despidas de eficácia.¹¹⁵

Contudo, se o que se busca é conferir maior proteção aos direitos fundamentais - e é com esta ideia que este trabalho está comprometido -, o caminho mais prudente a percorrer parece ser acolher a proposta de Virgílio Afonso da Silva de abandonar a célebre classificação das normas constitucionais tal como formulada por seu progenitor, embora reconheça que ela teve o “inegável mérito de romper com a concepção de norma constitucional despida de qualquer eficácia”.¹¹⁶

A partir de um denso estudo sobre o conteúdo essencial, restrições e eficácia dos direitos fundamentais, fruto de tese apresentada em concurso para o cargo de Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Virgílio Afonso da Silva conclui, entre outras observações, que todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis, ainda que seja difícil traçar a diferença entre restringir e regulamentar um direito.¹¹⁷ Assim:

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. 2007, p. 101.

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. 2007, p. 103.

¹¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 255.

¹¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. 2011, p. 246. Embora tal proposta possa levar a crer que suas consequências acarretarão uma diminuição no grau de proteção dos direitos fundamentais, ao invés de aumentá-lo, o autor (2011, p. 253) esclarece que é justamente o contrário que ocorre: “A explicitação da restringibilidade dos direitos fundamentais é acompanhada, no modelo aqui defendido, de uma *exigência de fundamentação constitucional*, para qualquer caso de restrição, *que não está presente em outras teorias*. O que aqui se defende, portanto, é a tese de que a diminuição da proteção não está na abertura das possibilidades de restrição, já que elas impõem um *ônus argumentativo* ao legislador e ao juiz; uma diminuição na proteção aos direitos fundamentais corre, na verdade, naquelas teorias que recorrem a figuras pouco claras como *limites imanes*, *conteúdos absolutos*, *especificidade*, ou a outras formas de restrição ao suporte fático dos

[...] *se tudo é restringível*, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrições a direitos; logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível. Além disso, *se tudo é regulamentável*, e, mais que isso, *depende de regulamentação para produzir todos os seus efeitos*, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de regulamentações a direitos; logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.¹¹⁸

Portanto, ao abandonar-se a crença, por exemplo, de que normas de eficácia plena, em especial no âmbito dos direitos fundamentais, não são passíveis de regulamentações e também não necessitam de ações supletivas para serem maximizadas, certamente estar-se-á a ganhar em termos de eficácia e efetividade.¹¹⁹

Mas o que é a efetividade da norma e no que ela se diferencia da eficácia? Pois bem, conforme ensina Luís Roberto Barroso:

A ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada,

direitos fundamentais. Nessas teorias *a restrição ocorre de forma disfarçada*, com base em uma exclusão *a priori* de condutas, estados e posições jurídicas de qualquer proteção. [...] essas teorias, ao excluir de antemão essa proteção, *liberam o legislador e o aplicador do direito de qualquer ônus argumentativo*. A partir delas, por exemplo, proibir proselitismo nas emissoras comunitárias ou criar qualquer exceção ao sigilo bancário são atos que podem ser realizados, *sem necessidade de fundamentação constitucional*, pelo legislador ordinário, visto que nega, de *antemão*, a inclusão de um (proselitismo) e de outro (sigilo bancário) na proteção dos direitos fundamentais. *O ônus argumentativo, como se vê, desaparece*".

¹¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. 2011, p. 246-247.

¹¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. 2011, p. 255. O autor (2011, p. 255) cita o seguinte exemplo: "se se imagina que a liberdade de imprensa é garantida por uma norma de eficácia plena, pode ser que a consequência dessa premissa seja a sensação de que já se atingiu o ápice da normatividade constitucional. Ao se mitigar essa ideia, torna-se possível exigir, por exemplo, ações que criem as condições não apenas de uma imprensa livre, mas de uma imprensa livre, plural e democrática".

de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre *dever-ser* normativo e o *ser* realidade social.¹²⁰

Sendo assim, a efetividade identifica-se com o que se concordou denominar de eficácia social da norma. Por sua vez, a eficácia jurídica, conforme sustenta José Afonso da Silva:

[...] designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade.¹²¹

Em resumo, uma norma eficaz é uma norma dotada de aptidão para gerar efeito e de aplicabilidade, embora possa ser ou não aplicada e, sendo assim, poderá ou não alcançar a efetividade ou eficácia social. Assim, há como se sustentar que a eficácia jurídica constitua pressuposto da eficácia social ou efetividade.¹²²

2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO

Como visto no item 2.1, o reconhecimento da existência de direitos fundamentais e a preocupação com valores passou a ser amplamente difundido pelos ordenamentos ocidentais após o Holocausto e a Segunda Guerra Mundial, quando os direitos humanos passaram a ser incorporados - como direitos fundamentais - com mais vigor às Constituições.

A esse período se convencionou denominar neoconstitucionalismo, compreendido como um novo paradigma surgido na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, com a Lei Fundamental de Bonn (1949) e a instalação do Tribunal Constitucional Federal (1951)

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. 2009, p. 220.

¹²¹ SILVA, José Afonso da. 2007, p. 55-56.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. 2010, p. 240-241.

e na Itália, com sua nova Constituição (1947) e sua Corte Constitucional (1956), como resposta aos movimentos nazistas e fascistas que existiram respectivamente nesses países. No Brasil, o neoconstitucionalismo surgiu com a queda do regime ditatorial e a promulgação da “Constituição Cidadã” de 1988, semelhantemente como em outros países da América Latina.¹²³

Portanto, o ambiente filosófico em que floresceu o neoconstitucionalismo foi o do pós-positivismo, surgido como antídoto ao positivismo que originou as barbáries cometidas pelos regimes fascista na Itália e nazista na Alemanha, sob o manto da legalidade. Como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o neoconstitucionalismo trouxe “o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional”.¹²⁴

Eduardo Cambi descreve o neoconstitucionalismo como sendo um fenômeno:

[...] caracterizado pelo sentimento de importância exacerbada do texto constitucional, pela ênfase aos princípios que ele veicula, pela proteção máxima aos direitos fundamentais e expansão da jurisdição constitucional, além da aproximação do direito a preceitos éticos e morais, mediante uma hermenêutica toda própria. As Constituições tornam-se mais densas, mais garantidoras de direitos e suas normas são *levadas a sério* pelo intérprete e aplicador. Ela deixa de ser mera “carta de boas intenções políticas” para se voltar ao indivíduo, valorizado enquanto pessoa *humana*. Os princípios deixam de ser tidos como normas de eficácia limitada de conteúdo programático (o que fazia com que dependessem de lei regulamentadora para que tivessem aplicabilidade imediata) para, na medida do possível, serem aplicados na realização de justiça, dando ensejo ao famigerado *ativismo judicial*. As normas constitucionais passam a

¹²³ CAMBI, Eduardo. Precedentes Vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 215, p. 2-3, jan. 2013 (versão *online*).

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 58, p. 24, jan. 2007 (versão *online*).

invadir todo o ordenamento, preenchendo espaços nunca dantes imaginados, mormente na seara do direito privado, gerando a chamada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, anunciando o fenômeno da *constitucionalização do direito*. O ordenamento não mais se justifica por si só, *dura lex sed lex* (“a lei é dura, porém é a lei”), mas sua legitimidade se extrai do justo, do razoável, do equânime.

Por isso, atualmente é difícil pensarmos em direito constitucional sem fazermos alusão aos princípios que lhe são próprios e aos valores que eles veiculam, os quais compõem o alicerce de todo o sistema normativo existente, por serem normas propícias à aceitação da pluralidade componente da base material constitucional, além de sua aptidão de se amoldarem às exigências de *tempo e local*, devido ao alto teor de abstração. Assim, um princípio sempre fornece campo necessário a uma interpretação inovadora, *contextualizada e comprometida* com as realidades sociais [...].¹²⁵

Diante dessa breve e esclarecedora introdução é salutar discorrer algumas linhas sobre os conceitos, características e implicações práticas que os princípios e as regras trazem à hermenêutica constitucional.

2.3.1 Princípios e regras

Com J. J. Gomes Canotilho, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito é um sistema normativo aberto de regras e princípios.¹²⁶ Com efeito, hoje em dia é amplamente reconhecida e difundida a ideia de que princípios e regras são espécies, da qual o gênero é a norma.¹²⁷ As diferenciações entre estas espécies de normas provem, sobretudo, da obra de Ronald Dworkin.¹²⁸ O Professor da Harvard faz a

¹²⁵ CAMBI, Eduardo. 2013, p. 207.

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003, p. 1159.

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. 2010, p. 276-277. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147) afirma que “É importante assinalar, logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre normas e princípios”.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23-72. Ressalte-se que as principais obras de

diferenciação entre regras e princípios a partir de um ataque geral ao positivismo, em especial à versão de Herbert Hart, a quem sucedeu na cátedra da Universidade de Oxford, sob o fundamento, no que aqui importa, de que o positivismo consideraria o direito como um sistema constituído apenas por regras.¹²⁹

Ronald Dworkin afirma que, ao raciocinar ou debater a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente em casos difíceis, os juristas “recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”.¹³⁰ O autor faz a ressalva de que utiliza o termo “princípio” de maneira genérica para se referir também às políticas (*policies*) e todo o conjunto de padrões que não são regras, mas ainda assim faz uma breve diferenciação entre ambas as categorias:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipular em que algum estado atual deve ser protegido contra mudança adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.¹³¹

Ronald Dworkin foram publicadas no Brasil de forma cronologicamente inversa das originais. No Brasil a cronologia foi a seguinte: *Levando os direitos a sério* (2002), *Uma questão de princípio* (2000) e *O império do direito* (1999). Já os originais, publicados nos Estados Unidos, obedeceram a ordem inversa: *Taking rights seriously* (1977/1978), *A matter of principle* (1985) e *The law's empire* (1986). Importante observar, ainda, que o Capítulo 2 do livro *Levando os direitos a sério* (p. 23-72), onde são tecidas as diferenças entre princípios e regras, trata-se de artigo publicado inicialmente em 1967 pelo autor.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. 2002, p. 35 *et seq.*

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. 2002, p. 35-36.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. 2002, p. 36.

Já a diferença entre regras e princípios, segundo Ronald Dworkin, é de natureza estrutural lógica, de modo que ambas as espécies de normas apontam para decisões particulares sobre a obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas diferem quanto a natureza da orientação de que fornecem. As regras são normas que se aplicam no modo “tudo ou nada” (*all or nothing*), ou seja, quando entram em conflito, uma delas deve ser considerada inválida, sendo que a decisão de saber qual é a válida e qual deve ser abandonada, deve ser tomada com base nos critérios de resolução de antinomias. Os princípios, por outro lado, possuem uma dimensão que as regras não têm, que é a dimensão de peso ou importância, a ser levada em consideração pelo aplicador do direito em cada caso concreto. Desse modo, os princípios enunciam uma razão para decidir em determinado sentido, mas sem obrigar a uma decisão particular, podendo haver outros princípios que forneçam razões para decidir em outro sentido. Contudo, por não ter sido aplicado em determinado caso concreto, o princípio não é invalidado e mantém sua força normativa, podendo ser decisivo em outro caso.¹³²

Refutando diversos critérios para a diferenciação entre regras e princípios propostos pela doutrina até então, entre eles o da generalidade, segundo o qual princípios são normas com elevado grau de generalidade, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo, Robert Alexy afirma que a diferença entre ambos não é apenas gradual, mas qualitativa. O autor, aprimorando a distinção feita por Ronald Dworkin, assevera que:

¹³² DWORKIN, Ronald. 2002, p. 41-42. A fim de exemplificar a utilização prática de um princípio, o autor (2002, p. 37) cita, entre outros, o famoso caso *Riggs vs. Palmer*, julgado em 1889, quando “um tribunal de Nova York teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: ‘É bem verdade que as leis que regem a futura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino’. Mas o tribunal prosseguiu, observando que ‘todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime’. O assassino não recebeu sua herança.”

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...] Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.¹³³

Como se pode perceber, há uma distinção estrutural entre ambas as espécies de normas, uma vez que os princípios contêm uma obrigação *prima facie* de alcançar um estado de coisas tido como ideal, ao passo que as regras possuem um comando comportamental definitivo.¹³⁴

Com efeito, de acordo com o que ensina Robert Alexy, um conflito entre regras será solucionado somente se se introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou caso uma das regras seja declarada inválida. Por outro lado, se dois princípios colidem, um deles deverá ceder sem, contudo, que seja declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições, sendo que sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Portanto, na mesma esteira do entendimento de Ronald Dworkin, os conflitos entre princípios ocorrem na dimensão do peso, sendo resolvidos pela técnica da ponderação.¹³⁵

Existe ainda a possibilidade de um princípio colidir com uma regra, de tal modo que esse conflito seria solucionado também por meio da

¹³³ ALEXY, Robert. 2008, p. 90-91.

¹³⁴ ALEXY, Robert. 2008, p. 103-104.

¹³⁵ ALEXY, Robert. 2008, p. 90-94.

ponderação. Mas essa ponderação, ensina Robert Alexy, ocorreria entre o princípio em colisão e o princípio que embasa a regra colidente, uma vez que as regras não seriam ponderáveis, segundo sua teoria.¹³⁶

Assim, a grande questão que envolve a teoria dos princípios encontra-se no processo de ponderação.¹³⁷ Nesse sentido, Robert Alexy afirma que:

Princípios e ponderações são dois lados de um mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo; o outro, ao aspecto metodológico. Quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação sejam dotadas de uma estrutura de princípios, e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação.¹³⁸

Daí, segundo Thomas da Rosa Bustamante, não é difícil concluir que, para afirmar que uma determinada ponderação é racional ou correta, faz-se necessário encontrar, também, parâmetros metodológicos capazes de atestar a racionalidade dos resultados encontrados.¹³⁹ Para encontrar tais parâmetros, pode-se recorrer ao postulado da proporcionalidade.¹⁴⁰

¹³⁶ ALEXY, Robert. 2008, p. 90, nota 24.

¹³⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 54, p. 3, jan. 2006 (versão online).

¹³⁸ ALEXY, Robert. Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali. Tradução para o espanhol de M. La Torre. In: La Torre, M.; Spadaro, A. (Orgs.). *La ragionevolezza nel diritto*. Torino: Giappichelli, 2002, p. 38 *apud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2006, p. 3.

¹³⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2006, p. 3.

¹⁴⁰ Doravante, via de regra, utilizar-se-á a nomenclatura “postulado da proporcionalidade”, formulada por Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 173), ou então “máxima da proporcionalidade”, esta quando se estiver citando Robert Alexy, uma vez que se trata da nomenclatura oferecida pelo jurista alemão (ALEXY, Robert. 2008, p. 116). Não obstante, não se ignora e, tampouco, tem-se a pretensão de refutar outras nomenclaturas, como a de “regra da proporcionalidade”, adotada por Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 167-169), ou “princípio da proporcionalidade”, como optou denominar Paulo Bonavides (2010, p. 402-406).

2.3.1.1 O postulado da proporcionalidade e a busca por parâmetros em sua aplicação

De acordo com Robert Alexy, existe uma nítida conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, uma vez que:

A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.¹⁴¹

No Brasil, como assevera Paulo Bonavides, a proporcionalidade não se encontra prevista expressamente como norma geral de direito, mas existe como norma esparsa por todo o texto constitucional, sendo que sua positividade decorre de outras normas que lhe são afins, sob o permissivo constante do art. 5º, §2º da CF/88. Entre essas normas, destaca-se o princípio da igualdade, sobretudo em razão da transformação da igualdade-identidade para a igualdade-proporcionalidade, própria da atual fase do Estado Democrático de Direito.¹⁴²

Não obstante, Virgílio Afonso da Silva faz a ressalva de que a exigibilidade da regra da proporcionalidade “para a solução de colisões

¹⁴¹ ALEXY, Robert. 2008, p. 116.

¹⁴² BONAVIDES, Paulo. 2010, p. 434. Segundo o autor (2010, p. 434-435), a proporcionalidade encontra-se prevista na Constituição Federal nos “incisos V, X e XXV do art. 5º sobre direitos e deveres individuais e coletivos; incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais; §3º do art. 36 sobre intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal; inciso IX do art. 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; §4º, bem como alíneas *c* e *d* do inciso III do art. 40 sobre aposentadoria de servidor público; inciso V do art. 40 sobre competência exclusiva do Congresso Nacional; inciso VIII do art. 71 da Seção que dispõe sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária; parágrafo único do art. 84 relativo à competência privativa do Presidente da república; incisos II e IX do art. 129 sobre funções constitucionais do Ministério Público; *caput* e §§ 3º, 4º e 5º do art. 173 sobre exploração da atividade econômica pelo Estado; §1º do art. 174 e inciso IV do art. 175 sobre prestação dos serviços públicos.

entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, *mas da própria estrutura dos direitos fundamentais*”,¹⁴³ de modo que sua aplicação subsistiria ainda que o §2º do art. 5º da CF/88 não existisse.

A denominada “regra da proporcionalidade”, Segundo Virgílio Afonso da Silva:

[...] é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma *restrição às restrições*.¹⁴⁴

Para isso, o postulado da proporcionalidade estrutura-se em três elementos, também chamados de exames, testes, sub-regras, ou regras de argumentação, pelos quais deve passar o ato impugnado, sendo eles: a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito, esta também denominada de técnica ou lei de ponderação.

Ao esclarecer esses três elementos, Humberto Ávila ensina que:

Uma medida é *adequada* se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; *necessária*, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; *proporcional ou correspondente*, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos. E quando se fala em direitos envolvidos se verifica que o dever de proporcionalidade resulta da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, mas não

¹⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 798, p. 15, abr. 2002 (versão online).

¹⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. 2002, p. 2.

só disso. A sua aplicação está, de um lado, condicionada à existência de princípios que se apresentem em situação de correlação concreta, em virtude da qual seja devido realizar ao máximo os bens jurídicos por eles protegidos; de outro, condicionada à existência de uma relação “meio-fim” objetivamente controlável, sem a qual o dever de proporcionalidade ou é impensável, ou é incompleto. Vale dizer: o dever de proporcionalidade decorre da estrutura do Direito e de suas normas, mas não se esgota nela, na medida em que pressupõe o conflito entre bens jurídicos materiais e o poder estruturador da relação meio-fim.¹⁴⁵

Importante ressalva quanto à adequação é feita por Virgílio Afonso da Silva, quando afirma que a medida será adequada não apenas quando apta a alcançar o fim pretendido, mas simplesmente quando for apta a fomentar a realização desse fim.¹⁴⁶ Nesse sentido, Humberto Ávila constata que o exame da adequação só pode acarretar na declaração de invalidade da medida adotada pelo Poder Público nas hipóteses em que a incompatibilidade entre meio e fim for “claramente manifesta”.¹⁴⁷

Como se pode perceber, o postulado da proporcionalidade apresenta-se com uma estrutura complexa de raciocínio, a qual, embora não se pretenda exaurir a elucidação neste trabalho, pode ser melhor compreendida com a exposição feita por Thomas da Rosa Bustamante, para quem a proporcionalidade pode se decompor nas seguintes regras de argumentação:

1. *Regra da adequação*: Se M1 não é adequado para fomentar o fim F, exigido pelo princípio P1, então M1 não é exigido por P1 (M1 é indiferente para P1). Em tais situações, se M1 afeta de alguma maneira um outro princípio P2, M1 está proibido por P2;
2. *Regra da necessidade*: Se há dois meios (M1 e M2) para fomentar o fim F, exigido pelo princípio P1, sendo que cada um deles promove o fim na mesma medida, mas M1

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, ano I, vol. I, n.4, p. 28, jul.2001, (versão online).

¹⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. 2002, p. 9

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto. 2010, p. 182.

interfere na realização do princípio P2 em maior medida que M2, então deve ser empregado o meio M2;

3. *Regra da proporcionalidade em sentido estrito*: Os motivos que fundamentam uma medida que restrinja de alguma maneira um direito fundamental devem ter peso suficiente para preponderar sobre o direito fundamental afetado por ela, encontrando condições de justificar a sua restrição.¹⁴⁸

Por ser o elemento que deixa o maior espaço aberto à subjetividade do aplicador do direito e, por isso, o mais problemático, faz-se necessário gastar um pouco de tinta sobre a técnica da ponderação.¹⁴⁹

Pois bem. A subsunção foi por muito tempo o único método de aplicação do direito, cujo esquema estrutural básico é o seguinte: uma premissa maior, que é a norma, incidindo sobre uma premissa menor, que são os fatos, e daí surgindo como resultado a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto.¹⁵⁰

Contudo, com a crescente expansão da teoria dos princípios e da inserção cada vez mais presente de conceitos vagos e indeterminados na legislação, a técnica da ponderação surge como um novo método de aplicação do direito, que versa sobre a otimização de princípios em face

¹⁴⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2006, p. 7.

¹⁴⁹ Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 13) aponta como “Um exemplo extremo pode demonstrar a importância dessa terceira sub-regra da proporcionalidade. Se, para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos deveriam fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária - nos termos previstos pela regra da proporcionalidade -, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5.º e 1.º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art. 6.º).”

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 344.

das circunstâncias jurídicas de cada caso, em relação aos princípios que atuam em sentido contrário.¹⁵¹ Trata-se da clássica figura da balança, por meio da qual os bens e valores presentes nos princípios em colisão serão sopesados a fim de estabelecer uma relação de precedência entre eles, no caso concreto.

Frise-se, por oportuno, que a ponderação, conforme ensina J. J. Gomes Canotilho, não é apenas um método de interpretação ou aplicação do direito. Mais do que isso, o *balancing process* recorta-se em termos autônomos para dar relevo à ideia de que o objetivo da ponderação não é somente “atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso”.¹⁵²

Ao analisar jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e constatar a existência de diversos argumentos formulados a partir do sopesamento, Robert Alexy concluiu existir uma regra expressa que vale para todos os tipos de sopesamento de princípios. A essa regra denominou “lei do sopesamento”, segundo a qual “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”.¹⁵³

Com efeito, por mais que se tente criar parâmetros ou métodos objetivos de aplicação da ponderação, a verdade é uma só: é impossível excluir por completo o campo de subjetividade atribuído ao juiz para realizar essa operação. E tal fato é o cerne das críticas que sofre a técnica da ponderação, tanto da doutrina germânica quanto da brasileira.^{154/155}

¹⁵¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2006, p. 7.

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003, p. 1237.

¹⁵³ ALEXY, Robert. 2008, p.167.

¹⁵⁴ No Brasil, despontam como contrários à técnica da ponderação Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 201-209), bem como Lenio Luiz Streck (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 172-191).

¹⁵⁵ Da Alemanha, Virgílio Afonso da Silva (2011, p.146) aponta como principais críticos: Friedrich Müller (MÜLLER, Friedrich. *Juristische methodik*. 6 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1995, p. 62 *et seq.*), Jürgen Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p. 310 *et seq.*), Ernst-Wolfgang Böckenförde (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte. In: SILLER, Peter; KELLER, Bertram (Hg.). *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden: Nomos, 1999: 83-86) e Bernhard Schlink (SCHLINK, Bernhard.

Virgílio Afonso da Silva, contudo, ressalta que qualquer forma de interpretação e aplicação do direito que tenha a pretensão de buscar uma racionalidade que exclua por completo qualquer forma de subjetividade está fadada ao insucesso, uma vez que ela se encontra presente não só nas demais sub-regras da adequação e da necessidade como no próprio método de subsunção.¹⁵⁶

O que se pode exigir para a otimização do sopesamento, portanto, “é a fixação de alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação”.¹⁵⁷

Não se pretende, aqui, demonstrar todos os parâmetros já oferecidos pela doutrina, mas sim extrair aquilo que se entende por mais relevante, a fim de expor uma estrutura simplificada¹⁵⁸, porém capaz de oferecer determinado controle da atividade interpretativa do direito quando em uso a técnica da ponderação.

Nesse sentido, deve-se realizar primeiramente a preparação da ponderação, onde serão analisados o mais exaustivamente possível todos os argumentos e elementos que são objeto do sopesamento, pois conforme ressalta Humberto Ávila:

É comum proceder-se a uma ponderação, sem indicar de antemão, o que precisamente está sendo objeto de sopesamento. Isso, evidentemente, viola o postulado científico da explicitude das premissas, bem como o princípio jurídico da fundamentação das decisões, ínsito ao conceito de Estado de Direito.¹⁵⁹

Nessa primeira fase, inclui-se a identificação de todas as normas

Abwägung im Verfassungsrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 1976, p. 127 et seq.).

¹⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. 2011, p. 146-147. Para justificar seu argumento, o autor cita Hans Kelsen (KELSEN, Hans. *Reine rechtslehre*. 2 ed. Berlin: Deuticke, 1960, p. 348), quando diz que: “[...] o direito a ser aplicado constitui [...] apenas uma moldura, dentro da qual existem diversas possibilidades de aplicação, sendo considerado conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro dos limites dessa moldura, isto é, que preencha a moldura com *algum sentido possível*”.

¹⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. 2011, p. 148.

¹⁵⁸ Que leve em consideração a realidade do sistema judiciário brasileiro.

¹⁵⁹ ÁVILA, Humberto. 2010, p. 156.

que são relevantes para a solução do caso, bem como eventuais conflitos entre elas.¹⁶⁰

Em seguida, procede-se aos três passos pelos quais a lei do sopesamento é dividida, segundo Robert Alexy. Primeiro deve-se avaliar a intensidade da intervenção ou não-satisfação em relação a um dos princípios. Depois, avalia-se a importância do princípio colidente. Por último, deve-se avaliar se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a intervenção ou a não-satisfação do outro princípio. A fim de racionalizar a aplicação desses passos, sugere-se atribuir uma escala com as categorias “leve”, “moderado” e “sério”, para avaliar tanto a intensidade quanto o grau de importâncias das intervenções. Assim, uma intervenção leve ou moderada estaria justificada, a princípio, quando o seu grau de importância fosse “sério”. Cite-se, como exemplo dessa sistemática, o caso em que o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que o dever imposto aos fabricantes de produtos derivados do tabaco de imprimir avisos sobre os riscos do fumo para a saúde não viola a liberdade profissional dos produtores, uma vez que se tratava de uma intervenção leve frente a um grau sério de importância na intervenção.¹⁶¹

Outros parâmetros importantes são fornecidos por Luís Roberto Barroso, no sentido de que, para assegurar a racionalidade e a legitimidade de sua interpretação, o intérprete deverá:

[...] (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento - a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.¹⁶²

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. 2008, p. 346. No mesmo sentido, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 148-149.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. 2008, p. 594-595.

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. 2007, p. 9.

O terceiro item apontado por Luís Roberto Barroso é o que se chama argumentos consequencialistas, presentes na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick, que aponta também a importância dos advogados exporem as consequências que o acolhimento tanto da tese por si defendida como a contrária podem gerar, sempre levando em conta critérios como o senso comum, a justiça, a compatibilidade com outros princípios jurídicos e a política do interesse público.¹⁶³

Como critério material a se levar em conta em todas as operações de ponderação possíveis, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de que obtenha maior peso a norma que mais se identifique com o seu conteúdo.¹⁶⁴

Não se olvida o fato de que, recentemente, com o intuito de explicitar as escolhas envolvidas no processo de argumentação, Robert Alexy deixou sua fórmula mais sofisticada ao estabelecer um modelo aritmético para a pesagem dos princípios colidentes.¹⁶⁵ Contudo, como bem observou Virgílio Afonso da Silva:

Não é possível pretender alcançar, com o procedimento de sopesamento, uma exatidão matemática, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos e geométricos. Esses modelos podem, quando muito, servir de ilustração, pois a decisão jurídica não é nem uma operação matemática, nem puro cálculo.¹⁶⁶

Enfim, quaisquer que sejam os parâmetros adotados para controlar a racionalidade da técnica da ponderação¹⁶⁷, o fio condutor que deverá

¹⁶³ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. 2006, p. 194.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 115.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. 2010, p. 602-622.

¹⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. 2011, p. 176. No mesmo sentido, cf. SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e ponderação de bens. *In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56-57.

¹⁶⁷ Para citar alguns, cf. ÁVILA, Humberto. 2011, p. 136-144. ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence and its significance for

sempre guiar o intérprete e o aplicador nos espaços de subjetividade é a ideia de integridade e coerência do direito, tal como exposta por Ronald Dworkin.¹⁶⁸

Resumidamente, de acordo com Lenio Luiz Streck, integridade significa o respeito às normas jurídicas, em especial à Constituição Republicana, enquanto a coerência é caracterizada pela exigência de que nenhuma decisão possa partir de um grau zero de compreensão ou simplesmente da consciência ou senso de moralidade do julgador. Deve, isto sim, ser construída a partir de uma tradição jurídica que leve em consideração a doutrina e a jurisprudência.¹⁶⁹

Não é à toa que a exigência de coerência e integridade encontra-se prevista expressamente no NCPC. Segundo consta no art. 924: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

Ainda sobre a proporcionalidade, três pontos merecem uma breve, porém necessária atenção. Primeiramente, é digno de nota ressaltar que, embora comumente se aluda ao postulado da proporcionalidade como instrumento para conter abusos do Poder Público, a eficácia horizontal

discursive rationality. *Ratio Iuris*, vol. 3, n. 1, p. 134, bis, mar. 1990.

BARROSO, Luís Roberto. 2008, p. 346-358. BARCELLOS, Ana Paula. 2008, p. 57-116. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. SILVA, Virgílio Afonso da. 2011, p. 146-156. Bustamante, Thomas da Rosa de. 2006, p. 8-16.

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 263-279. Um exemplo clássico citado pelo autor (1999, p. 264) para bem ilustrar os postulados da integridade e coerência, no qual ocorre uma vitória parcial da integridade é o seguinte: “Durante algum tempo, os juízes ingleses declararam que embora os membros de outras profissões fossem responsáveis por danos causados por sua negligência, os advogados eram imunes a tal responsabilidade. Entendida em sentido estrito, a coerência teria exigido a continuidade dessa exceção, mas a integridade condena o tratamento especial dispensado aos advogados, a menos que este possa ser justificado em princípio – o que parece improvável. A Câmara dos Lordes atualmente reduziu essa isenção: ao fazê-lo, preferiu a integridade à coerência estrita. A integridade, porém, não estará satisfeita enquanto a isenção não for totalmente eliminada.” O que para Ronald Dworkin é integridade, significa coerência na nomenclatura de Neil MacCormick (MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, p. 190-193).

¹⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz Streck. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2014.

dos direitos fundamentais, tal como será analisada no tópico 4.3, implica a utilidade da proporcionalidade e suas sub-regras também na esfera privada, ao menos nas relações em que esteja presente a assimetria de poder entre as partes.

Outra questão a ser comentada diz respeito ao fato de que a técnica da ponderação ora é mencionada como técnica autônoma de interpretação, ora como a terceira sub-regra, ou teste, do postulado da proporcionalidade. Contudo, não se fez a devida e importante distinção, razão pela qual recorre-se à explanação fornecida por Virgílio Afonso da Silva:

Há casos – e esses são a maioria – em que a restrição a um direito fundamental é veiculada por meio de regra presente em um texto normativo infraconstitucional. Esse tipo de restrição [...] ocorre sempre que o legislador, em determinada situação, se vê obrigado a fazer um sopesamento entre dois ou mais princípios, cujo resultado, então, é expresso pela regra infraconstitucional. Essa é uma tarefa central da legislação ordinária. Esse resultado do sopesamento do legislador – que pode ser, por exemplo, um dispositivo de direito civil, de direito penal, de direito tributário ou de direito do trabalho – pode, em um sistema em que há jurisdição constitucional, como é o caso do Brasil, ser questionado judicialmente. Nesse processo de controle da constitucionalidade da lei, se houver uma restrição a direito fundamental, deve-se recorrer à regra da proporcionalidade [...].

[...] no entanto, há casos em que não há qualquer regra infraconstitucional que discipline a colisão entre dois princípios. Ou seja, pode ser que dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador. Nesses casos, isto é, nos casos em que deve haver uma aplicação direta dos princípios aplicáveis na resolução do caso concreto – e esses casos são muito mais raros -, deve – aí, sim – haver apenas um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução do caso concreto. A razão é muito simples: se a aplicação da regra da proporcionalidade implica três questões – (a) A medida é adequada para fomentar o objetivo fixado? (b) A medida é necessária? E (c) a medida

é proporcional em sentido estrito? -, é mais que óbvio que *deve haver uma medida concreta que será testada*.¹⁷⁰

Essa distinção, embora possa servir como norte, comporta, contudo, pelo menos uma exceção, qual seja, quando uma decisão judicial determina que a parte cumpra certa obrigação de fazer sob pena de multa diária arbitrada em valor exorbitante. Nesta hipótese, a princípio, defende-se a aplicabilidade do postulado da proporcionalidade, com as suas três sub-regras.

Por fim, o outro ponto que merece destaque é o fato de que não se deve confundir os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

De acordo com Luís Roberto Barroso, o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão e, cujas raízes remontam à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Carta, de 1215, documento reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, encontra destaque principalmente no direito norte-americano, onde é consagrado pela cláusula do devido processo legal substancial (*due process of law*), que se tornou importante instrumento criativo de jurisdição constitucional e, portanto, de controle do arbítrio do Poder Legislativo e da discricionariedade governamental. É *razoável* aquilo que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar, o que não seja arbitrário e que seja conforme à razão, pressupondo moderação, equilíbrio e harmonia.¹⁷¹

Virgílio Afonso da Silva, contudo, afirma que, na Inglaterra, fala-se em princípio da irrazoabilidade, o qual destina-se a afastar as medidas excessivamente irrazoáveis, consideradas assim aquelas que nenhuma autoridade razoável adotasse. Consequentemente, atos considerados razoáveis podem facilmente falhar ao passar pelos testes da proporcionalidade, sendo considerados desproporcionais. Assim, verifica-se uma patente diferença estrutural entre a razoabilidade e a proporcionalidade, uma vez que esta possui uma estrutura racionalmente definida, com sub-regras independentes e cuja aplicação permite um maior controle da racionalidade da decisão.¹⁷²

¹⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. 2011, p. 178-179.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 23, p. 1-4, abr. 1998 (versão online).

¹⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. 2002, p. 5.

Contudo, a diferença mais marcante entre a proporcionalidade e a razoabilidade é a apontada por Humberto Ávila, e reside no fato de que esta, ao contrário daquela, serve como meio para analisar a constitucionalidade de uma medida não com base em uma relação meio-fim, mas com fundamento na situação pessoal do sujeito envolvido, de modo que:

A pergunta a ser feita é: a concretização da medida abstratamente prevista implica a não-realização substancial do bem jurídico correlato para determinado sujeito? Trata-se de um exame concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual. Nesse aspecto, não se analisa apenas o bem jurídico protegido por um princípio constitucional e nem a medida em relação a um fim constitucionalmente previsto, mas a aplicação daquela medida para determinado indivíduo. Sua aplicação ultrapassa uma relação meio-fim, já considerada constitucional, para situar-se no plano da própria medida relativamente ao sujeito envolvido. Não se analisa a intensidade da medida para a realização de um fim, mas a intensidade da medida relativamente a um bem jurídico de determinada pessoa. Este é um dos casos em que é preciso verificar se uma norma constitucional pode ter aplicação inconstitucional: é a hipótese da iniquidade da aplicação de uma norma geral a um caso individual, sem que ela precise ser proclamada formalmente inconstitucional. Esse dever consiste numa espécie de proibição de excesso no caso concreto. A medida não é considerada inconstitucional por causa da limitação advinda da ponderação entre princípios, mas devido à concreta aplicação relativamente a determinado sujeito.¹⁷³

Com efeito, diversos conceitos são oferecidos pela doutrina¹⁷⁴,

¹⁷³ ÁVILA, Humberto. 2001, p. 29-30.

¹⁷⁴ Citando diversos autores nacionais com diferentes concepções sobre o princípio da razoabilidade, cf. OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 91-98.

havendo autores que chegam a empregar ambas as expressões indistintamente, tais como Luís Roberto Barroso¹⁷⁵ e Suzana de Toledo Barros¹⁷⁶, para citar alguns.

2.3.1.1.1 O postulado da proporcionalidade segundo o Supremo Tribunal Federal

A indistinção no emprego dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade também predominava no Supremo Tribunal Federal, conforme há muito já notaram Humberto Ávila¹⁷⁷ e Virgílio Afonso da Silva.¹⁷⁸

Com efeito, no julgamento do Habeas Corpus n. 76.060, mencionou-se que “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal [...]”.¹⁷⁹ Na decisão da Medida Cautelar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2667, também fez-se referência ao princípio da proporcionalidade de forma genérica, vinculando-o apenas ao devido processo legal substancial, senão veja-se:

As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “substantive due process of law”.¹⁸⁰

Recentemente, em algumas poucas decisões, o Supremo Tribunal Federal vem empregando o postulado da proporcionalidade estruturado a partir dos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. 1998, p. 4.

¹⁷⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 57.

¹⁷⁷ ÁVILA, Humberto. 2001, p. 30.

¹⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. 2002, p. 6-8.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 76060/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.05.1998.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2667/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 12.03.2004.

sentido estrito, ainda que tal exame seja feito de forma relativamente perfunctória. Foi o que ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4954. Digno de nota é o fato de que, nesse julgamento, o Min. Marco Aurélio, relator do acórdão, analisou a proporcionalidade transversalmente, uma vez que não o fez diretamente em relação à lei impugnada e sim em relação ao pedido inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade e às eventuais consequências resultantes da procedência desse pedido, senão veja-se:

Na espécie, a pretensão formulada na inicial revela medida restritiva de direitos inapta a atingir o fim público visado, desnecessária ante a possibilidade de o propósito buscado ser alcançado por meios menos onerosos às liberdades fundamentais envolvidas, e desproporcional por promover desvantagens que superam, em muito, eventuais vantagens.

A restrição pretendida mostra-se inadequada pelo simples fato de não haver implicação lógica entre proibir a venda de produtos de conveniência em farmácias e drogarias – o meio – e a prevenção do uso indiscriminado de medicamentos – o fim. [...] Ainda que se admita a adequação ínfima da medida, esta é desnecessária em razão de haver meios menos onerosos hábeis a alcançar o propósito almejado. [...]

Por fim, o Procurador-Geral da República, sob a óptica do controle material, articula com restrição desproporcional em sentido estrito. [...] Na realidade, prevalecendo o argumento do Procurador nesse ponto, ao Poder Público estará permitido, envolvidos os direitos fundamentais como conjunto harmônico de normas constitucionais, restringi-los mais do que promovê-los, o que não se coaduna com a quadra contemporânea do constitucionalismo brasileiro.¹⁸¹

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4954/AC, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 29.10.2014. Também analisando as três sub-regras da proporcionalidade, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4955/CE, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 14.11.2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4425/DF, relator originário Min. Carlos Ayres Brito e relator para o acórdão Min. Luiz Fux, DJe 18.12.2013.

Portanto, atendendo aos reclames da doutrina, o STF, ainda que de forma muito tímida, parece caminhar na direção certa, no sentido de possibilitar um maior controle da racionalidade e da legitimidade de suas decisões.

No entanto, como já dito acima, são raras as decisões analisando o postulado da proporcionalidade com as suas três sub-regras. O que ainda prevalece são decisões que consignam genericamente o princípio, por vezes até citando as suas três sub-regras, mas sem aplicá-las ao caso concreto.¹⁸²

2.3.1.2 Princípios e regras: uma visão crítica e consentânea com a realidade contemporânea

No pós-escrito publicado juntamente com a segunda edição do livro “O Conceito de Direito”, Herbert Hart responde às críticas de Ronald Dworkin sobre sua teoria do direito, reconhecendo que não havia dado a devida atenção aos princípios em sua obra original, mas esclarece que, ao ter usado apenas o termo “norma”, não pretendeu afirmar que os sistemas jurídicos incluem apenas normas do tipo “tudo ou nada” ou “quase conclusivas”, as quais seriam o que se entende por regra. Os princípios, em sua obra, teriam sido tratados como “padrões jurídicos variáveis”, que especificam fatores a serem considerados e ponderados em relação a outros.¹⁸³

Como visto na seção 2.3.1, para Ronald Dworkin, as regras são normas do tipo “tudo ou nada”, no sentido de que, quando entram em conflito, uma delas deve ser considerada inválida. Para o autor, os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso e não a de validade, sendo que podem conflitar com outros princípios de maior peso, que forneçam razões para decidir em outro sentido e vice-versa. Contudo, por não ter sido aplicado em determinado caso concreto, o princípio não é invalidado e mantém sua força normativa, podendo ser decisivo em outro caso.

Herbert Hart discorda desse contraste violento feito por Ronald Dworkin entre regras e princípios. Em vez do caráter “tudo ou nada”,

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5136/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 29.10.2014.

¹⁸³ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 2 ed. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 339. Para o autor (2009, p. 335) “

Herbert Hart sugere que as regras possuem caráter “quase conclusivo”, enquanto os princípios teriam caráter “não conclusivo”. Assim, afirma que a diferença entre ambas é uma questão de grau, rejeitando a tese de que as regras atuam apenas no plano da validade, pois não vê motivos para aceitar a opinião segundo a qual:

[...] se uma norma válida for aplicável a determinado caso, ela deverá, ao contrário de um princípio, determinar invariavelmente o desenlace da causa. Não há razão alguma pela qual um sistema jurídico não possa reconhecer que uma norma válida define um resultado nos casos aos quais se aplica, exceto quando outra norma, julgada mais importante, for também aplicável ao mesmo caso. Assim, uma, norma vencida num determinado caso ao conflitar com outra mais importante, pode, como um princípio, sobreviver e continuar vigente, de modo que determine o desenlace em outros casos onde for considerada mais importante que outra norma concorrente.¹⁸⁴

A incoerência da tese de que as regras são normas do tipo “tudo ou

¹⁸⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. 2009, p. 337-338. Para justificar a incoerência da teoria de Ronald Dworkin, especialmente no tocante ao suposto caráter “tudo ou nada” das regras, Herbert Hart (2009, p. 338-339) afirma que: “Seus exemplos iniciais implicam que as normas podem chocar-se com os princípios, e pode ocorrer que, em competição com elas, um princípio às vezes ganhe e outras vezes perca. Os casos citados por ele incluem *Riggs vs. Palmer*, no qual foi mantido o princípio de que não se pode permitir que um homem se beneficie de sua própria torpeza, apesar da clareza das normas legais a respeito dos testamentos [...]. Esse é um exemplo da vitória de um princípio sobre a norma, mas a existência de competição entre eles evidentemente demonstra que as normas não têm o caráter de “tudo ou nada”, podem conflitar com princípios capazes de sobrepujá-las. Mesmo se não descrevermos esses casos como conflitos entre normas e princípios (como Dworkin às vezes sugere), mas como um choque entre o princípio que explica e justifica a norma em pauta e algum outro princípio, desaparece o contraste nítido entre as normas do tipo “tudo ou nada” e os princípios não-conclusivos; pois, segundo essa interpretação, uma norma deixará de definir o resultado de uma causa à qual é aplicável segundo seus próprios termos se o princípio que a justifica for sobrepujado por outro. O mesmo ocorre se (como Dworkin também sugere) concebermos o princípio como algo que pode justificar uma nova interpretação de uma norma jurídica claramente formulada”.

nada”, que não admitem ponderação em caso de conflito com outras regras, ao contrário das hipóteses de colisão entre princípios, também já foi notada pela doutrina nacional.

Em primoroso trabalho, Humberto Ávila apresenta diversos critérios de dissociação entre regras e princípios, que culminam em um novo paradigma de interpretação e aplicação dessas normas, de modo que os que se reputam mais interessantes para os fins deste trabalho serão brevemente analisados a seguir.

Pois bem. As regras podem se dissociar dos princípios *em relação ao modo como prescrevem o comportamento*. As regras caracterizam-se como *normas imediatamente descritivas*, uma vez que estabelecem obrigações, permissões e proibições a partir da descrição da conduta a ser adotada. Assim, dependem de modo menos intenso de um ato institucional de interpretação e aplicação nos casos normais, já que o comportamento é previamente explicitado pela norma. Nesse sentido, sua característica principal é a previsão do comportamento. Os princípios, por outro lado, não determinam diretamente a conduta a ser seguida. São, desse modo, *normas imediatamente finalísticas*, pois estabelecem um estado de coisas ideal a ser atingido, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de interpretação e aplicação da norma, a fim de que se encontre o comportamento necessário para a promoção do fim.¹⁸⁵

As regras também podem ser dissociadas dos princípios em relação *ao modo como contribuem para a decisão*. Sob essa perspectiva, os princípios *são normas com pretensão de complementaridade e preliminarmente parciais*, na medida em que, por apenas abrangerem parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não possuem a pretensão de alcançar uma solução específica, mas de contribuir, juntamente com outras razões, para que isso aconteça. As regras, por sua vez, são *normas preliminarmente decisivas e abarcantes*, pois têm a pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de uma decisão específica. São *preliminarmente (e não definitivamente) decisivas*, porque podem ter suas condições de aplicabilidade preenchidas e, mesmo assim, não ser aplicáveis em virtude de razões excepcionais que superem as próprias razões que sustentem a aplicação regular da regra, donde emerge claramente a possibilidade de ponderação também no âmbito das regras.¹⁸⁶

¹⁸⁵ ÁVILA, Humberto. 2011, p. 63 e 71.

¹⁸⁶ ÁVILA, Humberto. 2011, p. 63 e 71.

2.3.1.2.1 A superabilidade das regras por meio da ponderação

Como já visto, a distinção entre regras e princípios não pode ser baseada no método “tudo ou nada” de aplicação das regras, uma vez que elas também precisam de um processo prévio de interpretação, cuja complexidade, por vezes, iguala-se a dos princípios.¹⁸⁷

Com efeito, conforme assinala Teresa Arruda Alvim Wambier:

As mudanças da sociedade moderna impuseram uma visão diferente do direito. O mundo estável, com divisão nítida de classes sociais, em que praticamente não havia mobilidade e em que o acesso à justiça era razoavelmente restrito, passou, aos poucos, a dar lugar a uma sociedade em que as alterações ocorrem muito rapidamente [...]. Por outro lado, o acesso à justiça, tradicional sonho dos juristas de *civil law*, se tornou uma realidade. Este quadro acabou gerando um aumento considerável da complexidade dos casos trazidos ao Judiciário. Este fenômeno fez com que muitos pensadores percebessem que o *texto da lei* tinha se tornado um instrumento insuficiente para resolver todos os problemas levados ao Judiciário, já que as multifacetadas feições das sociedades contemporâneas, somadas ao fato de o Judiciário ter-se tornado mais acessível, acabou por obrigar o juiz dos nossos tempos a decidir de acordo com as particularidades de cada caso. Isto significa que, de algum modo, deve haver flexibilidade.¹⁸⁸

Essa flexibilidade vem sendo proporcionada pela abertura de *poros* no direito, por meio dos quais a realidade social pode penetrar. Tais *poros* seriam técnicas recentemente empregadas na redação das leis, que consistem na inclusão de conceitos como vagos, indeterminados ou abertos e de cláusulas gerais.¹⁸⁹

¹⁸⁷ ÁVILA, Humberto. 2011, p. 48.

¹⁸⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de processo*, São Paulo, vol. 172, p. 4, jun. 2009 (versão *online*).

¹⁸⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2009, p. 9. Segundo a autora (2009, p. 10) “Um conceito vago, indeterminado ou aberto é considerado, em si mesmo,

Quando o intérprete se depara com situações de conflito envolvendo dispositivo que contenha algum desses *poros*, seja regra ou princípio, parece não haver dúvidas de que a atividade interpretativa invariavelmente contará com o sopesamento de razões e contra razões.

Contudo, também para solucionar conflitos envolvendo regras que não possuam essa mesma abertura semântica, deve-se considerar a ponderação de valores na atividade interpretativa. Além de Herbert Hart¹⁹⁰ e Humberto Ávila¹⁹¹, pensam assim, entre outros, Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁹², Eduardo de Avelar Lamy e Horácio Wanderley Rodrigues¹⁹³, os dois últimos com embasamento na crítica que Klaus

uma técnica extremamente operativa, porque capacita o juiz a tornar sua decisão mais rente aos casos concretos, bem como proporciona uma duração maior ao texto da lei. Assim, por exemplo, se um determinado benefício previdenciário deve ser concedido a alguém que tenha *baixa renda*, pode-se pensar em duas pessoas que ganham dois salários mínimos cada. Uma é um pai de família, que conta com sete filhos para sustentar. A outra é uma jovem que ainda reside com os pais. Apesar de ganharem o mesmo salário, o juiz deve considerar que o pai faz jus ao tal benefício e não a moça. [...] Cláusulas gerais, por sua vez, consistem num fenômeno mais complexo do que um mero conceito vago, embora ambos pertençam à mesma família. Trata-se de uma expressão linguística em que há conceitos vagos e que, além disso, incorpora, em si mesma, princípios jurídicos. Um bom exemplo de uma cláusula geral é o art. 1.228, § 1.º, do CC/2002, que menciona a *função social da propriedade*. Este dispositivo significa que a propriedade não é mais considerada um direito absoluto. Deve ser exercido em conformidade com o bem geral da sociedade.”

¹⁹⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. 2009, p. 337-338.

¹⁹¹ ÁVILA, Humberto. 2011, p. 51-63.

¹⁹² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 7 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 228. Para a autora (2014, p. 228), a aplicação de “[...] princípios não desfigura as regras, pois se em determinada hipótese são, aqueles e estas, aplicáveis (e o sentido destas ligeiramente alterado), noutra hipótese diferente podem ser aplicadas somente as regras, ou as regras compreendidas à luz de outro princípio”.

¹⁹³ LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderley. 2011, p. 386-387. Segundo os autores (2011, p. 386-387), “Como afirma Günther, as regras realmente não atuam apenas no âmbito da validade, do mesmo modo que os princípios também não se ligam somente à moral e aos valores, pois, conforme dizia Hart, encontram-se no mesmo plano das regras. Isto porque a observação do cotidiano forense revela a ocorrência de conflitos entre princípios e regras. E normas, quer sejam princípios ou regras, necessitam ser interpretadas e analisadas quanto às características dos casos reais; ambas possuem tanto o âmbito da validade quanto o âmbito da valoração.

Günther¹⁹⁴ dirige à teoria de Robert Alexy. Sem distanciar-se muito desses autores, Alfonso García Figuerola, sob o pálio do neoconstitucionalismo, afirma que se encontra superada a tradicional discussão sobre a dicotomia regras e princípios, tendo a polêmica se deslocado em torno à distinção entre normas derrotáveis e inderrotáveis, sendo a derrotabilidade uma propriedade de todas as normas jurídicas de um Estado Constitucional, inclusive as regras.¹⁹⁵

A atividade de ponderação ocorre na hipótese de regras que abstratamente convivem, mas concretamente podem entrar em conflito, o qual se resolve pela atribuição de maior peso a uma delas e sem que a outra perca a validade. Nesse sentido, Humberto Ávila fornece o exemplo da regra prevista no art. 1º da Lei nº 9.494/97, a qual veda a concessão de liminar contra a Fazenda Pública quando esgote o objeto litigioso. Em contraposição, o art. 1º da Lei Estadual nº 9.908/1993, do Estado do Rio Grande do Sul, determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos. Embora as regras instituem comportamentos contraditórios, ambas ultrapassam o conflito abstrato mantendo sua validade. O julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas, levando em conta a finalidade que cada uma delas busca preservar: ou prevalece a finalidade de preservar a vida do cidadão ou a de garantir a intangibilidade da destinação já dada pelo Poder Público às suas receitas.¹⁹⁶ Em tal hipótese, deve-se recorrer ao princípio da dignidade da pessoa humana como critério material de ponderação, tal como exposto no tópico 2.3.1.1, quando se tratou de critérios para a ponderação entre princípios.

Vale ressaltar que, para casos como a hipótese narrada acima, Virgílio Afonso da Silva nega a ocorrência de colisão entre princípios. Segundo o autor, trata-se claramente de uma hipótese de exceção à

Enfim, as contribuições de Hart e Günther servem, acredita-se, para demonstrar a possibilidade de solução, através da ponderação de valores, também de determinados conflitos entre regras, reconhecendo, nessas situações, aos princípios a tarefa de justificar a escolha de determinadas regras mediante a análise dos casos concretos.”

¹⁹⁴ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 2003.

¹⁹⁵ FIGUEROA, Alfonso García. Neoconstitucionalismo, derrotabilidade e razão prática. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 79, p. 2, abr. 2012 (versão online).

¹⁹⁶ ÁVILA, Humberto. 2011, p. 53.

regra¹⁹⁷, no que certamente seria acompanhado por Robert Alexy, tendo em vista o exemplo de exceção fornecido pelo jurista alemão.¹⁹⁸

Entretanto, ainda que se admita tratar-se de uma exceção, não há como negar que ela provenha de um processo de valoração de razões, ou seja, de ponderação.

O entendimento adotado neste trabalho, sobre essas exceções, aproxima-se do pensamento de Ronald Dworkin¹⁹⁹, no sentido de que todas as exceções a uma regra (exceções no sentido das teorias dworkiniana e alexyana, cujo sopesamento é prescindível, via de regra) devem estar expressamente previstas. Contudo, repita-se, ainda assim a ponderação poderá sentir-se necessária.

Com efeito, a atividade de ponderação de regras verifica-se também em outras duas hipóteses importantes, ambas apontadas por Humberto Ávila, quais sejam:

[...] na decisão a respeito da aplicabilidade de um precedente judicial ao caso objeto de exame. Como afirma Summers, os precedentes não são auto definíveis (*self-defining*) nem auto aplicáveis (*self-applying*). Isso significa que o afastamento de uma nova decisão dos precedentes já consolidados depende de uma ponderação de razões.

[...] na utilização de formas argumentativas como *analogia* e *argumentum e contrario*, cada qual suportada por um conjunto diferente de razões que devem ser sopesadas.²⁰⁰

Por tudo que foi demonstrado até aqui, conclui-se que a atividade de ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que a dimensão axiológica não é exclusiva dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma, a ser aferido pelo juiz no momento da interpretação e aplicação, em observância ao caso concreto.

Dizer que as regras possuem essa dimensão de peso e são passíveis de ponderação não implica, certamente, desprezar a sua importância. Ora, além de ter a vocação para afastar as incertezas, as regras possuem a finalidade de reduzir as arbitrariedades que certamente ocorrem nos casos de aplicação direta de juízos morais. Por isso, embora não sejam

¹⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. 2011, p. 62.

¹⁹⁸ Cf. ALEXY, Robert. 2008, p. 92

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. 2002, p. 40.

²⁰⁰ ÁVILA, Humberto. 2011, p. 58.

absolutas, as regras não devem ser superáveis ou derrotáveis com facilidade.²⁰¹ Desse modo, faz-se necessário apontar alguns parâmetros a serem seguidos no processo de ponderação, em adição àqueles já expostos no tópico 2.3.1.1, referentes à colisão de princípios e aplicáveis aqui no que couber.

Pois bem. O grau de resistência de uma regra à superação vincula-se tanto à promoção do valor material subjacente à regra (valor substancial específico) quanto ao valor formal subjacente à generalidade das regras, que é o valor de segurança jurídica. E o grau de necessidade de promoção da segurança jurídica está relacionado à possibilidade de reaparecimento constante de situação similar, caso a regra seja superada. Em síntese, a resistência a superação de uma regra será tanto maior quanto mais importante for a segurança jurídica para sua interpretação e a necessidade de generalização, assim como quanto menos danosa for a decisão individual para a implementação do princípio geral da igualdade. Por outro lado, a resistência à superação será menor quanto menos imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade geral ela provocar.²⁰²

Esses seriam parâmetros denominados materiais. E um exemplo de conflito entre regra e princípio²⁰³ retrata bem a sua presença no caso concreto e serve para explicar o grau de resistência das regras. Eis o caso. Uma regra condicionava o ingresso num programa de pagamento simplificado de tributos federais à ausência de importação de produtos estrangeiros, sob pena de exclusão do programa. Essa seria a hipótese da regra. No caso em análise, uma pequena fábrica de sofás efetuou uma importação e, por consequência, foi sumariamente excluída do programa. Contudo, a importação foi de apenas quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez. Assim, por meio de recurso, a exclusão do programa foi anulada com base na irrazoabilidade de aplicação da regra. Ou seja, o fato previsto na hipótese da regra ocorreu, mas a consequência de seu descumprimento (exclusão do programa) não foi aplicada porque a falta de adoção da conduta prevista na regra (não importar) não comprometia a promoção do fim que a justificava, que era o estímulo da produção nacional por pequenas empresas. Além disso, essa decisão individual não prejudicaria a segurança jurídica, pois as circunstâncias fáticas (importação de algumas peças de um único bem) dificilmente seriam

²⁰¹ ÁVILA, Humberto. 2011, p. 115

²⁰² ÁVILA, Humberto. 2011, p. 118.

²⁰³ Para os adeptos da teoria de Robert Alexy, o exemplo a ser citado muito provavelmente se encaixaria na hipótese de exceção à regra ou então de colisão entre um princípio e o princípio que fundamenta a regra colidente.

reproduzidas e alegadas por outros contribuintes.²⁰⁴

Ao lado dos parâmetros materiais de condição de superabilidade das regras, encontram-se parâmetros formais, sendo o primeiro deles a presença de uma justificativa condizente, a depender de dois fatores. O primeiro deles foi visto no exemplo citado acima e diz respeito a demonstração de incompatibilidade entre hipótese da regra e sua finalidade subjacente. O segundo exige a demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica, devendo ser demonstrado que a justiça individual não afetará substancialmente a justiça geral. Concomitantemente, a superação de uma regra deverá ter uma fundamentação condizente, sendo necessário ficar exposto, de modo racional e transparente, as razões que autorizam a superação.

Por fim, deve-se deixar registrado que o NCPC adotou a visão crítica ora esposada sobre princípios e regras, uma vez que admite expressamente o uso da ponderação para solucionar a colisão entre normas, aí entendidos conflitos entre regras e entre princípios e regras, senão veja-se a redação do § 2º do artigo 489:

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

Com a apresentação de diversas nuances dos direitos fundamentais e de diferentes vetores de interpretação dos princípios e regras, principalmente nas hipóteses de conflitos entre essas normas, mas sem qualquer pretensão de esgotar as possibilidades, espera-se ter traçado um caminho racionalmente transitável e com o ponto de chegada caracterizado, na medida do possível, pela legitimidade e controlabilidade das decisões.

2.3.2 A influência dos direitos fundamentais no âmbito do processo

O fenômeno denominado neoconstitucionalismo acarretou o processo de constitucionalização do Direito, caracterizado pela irradiação dos valores abarcados pelas normas constitucionais, notadamente os

²⁰⁴ ÁVILA, Humberto. 2011, p. 115.

direitos fundamentais, por todo o ordenamento jurídico. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira aponta para o fato de que:

[...] a dimensão conquistada pelo direito constitucional em relação a todos os ramos do direito e na própria hermenêutica jurídica (v.g., "a interpretação conforme à Constituição") mostra-se particularmente intensa no que diz respeito ao processo.²⁰⁵

Imbuídos pela influência dos direitos fundamentais no âmbito do processo já na década de 60 do século passado, Bryant Garth e Mauro Cappelletti, preocupados com a morosidade e a efetividade da jurisdição, deram início ao movimento chamado Acesso à Justiça.²⁰⁶

Esse movimento foi marcado por três “ondas renovatórias” do processo civil, cada uma preocupada com diferentes obstáculos com os quais juristas e a sociedade como um todo estavam lidando. Assim, a *primeira onda* tratou do obstáculo *econômico*, pelo qual o acesso ao Poder Judiciário é obstado a muitas pessoas. A *segunda onda*, preocupou-se com o obstáculo *organizador*, caracterizado pela necessidade de se operar uma radical transformação de regras e instituições tradicionais de direito processual, sob pena de certos direitos coletivos, tais como do consumidor e o ambiental, não serem tutelados de maneira eficaz. Por fim, a *terceira onda* tratou do obstáculo propriamente *processual*, marcado pela busca de soluções alternativas de conflitos em razão da inadequação dos tipos tradicionais de procedimentos aos seus deveres de tutela.²⁰⁷

O Brasil não ficou de fora desse movimento e, por meio da Lei nº 6.938/81, surgiu o primeiro instrumento de tutela coletiva de direitos, restrita à defesa do meio ambiente e tendo como único legitimado ativo o Ministério Público. Em seguida, foi instituída a Lei nº 7.347/85 (LACP), que alargou o campo de abrangência da Ação Civil Pública, de modo a regular outros direitos metaindividuais, além do meio ambiente. Frise-se que a gratuidade de acesso à justiça aos necessitados no país já era assegurada pela Lei nº 1.060/50.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 113, p. 1, jan. 2004 (versão *online*).

²⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo, v.61, p. 5, jan. 1991 (versão *online*).

Contudo, foi após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que os direitos fundamentais passaram a ter mais destaque no âmbito do processo. Com nítida inspiração nas 5ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, a Constituição de 1988 trouxe de forma inovadora para a ordem interna a assertiva de “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), instituindo no direito brasileiro o *direito fundamental ao processo justo*.²⁰⁸

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

O direito ao processo justo constitui *princípio fundamental* para organização do processo no Estado Constitucional. É o *modelo mínimo* de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para obtenção de decisões justas.²⁰⁹

O direito fundamental ao processo justo é um princípio composto por vários elementos, cujas funções são imprescindíveis ao ideal de proteção dos direitos fundamentais. São eles: a busca pela ampla efetividade do processo, inclusive para coibir ameaça à lesão (art. 5º, XXXV); a garantia de razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII); o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); a existência de um juiz natural imparcial (art. 5º, XXXVII e LIII); a igualdade, compreendida como paridade de armas (art. 5º, *caput*); a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI); a publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX e art. 93, IX); a fundamentação das decisões (art. 93, IX); a assistência jurídica integral aos necessitados (art. 5º, LXXIV) e a formação de coisa julgada, quando for o caso (art. 5º, XXXVI).

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 615. O direito fundamental ao processo justo é a nomenclatura empregada pelos autores para o princípio que a doutrina tradicional denomina de devido processo legal. De ora em diante, utilizar-se-á ambas as expressões indistintamente.

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 2012, p. 616.

Como se pode ver, todos os elementos que integram o direito fundamental ao processo justo também se tratam de direitos fundamentais processuais, o que justifica a influência que hoje os direitos fundamentais exercem sobre o processo.

Com efeito, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a irradiação dos seus efeitos vem cada vez mais influenciando as atividades de interpretação e aplicação não só das normas de direito material, mas principalmente das normas processuais, sempre em busca da efetiva entrega da prestação jurisdicional.²¹⁰

Contudo, para que se alcance o máximo de efetividade do processo, deve-se primeiramente abandonar o tradicional conceito de que o processo, especialmente no âmbito civil, é o meio pelo qual a jurisdição, substituindo-se às partes, diz o direito. Isso porque, conforme ensina Eduardo de Avelar Lamy:

Trata-se de um conceito preocupado com a carga declaratória das decisões jurisdicionais, pois se a tutela jurisdicional é aquela que “diz o direito”, equipara-se a atividade eminentemente jurisdicional à tarefa de declarar qual das partes tem razão, afirmar qual das partes está certa, mas não à tarefa de executar essa razão no mundo dos fatos: o velho “ganha mas não leva”.

Conforme já dizia José Carlos Barbosa Moreira, “será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente da realização do direito material”.²¹¹ No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier afirmam que:

É hoje inafastável a conclusão no sentido de que o direito de acesso à justiça, erigido à dignidade de

²¹⁰ Isso, contudo, trata-se de fenômeno relativamente recente, conforme retrata Nelson Nery Júnior (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 19): “Era muito comum, pelo menos até bem pouco tempo, interpretar-se e aplicar-se determinado ramo do direito tendo-se em conta apenas a lei ordinária principal que o regulamentava. Assim, o civilista via no Código Civil a única norma que deveria ser consultada na solução de problemas naquela área, o mesmo ocorrendo com o processualista (civil, penal e trabalhista), com o penalista, com o comercialista.”

²¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 105, p. 1, jan. 2002 (versão online).

garantia constitucional, quer dizer bem mais do que a possibilidade de se obterem provimentos "formais", isto é, decisões judiciais dotadas apenas potencialmente da aptidão de operar transformações no mundo real. Quando se fala em direito de acesso à justiça, o que se quer dizer é *direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional*, ou seja, o direito à obtenção de provimentos que sejam realmente capazes de promover, nos planos jurídico e empírico, as alterações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema.²¹²

Pois bem. Com o objetivo de enquadrar o processo na perspectiva dos direitos fundamentais e enriquecendo o conceito de Elio Fazzalari²¹³, Eduardo de Avelar Lamy conceitua o processo como:

²¹² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 814, p. 4, ago. 2003 (versão *online*). Cf. também Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 111) quando expõe que: "(...) todo o sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. *Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber* (CHIOVENDA), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social. O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida – e a exagerada valorização da *ação* não é capaz de explicar essa vocação institucional do sistema processual nem de conduzir à efetividade das vantagens que dele esperam. Daí a moderna preferência pelas considerações em torno da *tutela jurisdicional*, que é representativa das projeções metaprocessuais das atividades que no processo se realizam e, portanto, indica em que medida o processo será útil a quem tiver razão”.

²¹³ De acordo com Elio Fazzalari (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: Cedam, 1996, p. 7 *apud* LAMY, Eduardo de Avelar. 2009, p. 14, nota 13): "O processo é procedimento em contraditório, pois antes de qualquer medida, providência ou remédio, sempre se localizará o procedimento."

[...] um ato jurídico complexo resultante da operação de um núcleo de direitos fundamentais - tais como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal - que atuam sobre uma base procedimental, não apenas com o objetivo de declarar, mas principalmente com o fim de satisfazer os direitos no mundo dos fatos, nas vidas dos litigantes.²¹⁴

Em verdade, os direitos fundamentais influenciam toda a forma como o processo é conduzido, tendo os princípios papel relevantíssimo também para o sistema de nulidades processuais, não só para decretá-las, mas principalmente para afastá-las, aproveitando ao máximo a natureza instrumental do processo, conforme demonstra com maestria Teresa Arruda Alvim Wambier.²¹⁵ É importante ressaltar que, embora a maioria dos princípios processuais não se identifique nominalmente de forma direta com algum direito fundamental, conforme ensina Pedro Miranda de Oliveira, “por trás dos princípios que informam normas processuais, sempre está um comando constitucional”²¹⁶ e “na base de todo princípio processual está o devido processo legal”.²¹⁷

Por outro lado, como a grande maioria dos direitos fundamentais tem caráter de princípio²¹⁸, é até intuitivo concluir que um elevado número de decisões judiciais contrarie princípio que abarca direito fundamental. E, como afirma Maria Lúcia Lins Conceição de Medeiros “[...] decisão judicial em que se aplica a letra da lei em dissonância com a base axiológica decorrente dos princípios jurídicos é decisão ilegal porque em desacordo com o sistema jurídico”.²¹⁹

Com efeito, entende-se como cabível tanto o ajuizamento de ação

²¹⁴ LAMY, Eduardo de Avelar. 2009, p. 3

²¹⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2014a, p. 150 *et seq.*

²¹⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Constituição, Processo e o Princípio do *due process of law*. In: ASSIS, Araken de *et al* (coords.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1096.

²¹⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. 2008, p. 1102.

²¹⁸ Nesse sentido, cf. CAMBI, Eduardo. 2011, p. 33. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003, p. 1237. MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. 2008, p. 1102. SILVA, Virgílio Afonso da. 2002, p. 43. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. 2004, p. 4. MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. 2008, p. 1097.

²¹⁹ MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2003, p. 17.

rescisória²²⁰, como a interposição de recurso especial²²¹ e extraordinário quando a decisão atacada tiver violado princípio jurídico. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier ensina que:

É rescindível a sentença [...] se o Judiciário fez incidir princípio inadequado ou deixou de aplicar princípio necessário, ainda que de forma indireta, ou seja, quando o princípio deveria ter levado à compreensão da lei no sentido x e não no sentido y. [...] De fato, se se consegue demonstrar que a incidência dos princípios (que não incidiram) ou o afastamento de princípios (que deveriam ter incidido) *deveria ter levado a uma decisão diferente da que foi proferida*, não há como se deixar de equiparar esta situação à da ofensa à lei, para efeito de se considerar uma *quaestio juris* corrigível pela via dos recursos excepcionais e da ação rescisória.²²²

Essa tese também vem sendo encampada no Superior Tribunal de Justiça, senão veja-se:

²²⁰ Nesse sentido, Cf. NERY JÚNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 814. Segundo os autores (2010, p. 814), “Para efeitos de admissibilidade da ação rescisória, a violação da CF pode ter ocorrido por desatendimento a texto constitucional expresso, por princípio constitucional não positivado ou, ainda, por ofensa ao *espírito* ou ao *sistema* da CF.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14 ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 131. Para este autor (2008, p. 131) “O inciso V do art. 485 reproduz expressão (‘literal disposição de lei’) que, no art. 798, n. I, letra c, do Código de 1939, fora objeto de severa crítica doutrinária. Melhor seria substituí-la por ‘direito em tese’, como sugeriu a Comissão Revisora. O ordenamento jurídico, evidentemente, não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgador na solução da ‘quaestio iuris’ quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 260.

²²¹ Nesse sentido, cf. BAPTISTA DA SILVA. Ovídio A. Recurso especial por violação de princípio jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 738, p. 100, abr. 1997. MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral*. 6 ed. São Paulo: RT, p. 160.

²²² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2014a, p. 428; 436.

A expressão "violação literal disposição de lei", contida no inciso V do art. 485 do CPC deve ser compreendida como violação do direito em tese, e abrange tanto o texto estrito do preceito legal, como a ideia de manutenção da integridade do ordenamento jurídico que não se consubstancia, numa determinada norma legal, mas que dela possa ser extraída, a exemplo dos princípios gerais do direito.²²³

Agora o leitor pode estar se perguntando aonde se quer chegar com esse raciocínio. Para concluí-lo, mais algumas observações são necessárias.

Por tudo o que se viu até aqui, resta patente a importância que se deu ao estudo dos princípios e direitos fundamentais neste trabalho, sendo que tal importância releva-se ainda mais com o advento da nova legislação processual. Isso porque, além de prever expressamente o uso da técnica da ponderação para a solução de conflito entre normas (art. 489, §2º), o legislador assim denominou o Título Único, do Livro I, da Parte Geral do NCPC: “Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais”.²²⁴ Seguindo essa linha, o art. 1º restou assim redigido:

O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas

²²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 329.267/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.08.2002. No mesmo sentido, cf. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.240.404/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14.05.2013.

²²⁴ A Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil deixou expressamente consignado na Exposição de Motivos, como o primeiro dos cinco objetivos que nortearam os trabalhos: “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal.” Em outro trecho, constou a seguinte assertiva: “A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Nos artigos que seguem, encontram-se previstos um *festival* de princípios constitucionais, tais como os: da igualdade de armas; do contraditório substancial; da razoável duração do processo; da publicidade; da fundamentação das decisões; da eficiência; da dignidade da pessoa humana; da boa-fé; da proporcionalidade e da razoabilidade, sem contar que o Código como um todo foi pensado e formulado com os olhos voltados para a Constituição.

Ressalte-se que a continuação do movimento de *Acesso à Justiça* se fez presente no NCPC, com o refinamento das técnicas de julgamento de recursos excepcionais repetitivos, do incidente de assunção de competência, com a inclusão de uma nova técnica de julgamento de casos repetitivos, denominada incidente de resolução de demandas repetitivas ou simplesmente IRDR²²⁵ e, entre outras, com a instalação de um sistema mais rígido de respeito aos precedentes.

E é neste último ponto que a teoria dos princípios entrará em cena. Explica-se. Como visto, os princípios que abarcam direitos fundamentais finalmente estão sendo colocados no seu devido local, ou seja, no ápice da pirâmide normativa. Não que lá eles já não estivessem²²⁶, mas estando expressa essa posição na legislação *instrumental*, certamente juízes e tribunais passarão a lhes dar maior atenção, seja para considerar argumentos baseados em princípios, seja para fundamentar racionalmente as decisões baseadas em princípios.

Com efeito, o VI do §1º do art. 489 do PNCP fornece um forte exemplo de como os princípios poderão ganhar força na argumentação jurídica. Diz o dispositivo que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, 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.”

Suponha-se que um litigante tenha contra si o peso de um

²²⁵ O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas encontra-se previsto no art. 976 e doravante será mencionado pela sigla IRDR.

²²⁶ Entendendo os princípios como normas que estão no topo da pirâmide normativa, cf., entre outros: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1996, p. 230. BONAVIDES, Paulo. 2010, p. 286. MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. 2003, p. 18.

precedente de Tribunal Superior, por exemplo, de uma decisão firmada em recurso especial repetitivo. Seja na apresentação da defesa ou na interposição de recurso, a parte poderá lançar mão de argumentos baseados em princípio que abarque direito fundamental, tal como se faz com a ação rescisória por violação a princípio jurídico. Ou seja, demonstrando que o precedente que se pretende não ver aplicado no caso presente²²⁷ deixou de aplicar princípio adequado quando firmado, ou então aplicou um princípio inadequado.

Da mesma forma, imagine-se uma decisão tomada pela Corte Suprema com base em um suporte fático restrito e na teoria interna dos direitos fundamentais, que pressupõe a ideia de limites imanentes desses direitos e, portanto, a exclusão *a priori* de certas condutas, estados e posições jurídicas do âmbito de proteção do direito fundamental. Nada impede que, num caso posterior semelhante, cuja a regra do citado precedente, a princípio se aplicaria, o intérprete faça uma reconstrução do caso sob a ótica do suporte fático amplo e da teoria externa dos direitos fundamentais, de modo a chegar à conclusão inversa daquela a que se chegou no caso anterior.²²⁸

Tudo vai depender, é claro, de uma série de circunstâncias a serem observadas caso a caso, entre elas muito do que se pode extrair da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida neste estudo.

Conclui-se, assim, que a teoria dos direitos fundamentais, arquitetada sobre uma plataforma principiológica e nutrida pelos efeitos do neoconstitucionalismo, serve de valioso instrumento para a promoção de valores constitucionais, bem como de remédio para a correção das mais variadas injustiças que andam às soltas. Por outro lado, quando não operada com a devida prudência, dá margem à decisionismos, arbitrariedades e transmuta-se num passe livre para a atuação de juízes solipsistas.²²⁹

²²⁷ Via de regra, o precedente não será aplicado se a parte demonstrar que existem diferenças (*distinguishing*) substanciais entre o precedente e o caso presente, ou então que o entendimento firmado no presente merece ser superado (*overruling*). Essas hipóteses, contudo, serão tratadas nos capítulos seguintes, juntamente com outros exemplos de afastamento da aplicação de um precedente, tal como ocorre com a utilização do instituto da reclamação, previsto no art. 988 do NCPC. O exemplo acima visa meramente justificar a atenção dada à teoria dos direitos fundamentais até aqui.

²²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. 2011, p. 157-158.

²²⁹ Para críticas sobre os excessos que são e podem ser cometidos em nome do neoconstitucionalismo, cf. SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de*

Eis a faceta negativa do neoconstitucionalismo que, enquanto não for redefinida por todos os aplicadores do direito, manter-se-á como uma das principais causas da insegurança jurídica causada pela dispersão da jurisprudência no Brasil, assunto a ser investigado nos próximos capítulos.

Direito Constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 200. DIMOULIS, Dimitri. Neo constitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional e contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213-226. STRECK, Lenio Luiz. Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. *Revista Consultor Jurídico*, abr. 2014. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>>. Acesso em: 15 jan. 2015. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. É preciso rever o neoconstitucionalismo, pois defendê-lo seria uma contradição. *Revista Consultor Jurídico*, abr. 2014. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2014-jul-13/ruy-espindola-preciso-rever-neoconstitucionalismo- pois-defende-lo-seria-contradicao>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS

Apesar da grande variedade de direitos no mundo é comum agrupá-los em famílias quando se pretende relacioná-los ou diferenciá-los, a depender da circunstância de que possuam ou não certos princípios em comum.²³⁰

Primeiramente, por oportuno, faz-se um breve esclarecimento sobre os termos *família*, ou *tradição*, e a expressão *sistema*. Conforme observa Victoria Iturralde Sesma, a expressão *sistema* jurídico indica um conjunto de instituições jurídicas, normas e procedimentos, de modo que países como Alemanha, França e Espanha teriam cada um o seu próprio sistema. Por outro lado, o termo *tradição* jurídica consiste num conjunto de comportamentos, profundamente enraizados e historicamente condicionados, sobre a natureza do direito, a organização e o funcionamento de um sistema jurídico, assim como sobre a maneira pela qual o direito é visto, criado, aplicado, ensinado e aprimorado. Ou seja, a tradição jurídica põe o sistema jurídico sob a perspectiva cultural. Desse modo, segundo a autora, atualmente, a estrutura dos sistemas jurídicos estaria caracterizada pela divisão entre os sistemas socialistas e os sistemas ocidentais, sendo que estes últimos estariam sub-divididos entre dois tipos de famílias, ou tradições: a do *common law* e a do *civil law*²³¹, as quais serão objeto do presente estudo. Nesse contexto, Gary Slapper e David Kelly aduzem, resumidamente, que o termo *common law* refere-se a todos os sistemas jurídicos que adotaram o histórico sistema jurídico inglês, entre eles, os Estados Unidos da América. Já 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 germânica²³², razão pela qual é comum contrapor ao termo *common law* a expressão “família romano-germânica”, tal como fazem Raoul Charles van Caenegem²³³ e David René.²³⁴

²³⁰ SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente em common law*. Tradução nossa. Madrid: Civitas, 1995, p. 13.

²³¹ SESMA, Victoria Iturralde. 1995, p. 13-14.

²³² SLAPPER, Gary; KELLY, David. *The english legal system*. 8 ed. Oxon: Routledge-Cavendish, 2006, p. 3.

²³³ CAENEDEM, Raoul Charles van. *Judges, legislators & professors: chapters in european legal history. Goodhart lectures, 1984-1985*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 1.

²³⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 17-18.

Teresa Arruda Alvim Wambier chama a atenção para o fato de que, em ambos os sistemas, embora por caminhos diferentes, “vem-se procurando, historicamente, respeitando a igualdade, criar previsibilidade”.²³⁵

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, ressalta que ambos os sistemas jurídicos nasceram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios a cada um deles.²³⁶ Segundo o autor:

A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Porém, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto no *common law*, por nunca ter existido dúvida que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver.²³⁷

Cumprе ressaltar que, embora os tópicos seguintes se ocupem de uma narrativa histórica sobre a atividade judicial e as características dos precedentes nas famílias de *common law* e *civil law*, esta última com ênfase especial no período que sucedeu à Revolução Francesa²³⁸,

²³⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 20.

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: RT, 2013, p.21.

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 61.

²³⁸ Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 65-66. Segundo o autor, entre os séculos XVI e XVIII, período anterior à Revolução Francesa, que desencadeou uma onda de codificação na Europa continental a partir do Século XIX, existiam grandes semelhanças entre o direito inglês e o direito italiano, ambos de tradição das famílias de *common law* e *civil law*, respectivamente. Destacam-se, nesse sentido, o poder que as Supremas Cortes italianas antes da unificação da Itália, bem como as de outros países da Europa continental, detinham para exercer a atividade de criação judicial do

reconhece-se que as diferenças atuais, referentes a esses aspectos, em ambas as famílias, encontram-se cada vez menos acentuadas, conforme se observará no decorrer deste trabalho. No entanto, desde já, pode-se afirmar que se encontram superadas as tradicionais concepções de que ambas as tradições jurídicas se diferenciam por questões como: a produção legislativa, que não é exclusividade do *civil law*; o respeito obrigatório aos precedentes, que não é exclusividade do *common law*; e a forma de argumentação e raciocínio jurídicos, que em muito se assemelha nos sistemas de ambas as tradições.

Com efeito, conforme observa Luiz Guilherme Marinoni:

[...] convém constatar que não há déficit de legislação nos Estados Unidos. Ao contrário, vários Estados americanos têm mais normas legais que muitos países de *civil law*. De modo que é descabida a alegação de que o precedente tem força vinculante por falta de atuação do legislador [...] a codificação, por si só, não pode explicar a distinção entre o *common law* e o *civil law*. Não se pense que o *civil law* é caracterizado pelos Códigos e pela tentativa de completude da legislação, enquanto o *common law* tem uma característica exatamente contrária. O *common law* também tem intensa produção legislativa e vários Códigos.²³⁹

Quanto ao respeito aos precedentes nos países de *civil law*, noticia Katja Funken que:

direito e a força vinculante ou “quase vinculante” dos precedentes nesses sistemas.

²³⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 16;53. Prosseguindo com a narrativa, o autor (2013, p. 54) afirma que: “O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los. No *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituosos. Isso porque, neste sistema, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz desta tradição o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código”.

[...] a maioria dos tribunais de *civil law* - pelo menos os da Europa - não irão facilmente, na prática, ignorar sua própria decisão anterior. Isto se deve ao fato de que eles não desejam minar sua autoridade, corrigindo suas próprias decisões. Um estudo comparativo germano-americano, por exemplo, constatou que, nos quase 50 anos de história do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), em que foram publicadas cerca de 4.000 decisões, o Tribunal se afastou de precedentes em menos de uma dúzia de casos. Essa consistência é ainda mais marcante se se levar em conta o fato de que 78 juízes diferentes julgaram naquele tribunal durante o referido período.²⁴⁰

O mesmo autor ainda ressalta que países como a Espanha e Alemanha, por exemplo, aprovaram leis nas últimas décadas que tornaram algumas decisões dos seus tribunais constitucionais expressamente vinculantes para os tribunais inferiores e instituições governamentais.²⁴¹ Na estrutura do *civil law*, a codificação já não é mais o instrumento central do direito, tendo sido substituída por um trabalho conjunto entre legisladores, administradores e juízes. Tanto é assim que, um número cada vez maior de países, almejando a unificação jurisprudencial, adota a obrigatoriedade da aplicação dos precedentes em matéria constitucional, como a Alemanha, Argentina, Colômbia, Suíça, Espanha e México.²⁴² Some-se a esses países, ainda, a França, pois conforme observa Teresa Arruda Alvim Wambier, assim como ocorre na Alemanha, independentemente da existência de súmulas formalmente vinculantes, “[...] a jurisprudência pacificada ou predominante dos tribunais é ou tende a ser respeitada, em virtude talvez de uma atitude (de todos) culturalmente enraizada”.²⁴³

²⁴⁰ FUNKEN, Katja. The Best of Both Worlds - The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System, *University of Munich School of Law* p. 11, jul. 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=476461>. Acesso em: 20 fev. 2015.

²⁴¹ FUNKEN, Katja. 2003, p. 12.

²⁴² ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 208 p. 4 jun. 2012 (versão *online*).

²⁴³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Súmula vinculante: figura do *common law*? *Revista de Doutrina da 4ª Região*,

Nesse sentido, Konrad Zweigert e Hein Kötz afirmam que, atualmente, as decisões da Corte de Cassação francesa e do Tribunal Federal alemão, mesmo que isoladas, são seguidas pelas Cortes inferiores na mesma medida em que as Cortes de apelação da Inglaterra e dos Estados Unidos seguem as decisões de suas Cortes Superiores.²⁴⁴

Não obstante, conforme noticia Hermes Zaneti Júnior, em estudo publicado em 2013²⁴⁵, que utilizou como medida indicativa do grau de previsibilidade das decisões judiciais os percentuais de apelação para as cortes superiores, constatou-se que:

[...] as impugnações de sentenças nos sistemas de *common law*, representaram números significativamente inferiores aos de países de diferentes tradições jurídicas (como as tradições francesa, nórdica, germânica e ex-socialistas).²⁴⁶

Para Michele Taruffo, entretanto, é impossível realizar um macrocomparação entre aquilo que denomina metaforicamente de *iceberg* do *civil law* e *iceberg* do *common law*, em especial nos aspectos que dizem respeito ao processo civil. Para o autor não existe e nunca existiu nem mesmo um *iceberg* do *civil law*:

Seja na história dos últimos dois séculos, seja no momento atual, revela-se impositivo reconhecer a presença de, no mínimo, três modelos fortemente diferenciados, cada um dos quais teve, por sua vez, vários desmembramentos: o modelo austro-alemão, o modelo franco-italiano e o modelo

Porto Alegre, n. 44, p. 4, out. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrinal.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html> Acesso em: 14 fev. 2015.

²⁴⁴ ZWEIFERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduce to comparative law*. 3 ed. Translated by Toni Weir. Tradução nossa. Oxford: Clarendon Press, 1998,

²⁴⁵ OECD. *Giustizia civile: come promuoverne l'efficienza? OECD Economics Department Policy Notes*. n. 18. jun. 2013. Disponível em: <http://qualitapa.gov.it/fileadmin/mirror/ierfgiustizia/materiali/3_estratto_it_Giustizia-civile.pdf>. Acesso em: 13.12.2013.

²⁴⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil*. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 235, p. 48, nota 141, set. 2014 (versão online).

espanhol. Se, portanto, fala-se de um iceberg do *civil law*, realiza-se um nível de abstração excessivo, no qual se colhem poucos traços comuns de caráter muito geral - senão que genérico - mas se perdem de vista as características peculiares - que são as mais importantes - dos modelos singulares.²⁴⁷

Tais constatações, no entanto, não retiram a importância do estudo que se fará neste trabalho sobre a doutrina dos precedentes dos países de *common law*, em especial as dos Estados Unidos e Inglaterra. Isso porque, são sistemas em que a referida doutrina vem há séculos se desenvolvendo e cujos instrumentos característicos de operacionalização podem e devem, na melhor medida do possível, ser aproveitados por aqui. Mormente, porque o Brasil atravessa uma fase importantíssima de renovação de sua legislação processual civil, cuja modificação das mais impactantes está ligada ao respeito obrigatório aos precedentes das Cortes Superiores. Portanto, nada mais recomendável do que extrair lições sobre o assunto de sistemas jurídicos que adotam essa prática há séculos.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS DOS PRECEDENTES NO *COMMON LAW*

Por ter o seu berço no direito da Inglaterra, todo o estudo do *common law* deve começar pelo estudo do direito daquele país²⁴⁸,

²⁴⁷TARUFFO, Michele. Icebergs do *common law* e *civil law*? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Revista de Processo, São Paulo, vol. 181, p. 1-2, mar. 2010 (versão *online*). Na mesma ordem de ideias, continua o autor (2010, p. 2): “Por outro lado, duvido que se possa falar de um *iceberg* do *common law*, sobretudo se olharmos a situação atual. Depois das Rules of Civil Procedure introduzidas na Inglaterra, em 1999, mas, sobretudo, depois das profundas reformas no ordenamento judiciário inglês efetuadas nestes últimos anos - em virtude das quais a House of Lords não é mais a Corte Suprema, os juízes não são mais nomeados pelo soberano, mas selecionados por uma específica comissão independente do Poder Executivo, e o Lord Chancellor não é mais o chefe da magistratura - a divisão entre o sistema inglês e o sistema estadunidense tornou-se profunda e radical. Os dois sistemas já eram historicamente distintos por várias razões (como, por exemplo, o desaparecimento do júri civil na Inglaterra e sua manutenção nos Estados Unidos), mas, agora, esses não são mais nem mesmo comparáveis.”

²⁴⁸DAVID, René. 1998, p. 279.

principalmente quando se pretende compará-lo ao direito dos países de *civil law*. Aqui não se almeja, de forma alguma, exaurir o rico histórico do direito inglês, mas apenas expor as linhas gerais necessárias ao entendimento do termo *common law*, a fim de facilitar o estudo de suas características e os pontos de contato com os sistemas de *civil law*, em especial o sistema jurídico brasileiro.

Conforme relatam Konrad Zweigert e Hein Kötz, mais do que qualquer outro sistema jurídico vigente, o direito da Inglaterra é o que menos prescinde do estudo de suas origens para ser bem compreendido. Ainda que alguns sistemas jurídicos estejam mais presos ao seu passado do que outros, mais ligados às formas tradicionais de pensamento jurídico, mesmo diante das transformações sociais e econômicas, nenhum deles supera a Inglaterra nesse quesito. De fato, nenhum país tem estado tão firmemente vinculado ao seu próprio estilo jurídico ao longo dos séculos ou mesmo tão isento de perturbações na sua história jurídica do que a Inglaterra.²⁴⁹

²⁴⁹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. 1998, p. 181. Os autores (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. 1998, p. 181), embora reconheçam certa influência do direito romano no *common law* inglês, afirmam que essa influência foi apenas periférica. Em sentido contrário, Charles Sherman (SHERMAN, Charles. Salient features of the reception of roman law into common law of England and America. *Boston University Law Review*, v.8, p. 183-192, 1928 *apud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 60) constata: “Que as fontes do Direito romano, tanto justinianas quanto pré-justinianas, eram conhecidas na Inglaterra na metade do século XII é atestado pelos escritos históricos de William of Malmesbury, que morreu em 1142. [...] Desde a vinda de Vacarius a Oxford, próximo da metade do século XII, até a morte de Edward I, mais de um século e meio depois, a influência do Direito romano na formação do Direito inglês foi tão grande que todo esse período pode ser denominado ‘época romana do Direito inglês’.” Raoul Charles van Caenegem (CAENEGEM, Raoul Charles van. 2006, p.114), por sua vez, conta que, da Baixa Idade Média até a metade do século XII, a Inglaterra e a Europa continental pertenciam a uma grande família ou tradição jurídica, qual seja, germânica e feudal, sob os aspectos material e processual. Segundo o autor, exceto por problemas de linguagem, um viajante da Europa continental, na época do Rei *Stephen*, não teria qualquer problema em reconhecer as regras, os argumentos e os modelos de prova do direito inglês. Somente um século depois que esse panorama começou a mudar, quando o direito romano e o direito romano canônico começaram a transformar a realidade do continente, enquanto na Inglaterra um direito nativo, baseado nos costumes do reino começava a ganhar corpo. O início dessa dicotomia teria ocorrido exatamente no reinado de Henrique II.

Pois bem. 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.²⁵⁰

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*²⁵¹ (mantenha-se a decisão) 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.²⁵²

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 consuetudinário (*common law*) são usados até hoje na criação do *case law*²⁵³ 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

²⁵⁰ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. 1998, p. 182.

²⁵¹ Do latim *stare decisis et non quieta movere*, que significa textualmente: mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido.

²⁵² ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. *English legal system*. 7 ed. Tradução nossa. Dorchester: Pearson Education Limited, 2006, p. 9.

²⁵³ *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*.

que, via de regra, os juízes devem seguir os precedentes proferidos pelas cortes de hierarquia superior às suas.²⁵⁴

Contudo, afirmar, hodiernamente, que os juízes devem seguir os precedentes, não significa que na Inglaterra não existam leis escritas. Pelo contrário, como afirmam Rupert Cross e J. W. Harris, existem ramos do direito inglês²⁵⁵ que são regulados por leis escritas (*statute law*), mas, ainda assim, muitas vezes, o *case law* tem exercido um papel importante na interpretação dessas leis. Ao contrário do que possa parecer, o princípio da supremacia do Parlamento²⁵⁶ é mais completo na Inglaterra do que praticamente em qualquer outro lugar do mundo. Tal assertiva poderia dar ensejo à ideia de que a rigidez da doutrina dos precedentes nesse país não seria tão importante quanto parece, uma vez que qualquer resultado insatisfatório proveniente do *case law* poderia ser jogado para escanteio pela legislação (*swept away by legislation*). Contudo, a promoção de leis em assuntos dessa natureza é frequentemente lenta e difícil²⁵⁷, de modo que as regras formadas a partir do *common law* dificilmente são alteradas pelo Parlamento.

Apenas a título de curiosidade, vale citar que o princípio da supremacia, ou soberania do Parlamento foi parcialmente mitigado após a adesão do Reino Unido à União Europeia. Isso porque, embora a União Europeia só possa legislar no que diz respeito a determinadas áreas, nestas áreas a sua lei deve ter precedência sobre a lei produzida pelo Parlamento, que nestes casos deixa de ser a fonte suprema do direito.²⁵⁸

Com efeito, uma das grandes características do direito inglês, que tanto fascina os estudiosos, é o fato de que a Inglaterra nunca experimentou uma reviravolta política capaz de caracterizar um rompimento com o sistema tradicional, tal como ocorreu na França, com a Revolução de 1789, onde se assistiu a derrota do antigo regime (*ancien*

²⁵⁴ ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. 2006, p. 9-10.

²⁵⁵ Também nos Estados Unidos, conforme acentua Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 16), não há déficit de legislação. “Ao contrário, vários Estados americanos possuem mais normas legais que muitos países de *civil law*.”

²⁵⁶ Embora o princípio da supremacia do Parlamento tenha acarretado a inadmissão do controle judicial da legislação na Inglaterra, Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 37-38) ressalta que “Edward Coke [...] decidiu no célebre caso *Bonham*, por volta de 1610, que as leis estão submetidas a um direito superior, o *common law*, e, quando isto não acontecer, vale dizer, quando não respeitarem este direito, são elas nulas e destituídas de eficácia.”

²⁵⁷ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 4.

²⁵⁸ ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. 2006, p. 3-4.

régime), que foi substituído por um sistema radicalmente novo²⁵⁹, conforme ainda se verá adiante. A ausência de interrupção no desenvolvimento do direito da Inglaterra reflete a atmosfera profundamente conservadora estabelecida no sistema jurídico daquele país, embora, obviamente, mudanças tenham ocorrido ao longo dos séculos.²⁶⁰

Descrevendo o contraste entre a Revolução Francesa de 1789 e Revolução Inglesa de 1688, Luiz Guilherme Marinoni assevera que:

A afirmação do Parlamento, sublinhada pela Revolução Inglesa de 1688, não teve o propósito de marcar o início de um novo direito, como já dito. O seu caráter foi conservador. Afirmou-se que a Revolução não foi dotada de verdadeiro “espírito revolucionário”, não desejou desconsiderar o passado e destruir o direito já existente, mas, ao contrário, confirmá-lo e fazê-lo valer contra um rei que não o respeitava.

[...] tendo-se em vista que, na Inglaterra, a lei não objetivava expressar um direito novo, mas representava mero elemento introduzido em um direito ancestral (o qual, antes de merecer repulsa, era ancorado na história e nas tradições do povo inglês), e ainda que o juiz era visto como “amigo” do poder que se instalara (uma vez que sempre lutara, misturado ao legislador, contra o absolutismo do rei), não houve qualquer intenção ou necessidade de submeter o juiz inglês à lei.

Além de a lei jamais ter anulado o poder do juiz, os próprios princípios da Revolução Inglesa davam-lhe condição para controlar os atos legislativos a partir do *common law*, já que o Parlamento, embora supremo diante do monarca, era àquele submetido.²⁶¹

Esse conservadorismo, inclusive, reflete-se contemporaneamente num dos principais argumentos daqueles que são contrários a que o Reino Unido adote uma Constituição escrita, pois a sua Constituição não escrita seria produto de séculos de desenvolvimento gradual, bem como parte da

²⁵⁹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. 1998, p. 181.

²⁶⁰ CAENEGEM, Raoul Charles van. 2006, p. 7-8.

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 46-48

sua herança cultural e que, por isso, não deveria ser destruída.²⁶²

Não obstante, a atmosfera conservadora do direito inglês também se mostra presente quando, por exemplo, Rupert Cross e J. W. Harris afirmam que certos ramos do direito são quase que inteiramente produtos de decisões de juízes, cujos julgamentos foram publicados em vários tipos de *law reports*²⁶³ ao decorrer de aproximadamente 700 anos.²⁶⁴

Assim, conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier, a vinculação aos precedentes, no *common law*, acabou acontecendo imperceptivelmente, desde quando a decisão dos casos era tida como a aplicação do direito costumeiro, antes referido, em todas as partes do reino, até o momento em que as próprias decisões passaram a ser consideradas direito. Ou seja, não existiu uma premissa, ou regra explícita no sentido de que os precedentes seriam vinculantes. Além disso, embora se tivesse desenvolvido um processo de confiança nos precedentes, nunca foi definido com precisão qual o seu papel e a forma correta de argumentação a partir de um precedente. Foi nesse contexto que nasceu a teoria declaratória, segundo a qual os juízes apenas declaravam um direito que já existia - sob a forma de costume -, embora fossem às suas decisões que se dava (e se dá) o *status* e o valor de direito.²⁶⁵

3.1.1. As teorias declaratória e constitutiva da atividade judicial

A teoria declaratória, consagrada por Edward Coke, Mathew Hale e William Blackstone, determina que as decisões dos juízes nunca criam o direito, elas apenas constituem uma demonstração do que o direito é.²⁶⁶

Rupert Cross e J. W. Harris observam que Sir Mathew Hale, ainda no século XVII, expôs a teoria declaratória sob a afirmação de que as decisões das Cortes não poderiam criar o direito propriamente dito, uma vez que somente o Rei e o Parlamento poderiam fazê-lo, embora elas tivessem grande importância e autoridade para explanar, declarar e publicar o que o direito do reino era, especialmente quando tais decisões guardassem consonância e congruência com resoluções e decisões de

²⁶² ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. 2006, p. 5.

²⁶³ Espécie de repertório de jurisprudência, onde constava a transcrição textual do caso e do respectivo julgamento

²⁶⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 4.

²⁶⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 20-21.

²⁶⁶ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 25.

tempos passados.²⁶⁷

Dando continuidade a esse pensamento, no século seguinte William Blackstone afirmava existir a *lex non scripta*, o direito não escrito ou o *common law*; e a *lex scripta*, o direito escrito, ou o *statute law*. Para ele, as decisões das cortes seriam uma demonstração do que o *common law* é.²⁶⁸

De acordo com Catherine Elliot e Francis Quinn, o papel do juiz, segundo William Blackstone, era decidir não de acordo com os seus sentimentos pessoais, nem conforme o seu próprio juízo, mas de acordo com o direito já conhecido e os costumes estabelecidos. Ao juiz não seria delegado o poder de criar um novo direito, mas apenas manter e explicar o antigo direito. William Blackstone não aceitava que um precedente pudesse oferecer escolha entre duas ou mais interpretações sobre a mesma questão de direito, de modo que, se uma decisão ruim é proferida, a nova decisão que a reforma, ou a supera, não cria direito novo e nem estabelece que a decisão antiga constituía direito ruim (*was bad law*), mas apenas que aquela decisão não constituía direito (*was not law*), ou seja, não era a resposta correta. Essa visão pressupõe que sempre existe uma resposta correta, a ser extraída do estudo objetivo de um precedente.²⁶⁹

Com efeito, existiriam pelo menos três boas razões em prol da teoria declaratória. Uma delas seria a necessidade de respeito à separação dos poderes, pois, para aqueles que sustentam essa afirmação, qualquer forma de criação judicial do direito seria indesejável. A segunda razão seria o efeito retroativo que possui a criação judicial do direito, o que seria indesejável. Por fim, a terceira razão a sustentar a teoria declaratória seria o fato de que, toda vez que o juiz estivesse perante uma questão nova, ainda não analisada e nem coberta pela legislação, a resposta correta lhe seria apresentada pelo próprio *common law*.²⁷⁰

A primeira razão é facilmente refutada pelo fato de que, conforme observam Rupert Cross e J. W. Harris, é universalmente reconhecido pela doutrina britânica que os juízes ingleses possuem autoridade para criar o direito (*law-making authority*) e assim o fazem, uma vez que já ficou demonstrado na prática a impossibilidade de se aceitar a doutrina da separação dos poderes em sua forma rígida.²⁷¹

Mais recentemente, no clássico debate travado com Ronald

²⁶⁷ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 28.

²⁶⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 28; 167-168.

²⁶⁹ ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. 2006, p. 16.

²⁷⁰ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 30.

²⁷¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 30.

Dworkin²⁷² no século XX, e que até hoje ainda gera muitas discussões no meio jurídico, Herbert Hart afirmou, em resposta às objeções daquele autor, que juízes da envergadura de Oliver Wendell Holmes e Cardozo, nos Estados Unidos, *Lords* Macmillan, Radcliffe e Reid, na Inglaterra, além de um enorme número de outros juristas, insistiram na ideia de que há casos incompletamente regulamentados pelo direito, nos quais o juiz tem uma função inevitável de criar o direito, embora intersticial, tendo eles dito, ainda, que muitos casos poderiam ser decididos em qualquer sentido. Herbert Hart, no entanto, ressalta a importância que os tribunais comumente atribuem ao procedimento por analogia ao decidirem casos não acobertados pela lei ou precedente, o que fazem para garantir que, embora estejam criando um novo direito, esse se harmonize com os princípios ou razões já estabelecidos no direito existente.²⁷³

Quanto à crítica de Ronald Dworkin contra a discricionariedade de Herbert Hart, no sentido de que ela endossaria uma modalidade de criação do direito que antidemocrática, porque os juízes não seriam representantes eleitos pelo povo, Herbert Hart aponta, entre outras respostas, que o ato de confiar nos juízes para suprir essas lacunas é o preço que se paga para evitar o transtorno que decorreria dos métodos alternativos de solucionar os conflitos não regulamentados, como, por exemplo, o envio do caso ao legislativo. E esse preço seria pequeno se se levar em conta que os juízes não estão livres para criar códigos ou realizar reformas abrangentes no direito. Além disso, a delegação de poderes legislativos limitados ao Poder Executivo é uma característica das democracias modernas, de modo que essa mesma delegação ao Poder Judiciário não aparenta constituir maior ameaça à democracia que aquela.²⁷⁴

Ainda que se afirme, frequentemente, que a criação do direito seja prerrogativa do Parlamento, existem áreas nas quais, indiscutivelmente, o direito ainda é criado e aprimorado pelos juízes, tais como contratos e responsabilidade civil, cujo exemplo claro é o desenvolvimento da tese de que a negligência configura ilícito civil. Aliás, mesmo que leis tenham abrangido essas matérias e que o Parlamento ocasionalmente tenha empreendido no sentido de regular áreas inteiras por meio de leis, ainda assim, estas são embasadas nos princípios criados pelos juízes.²⁷⁵

Além disso, seja a partir de precedentes, seja a partir de leis, a

²⁷² DWORKIN, Ronald. 2002, p. 127 *et seq.*

²⁷³ HART, Herbert Lionel Adolphus. 2009, p. 354.

²⁷⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. 2009, p. 355-356.

²⁷⁵ ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. 2006, p. 20.

aplicação do direito para um caso particular nem sempre ocorre automaticamente. A terminologia pode ser vaga ou ambígua, assim como certas evoluções na sociedade exigem acomodação. E tudo isso necessita de interpretação. Um precedente judicial nem sempre oferece condições para que uma decisão seja óbvia e obrigatoriamente aplicável a um caso particular, uma vez que: pode haver conflito entre precedentes; suas implicações podem não ser claras; e pode haver maneiras de contornar um precedente que poderia, se aplicado, produzir uma decisão indesejável.²⁷⁶

Nesses casos, Catherine Elliot e Francis Quinn afirmam que os juízes não podem simplesmente dizer que o direito não é claro e remeter a questão ao Parlamento, embora muitas vezes eles digam que a questão perante eles seria mais apropriadamente decida por aqueles que foram eleitos para decidir sobre mudanças no direito. Isso foi o que aconteceu no famoso caso *Airedale NHS Trust vs. Bland*, quando a *House of Lords*²⁷⁷, em 1993, decidiu sobre o destino de Tony Bland, um torcedor de futebol que ficou em coma após o desastre ocorrido no estádio de Hillsborough. A corte teve de decidir se seria lícito parar de fornecer remédios e alimentação artificial que estavam mantendo o Sr. Bland vivo, mesmo sabendo que a consequência disso seria a sua morte, eis que estava em estado vegetativo. Vários *Lords* deixaram claro sua opinião de que

²⁷⁶ ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. 2006, p. 21.

²⁷⁷ Importante ressaltar que a *House of Lords* foi recentemente extinta e substituída pela *Supreme Court of the United Kingdom*, conforme explica Neil Andrews (ANDREWS, Neil. Influência europeia sobre o processo civil inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 195, p. 3. maio.2011 (versão online): “Sem dúvida, a extinção da função jurisdicional da *House of Lords* e a criação da Suprema Corte do Reino Unido foi o maior impacto que teve até hoje a Convenção Europeia de Direitos Humanos sobre o sistema inglês. Assim, o *Lord Chancellor* deixou de exercer sua função de julgar, integrando a parcela da *House of Lords* que não tinha função legislativa. A Suprema Corte passou a funcionar a partir de 01.10.2009 e tudo se passou como descrito a seguir.

Em 12.06.2003, o Governo Trabalhista, liderado pelo então primeiro Ministro Tony Blair, anunciou o plano de extinguir a tradicional função do *Lord Chancellor*, de extinguir a parte jurisdicional da *House of Lords*, e de transferir esta função para um órgão novo: a Suprema Corte. Em 2005, a Reforma Constitucional ocorreu, sendo extinta a parte jurisdicional da *House of Lords* em 2009. Em 28.07.2009, houve um último julgamento na *House of Lords*, a respeito de um caso em que se discutia o suicídio assistido. Em 01.10.2009, a Suprema Corte do Reino Unido reuniu-se e funcionou pela primeira vez.”

casos que levantem questões morais totalmente novas e problemas sociais devem ser decididos pelo Parlamento, pois o papel dos juízes é aplicar os princípios que a sociedade, por meio de um processo democrático, adota, e não impor seus próprios padrões à sociedade. Não obstante, a corte não tinha opção senão decidir o caso de um jeito ou de outro, e decidiu que interromper o tratamento, naquelas circunstâncias, seria lícito.²⁷⁸

É de se ressaltar, ainda, a especial relação existente entre o *common law* e o direito legislado. Nesse sentido, Thomas da Rosa de Bustamante assevera que:

O ponto de partida para a construção do Direito é sempre o *common law*, já que não há Direito ou uma formulação expressa dos princípios fundamentais do direito inglês em uma Constituição escrita. A legislação aprovada pelo Parlamento, apesar de ser a fonte do direito com maior grau de hierarquia no plano interno, restringe-se a uma atividade normativa altamente detalhada e específica, constituída por enunciados frequentemente dotados de um caráter *ad hoc*, ou seja, destinados a resolver um problema tão casuístico quanto os enfrentados pelas cortes de justiça.²⁷⁹

Com relação à segunda razão em favor da teoria declaratória, para refutá-la, de modo a retratar uma hipótese em que o efeito retrospectivo é bem-vindo, recorre-se ao famigerado caso *Donoghue vs. Stevenson*, julgado pela *House of Lords* em 1932. May Donoghue e sua amiga visitaram um café na cidade de Paisley, na Escócia, e sua amiga lhe pediu um sorvete e com *ginger beer*. Ao servir a Sra. Donoghue, o vendedor abriu a garrafa de *ginger beer* e despejou o conteúdo sobre o sorvete, que estava em um copo. A Sra. Donoghue bebeu parte da mistura e, em seguida, sua amiga começou a despejar sobre o sorvete o resto da *ginger beer*, quando então um caracol já em decomposição caiu da garrafa. Por ter ingerido parte da bebida contaminada, a Sra. Donoghue contraiu sérias doenças e processou a fabricante da bebida (*Stevenson*). A questão, então, era saber se o fabricante teria responsabilidade perante o consumidor final (Sra. Donoghue), uma vez que não existia contrato entre eles. Se se perguntasse a qualquer advogado antes de 1932, a resposta a essa questão,

²⁷⁸ ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. 2006, p. 21.

²⁷⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 50.

em razão de vários casos anteriores, seria negativa, pois o fabricante teria quebrado o contrato com o vendedor que lhe comprou a bebida, mas isso não autorizaria o consumidor final a processá-lo (o fabricante) por dano. No entanto, a *House of Lords* acolheu a tese da Sra. Donoghue, no sentido de que o fabricante foi negligente em permitir a entrada do caracol na garrafa, além de que não seria possível inspecioná-la devidamente em razão de o vidro ser escuro e opaco.²⁸⁰ Essa decisão foi a primeira na Inglaterra a trazer a ideia de responsabilidade civil extracontratual objetiva, cujo principal elemento constitutivo partiu do voto de *Lord Atkin*, embasado em seu famoso *princípio do próximo*.

Segundo Rupert Cross e J. W. Harris, diante dessa decisão, William Blackstone diria que a *House of Lords* não criou um novo direito dizendo que as decisões anteriores refletiam um direito ruim (*bad law*), mas que apenas declarou que as decisões anteriores simplesmente não constituíam o direito. No entanto, não há o que ganhar levando essa afirmação adiante, sendo muito melhor admitir que nesse caso a corte produziu direito novo, com efeito retrospectivo. O efeito retrospectivo da decisão judicial, num caso como esse, só é indesejável, pernicioso, se implica a responsabilidade por um comportamento que provavelmente teria sido diferente se o agente soubesse os termos do direito criado posteriormente. E, no caso *Donoghue vs. Stevenson*, não há como ter certeza de que o fabricante teria agido de forma diferente²⁸¹, até porque o dever de cuidado com o próximo deveria existir independentemente da responsabilidade civil extracontratual.

Por outro lado, certos problemas podem aparecer também quando contratos tidos como válidos por decisões anteriores são considerados inválidos por cortes de apelação em decisões posteriores. Isso pode ocorrer quando os problemas provenientes da manutenção de uma regra insatisfatória são maiores do que os problemas individuais daqueles que firmaram o contrato confiando na regra da decisão anterior. O que deve ficar claro é que, em qualquer ocasião, o efeito retrospectivo da decisão que cria direito novo é um mal necessário.²⁸²

A injustiça sobre a retroatividade de criação judicial do direito também foi objeto de críticas dirigidas por Ronald Dworkin à Herbert Hart, cuja resposta partiu das seguintes considerações. A razão para que se considere injusto o efeito retrospectivo da decisão que cria o direito, é que ela frustra as expectativas daqueles que agiram de acordo com a

²⁸⁰ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 31.

²⁸¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 31-32.

²⁸² CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 32.

confiança que depositaram em determinada regra consolidada. Contudo, mesmo que essa crítica possa ter cabimento se dirigida contra a hipótese de revogação de um direito claramente existente, ela seria totalmente descabida nos casos difíceis (*hard cases*), pois estes são casos que o direito regulamentou de forma incompleta e, portanto, não gerou expectativas capazes de serem frustradas.²⁸³

A terceira razão para a persistência da teoria declaratória, ou seja, a tendência dos juízes em falar que o *common law* teria uma resposta para cada questão que aparecesse perante eles, mesmo quando não acobertada pela legislação, é atribuível ao fato de que as cortes inglesas seriam obrigadas a considerar uma quantidade muito maior de material do que o conteúdo das leis e as *rationes decidendi*²⁸⁴ dos casos vinculantes que pairam sobre eles. As leis e as *rationes decidendi* devem *ser seguidas*, mas os precedentes meramente persuasivos, os *obiter dicta*²⁸⁵ e os princípios gerais ou padrões que guiaram os juízes nas decisões passadas devem *ser considerados*. Essa concepção da teoria declaratória, há muito, já havia sido impugnada por John Austin, que a teria chamado de ficção infantil, criada pelos próprios juízes, com a ideia de que o *common law* não era produzido por eles, mas consistiria em algo milagroso, feito por ninguém, existente desde a eternidade e meramente declarado de tempo em tempo pelos juízes.²⁸⁶

A tese da única resposta correta para cada caso concreto continuou sendo defendida no século XX, sob uma nova roupagem, por Ronald Dworkin.²⁸⁷ No entanto, Robert Alexy apresenta-se mais realista ao afirmar que:

A resposta correta única tem muito mais o caráter de um objetivo a ser perseguido. Os participantes de um discurso prático precisam fazer a exigência, independentemente de haver uma única resposta correta, de que a sua seja a única resposta correta. Caso contrário, suas afirmações e justificações não teriam sentido. Isso apenas pressupõe que é

²⁸³ HART, Herbert Lionel Adolphus. 2009, p. 356.

²⁸⁴ *Ratio decidendi*: significa a razão ou o princípio de direito contido na decisão e que servirá como base para julgamentos futuros.

²⁸⁵ *Obiter dicta* (ou *gratis dicta*): significa literalmente aquilo que foi dito para morrer. É aquilo que foi dito apenas de passagem na decisão, portanto, sem o poder de vincular casos futuros.

²⁸⁶ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 33.

²⁸⁷ DWORKIN, Ronald. 2002, p. 429-446.

possível que existam perguntas práticas para as quais pode ser atribuída uma única resposta correta no discurso, e que não há certeza sobre quais sejam essas perguntas, de modo que vale a pena tentar obter a resposta correta única para cada pergunta.²⁸⁸

Jeremy Bentham adotava uma atitude de puro ceticismo em relação ao *common law*, pois acreditava que o *case law* produzido pelos juízes ingleses era fruto de um puro ato de vontade, de arbítrio, que poderia ser explicado, por meio de uma analogia grosseira com a forma pela qual um adestrador cria normas para serem obedecidas por um cachorro:

São os juízes (como já vimos) que fazem o *common law*. Você sabe como eles o fazem? Do mesmo modo que um homem faz leis para os eu cão. Quando seu cão faz algo que você quer evitar que ele faça, você aguarda até que ele repita, e então lhe bate por isso. Esse é o modo pelo qual você faz leis para o seu cachorro; e esse é o modo pelo qual os juízes fazem leis para mim e você. Eles não irão dizer de antemão a um homem o que é que ele não deve fazer (...). Eles esperam até que ele tenha feito algo que eles dizem que o homem não deveria ter feito, e então eles o enforcam por isso. De que modo, então, pode qualquer homem tomar ciência dessa *dog-law*? Apenas observando os seus procedimentos: observando em quais casos eles enforcaram um homem, em quais casos ele foi mandado para a cadeia, em quais casos eles tomaram suas posses, e assim por diante.²⁸⁹

Para Jeremy Bentham, o *case law* era, na verdade, *judge made-law* e ele o detestava, pois o *case law* configuraria tudo o que o *common law* tem de pior, constituindo um direito sem forma determinada ou sem fronteiras definidas, de modo que um direito embalsamado em milhares

²⁸⁸ ALEXANDER, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 311.

²⁸⁹ BENTHAM, Jeremy. *Truth vs Ashhurst*. In: *The Works of Jeremy Bentham* (published under the superintendence of his executor, John Bowring), vol. V. Edinburgh/Tait/London, Simpkin, p. 231-237, 1843 *apud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 73.

de casos espalhados ao longo de séculos não poderia ser conhecido pelo povo. Seu projeto era de reformar todo o *common law*, principalmente a partir da codificação de todo o direito inglês, com o objetivo de trazer maior segurança jurídica. Embora a empreitada de codificação do *common law* não tenha logrado êxito, a teoria positivista de Jeremy Bentham e o seu pensamento cético em relação à teoria declaratória acarretou no entendimento, que se difundiu por todo o Reino Unido, no sentido de que o Judiciário é delegatário da soberania estatal e que, portanto, quando decide um caso paradigmático ele não está declarando ou expondo o direito vigente, mas criando, por ato próprio uma regra jurídica geral. Para ele, a teoria declaratória era apenas uma ficção infantil, cuja função prática seria camuflar a arbitrariedade judicial e encobrir as fronteiras do poder criativo do direito exercido pelos juízes.²⁹⁰

Conforme assevera Neil MacCormick, Jeremy Bentham e John Austin teriam demonstrado o contrassenso da teoria declaratória do precedente e, uma vez que suas doutrinas passaram a fazer parte da herança (*bag-and-baggage*) intelectual do direito, teria ficado claro que os magistrados não poderiam mais se esconder atrás da teoria declaratória caso desejassem revogar os precedentes.²⁹¹

Neil Duxbury sustenta que, se os juízes têm o dever de achar e declarar eles mesmos o direito, então eles só podem ser obrigados a seguir a decisão de outra corte quando esta decisão, propriamente, for a correta declaração do direito. Se a corte que proferiu a decisão anterior cometeu um engano, o juiz que estiver com o caso presente em mãos terá que fazer alguma coisa diferente de seguir o precedente. Mas o que mais eles podem fazer?²⁹²

Para John Austin, nesses casos o juiz teria de legislar e, desde que fosse uma questão de necessidade, ele deveria legislar abertamente. Porém, segundo complementa Neil MacCormick, o convite de John

²⁹⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 73-74; 88-89. Com efeito, conforme afirmam Konrad Zweigert e Hein Kötz (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. 1998, p. 242), Jeremy Bentham também almejou codificar o direito estadunidense. Em 1811 ele teria escrito uma carta ao Presidente Madison, na qual expôs persuasivamente as vantagens de se codificar o direito, tendo inclusive se oferecido para preparar o eventual código. O Presidente, de forma educada, mas firme, recusou a proposta.

²⁹¹ MACCORMICK, Neil. Can stare decisis be abolished? *Judicial Review*, 1966, p. 204-205 *apud* DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 39.

²⁹² DUXBURY, Neil. 2008, p. 39.

Austin não foi aceito. Embora muitos juízes do século XIX viessem a reconhecer as deficiências da teoria declaratória, admitindo que ela propiciava a criação do direito quando se afastavam de um precedente, isso era coisa que eles não iriam fazer.²⁹³

Ainda que a teoria declaratória entre em manifesta contradição nesse aspecto, de acordo com Rupert Cross e J. W. Harris, ela foi benéfica em pelo menos um ponto, qual seja, o de oferecer à corte uma excelente razão para não seguir um precedente fortemente reprovável, pois, se o *common law* consiste em princípios, na razão, na justiça, nos costumes gerais, uma decisão que fosse contrária a esses valores não deveria ser seguida.²⁹⁴ Logo, estar-se-ia criando direito novo, ainda que William Blackstone dissesse que não.

Por fim, não se pretendeu, neste tópico, demonstrar qual teoria estava correta, mas sim chamar a atenção ao fato de que, no âmbito do *common law*, a discussão sobre a atividade judicial sempre esteve intrinsecamente ligada à questão do respeito aos precedentes judiciais, diversamente da tradição do *civil law*, onde se buscava o respeito à lei, como se verá no tópico 3.2.

3.1.2 A doutrina do *stare decisis*

Conforme ensinam Rupert Cross e J. W. Harris, é um princípio básico da administração da justiça que casos iguais devem ser decididos igualmente (*treat like cases alike*). Isso justifica o porquê de o precedente judicial ter ao menos um efeito persuasivo em quase todos os lugares, independentemente da tradição jurídica da qual fazem parte.²⁹⁵

Nos sistemas de *common law*, entende-se que o juiz não pode *desapontar* os cidadãos, o que aconteceria caso estes fossem surpreendidos por uma decisão que nunca poderia ter sido imaginada antes. Isso porque, normalmente, os cidadãos pautam suas condutas de acordo com os termos das decisões judiciais. Desse panorama, extrai-se o entendimento de que a previsibilidade é inerente ao Estado de Direito, sendo ela alcançada, no sistema de *common law*, pela prática de se obedecerem precedentes. E estabilidade, uniformidade e solidez são requisitos para que haja *previsibilidade*. Estando presentes essas condições, a igualdade, que é um dos principais fundamentos do sistema

²⁹³ MACCORMICK, Neil. 1966, p. 205 *apud* DUXBURY, Neil. 2008, p. 40.

²⁹⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 35.

²⁹⁵ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 3.

de precedentes vinculantes, acaba sendo respeitada naturalmente.²⁹⁶

A característica peculiar da doutrina inglesa do precedente é a sua forte natureza coercitiva, de modo que os juízes ingleses são, por vezes, obrigados a seguir uma decisão anterior, apesar de terem boas razões para não o fazer, não fosse essa acentuada coercibilidade.²⁹⁷

No entanto, ao traçar linhas históricas sobre a doutrina do precedente judicial, Neil Duxbury afirma que, no século XIII, embora as cortes pudessem, ocasionalmente, seguir e, até mesmo distinguir precedentes, ninguém acreditava que elas pudessem estar vinculadas por uma decisão anterior. Assim, ainda que nas cortes medievais os precedentes fossem às vezes tratados como evidência do que o direito comumente era considerado, os juízes não hesitariam em dizer que precedentes não deveriam ser confundidos com o direito²⁹⁸, embora autores como Bracton já ressaltassem a importância de ater-se, na decisão de casos similares, àqueles que já haviam sido decididos antes.²⁹⁹

Já no século XVII as cortes estavam prestando mais atenção do que nunca nos precedentes, mas ainda assim seria um engano pensar que os juízes, naquela época, consideravam decisões particulares como vinculantes. A teoria do *stare decisis*, tal como hoje é concebida, ainda não existia naquela época. Tais fatos, segundo Neil Duxbury, apontam para uma conclusão: o *common law* não precisa de uma doutrina do precedente para funcionar.³⁰⁰

Sendo assim, deve-se deixar claro que o *common law* não se confunde com *stare decisis*. Nesse sentido, Simpson assevera que, 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*, estará fadada ao insucesso, pois a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e o seu status de autoridade são relativamente modernos, e a ideia de que podem existir precedentes vinculantes é mais recente ainda. O *common law* existe há séculos antes de qualquer pessoa se entusiasmar com tais questões, e ele funcionou muito bem como sistema de direito sem certos adereços e

²⁹⁶ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2009, p. 5.

²⁹⁷ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 3.

²⁹⁸ DUXBURY, Neil. 2008, p. 32-33.

²⁹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 153.

³⁰⁰ DUXBURY, Neil. 2008, p. 34.

conceitos como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*.³⁰¹

Com efeito, ao estar diante de um caso para julgamento, o juiz poderá se deparar com diversos tipos de precedente para levar em consideração, em menor ou maior grau. Assim, o juiz pode estar obrigado a simplesmente considerar uma decisão anterior como parte do material a ser levado em consideração para elaborar a decisão do caso presente, ou ele pode estar obrigado a decidir o caso presente no mesmo sentido do caso anterior, ao menos que ele exponha uma boa razão para não o fazer. Por fim, o juiz pode estar obrigado a decidir o caso presente no mesmo sentido do caso anterior, mesmo que ele tenha boas razões para não o fazer. Nesta última hipótese, diz-se que o precedente possui efeito vinculante (*binding effect*), em contraste ao efeito meramente persuasivo dos precedentes levados em consideração nas hipóteses anteriores.³⁰²

A teoria moderna do precedente vinculante em seu sentido próprio, ou seja, abarcando a vinculação das cortes inferiores aos precedentes das cortes que estão acima delas, começou a tomar corpo na segunda metade do século XVI e veio a se consolidar completamente no direito inglês apenas no final do século XVIII, como reflexo da teoria declaratória de William Blackstone, quando afirmava que os precedentes deveriam ser seguidos, salvo quando manifestamente absurdos e injustos. Nesse sentido, observam-se vários julgados de Mansfield, ao longo da segunda metade do século XVIII, nos quais ele seguia precedentes, apesar de desaprová-los.³⁰³

Nesse sentido, colhe-se o pronunciamento de Parke J. quando do julgamento do caso *Mirehouse vs Rennel*, pelo *King's Bench* em 1833:

O nosso sistema de *common law* consiste na aplicação, a novos casos, de regras legais que extraímos de princípios jurídicos e de precedentes judiciais; e, com o escopo de obter uniformidade, consistência e certeza, devemos aplicar tais regras, onde elas não se afigurem irrazoáveis e inconvenientes, a todos os casos que surgirem; e não possuímos a liberdade de rejeitá-las e de desprezar a analogia nos casos em que elas ainda não foram judicialmente aplicadas, somente

³⁰¹ SIMPSON, A. W. B. The common law and legal theory. In: HORDER, Jeremy (ed.). *Oxford essays in jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973. p. 77 *apud* DUXBURY, Neil. 2008, p. 35.

³⁰² CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 4.

³⁰³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 81-82.

porque entendamos que as referidas regras não sejam tão razoáveis e convenientes quanto desejaríamos que fossem. Parece-me de grande importância ter presente esse princípio de julgamento, não meramente para a solução de um caso particular, mas para o interesse do direito como ciência.³⁰⁴

A doutrina do *stare decisis*, na sua versão mais forte - ou seja, com vinculação também no sentido horizontal, de modo que a *House of Lords* e as *Courts of Appeal* estariam vinculadas pelas suas próprias decisões anteriores - contudo, foi constituída em um tempo relativamente recente. Segundo Thomas da Rosa de Bustamante, a tese do efeito estritamente vinculante (*strictly binding*) do precedente horizontal foi insinuada pela primeira vez por Lord Eldon, em 1827, no caso *Fletcher vs Soudes*, defendida com especial ênfase na metade do século XIX por Lord Campbell - especialmente no caso *Beamish vs Beamish*, no ano de 1861 - vindo a ser definitivamente sedimentada apenas no caso *London Tramways Co. vs London County Council*, no ano de 1898.³⁰⁵

Nesse caso, a discussão girava em torno de quanto a empresa *London Tramways Co.* receberia de indenização por ter sido desapropriada pelo *London County Council*. O método de calcular esses valores já havia sido estipulado quatro anos antes pela *House of Lords* ao julgar um recurso vindo da Escócia, no caso *Edinburgh Street Tramways vs Lord Provost etc. of Edinburgh*, tendo o mesmo método sido aplicado imediatamente em seguida no julgamento de um recurso inglês, no caso *London Street Tramways Co. vs LCC*, também no ano de 1894. Assim, a única questão que se decidiu no caso *London Tramways Co. vs London County Council*, foi se a *House of Lords* estava, ou não, vinculada aos seus precedentes, e a resposta foi positiva.³⁰⁶

A vinculação das cortes de apelação inglesas aos seus próprios precedentes, conforme asseveram Rupert Cross e J. W. Harris, também é produto do século XX, sendo que, em 1938, ainda encontrava-se decisões dessas cortes que não respeitavam os próprios precedentes.³⁰⁷

Com efeito, a influência de Jeremy Bentham para a doutrina do *stare decisis* pode se fazer sentir em ao menos dois sentidos.

³⁰⁴CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 26.

³⁰⁵BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 77.

³⁰⁶CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 102-103.

³⁰⁷CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 25.

Primeiramente, como relata Jim Evans, pela influência que ele exercia sobre Henry Brougham, que foi o grande arquiteto das reformas das cortes inglesas nas décadas de 1820 e 1830. Entre essas reformas, no que toca ao fortalecimento da doutrina do precedente, destacam-se a profissionalização da *House of Lords*, bem como a criação, em 1830, de uma única *Cour of Exchequer Chamber*, superior a todas as cortes de *common law* e intermediária entre estas e a *House of Lords*.³⁰⁸ Além disso, a criação dos *law reports* foi parcialmente baseada no argumento de Jeremy Bentham no sentido de que, se se deve aceitar que o juiz cria o direito (*judge made-law*), então deve-se ao menos ter os precedentes sistematicamente organizados e relatados.³⁰⁹ Por outro lado, de acordo com Thomas da Rosa de Bustamante, a teoria do precedente horizontalmente vinculante teve como fundamento justamente o positivismo jurídico do século XIX, capitaneado por Jeremy Bentham, que teria invertido por completo a balança entre a *ratio* e *auctoritas*, passando a atribuir mais peso à última e, portanto, colocando a segurança jurídica acima de todos os outros valores, de modo que mesmo decisões injustas ou irracionais deveriam ser seguidas.³¹⁰

No entanto, vale abrir um parêntesis aqui para ressaltar uma grande contradição existente entre o positivismo clássico e a doutrina do *stare decisis*. Explica-se. Para os positivistas clássicos, até mesmo Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito³¹¹, a força vinculante de uma norma consiste no fato de elas serem respaldadas por alguma sanção imposta àquele que a transgride.³¹² Pois bem. Embora alguma sanção formal possa ser imposta ao juiz que insistentemente se recusa a seguir precedentes aos quais estaria vinculado, não existe uma sanção legal e previamente estipulada para essa hipótese.³¹³ Ou seja, surge aí uma questão de difícil resposta para o positivismo clássico: como podem os juízes estar obrigados a seguir precedentes se eles não estão ameaçados por nenhuma sanção legal na hipótese de não o fazerem?³¹⁴ A resposta veio a ser dada

³⁰⁸ EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedente during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 64 *apud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 88.

³⁰⁹ DUXBURY, Neil. 2008, p. 43.

³¹⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 86-90.

³¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 8.

³¹² DUXBURY, Neil. 2008, p. 14.

³¹³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 99.

³¹⁴ DUXBURY, Neil. 2008, p. 19.

somente pelo positivismo contemporâneo de Herbert Hart, quando ele desmantela a teoria do direito como ordens coercitivas e apresenta o ponto de vista interno das normas, cuja característica é encará-las como padrões aceitos de conduta.³¹⁵

Assim, fica clara a possibilidade de os juízes sentirem-se constrangidos a seguir os precedentes, mesmo que não exista uma sanção específica prevista para o caso de ignorá-los. Quando os juízes seguem precedentes, eles não fazem isso por temer uma sanção, mas porque seguir precedentes é visto entre eles como uma prática correta (padrão aceito de conduta), uma norma, cujo desvio é visto negativamente, lhes expondo à críticas, principalmente de seus pares.³¹⁶

A autoridade dos precedentes no *common law*, portanto, não provem da lei. Dizer que ela é fruto exclusivamente do princípio de que casos iguais devem ser decididos igualmente também não é correto, uma vez que esse princípio remonta à ideia de igualdade formal ínsito na longínqua teoria de Aristóteles.³¹⁷

Em resumo, portanto, a doutrina do *stare decisis* é “uma doutrina encampada pelos tribunais, respeitada pela comunidade jurídica e apoiada pela sociedade”.³¹⁸

Conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier:

O sistema de precedentes vinculantes faz com que as cortes ajam em duas dimensões: resolvem conflitos, e isto diz respeito ao *passado*; e têm o papel de fazer direito, criando regras para o futuro. A primeira função atinge uma audiência limitada: o réu e o autor. A segunda atinge uma audiência mais ampla, que inclui o público, os tribunais, a mídia, os acadêmicos e outros tribunais.³¹⁹

³¹⁵ HART, Herbert. 2009, p. 115-117.

³¹⁶ DUXBURY, Neil. 2008, p. 21. No mesmo sentido, cf. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 99.

³¹⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3 ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1985, 1131a e 1131b, p. 95 *et seq.*

³¹⁸ 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. 150.

³¹⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de processo*, São Paulo, vol. 172, p. 6, jun. 2009 (versão *online*).

Com efeito, a doutrina do *stare decisis* em sua versão mais forte, de absoluta rigidez inclusive para a *House of Lords*, desde 1898, trouxe diversas dificuldades ao ordenamento jurídico inglês, que ficou impossibilitado de acompanhar a natural evolução do direito. Nesse sentido, Jim Evans enfatizou que:

Nessa visão [*doutrina do precedente do final do século XIX*], quando tomada estritamente, uma decisão poderia ser considerada equivocada apenas se ela decorresse de uma má interpretação de uma lei ou, no âmbito do *case law*, de uma falta de conhecimento sobre casos que estabeleçam uma regra ou doutrina pertinente, ou de má aplicação de precedentes com os quais a corte já estivesse familiarizada. A [*mera*] *inconsistência com o princípio que se achava na base de outros casos não era suficiente*.³²⁰

Em razão disso, duras críticas foram tecidas contra a doutrina do *stare decisis* nos moldes em que se encontrava, ficando famosa a afirmação de Arthur L. Goodhart, na década dos anos 30 do século passado, de que:

O produto [*dessa doutrina*] é que o juiz inglês é um escravo do passado e um déspota para o futuro, vinculado pelas decisões dos mortos que o precederam e vinculador das gerações por vir.³²¹

As críticas parecem ter sido ouvidas e, mais de um século após a decisão do caso *Beamish vs Beamish*, a *House of Lords*, em 26.07.1966, decidiu que era hora de assumir a necessidade de flexibilizar a rigidez da teoria do *stare decisis*, e assim o fez por meio de uma resolução específica, denominada *Practice Statement of Judicial Precedent*, ocasião em que o *Lord Chancellor* Gardiner deixou consignado o seguinte:

Os *Law Lords* consideram o uso do precedente um

³²⁰ EVANS, Jim. 1987, p. 70 *apud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 90.

³²¹ GOODHART, Arthur L. *Precedent in english and continental law – Na inaugural lecture before the University of Oxford*. Londres: Stevens and Sons, 1934, p. 48 *apud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 90.

indispensável fundamento para determinar o direito e sua aplicação aos casos individuais. Ele fornece pelo menos um grau de certeza sobre o qual os cidadãos podem confiar ao conduzir os seus negócios, assim como serve de base para o desenvolvimento ordenado das regras legais.

Os *Law Lords*, no entanto, reconhecem que a adesão muito rígida ao precedente pode trazer injustiças em certos casos, e ainda restringir indevidamente o desenvolvimento apropriado do direito. Propõe-se, portanto, modificar a praxe atual, de modo a considerar os precedentes da *House of Lords* como normalmente vinculantes, podendo os seus membros afastarem-se de um precedente desta corte, quando pareça que isso seja o certo a fazer. [...]

Essa resolução não é destinada a alterar o uso dos precedentes em qualquer outra corte além da *House of Lords*.³²²

A proposta de *afastar-se* de seus precedentes, segundo Neil Duxbury, seria muito tímida. Isso porque, mesmo antes de 1966, a *House of Lords* já vinha realizando diferenciações (*distinguishing*) em seus precedentes, em pontos que já estivessem despidos de autoridade, o que já significava *afastar-se* dos seus precedentes. Portanto, o que o *Practice Statement* realmente quis dizer era que, a partir daquele momento, a *House of Lords* poderia revogar (*overruled*) explicitamente seus precedentes. Mas como a palavra *overruling* significa um ato judicial muito ousado, talvez por isso mesmo ela não tenha constado no *Practice Statement*³²³ e isso, certamente, está ligado ao fato de que poucas vezes a *House of Lords* revogou seus precedentes, conforme se verá adiante.

De todo modo, essa mudança no entendimento da *House of Lords* permitiu que o direito inglês pudesse se adaptar às mudanças sociais, bem como prestar atenção às decisões de cortes superiores de outros países da *Commonwealth*.³²⁴ Isso também foi importante para que a *House of Lords* alinhasse sua prática com a de cortes superiores de outros países, tal como a Suprema Corte dos Estados Unidos, que não é vinculada aos seus

³²² CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 104.

³²³ DUXBURY, Neil. 2008, p. 127-128.

³²⁴ *Commonwealth* é uma organização intergovernamental composta por 53 países membros independentes, em sua maioria, países que faziam parte do Império Britânico.

próprios precedentes. Do mesmo modo, essa nova prática deixou a mais alta corte doméstica do Reino Unido alinhada com o entendimento tanto da Corte Europeia de Justiça, como da Corte Europeia de Direitos Humanos, uma vez que nenhuma das duas encontra-se vinculada a uma rígida doutrina dos precedentes, embora na prática, não seja usual elas ignorarem seus próprios precedentes. Com efeito, a possibilidade de a *House of Lords* modificar suas decisões anteriores significa o reconhecimento de que o direito, esteja expresso em leis ou na jurisprudência, é vivo e, portanto, uma instituição em constante modificação, que deve adaptar-se às circunstâncias em que e para as quais se aplica, se for para manter sua relevância prática.³²⁵

Desde 1966, a *House of Lords* tem usado muito pouco a faculdade de se afastar de seus precedentes e isto não ocorre quando simplesmente a decisão anterior estava errada. Normalmente é necessário demonstrar uma mudança substancial das circunstâncias. O primeiro caso de overruling, desde então, ocorreu em 1968, no julgamento de *Conway vs Rimmer*, quando restou superado o entendimento firmado no caso *Duncan vs Cammel Laird and Co*, em 1942.³²⁶ Até o ano de 2003, pode-se citar pelo menos mais oito casos³²⁷ em que a *House of Lords* revogou seus próprios precedentes. Mas de 1966 a 2009, conforme afirma Louis Blom-Cooper's, pelo menos 21 posições da *House of Lords* foram desconsideradas ou alteradas, de acordo com as técnicas que autorizam o afastamento de precedentes.³²⁸

³²⁵ SLAPPER, Gary; KELLY, David. 2006, p. 82.

³²⁶ SLAPPER, Gary; KELLY, David. 2006, p. 82.

³²⁷ Esses casos, com as devidas anotações, são apontados por Gary Slapper e David Kelly (2006, p. 82-85; 209-210): *Herrington vs British Railway Board* [1972], que revogou *Addy and Sons vs Dumbreck* [1929]; *Miliangos vs George Frank Textiles Ltda* [1976], que revogou *R vs United Railways of the Havana and Regla Warehouses Ltda* [1961]; *R vs Secretary of State for the Home Department ex p Khawaja* [1983] que revogou *R vs Secretary of State for the Home Department ex p Zamir* [1980]; *Murphy vs Brentwood District Council* [1990], que revogou *Anns vs Merton London Borough Council* [1978]; *R vs Howe* [1987], que revogou *DPP for Northern Ireland vs Lynch* [1975]; *Hall vs Simons* [2000], que revogou *Rondel vs Worsley* [1969]; *R vs Shivpuri* [1986], que revogou *Anderton vs Ryan* [1985]; *R vs R* [1991], que revogou *R vs Miller* [1954]; e, por fim, tem-se outro caso de overruling citado por Catherine Elliot e Francis Quinn (2006, p. 11): *R vs G and another* [2003], que revogou *R vs Caldwell* [1981].

³²⁸ BLOM-COOPER, Louis. 1966 and All That: The Story of the Practice Statement. In: BLOM-COOPER, Louis; B. Dickson; G. Drewry (coords.). *The Judicial House of Lords: 1876-2009*. OXFORD: Oxford University Press, 2009,

3.1.2.1 O Poder Judiciário inglês também recebe críticas

Um desses casos e outro, no qual não se realizou o *overruling*, são dignos de nota, a fim de se demonstrar que o *common law* também peca quando o assunto é previsibilidade, uniformidade e certeza do direito.³²⁹

Pois bem. No caso *Anderton vs Ryan*, julgado em 1985, a *House of Lords* interpretou o *Criminal Attempts Act* de 1981 de tal forma que o tornou praticamente sem efeito. Depois de muitas críticas da doutrina, a *House of Lords* reconheceu o seu equívoco e, já no ano seguinte, ao julgar o caso *R vs Shivpuri*, revogou o precedente de *Anderton vs Ryan*. Em seu voto condutor. Felizmente, nesse caso, a *House of Lords* teve a oportunidade de julgar outro caso em pouco espaço de tempo e revogar o precedente tido por equivocado, o que facilmente pode não ocorrer em outras ocasiões.³³⁰

O outro caso diz respeito ao entendimento da *House of Lords* sobre o efeito retroativo do *Human Rights Act* de 1998 [HRA]. Em julho de 2001, no caso *R vs Lambert*, a *House of Lords*, com os Lords Slynn, Steyn, Hope, Hutton e Clyde, este presidindo, decidiu que o *HRA* não teria efeito

p. 143-144 *apud* ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 186, p. 6, ago. 2010 (versão *online*).

³²⁹ Importante observação nesse sentido é feita por Lawrence M. Friedman (FRIEDMAN, Lawrence M. *Law in America: a short history*. New York: A Modern Library, 2002, p. 8 *apud* CAMBI, Eduardo. 2013, p. 5, nota 12): “ninguém fora do círculo da dominação inglesa de fato adotou o *Common Law*. Em tempos modernos, alguns países não ocidentais procuraram importar modelos jurídicos do ocidente, os quais (segundo eles pensaram) funcionariam melhor para os impulsionar no mundo contemporâneo do que seus sistemas nativos. Japão e Turquia são exemplos famosos. Em nenhum caso país como tal escolheu o modelo americano ou inglês. Por quê? Uma resposta é que se trata de sistemas codificados. Suas regras básicas assumem a forma de Códigos – megaleis racionalmente estruturadas, as quais estabelecem as regras do ordenamento, os conceitos básicos e doutrinas. Teoricamente, os juízes não têm poder para acrescentarem ou subtraírem a lei, a qual é inteiramente contida nos Códigos. O *Common Law*, por outro lado, foi essencialmente criado pelos juízes, à medida que decidiam os casos. O *Common Law* cresceu, alterou-se, evoluiu e mudou de prisma, ao longo dos anos, à medida que confrontava litigantes de fato e situações reais. Porém, como resultado, tornou-se difícil se encontrar e identificar “o direito”. O *Common Law* estava, de certo modo, em todos os lugares e em lugar nenhum – uma abstração, espalhada entre milhares de páginas de livros sobre os casos. Não foi, em suma, empacotada para exportação”.

³³⁰ SLAPPER, Gary; KELLY, David. 2006, p. 84-85.

retroativo em relação aos recursos de casos decididos antes de sua entrada em vigor. Nessa ocasião, Lord Clyde foi o único voto vencido, entendendo que o *HRA* teria efeito retroativo. Contudo, apenas quatro meses depois, em novembro de 2001, ao julgar o caso *R vs Kansal*, a *House of Lords*, com os Lords Slynn, Steyn, Hope, Hutton e Lloyd, este presidindo e sendo o único que não estava no presente caso *Lambert*, decidiu por 3 votos a 2 que o precedente de *R vs Lambert* não mais se sustentava. No entanto, por 4 votos a 1, a *House of Lords* decidiu que iria seguir o precedente de *R vs Lambert*.³³¹

Para Gary Slapper e David Kelly esse posicionamento da *House of Lords* se tornou uma situação extremamente insatisfatória e confusa do ponto de vista jurídico, gerando preocupação sobre a inconsistência, para não dizer incerteza, de seus membros sobre o preciso efeito do *HRA*.³³²

São casos como esses que levam Neil Duxbury a desacreditar que a cultura de seguir precedentes seja embasada na previsibilidade e certeza do direito, uma vez que o *stare decisis* não garante nenhum dos dois, pois, como os juízes possuem uma flexibilidade considerável, os litigantes e seus advogados nem sempre estarão confiantes de que a corte irá seguir o precedente que eles querem que siga ou mesmo da forma como eles querem que siga. Segundo o autor, essa incerteza é a *mãe* de muitos litígios.³³³

Com efeito, Neil Andrews, em texto recente, enumera diversas críticas que foram dirigidas à *House of Lords*. O autor conta que, no começo dos anos 90, um advogado inglês, que depois se tornou um *Law Lord*, chegou a lhe dizer que a *House of Lords* dos anos 50, quando ele se tornou um barrister³³⁴, era “intelectualmente moribunda”. Mais recentemente, em 2009, Arthur Marriott teria dito que a *House of Lords* era “distante” e “enraizada em outros tempos”, observando também que, nos anos 80 e 90, os seus membros “retiraram-se para dentro de si mesmos”. Em 1963, dois futuros *Lord Chancellors*, Gerald Gardiner e Elwyn Jones, chegaram a propor a extinção da *House of Lords*. Entretanto, contra a sua proposta pesava o fato de que cerca de 55% das decisões, de que se recorreu para a *House of Lords*, durante o período de

³³¹ SLAPPER, Gary; KELLY, David. 2006, p. 84.

³³² SLAPPER, Gary; KELLY, David. 2006, p. 84.

³³³ DUXBURY, Neil. 2008, p. 127-128.

³³⁴ Barrister: é o advogado que atua fundamentalmente nos tribunais hierarquicamente superiores à primeira instância.

2002 a 2007, foram reformadas.³³⁵

Por fim, ressalte-se que, desde a era de Jeremy Bentham até os dias atuais, há vozes clamando pela codificação do direito e produção de mais leis, em prol da certeza e previsibilidade do direito. Atualmente, com o fito de dar cumprimento a esses anseios, existe na Inglaterra a *Law Commission*, cuja uma das obrigações estatutárias é simplificar o direito, fazendo isso por meio da codificação, da consolidação de leis esparsas sobre uma mesma matéria e pela retirada de leis desatualizadas ou obsoletas do ordenamento.³³⁶

O que se pretende demonstrar com isso é que, ao contrário do que muitos imaginam, não é o fato de o Brasil ser regido por muitas leis que o coloca em uma posição inferior em relação aos países de *common law*, quando o assunto é a segurança jurídica.

3.1.2.2 Hierarquia e força dos precedentes na Inglaterra

A *Supreme Court of the United Kingdom* é composta por 12 juízes, sendo um deles o seu Presidente e dividida em turmas (*panels*), normalmente de 5 juízes. Tal como sua antecessora, a *House of Lords*, a *Supreme Court* tem poder de declarar qual é o direito, de forma vinculante para os demais órgãos do Judiciário inglês e galês, tendo também assumido a competência do *Judicial Committee of Privy Council*³³⁷, no que diz respeito a certas matérias, para todo o Reino Unido.

A Justiça Civil é basicamente composta da seguinte forma. Em primeira instância encontram-se as *county courts*, as *magistrate's courts* e também a *High Court* ordinária, quando se tratar de casos de maior complexidade ou valor. São as chamadas *Low Courts*. Suas decisões não produzem precedentes vinculantes e nem persuasivos, exceto as da *High Court* ordinária, que produzem efeito persuasivo para as duas primeiras. Todas estão vinculadas às decisões da *High Court of Justice*, da *Court of*

³³⁵ ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 186, p. 2-3, ago. 2010 (versão *online*).

³³⁶ *Law Commission. Reforming the law.* Disponível em: <<http://lawcommission.justice.gov.uk/about-us.htm>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

³³⁷ Órgão judicial que atuava como corte final de apelação de alguns países da *Commonwealth*, mas que não fazia parte do sistema judiciário inglês, embora suas decisões tivessem forte poder persuasivo, em razão de que a maioria de seus membros eram membros da *House of Lords*.

Appeal, da *House of Lords* e da *Supreme Court*.³³⁸

A *High Court of Justice* é dividida em três seções, todas destinadas a julgar recursos. São elas: a *Queen's Bench Division*, a *Family Division* e *Chancery Division*. A *High Court of Justice* encontra-se vinculada às suas próprias decisões, embora com algumas exceções, às decisões da *Court of Appeal*, da *House of Lords* e da *Supreme Court*. Contudo, as decisões monocráticas dos juizes da *High Court of Justice* não vinculam os demais juizes da corte, embora vinculem as cortes hierarquicamente inferiores. Se um juiz da *High Court of Justice* se deparar com duas decisões conflitantes de juizes dessa mesma corte, a praxe adotada, embora não obrigatória, determina que ele siga a última decisão, desde que não haja precedente das cortes superiores a ser seguido.³³⁹

A *Court of Appeal*, por sua vez, trata-se do segundo órgão recursal no topo da ordem hierárquica do sistema judiciário inglês, estando abaixo apenas da *Supreme Court*, e recebe recursos de praticamente todos os órgãos inferiores. A *Court of Appeal*, em tese, é vinculada por suas próprias decisões, pelas decisões da *House of Lords* e da *Supreme Court*. Contudo, existem algumas exceções que autorizam a *Court of Appeal* a se afastar de seus próprios precedentes. As tradicionais são: quando houver conflito entre duas decisões anteriores da própria corte; quando uma decisão da *Court of Appeal* tiver sido expressa ou implicitamente revogada pela *House of Lords*; quando a decisão passada tiver sido proferida *per incuriam*, ou seja, ignorando alguma lei ou precedente aplicável ao caso, que a levaria a uma diferente conclusão; e quando a corte, ao proferir a decisão anterior, embora tenha admitido a existência de alguma razão de direito, deixou de se manifestar sobre ela. A *Court of Appeal* também pode deixar de seguir seus próprios precedentes quando estes se tornarem inconsistentes com o Direito Comunitário Europeu.³⁴⁰

Com efeito, a *Court of Appeal* tentou por diversas vezes driblar a doutrina do *stare decisis* com o intuito de não seguir os precedentes da *House of Lords*, que foi sempre incisiva em reafirmar a natureza vinculante dos seus precedentes sobre a *Court of Appeal*.³⁴¹

Em uma dessas ocasiões, precisamente no caso *Cassel and Co. Ltd.*

³³⁸ SLAPPER, Gary; KELLY, David. 2006, p. 121. Cf. também: ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. 2006, p. 14.

³³⁹ SLAPPER, Gary; KELLY, David. 2006, p. 94-95;123;385. Cf. também: ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. 2006, p. 13.

³⁴⁰ SLAPPER, Gary; KELLY, David. 2006, p. 91;126. Cf. também: ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. 2006, p. 13.

³⁴¹ SLAPPER, Gary; KELLY, David. 2006, p. 88.

vs Broome, a *Court of Appeal* havia se recusado a seguir uma decisão da *House of Lords*, sob o argumento de que teria sido proferida *per incuriam*. Ao decidir o recurso interposto contra essa decisão, em 1972, a *House of Lords* expressou sua indignação nas palavras de Lord Hailsham:

O fato é, e eu espero que nunca mais seja necessário dizer isso, que no sistema hierárquico das cortes, existente neste país, é necessário que cada nível inferior, incluindo a *Court of Appeal*, aceite lealmente as decisões dos níveis superiores.³⁴²

Isso não impediu que a *Court of Appeal*, poucos anos mais tarde, tentasse novamente revogar um precedente da *House of Lords*, dessa vez sob a alegação de ele teria se tornado obsoleto. Tratava-se do caso *Miliangos vs George Frank Textiles Ltda*, julgado pela *House of Lords* em 1976. Ao proferir o seu voto e acompanhar a maioria para que fosse revogado o precedente, Lord Wilberforce fez questão de reafirmar que o único meio judicialmente cabível pelo qual uma decisão da *House of Lords* possa ser reconsiderada é por ela mesmo.³⁴³

Contudo, mais recentemente, em razão da convergência do direito do Reino Unido e da União Europeia e, em particular, do aumento da atuação da Corte Europeia de Justiça (*ECJ*) nas questões legais domésticas, a *Supreme Court* já não é mais a corte recursal de última instância tal como costumava ser a *House of Lords* nas últimas décadas.³⁴⁴

Frise-se que o fato de a Corte Europeia de Justiça (*ECJ*) poder revogar precedentes da *House of Lords* e da *Supreme Court* acaba por possibilitar que a *Court of Appeal* também deixe de seguir esses precedentes, para seguir os da Corte Europeia de Justiça (*ECJ*) que os substituírem.³⁴⁵

Além disso, excepcionalmente, a *Court of Appeal* pode deixar de seguir precedentes da *House of Lords* ou da *Supreme Court*, quando estes tiverem sido formados anteriormente a introdução do *Human Rights Act* de 1998 e com ele se tornado incompatível, tal como restou reconhecido em 2004, no caso *D vs East Berkshire Community NHS Trust*, onde se deixou de seguir o precedente da *House of Lords* firmado no caso *X*

³⁴² CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 99.

³⁴³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 100.

³⁴⁴ DUXBURY, Neil. 2008, p. 128.

³⁴⁵ SLAPPER, Gary; KELLY, David. 2006, p. 89.

(*Minors*) vs *Bedfordshire County Council*, de 1995.³⁴⁶

Por fim, de forma a retratar a mudança de paradigmas pela qual atravessa a Inglaterra e o Reino Unido, ressalta-se que, conforme determina o *Human Rights Act* de 1998, todas as cortes do Reino Unido devem levar em consideração as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (ECHR), sempre que puderem ser aplicadas ao caso concreto, ainda que tais decisões não possuam efeito vinculante. Vale dizer, as decisões da Corte Europeia de Justiça possuem natureza vinculante para todas as Cortes, já as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (ECHR), apenas efeito persuasivo.³⁴⁷

3.1.2.3 *Plea rolls, yearbooks e law reports*

Para que a teoria do precedente pudesse se desenvolver ao longo dos anos, até que culminasse no *stare decisis*, foi e continua sendo de suma importância o registro das decisões em alguma espécie de documento, capaz de orientar advogados e juízes na tarefa de pesquisar decisões passadas de casos análogos ou idênticos aos quais defrontam-se no presente para análise e interpretação.

No século XIII, a guarda e seleção das atas de julgamentos, denominados *plea rolls*, foram instituídos a partir de um *writ* real de 1292, com o escopo precípua de auxiliar no ensino jurídico. Sob a coroa de Henrique VI (1422-1461), tal costume foi consagrado e refinado, de modo a traçar com maior clareza e precisão a questão de direito debatida no caso concreto.³⁴⁸

Já no final do século XV predominavam os *year books*, verdadeiros repositórios de doutrina judicial, consubstanciados em excertos de argumentos das partes e de decisões judiciais e catalogados por assunto em ordem alfabética. A primeira versão impressa é de 1495 e atribuída a Statham.³⁴⁹

³⁴⁶ SLAPPER, Gary; KELLY, David. 2006, p. 89.

³⁴⁷ SLAPPER, Gary; KELLY, David. 2006, p. 91-92. Cf. também: ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. 2006, p. 13.

³⁴⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, p. 154.

³⁴⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, p. 155. Contudo, Victoria Iturralde Sesma (1995, p.106) e Marcelo Alves Dias de Souza (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 105) contam essa história de maneira diferente. Para eles, os *year books* não eram bem repertórios de decisões judiciais, mas sim uma espécie de guia de como os

Seguindo uma natural evolução, o estilo dessas compilações foi substituído pelos *law reports*, cujo formato em muito se aproxima aos repertórios jurisprudenciais modernos, com a transcrição textual do caso e do respectivo julgamento. Destacaram-se as coleções de Edmund Plowden (1571), James Dyer (1585) e Edward Coke, este que é considerado o fundador da teoria moderna do precedente judicial, tendo publicado 11 volumes de repertórios (*Coke's Reports*), enquanto exercera a função de *Chief Justice of the Common Pleas*.³⁵⁰

É importante ressaltar que, na Inglaterra, embora existam várias séries de compilação, nenhuma é considerada oficial. A mais prestigiada é a compilação chamada *The Law Reports*, publicada pela organização não governamental e sem fins lucrativos *Incorporated Council of Law Reports for England and Wales*.³⁵¹

3.1.3 O *common law* e a teoria do *stare decisis* no Estados Unidos

Desde a época da colonização americana, o sistema baseado no *case law* prevalece em praticamente todo território dos Estados Unidos. No entanto, por inúmeras razões, no decorrer do século XVIII, o direito norte-americano se distanciou da antiga tradição jurídica da Grã-Bretanha. Conforme assevera José Rogério Cruz e Tucci, “a estrutura constitucional assentada no federalismo e na rígida divisão de poderes acarretou ao ordenamento jurídico dos Estados Unidos profundos contrastes em relação ao direito inglês”.³⁵²

A cultura jurídica americana herdou o uso do precedente vinculante da tradição inglesa do *common law*. No entanto, os Estados Unidos foram gradualmente deixando de seguir os precedentes ingleses, de modo a formar um sistema jurídico baseado no direito casuístico americano adaptado de outros Estados internos deste país quando não existisse nenhum precedente vinculante no Estado em questão, ao invés de fazer referência genérica à tradição da Inglaterra. Não obstante, ainda hoje não é incomum que uma corte estadual americana utilize o direito

advogados deveriam proceder em juízo, e seu período foi compreendido entre 1282 a 1537.

³⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, p. 155.

³⁵¹ SESMA, Victoria Iturralde. 1995, p.108.

³⁵² TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, p. 165.

inglês como autoridade persuasiva quando não existir nenhuma outra.³⁵³

James Fowler e Sangick Jeon afirmam que, no século XVIII dificilmente as decisões citavam pelo menos um precedente, mas a partir do início do século XIX iniciou-se um lento, porém constante desenvolvimento dessa prática, de modo que, já na virada para o século XX, cerca de 90% das decisões estavam citando precedentes.³⁵⁴

O Poder Legislativo também faz leis nos Estados Unidos, as quais, assim como na Inglaterra, são hierarquicamente superiores aos precedentes vinculantes. Contudo, apesar de gozarem de *primazia*, elas são *residuais*, pois costumam apenas completar os vácuos deixados pela ausência de julgado relativo a determinado caso.³⁵⁵ Nesse sentido, Guido Fernando Silva Soares afirma que “embora seja o *case law* a principal fonte do direito, pode ele ser modificado pela lei escrita que, nos EUA, lhe é hierarquicamente superior; diz-se, então, que um *case* foi ‘reversed by statute’”.³⁵⁶

Nos Estados Unidos, a sistemática dos precedentes é vista como decorrência da própria estrutura do Judiciário (art. III da Constituição daquele país), extraída da tradição inglesa. Os precedentes são entendidos, também, como decorrência do princípio da igualdade.³⁵⁷ A doutrina do *stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos, segundo Charles D. Cole:

[...] simplesmente significa que uma vez que a Corte de última instância no sistema judiciário federal ou estadual decida um princípio de direito para o caso em julgamento, estabelecendo assim um precedente, a Corte continuará a aderir a este precedente, aplicando-o a casos futuros em que os fatos relevantes sejam substancialmente os mesmos, ainda que as partes não sejam as

³⁵³ COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos: O sistema de precedente vinculante do Common Law. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 752, p. 1, jun. 1998 (versão *online*).

³⁵⁴ FOWLER, James H; JEON, Sangick. *The authority of Supreme Court Precedent: A network analysis*, junho, 2005 *apud* GERHARDT, Michael J. *The power of precedente*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 48, nota 6.

³⁵⁵ CAMBI, Eduardo. 2013, p.6.

³⁵⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: RT, 1999, p. 38.

³⁵⁷ CAMBI, Eduardo. 2013, p.7.

mesmas.³⁵⁸

Contudo, de acordo com Evaristo Aragão Santos, pode se dizer que, nos Estados Unidos, pratica-se uma versão mais amena do *stare decisis*. Ou seja, embora se aceite como princípio que as decisões têm efeito vinculativo, em especial os posicionamentos da *Supreme Court*, o juiz norte-americano tem mais liberdade do que seu colega inglês, para, eventualmente, deixar de seguir um precedente.³⁵⁹ No mesmo sentido, Michele Taruffo ensina que:

No sistema americano, a força do precedente existe, mas em um grau menor: os juízes americanos aplicam os precedentes com grande discricionariedade, ou seja – por assim dizer – quando não encontram razões suficientes para não o fazer. O *stare decisis* continua a existir, portanto, e por isso os juízes normalmente explicam porque não pretendem seguir o precedente: parece, todavia, claro que o precedente tem eficácia só quando o segundo juiz dele compartilha. No caso contrário, o precedente vem *overruled*.³⁶⁰

Nos Estados Unidos, assim como na Inglaterra - e também qualquer outro país, acredita-se -, o sucesso do sistema de precedentes depende de um método de busca acessível, confiável e rápido. Mas, ao contrário da Inglaterra, nos Estados Unidos existem tanto repertórios oficiais, como particulares.³⁶¹ Charles D. Cole afirma que:

Juízes, advogados e acadêmicos são abençoados com um método muito preciso de pesquisa jurídica nos Estados Unidos. A parte buscando encontrar um precedente anterior que controlará o caso a ser julgado precisa determinar primeiramente os fatos

³⁵⁸ COLE, Charles D. 1998, p. 1.

³⁵⁹ SANTOS, Evaristo Aragão. 2012, p. 139. Segundo José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 164-165), a doutrina do precedente vinculante também é menos rígida na Escócia, “assemelhando-se mais ao sistema norte-americano”.

³⁶⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Tradução de Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 199, p. 5, set. 2011 (versão online).

³⁶¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 116.

relevantes do caso e, então, a questão de direito que precisa ser decidida pela Corte. [...]

O pesquisador, Juiz, funcionário judiciário, ou advogado podem utilizar tanto um método de pesquisa manual por matéria - tema para localizar casos que tratam questões semelhantes ou usar métodos eletrônicos de pesquisa jurídica tais como a *Westlaw* ou *Lexis*. O método de pesquisa jurídica permite aos pesquisadores encontrar casos que tratam de questões semelhantes e, em alguns casos, descobrir casos que tratam diretamente sobre o assunto.³⁶²

Observe-se ainda, que, embora os Estados Unidos reconhecidamente sejam um país cujo sistema se amolda à tradição do *common law*, o Estado da Louisiana é conhecido como um Estado de *civil law* numa nação de *common law*. Isso porque, ao mesmo tempo que possui um direito codificado bem aos moldes do *civil law*, no sentido de menor abstração, também há o respeito explícito aos precedentes, mas não propriamente com os mesmos contornos do *stare decisis*, e sim com o que lá se denominou de *jurisprudence constante*.³⁶³

3.1.3.1 Hierarquia e força dos precedentes nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos existem cortes estaduais e federais. Aquelas julgam questões afetas às leis estaduais e, também, questões federais às quais a Constituição não tenha atribuído competência exclusiva às cortes federais. Estas, por sua vez, julgam questões referentes às leis federais, as quais, dentro da sistemática daquele país, são consideradas hierarquicamente superiores às leis estaduais, ao contrário do que acontece no Brasil, onde não se considera a existência dessa mencionada hierarquia, mas tão somente níveis diversos de competência legislativa.³⁶⁴

Naquele país, a Corte suprema de cada Estado e as Cortes federais de apelação têm a aptidão de gerarem precedentes vinculantes (*binding precedents*) dentro dos respectivos limites de competência, ou seja, dentro dos limites territoriais do respectivo Estado ou dentro dos limites da região federal (*federal circuits*, na linguagem do sistema norte-

³⁶² COLE, Charles D. 1998, p. 4.

³⁶³ SANTOS, Evaristo Aragão. 2012, p. 139.

³⁶⁴ CAMBI, Eduardo. 2013, p.7.

americano).³⁶⁵

Com efeito, a decisão de uma Corte de primeira instância não constitui precedente vinculante. Já a decisão de uma Corte recursal estadual é precedente dentro do sistema estadual para as questões estaduais decididas e, quando o caso começa na Corte distrital federal, a decisão da Corte recursal federal é precedente para o circuito. Contudo, o precedente para o circuito no sistema federal é sujeito a ser revogado por uma decisão contrária da *Supreme Court*, que estabelece precedente nacional. Desse modo, quando a Suprema Corte decide uma questão referente à interpretação da Constituição, à lei promulgada de acordo com a Constituição ou tratado, tal interpretação constitui *lei*, uma vez que é uma decisão do que a lei federal significa e tal decisão constitui precedente vinculante.³⁶⁶

Portanto, como a Suprema Corte dos Estados Unidos possui jurisdição nacional, tem ela, conseqüentemente, a aptidão de produzir precedentes vinculantes para todas as Cortes do país. Eduardo Cambi explica que se usa o termo *aptidão*, porque:

[...] somente haverá observância obrigatória se a decisão for tomada pela *maioria* da corte também no tocante às razões fundamentais da decisão. Assim, a tomada de decisões pela *maioria* ocorre nos EUA diferentemente da forma que é feita no Brasil. Aqui, para que haja uma decisão tomada pela maioria, basta coincidência quanto ao dispositivo. Assim, se um julgador chegar à mesma conclusão (dispositivo) a que chegou outro, haverá, de todo o modo, *maioria*, independentemente se divergiram, ou não, quanto à fundamentação. Nos EUA, a coincidência deve se dar, também, quanto às razões fundamentais da decisão. Bem por isso, um voto proferido naquele país é dividido em várias partes (Parte I, II, III etc.) para que outro julgador possa concordar com a Parte I, por exemplo, e, mesmo que discorde das razões expostas na Parte II, por hipótese, mas chegue à mesma conclusão, as razões expostas na Parte I podem ser contadas para somar à maioria.³⁶⁷

³⁶⁵ CAMBI, Eduardo. 2013, p.7.

³⁶⁶ COLE, Charles D. 1998, p. 3.

³⁶⁷ CAMBI, Eduardo. 2013, p.7-8.

Por fim, cumpre ressaltar que, via de regra, o juiz de primeiro grau não tem autoridade para revogar um precedente estabelecido por Corte superior a sua. Contudo, em situações excepcionais, encontram-se decisões que deixam de aplicar determinado precedente, sob o fundamento de que ele está flagrantemente obsoleto em razão da atual realidade social. A parte prejudicada, neste caso, obviamente terá a oportunidade de recorrer à Corte superior, que poderá revogar o precedente ou reformar a decisão judicial, preservando-o.³⁶⁸

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS DOS PRECEDENTES NO *CIVIL LAW*

Como visto visto linhas atrás, 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 germânica³⁶⁹, o que autorizaria um estudo histórico sobre suas raízes já a partir do antigo direito romano.³⁷⁰ Contudo, conforme também

³⁶⁸ CAMBI, Eduardo. 2013, p. 8.

³⁶⁹ SLAPPER, Gary; KELLY, David. 2006, p. 6.

³⁷⁰ Para uma análise histórica bem detalhada nesse sentido, cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004. ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. 1998, p. 74-84. Fazendo uma análise resumida, porém, precisa, Teresa Arruda Alvim Wambier (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. Revista de Processo*, São Paulo, vol. 893, p. 2-3, mar. 2010, versão *online*) afirma que o direito existente nos países de *civil law* é fruto de dois momentos históricos, cujas consequências são perceptíveis até hoje: “O primeiro deles foi quando, no século XI, descobriram-se textos jurídicos romanos, que haviam sido conservados durante a Idade Média, e começaram a ser reestudados no norte da Itália, principalmente em Bologna. [...] O curioso é que esta grande coleção de textos romanos, elaborados sob Justiniano no século XI, não consistia num código. Havia textos de leis, comentários de juristas e, naturalmente, inexistia absoluta harmonia. Este foi o trabalho dos estudiosos: compreender e imprimir harmonia a textos que tinham sido produzidos em função de *casos*. Assim, como se sabe, decidia o juiz romano: caso a caso, procurando resolver do mesmo modo, casos iguais. Sem se abandonar integralmente o estilo de pensar romano, já que os textos ligavam-se a casos, passaram-se a considerá-los como paradigmáticos, parte de um *Corpus*. Compreende-se que, desde este momento, a doutrina tenha ganhado, para os sistemas de *civil law*, uma importância que jamais perdeu, pois o direito dos países de *civil law* nasceu como um fruto de refinado trabalho intelectual e não do pensamento do homem comum. Imprimir-se coerência a um conjunto de textos produzidos esparsamente, já era, na verdade, um embrião do pensamento sistemático. Entre 1600-1800 esta passou

já foi dito, 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.³⁷¹

3.2.1 A Revolução Francesa e o juiz “boca da lei”

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 indivíduo³⁷², 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.³⁷³ Já da teoria de

a ser a forma de ver e compreender o mundo: pensava-se sistematicamente na ciência, na música, na filosofia, na astronomia e no direito. Abusos, relativos a privilégios excessivos dos nobres e do clero, somados à vulnerabilidade dos juízes, acabaram desembocando na Revolução Francesa, que, acredito, foi o segundo e principal movimento histórico responsável pelas feições que o direito tem hoje nos países de *civil law*”.

³⁷¹ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. 1998, p. 181.

³⁷²ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2009, p. 3.

³⁷³CAPPELLETTI, 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 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,

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.³⁷⁴ Como consequência disso, os juízes tinham que respeitar a lei, devendo, em suas decisões, ser feita menção expressa a lei em que se baseavam. Sobre a teoria de Montesquieu, Teresa Arruda Alvim Wambier observa que:

Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem "a boca da lei". As teorias dedutivas eram capazes de explicar as decisões judiciais como se elas fossem o resultado de um raciocínio absolutamente lógico: Lei + fatos = decisão.³⁷⁵

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.³⁷⁶ Luiz Guilherme Marinoni explica 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.³⁷⁷

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.”

³⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 60, p. 1, out. 1990 (versão *online*).

³⁷⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2009, p. 3-4.

³⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 50.

³⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 51.

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 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.³⁷⁸

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.³⁷⁹ 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 favorecida.³⁸⁰

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.

³⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 47; 57.

³⁷⁹ CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 324.

³⁸⁰ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2009, p. 4.

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. Para se ter uma ideia, o Código Napoleônico possuía 2.281 artigos. Já o Código Prussiano, de 1793, possuía mais de 17.000 artigos.³⁸¹ Não é à toa que o Código Civil brasileiro de 1916, inspirado, em parte, no Código de Napoleão, continha 1.807 artigos.

Teve posição de destaque nessa época a denominada “Escola da Exegese”, cuja premissa fundamental era de que o texto da lei teria apenas um significado verdadeiro e que, a interpretação, portanto, seria um ato de mero conhecimento objetivo, pelo qual qualquer juízo de valor passaria longe da cabeça do intérprete (*dura lex sed lex*). 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.³⁸²

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.³⁸³

Vale ressaltar, por oportuno, que a estrita separação de poderes, ao estilo francês, em muito se diferenciava daquela teoria adotada ao mesmo

³⁸¹ CAMBI, Eduardo. 2011, p. 80-84.

³⁸² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 20-21.

³⁸³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol 2. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 11.

tempo pela Constituição Americana, embora ambas tivessem suas raízes em Montesquieu.³⁸⁴ 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.³⁸⁵

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.³⁸⁶

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.³⁸⁷

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

³⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 39, nota 42.

³⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. 2001, p. 29.

³⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 58.

³⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 58-59.

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.³⁸⁸

Com efeito, a obra de François Géný, intitulada *Méthodes d'Interprétation et Sources em Droit Privé Positif* publicada em 1889³⁸⁹, 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.³⁹⁰

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. Nesse sentido, Mauro Cappelletti assevera que:

[...] o modelo montesquiano (e roussoniano), tal como introduzido pela legislação Revolucionária Francesa - enquanto tentativa de proteção contra a tirania -, deixou as portas abertas às tiranias do Legislativo e do Executivo. [...] Isso significa dizer que tanto os legisladores quanto os administradores públicos estavam isentos de qualquer controle por parte de um terceiro órgão, independente, apolítico ou, de alguma forma, menos político. [...] Deve-se admitir, sem surpresa, portanto, que todos os sistemas passados e presentes de controle político e não-judicial, como os experimentados na França com as Constituições de 1799, 1852 e 1946, e os correntemente adotados por muitos países comunistas, revelaram-se extremamente ineficientes.³⁹¹

Sendo assim, o século XX foi 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

³⁸⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 12-13.

³⁸⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 20.

³⁹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, p. 204.

³⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. 2001, p. 29-30.

é a legislação fascista, que privou os judeus e outras minorias dos mais comezinhos direitos fundamentais, culminando nas atrocidades ocorridas, sob o pálio da lei, durante a Segunda Guerra Mundial. Por tais razões, segundo afirma Mauro Cappelletti, países como:

[...] a Áustria, a Itália e a Alemanha, emergindo do descalabro moral e material, da perversão política, da ditadura e da derrota, logo se voltaram para a justiça constitucional [...]. Assim fazendo, tentavam limitar e controlar o poder do legislativo e da maioria legislativa, dentro do esquema da nova norma constitucional, tornada atuante pela decisão constitucional.³⁹²

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.

3.2.2 Do juiz “boca da lei” aos casos difíceis: neoconstitucionalismo como vetor da mudança de paradigmas do *civil law*

Como visto na seção anterior, a experiência jurídica havia mostrado que o ordenamento possuía lacunas e, com alguma frequência, era insuficiente para solucionar litígios não contemplados pelo legislador, de modo que a atuação do intérprete passou a necessariamente desempenhar uma função integrativa.³⁹³

Assim, no transcorrer do século XX, motivado por exigências históricas em flagrante reação ao sistema “fechado”, que conotava o positivismo clássico, surge um movimento que proclama nova metodologia de interpretação do direito, dando-se ênfase ao critério teleológico, na busca de estabelecer uma aliança entre o sistema

³⁹² CAPPELLETTI, Mauro. 2001, p. 29-32.

³⁹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, p. 202.

normativo e a realidade social. Aquele paradigma é rompido abrindo-se as portas para novas proposições contra o dogma da “plenitude”.³⁹⁴

A complexidade e constante evolução das sociedades modernas, somada ao fenômeno do *Acesso à Justiça*, já tornado realidade, possibilitou a um número crescente de pessoas, inclusive as de camadas que antes eram marginalizadas, que submetessem seus problemas mais frequentemente ao Poder Judiciário, problemas estes cada vez mais complexos (*hard cases*) e, por isso, não previstos expressamente na legislação. Embora o conceito de *hard case* tenha surgido e começado a ser tratado no *common law*, hoje em dia é evidente que se trata de uma questão importantíssima também para o *civil law*.³⁹⁵

Segundo Ronald Dworkin, um *hard case* é aquele no qual não é possível encontrar uma regra de direito clara, estabelecida de antemão, que possa ser aplicada diretamente aos fatos do caso.³⁹⁶

Eduardo Cambi, de modo sistematizado, explica que um caso pode ser considerado difícil quando:

a)[...] não há uma única resposta correta, de constatação direta e objetiva; b) as formulações normativas são ambíguas e/ou os conceitos que expressam são vagos, indeterminados ou abertos, bem como contem cláusulas gerais; c) o direito é incompleto ou inconsistente; d) não há consenso na comunidade jurídica sobre a melhor solução para o caso; e) o caso não é rotineiro, ou de aplicação mecânica da lei, exigindo criatividade do intérprete; f) requer raciocínio jurídico baseado em juízos de ponderação, não sendo suficientes meros argumentos dedutivos (v.g., saber se os servidores públicos têm direito à indenização, pela perda do poder aquisitivo da moeda, em razão da inflação, em decorrência da omissão e da mora legislativas do Poder Executivo, em propor lei que produza a revisão geral anual de seus vencimentos, determinada pelo art. 37, X, da CF/1988); g) a solução envolve juízos éticos ou morais. Por exemplo, pode um casal de homossexuais adotar, conjuntamente, uma criança? Ou, em razão de inseminação artificial em uma mulher

³⁹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, p. 202.

³⁹⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2013, p. 321-322.

³⁹⁶ DWORKIN, Ronald. 2002, p. 127.

homossexual, pode constar do registro de nascimento o nome da mãe biológica de sua parceira?³⁹⁷

Teresa Arruda Alvim Wambier complementa que:

Os *hard cases* são um fenômeno que é fruto da pretensão tentacular do direito de tudo disciplinar, inclusive o que seria o “antidireito” (!): direito de greve, direito à resistência, direito de se viver sem “casar no papel” etc.

É justamente à luz de um mosaico, formado necessariamente por vários elementos integrantes do sistema, que o juiz tem que procurar/criar a solução normativa aplicável aos casos concretos, quando de um *hard case* se tratar.³⁹⁸

É por isso que hoje, entende-se que o *civil law* evoluiu para que o direito vincule o juiz, e não a letra da lei, exclusivamente. É a lei interpretada, à luz de princípios jurídicos; é a jurisprudência, a doutrina: estes são os elementos do sistema ou do ordenamento jurídico, dos quais emergem as regras que os jurisdicionados tem que seguir.³⁹⁹

O princípio da legalidade, que chegou a significar o apego quase que exclusivo à letra da lei, hoje significa, num dos seus sentidos, que o juiz deve decidir de acordo com o sistema jurídico. E não é nenhuma novidade que doutrina, jurisprudência e princípios jurídicos podem, sim, fazer com que a norma, que tem de ser seguida, em muito se afaste da literalidade do dispositivo legal correspondente.⁴⁰⁰

Desse modo, assistiu-se a derrocada do princípio da supremacia da lei, uma vez que ela deixou de ser vista como um produto perfeito e acabado, tendo passado a se submeter à Constituição e devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais.⁴⁰¹

A evolução do *civil law*, portanto, especialmente em razão do impacto do constitucionalismo, conferiu aos juízes um poder próximo daquele do juiz inglês do *common law* e, mais claramente, ao poder do

³⁹⁷ CAMBI, Eduardo. 2011, p. 273-274.

³⁹⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2013, p. 321.

³⁹⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 26-27.

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 27-28.

⁴⁰¹ CAMBI, Eduardo. 2011, p. 86.

juiz norte-americano, a quem foi confiado o poder de controlar a lei a partir da Constituição.⁴⁰² Assim, o juiz do *civil law* passou a exercer um papel que, em um só tempo, é inconcebível diante do *civil law* clássico, oriundo dos ideais revolucionários, e tão criativo quanto ao do seu colega do *comonn law*.⁴⁰³

Ocorre que, essa mudança de paradigma, com a concessão de amplos poderes a juízes cuja atividade, outrora, limitava-se a uma operação silogística, acarretou consequências nefastas em sistemas jurídicos onde tais poderes confundiram-se com uma concepção equivocada do princípio do livre convencimento.

Conforme observa Teresa Arruda Alvim Wambier:

Aceitar, de forma ilimitada, que o juiz tem liberdade para decidir de acordo com sua própria convicção, *acaba por equivaler a que haja várias pautas de conduta diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados*. Tudo depende de que juiz e de que tribunal tenha decidido o seu caso concreto. [...]

Ora, de que adianta ter-se uma só lei com diversas interpretações possíveis? Tantas pautas de conduta haverá, quantas forem estas interpretações. É como, repetimos, se houvesse *várias leis* disciplinando a mesma situação.⁴⁰⁴

Com efeito, em virtude do neoconstitucionalismo e, especialmente, nos *hard cases*, os juízes costumam cada vez mais utilizar princípios como base da fundamentação de suas decisões. Ademais, em razão da adoção, no Brasil, do controle difuso de constitucionalidade, não é raro encontrar decisões baseadas apenas em princípios. Não se desconhece os benefícios desse sistema aberto, contudo, o uso exagerado e exclusivo de princípios em decisões é algo alarmante. Veja-se, por exemplo, a invocação desmedida do devido processo legal substancial como forma

⁴⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 38.

⁴⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 67. Em sentido diverso, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas, p.242) afirma que a jurisprudência “[...] é, sem dúvida, ‘fonte’ interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito. No caso da criação normativa *praeter legem*, quando se suprem lacunas e se constituem normas gerais, temos um caso especial de *costume*”.

⁴⁰⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2009, p. 12-14.

de atribuir a pecha de irrazoável à normas e atos do poder público para, com isso, declarar sua inconstitucionalidade.⁴⁰⁵

Não é difícil notar quão aberta é a expressão “irrazoável” e, também, não é difícil imaginar que uma mesma lei considerada razoável por um juiz, possa ser considerada irrazoável aos olhos de outro, principalmente se pelo menos um deles não se ver como parte integrante de um sistema de direito íntegro e coerente. O mesmo se diga para as hipóteses em que os juízes decidem sobre conceitos indeterminados e cláusulas gerais, tal como a que prevê a tutela da obrigação específica, disposta no art. 461 do Código de Processo Civil.⁴⁰⁶

O grande problema, como já se fez ver, é o pensamento equivocado e distorcido de que o princípio do livre convencimento motivado autorizaria os juízes a decidirem de acordo com suas próprias convicções, desconsiderando o fato de que fazem parte de um sistema que necessita de coerência e integridade para perseverar. Desse modo, o adjetivo *motivado* ao lado da expressão *livre convencimento* significa que a liberdade para o juiz decidir encontra seus limites em motivos coerentes e que estejam em consonância com a integridade do sistema.

Muito oportuna, nesse sentido, é a observação que fazem Dierle Nunes, Humberto Theodoro Júnior e Alexandre Bahia:

[...] em face da pressuposição brasileira de que os Ministros (e juízes) devem possuir liberdade decisória, cria-se um quadro de ‘anarquia interpretativa’ na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do tribunal julgam a partir de um ‘marco zero’ interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes.⁴⁰⁷

É com acerto, portanto, que Luiz Guilherme Marinoni afirma que

⁴⁰⁵ CAMBI, Eduardo. 2013, p. 3.

⁴⁰⁶ Doravante denominado como CPC.

⁴⁰⁷ NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: Análise da convergência entreo *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 189, p. 43, nov. 2010.

o sistema de precedentes, embora desnecessário quando apenas se aplica a lei:

[...] é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.⁴⁰⁸

Realmente é causador de perplexidade o fato de que, um sistema moldado pela veneração à lei, com o objetivo de garantir a certeza no direito e coibir, principalmente, os abusos de juízes, tenha se tornado, em países como o Brasil, uma realidade bem oposta daquela almejada pelos ideais revolucionários. Conforme afirma Teresa Arruda Alvim Wambier:

A dispersão da jurisprudência, fruto de diversas causas, é realmente um paradoxo, na exata medida em que os sistemas de *civil law* foram concebidos por um ato racional especificamente destinado a conter abusos. Foram estruturados e moldados para gerar segurança, previsibilidade e respeitar a igualdade.⁴⁰⁹

O que se pretende demonstrar aqui, e que é ponto de nodal relevância para este estudo, é o fato de que o juiz brasileiro, de modo geral, pensa que será mais respeitado se julgar da maneira que bem entender, sem prestar respeito aos precedentes, mas essa cultura acarretalhe o efeito contrário, pois traz consigo o endeusamento do princípio do duplo grau de jurisdição, o que não ocorre em países de *common law*.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 86.

⁴⁰⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2009, p. 13. Para a autora (2009, p. 13): “O mais importante que se compreenda, em todo este contexto, é que a liberdade dada, por estes expedientes técnicos, como por exemplo, o uso de um conceito vago, *não se destina ao juiz individualmente considerado, mas ao Judiciário como um todo*. Evidentemente, esta liberdade não pode ser entendida como sendo uma liberdade para que cada juiz adapte o direito ao caso concreto à sua maneira pessoal. Esta liberdade, isto sim, é engendrada pelo sistema para que o Judiciário, como um todo, adapte o direito às alterações da sociedade ou às alterações de casos concretos, respeitando o princípio da igualdade”.

⁴¹⁰ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 132-134) salienta que: “[...] no *common law*, muito mais do que no *civil law* e, especialmente, do que no Brasil

Com efeito, referindo à magistratura dos Estados Unidos, Richard Posner afirma que a influência dos juízes depende do fato de suas decisões serem tratadas como precedentes por outros juízes. Se um juiz trata outros precedentes com indiferença ao decidir os seus próprios casos, ele enfraquece a doutrina dos precedentes e, por conseguinte, a probabilidade de que suas decisões sejam seguidas por outros juízes. Se um juiz percebe que outros juízes não aderem aos precedentes, ele vai se perguntar por que ele, então, deverá seguir.⁴¹¹ Esta última colocação parece fazer parte do círculo vicioso que contaminou o judiciário brasileiro em todas as instâncias.

Com efeito, a ausência de respeito aos precedentes no *civil law* está fundada na falsa suposição, própria desse sistema jurídico, de que a subordinação do juiz à lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. No entanto, a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*, uma vez que neste fundamentou a doutrina do *stare decisis*, enquanto no *civil law* foi

– que é um dos raros países no mundo em que o duplo grau ainda é endeusado –, confere-se importância e dignidade ao juiz de primeiro grau. Nos Estados Unidos, o juiz de primeiro grau goza de grande prestígio. O *trial-judge*, ao menos em nível federal, é considerado um magistrado que nada deve aos juízes das cortes superiores em termos de conhecimento e experiência. [...] O direito estadunidense, além de respeitar precedentes, deu ao juiz de primeiro grau real poder para decidir as questões de fato, tornando o *appeal* cabível apenas diante de erros de direito. Assim, o *common law* incorpora, coerente com a sua própria tradição de confiança na magistratura, além do respeito aos precedentes, a valorização do juiz de primeiro grau. O ponto tem grande relevância: tem o valor de demonstrar, àqueles que pensam que o respeito aos precedentes minimiza a figura do juiz ordinário, que o poder do juiz não depende da circunstância de ele estar livre para decidir, mas sim da circunstância de ele fazer parte de um poder que se respeita, que é respeitado e que se faz respeitar”. Na mesma linha de pensamento, Eduardo Cambi (2013, p.16), afirma que: “Ao contrário do que possa parecer, a adoção de súmulas vinculantes pelo magistrado de primeiro grau implica em prestígio deste, pois, seguindo a orientação dominante da Corte, dificilmente sua sentença será reformada, afinando-se, afinaria também com uma prestação jurisdicional mais célere e menos *burocratizada*, com a possibilidade, inclusive, de o magistrado rejeitar o recurso na origem, se em flagrante afronta à súmula vinculante do Tribunal que embasou o julgamento. Com o passar do tempo, a prática também assentaria na comarca o pensamento de que não adianta recorrer, pois dificilmente a sentença será reformada, prestigiando-se, assim, as decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição”.

⁴¹¹ POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 144.

utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões. Curiosamente, mesmo quando se descobriu que a lei é interpretada de diversas formas e que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem casos iguais de forma diferente, ainda assim não se abandonou o falso paradigma de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica.⁴¹²

Justamente por isso, Luiz Guilherme Marinoni defende que a segurança jurídica almejada pela tradição do *civil law*, por meio da estrita observância da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito já consolidado para garantir essa mesma segurança no sistema do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o *stare decisis*, inspirado no princípio de que casos iguais devem ser tratados iguais (*treat like cases alike*).⁴¹³

Sendo assim, pretende-se, nos próximos itens, expor conceitos e nuances, bem como apresentar técnicas de operacionalização referentes aos precedentes judiciais, a partir da experiência do *common law*, mas sempre com os olhos voltados às peculiaridades do sistema brasileiro. Com isso, objetiva-se principalmente que, ao final, se possa vislumbrar uma atmosfera propícia a otimizar o uso dos precedentes no âmbito dos direitos fundamentais.

3.2.3 Precedente, decisão, jurisprudência e exemplo

Muito se falou até aqui sobre precedentes e outros termos correlatos, sem, contudo, fazer maiores observações sobre as peculiaridades que envolvem a nomenclatura desses termos, até porque muitas das referências vieram do direito inglês, onde devido ao respeito

⁴¹² MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 98-99. Segundo o autor (2013, p. 63): “Trata-se de grosseiro mal entendido, decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema e não algo construído de forma individualizada por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre todos que o rodeiam, e, assim, sobre o próprio sistema de que faz parte. Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isso, que este sistema não serve a ele, porém ao povo. Como é óbvio, o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isso, pouco deve importar, para o sistema, se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere da dos tribunais que lhe são superiores”.

⁴¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 98.

que se tem sobre o passado, os próprios doutrinadores costumam utilizar indistintamente os termos precedente e decisão do caso “x”, “y”, etc.

Mas, no Brasil, a situação é diferente e reclama uma apropriada conceituação dos termos, até mesmo porque virou quase que uma *febre* nos tempos atuais a utilização de expressões como *precedentes obrigatórios*, *precedentes vinculantes*, *respeito aos precedentes*, entre outras. Conforme observa Teresa Arruda Alvim Wambier, “no Brasil, assim como nos países de *civil law* em geral, as decisões são decisões e não precedentes, necessariamente”.⁴¹⁴ Portanto, a distinção entre termos como precedente, decisão, jurisprudência e exemplo, certamente deve ser o primeiro passo, ou um dos primeiros passos, na caminhada em direção a uma cultura de respeito aos precedentes e à colheita de seus frutos. Sem saber o que é um precedente, não há como respeitá-lo.

Precedente, conforme afirma concisamente Neil Duxbury, é um evento - no direito o evento significa quase sempre uma decisão judicial - passado que serve como guia para ações do presente. Portanto, quando um juiz decide um caso embasado naquilo que foi assentado em um caso anterior cuja mesma questão foi resolvida, diz-se que ele decidiu de acordo com um precedente.⁴¹⁵

Para Luiz Guilherme Marinoni, precedente judicial consiste numa decisão com potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. Para isso, é necessário que a decisão enfrente todos os principais argumentos referentes à questão de direito discutida no caso concreto. É importante saber que, nem sempre é a primeira decisão a analisar determinada questão jurídica que constituirá o precedente, até mesmo porque os contornos de um precedente podem ser desenhados na medida em que diversos casos sobre aquela questão vão sendo julgados.⁴¹⁶ “Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”.⁴¹⁷

⁴¹⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. “Brazilian Precedents”. *Migalhas*, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes>>. Acesso em: 06 fev.2015.

⁴¹⁵ DUXBURY, Neil. 2008, p. 1.

⁴¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 213-214.

⁴¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 213-214.

De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier, “a parte da decisão que realmente vincula é a *ratio decidendi*”.⁴¹⁸ Entre os ingleses, a *ratio decidendi* é também chamada de *binding precedent* (precedente vinculante).⁴¹⁹ Em vez de *ratio decidendi*, os americanos costumam usar com maior frequência o termo *holding*, embora existam ligeiras diferenças entre ambas as expressões⁴²⁰, conforme se verá mais à frente. “A *holding* é a essência da regra (expressa ou implícita na decisão) necessária para explicar o resultado do julgamento”.⁴²¹ “Trata-se da *proposition of law* (=proposição de direito), explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão. É o *core* da decisão”.⁴²²

Na doutrina comumente se fala que decisões sobre questões de fato não constituem precedentes, uma vez que cada caso é único. Desse modo, para constituir precedente, a decisão deve abranger necessariamente uma questão de direito.⁴²³ Por outro lado, segundo afirma Teresa Arruda Alvim Wambier, as decisões, via de regra, precisam ser compreendidas à luz dos fatos: “[...] assim, fatos tratados como relevantes (material) pelo juiz são, de certo modo, parte da *ratio decidendi*”.⁴²⁴ Na mesma ordem de ideias, José Rogério Cruz e Tucci

⁴¹⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 43. No mesmo sentido, cf. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 39.

⁴¹⁹ ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. 2006, p. 10.

⁴²⁰ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Tradução nossa. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 51.

⁴²¹ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. *The Journal of Law and Economics*, 19, 249, 1976, p. 250 *apud* ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 43.

⁴²² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 42.

⁴²³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p.169. No mesmo sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 108.

⁴²⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2010, p. 4. De maneira similar, cf. Hermes Zaneti Júnior (ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo código de processo civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 235, p. 8, set. 2014, versão *online*) para quem os precedentes judiciais “[...] consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como o *core* do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (*material facts* e a solução jurídica dada para o caso) com o caso-atual”.

afirma que:

[...] todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: *a)* as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e *b)* a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.⁴²⁵

Tendo em vista que, no Brasil, como já dito, decisões normalmente são apenas decisões e não necessariamente precedentes, faz-se necessário distinguir estes termos, pois embora um precedente possa ser constituído por uma única decisão, nem toda decisão, mesmo que isolada e proferida por Corte Superior, constitui precedente. Hermes Zaneti Júnior indica pelo menos duas razões para que nem toda decisão judicial constitua um precedente:

(a) não será precedente a decisão que aplicar lei não objeto de controvérsia, ou seja, a decisão que *apenas* refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa pela própria força da lei não gera um precedente, pois a regra legal é uma razão determinativa, e não depende da força do precedente para ser vinculativa; (b) a decisão pode citar uma decisão anterior, sem fazer qualquer especificação nova ao caso, e, portanto, a vinculação decorre do precedente anterior, do caso-precendente, e não da decisão presente no caso-atual.⁴²⁶

Por outro lado, não é incomum ver tanto na doutrina⁴²⁷ quanto nas

⁴²⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, p. 12.

⁴²⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. 2014, p.8-9.

⁴²⁷ Exemplo disso pode se ver na obra de Marco Antônio Botto Muscari (MUSCARI, Marco Antônio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 19) quando o autor propõe que “ao grupo de arestos que não exprimem a posição dominante nos tribunais, é melhor que se atribua o conceito de precedentes, reservando-se o termo jurisprudência para o conjunto de decisões uniformes e constantes”. Também de forma contrária aos conceitos que são defendidos neste trabalho, Carlos Maximiliano (MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 152) afirmava que “[...] parece preferível só chamar jurisprudência ao uniforme e constante pronunciamento sobre uma questão de Direito, da parte dos tribunais’,

decisões dos tribunais⁴²⁸, a utilização dos termos *precedente* e *jurisprudência* como se fossem sinônimos, ou mesmo no sentido inverso daquilo que realmente significam, razão pela qual também é necessário distingui-los. Caso contrário, entre outros problemas de ordem teórica e prática que inevitavelmente surgiriam, o termo jurisprudência poderia muito bem servir no lugar de precedente, quando se quisesse apontar uma decisão judicial passada que sirva como guia para um caso presente, o que não é desejável para os fins a que se presta este estudo.

Embora existam outros significados para o termo jurisprudência, principalmente se remetê-lo ao direito romano, para o que interessa neste estudo, bastam os três significados propostos por Lênio Luiz Streck:

a) em sentido estrito, pode indicar “Ciência do direito, também denominada “Dogmática Jurídica” ou “Jurisprudência”; b) em sentido lato, pode referir-se ao conjunto de sentenças dos tribunais, e abranger tanto jurisprudência uniforme como contraditória; c) pode significar apenas o conjunto de sentenças uniformes, falando-se, nesse sentido, em “firmar jurisprudência” ou “contrariar a jurisprudência”.⁴²⁹

Ao se falar em jurisprudência, daqui em diante, estar-se-á levando em conta o significado de um conjunto de sentenças dos tribunais, seja uniforme, seja contraditória. Isso porque, quando se pretender restringir o significado do termo jurisprudência, pode-se recorrer à expressões

e simples precedentes, às deliberações das câmaras legislativas e às decisões isoladas dos magistrados”.

⁴²⁸ Nesse sentido, extrai-se de acórdão do TJSC (BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n. 2014.086940-7, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 29.01.2015) a seguinte assertiva: “Cito, a propósito do tema, dentre diversos outros existentes, os seguintes precedentes desta Corte em casos análogos: 1) AC n. 2013.070097-3, de Joinville, desta Câmara, de minha relatoria, j. em 07.11.2013; 2) AC n. 2011.075405-9, de Ituporanga, Quinta Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Henry Petry Júnior, j. em 31.10.2013; 3) AC n. 2012.080247-0, de Urussanga, Quinta Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. em 24.10.2013; e, 4) AC n. 2013.060313-6, de Sombrio, Terceira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. em 02.12.2013”.

⁴²⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.83

como jurisprudência dominante e jurisprudência pacificada.

Jurisprudência dominante, nos dizeres de Fábio Victor da Fonte Monnerat, pode ser caracterizada pela existência de vários julgados sobre a mesma matéria com uma quantidade considerável de julgados em mais de um sentido, mas onde se pode constatar que um dos entendimentos prevalece como sendo de maior aplicação. Já a jurisprudência pacífica é aquela que é dominante, porém, qualificada por algum procedimento específico de reconhecimento da pacificação do entendimento jurisprudencial, tal como as súmulas, vinculantes ou não, e as decisões proferidas no julgamento dos recursos excepcionais repetitivos.⁴³⁰ Embora não se discorde de tal concepção, além de incluir no conceito de jurisprudência pacífica aquela que simplesmente não encontre oposição, mesmo que não qualificada por algum procedimento específico, acredita-se que, para fazer jus à realidade do sistema jurídico brasileiro, deve-se retirar desse conceito a jurisprudência qualificada por súmula que não seja vinculante, infelizmente. Isso porque, não são raros os casos em que os Tribunais Superiores deixam de seguir o enunciado de suas próprias súmulas, sem que procedam ao devido cancelamento.⁴³¹ O presente estudo, como já visto, visa a expor o que deveria ser, porém, sem descuidar da realidade.

Com o intuito de delimitar o conceito de jurisprudência dominante, Luiz Rodrigues Wambier sugere que:

É preciso um período referencial para que se possa falar em jurisprudência dominante. Assim, o entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da interpretação do

⁴³⁰ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 352.

⁴³¹ Exemplo dessa esquizofrenia jurisprudencial é retratado no julgamento, pelo STJ, dos EAg 857.758/RS (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Agravo de Instrumento nº 857.758/RS, rel. Min. Nancy Andrigli, Segunda Seção, julgado em 23.02.2011) onde ficou estabelecido que, diante do panorama processual estabelecido a partir da Lei nº 11.232/2005, seria desnecessária a intimação pessoal da parte para que se iniciasse o prazo de que disporia para cumprir uma obrigação de fazer. Tal entendimento, no entanto, contrariou o enunciado da Súmula 410 daquela Corte, publicada há pouco mais de um ano da decisão dos EAg nº 857.758/RS e cujo teor é o seguinte: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

direito federal, poderia considerar-se dominante se houvesse a reiteração de decisões majoritárias daquela Corte, no mesmo sentido, na proporção de 70% por 30%, durante o período de cinco anos (ou três anos, ou dois anos, por exemplo, contados retroativamente).⁴³²

Diga-se, ainda, que decisões de primeira instância, ainda que reiteradas, não formam jurisprudência.⁴³³

Estando delineados os conceitos de jurisprudência e precedente, é oportuno neste momento traçar algumas notas distintivas entre ambos os termos, a fim de melhor compreender o último, que é o que demanda maior atenção para os fins deste trabalho. Primeiramente, pode-se dizer que existe uma distinção de caráter quantitativo. Quando se menciona o termo precedente normalmente se faz referência a uma decisão referente a um caso particular, ao passo que o termo jurisprudência normalmente refere-se a uma pluralidade de decisões relativas a diversos casos concretos.⁴³⁴ Nesse sentido, Michele Taruffo ressalta que:

A diferença não é apenas do tipo semântico. O fato é que nos sistemas que se fundam tradicionalmente e tipicamente sobre o precedente, em regra a decisão que se assume como precedente é uma só; ademais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio do precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão de verdade “faz precedente”. Ao contrário, nos sistemas – como o nosso – nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes, são dúzias ou até mesmo centenas, ainda que nem todas venham expressamente citadas. Isso implica várias consequências, dentre as quais a dificuldade – frequentemente de difícil superação – de estabelecer qual seja a decisão que verdadeiramente é relevante (se houver uma) ou então de decidir quantas decisões são necessárias

⁴³² WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 100, p. 4 out. 2000 (versão online).

⁴³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 39.

⁴³⁴ TARUFFO, Michele. 2011, p 2.

para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma.⁴³⁵

Além da diferença quantitativa, o autor enfatiza que, “como frequentemente acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que permite, assim, identificar uma diferença *qualitativa* entre precedente e jurisprudência”.⁴³⁶ E prossegue:

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre *os fatos* do primeiro caso e *os fatos* do segundo caso. Naturalmente, a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. [...] a estrutura fundamental do raciocínio que sustenta e aplica o precedente ao caso sucessivo é fundada na análise *dos fatos*. Se esta análise justifica a aplicação ao segundo caso da *ratio decidendi* aplicada ao primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Note-se que, quando se verificam estas condições, *um só precedente* é suficiente a fundamentar a decisão do caso sucessivo.⁴³⁷

Já o emprego da jurisprudência, segundo Michele Taruffo, teria características bastante diversas:

Primeiramente, falta a análise comparativa dos fatos, ao menos na grandíssima maioria dos casos. Aqui, o problema depende daquilo que em verdade “constitui” a jurisprudência: trata-se, como se sabe, sobretudo dos enunciados elaborados pelo departamento competente que existe junto à Corte

⁴³⁵TARUFFO, Michele. 2011, p 3.

⁴³⁶TARUFFO, Michele. 2011, p 3.

⁴³⁷TARUFFO, Michele. 2011, p 3.

de Cassação. A característica mais importante dos enunciados é que se trata de formulações verbais, concentradas em uma ou em poucas frases, que têm por objeto *regras jurídicas*. Estas regras têm normalmente um conteúdo mais específico em comparação com o ditado textual da norma da qual constituem uma interpretação, mas são também sempre formulados como *regras*, ou seja, como enunciações gerais e de conteúdo normativo.⁴³⁸

Com efeito, ainda que Michele Taruffo esteja se referindo ao sistema jurídico italiano, suas observações são de todo pertinente para o sistema brasileiro, pois os enunciados a que ele se refere assemelham-se às ementas de acórdãos brasileiros. Ora, é notória a prática não só de advogados, mas também dos próprios tribunais, de citar em suas petições e acórdãos, respectivamente, uma enorme quantidade de ementas de julgados passados cujos enunciados se coadunam com a tese que entendem como correta no caso presente. Ocorre que, muitas vezes, as ementas citadas referem-se a casos que não possuem qualquer similitude fática e, por vezes, nem mesmo jurídica, com o caso que se tem em mãos no presente. Não é incomum, também, que mesmo em casos paradigmáticos⁴³⁹, o enunciado da ementa não condiga com o que efetivamente restou decidido pelo tribunal.

Essa cultura de produzir e reproduzir ementas formuladas com enunciações gerais e com o propósito de emprestá-las conteúdo normativo abstrato, sem sombra de dúvidas, é um dos piores males do direito jurisprudencial no Brasil, pois, além de confundir os jurisdicionados e dar maior trabalho aos juízes, implica em ofensa aos princípios da separação de poderes e da legalidade. Além disso, é certamente uma das causas da excessiva litigiosidade que já está criando raízes na cultura brasileira, tendo em vista que, uma pesquisa bem feita sempre, ou quase sempre, retornará com uma ementa cujo enunciado, por ser desprendido dos fatos da causa que lhe deu origem, possa servir para a defesa dos mais variados casos, em qualquer dos sentidos.

Bem por isso, transparece com maior clareza a afirmação de Hermes Zaneti Júnior no sentido de que, ao contrário dos precedentes,

⁴³⁸ TARUFFO, Michele. 2011, p 3.

⁴³⁹ Nesse sentido, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.147.595/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, Segunda Seção, j. 08.09.2010.

que devem ser tratados como normas, a jurisprudência, nos países de tradição de *civil law*:

[...] é apresentada como parte das fontes indiretas, secundárias e materiais do direito, normalmente ligada aos costumes, não tendo a força vinculante de uma fonte formal e primária. Portanto, não é considerada, do ponto de vista dogmático, norma válida e obrigatória.⁴⁴⁰

Ainda há uma outra categoria de decisão judicial que, mesmo sendo objeto de referência no âmbito da argumentação jurídica, a sua função, via de regra, não é aquela de indicar o critério de decisão que deveria ser seguido no caso sucessivo, mas simplesmente de mostrar que a norma da qual se trata foi aplicada de certo modo em certo caso. São decisões que servem como *exemplo* e, entre elas, podem-se citar: aquelas de juízes de grau inferior, inclusive de primeira instância, as de juízes de mesmo grau, as de juízes pertencentes a jurisdições diversas e, até mesmo, decisões de cortes internacionais.⁴⁴¹

3.2.4 A eficácia vertical e horizontal do precedente e a importância do *autoprecedente*

O caso típico de aplicação de um precedente ocorre quando a sua direção é *vertical*, ou seja, quando o juiz que vai decidir um caso idêntico ou similar ao do precedente, encontra-se em grau inferior na hierarquia judiciária. Desse modo, quanto mais elevado for o grau da Corte que emite o precedente, mais respeitáveis são as suas decisões.⁴⁴² O termo Corte, para fins de observar essa hierarquia, deve ser interpretado extensivamente nesse caso, devendo englobar também os órgãos internos dos tribunais.

Assim, de modo geral e ressalvadas as devidas peculiaridades em relação aos regimentos internos de cada tribunal, tal hierarquia obedeceria a seguinte escala, de baixo para cima: juízes de primeira instância; Câmaras especializadas, Grupo de Câmaras, Órgão Especial e Tribunal Pleno nos Tribunais Estaduais; no mesmo nível dos tribunais estaduais, porém no âmbito da justiça federal, as Turmas, Seções, Corte Especial e

⁴⁴⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. 2014, p. 7.

⁴⁴¹ TARUFFO, Michele. 2011, p. 8.

⁴⁴² TARUFFO, Michele. 2011, p. 6.

Plenário nos Tribunais Regionais Federais; Turmas, Seções e Corte Especial, no Superior Tribunal de Justiça; Turmas e Plenário no Supremo Tribunal Federal Tribunal.

De acordo com Michele Taruffo, “as verdadeiras ‘cortes do precedente’ são as cortes superiores, cujas decisões se impõem a todos os órgãos judiciários de grau inferior”.⁴⁴³ São elas, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no tocante à interpretação da legislação federal e da Constituição, respectivamente.

Por outro lado, deve-se entender por eficácia horizontal a força de um precedente em direção aos órgãos judiciários que pertencem ao mesmo grau daquele que pronunciou o precedente. A força desse precedente horizontal, no entanto, tende a ser inferior àquela do precedente vertical, seja porque não se trata de Corte Superior, seja porque entre órgãos do mesmo grau não há, ao menos em princípio, nenhuma diferença de autoridade⁴⁴⁴, embora decisões mais antigas e bem fundamentadas de outros órgãos de mesma hierarquia devam ser respeitadas.

Hermes Zaneti Júnior observa que a eficácia horizontal do precedente pode dividir-se em duas situações: “mesmo tribunal distintos órgãos, ou mesmo tribunal e mesmo órgão de decisão, esta última forma também pode ser chamada de autoprécédente ou *self-precident*”.⁴⁴⁵

Sobre o *autoprécédente*, o problema se coloca em especial relevo nas Cortes Superiores e diz respeito à indagação sobre se elas estão obrigadas a seguir os seus precedentes, ou não. Michele Taruffo afirma que:

Uma resposta positiva a esta questão parece justificada, essencialmente em razão da necessidade de que casos iguais venham a ser tratados do mesmo modo pelo mesmo juiz. Uma corte que, sobre a mesma questão, cambiasse cada dia uma opinião, teria bem escasso respeito e violaria qualquer princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei. Justificar-se-ia, por isso, e com sólidas razões, um grau elevado de força do *autoprécédente*, ou até mesmo, um vínculo formal da corte a seguir os seus próprios precedentes.⁴⁴⁶

⁴⁴³ TARUFFO, Michele. 2011, p. 6.

⁴⁴⁴ TARUFFO, Michele. 2011, p. 6.

⁴⁴⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. 2014, p. 42, nota 114.

⁴⁴⁶ TARUFFO, Michele. 2011, p. 6.

Nesse sentido, os *autoprecedentes* encontram-se ligados à ideia de racionalidade dos ordenamentos jurídicos que adotam um sistema de precedentes, uma vez que proporcionam o controle da arbitrariedade nas decisões judiciais, com a redução do espaço de discricionariedade dos tribunais.⁴⁴⁷

Infelizmente, falta aos tribunais brasileiros e, principalmente ao Superior Tribunal de Justiça, ter a consciência da importância que o respeito aos seus próprios precedentes possui para todo o ordenamento jurídico, pois, como se verá adiante, os Ministros desta Corte Superior alteram seus entendimentos em questão de semanas, às vezes até de dias.

3.2.5 A intensidade da influência dos precedentes para as decisões futuras e a função uniformizadora das Cortes Superiores no Brasil⁴⁴⁸

De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier, o Brasil está vivendo a “pré-história do direito que valoriza precedentes”.⁴⁴⁹ Portanto, ainda não parece que seja apropriado falar-se em precedente com “efeito vinculante” em contraposição à expressão “efeito persuasivo”, pois, como a cultura dos países de *civil law* é de que o direito “brota predominantemente de atos do Poder Legislativo”,⁴⁵⁰ é prudente que se

⁴⁴⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. 2014, p. 31-32.

⁴⁴⁸ Ressalte-se que, no presente trabalho, está se tratando da justiça comum, de modo que a expressão “Cortes Superiores” refere-se ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Como lembra Pedro Miranda de Oliveira (MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: RT, 2013, p. 51-52): “Em regra, o primeiro grau de jurisdição é composto por juízes e o segundo grau pelos tribunais (estaduais e federais), formando as instancias ordinárias. As instancias especiais são formadas pelos tribunais de sobreposição, quais sejam, o STF e os Tribunais Superiores (STJ, TSE, TST e STM). [...] os tribunais de sobreposição não são tribunais de justiça na exata compreensão do termo, mas tribunais que, no recurso especial (STJ e TSE), no recurso de revista (TST) e no recuso extraordinário (STF), têm por finalidade velar pelo fiel cumprimento da lei federal (STJ, TSE, TST e STM) e da Constituição (STF). Ou seja, enquanto os Tribunais Superiores são guardiões da lei federal (comum, eleitoral, trabalhista e militar), o STF atua como guardião maior da Constituição da República”.

⁴⁴⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2014b.

⁴⁵⁰ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 5.

dê atenção oao que a legislação dispõe sobre quais tipos de decisões realmente são dotadas de efeito vinculante. Neste contexto, afigura-se interessante a descrição da expressão “efeito vinculante” que consta do glossário do Supremo Tribunal Federal:

Efeito vinculante é aquele pelo qual a decisão tomada pelo tribunal em determinado processo passa a valer para os demais que discutam questão idêntica. No STF, a decisão tomada em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental possuem efeito vinculante, ou seja, deve ser aplicada a todos os casos sobre o mesmo tema. As Súmulas Vinculantes aprovadas pela Corte também conferem à decisão o efeito vinculante, devendo a Administração Pública atuar conforme o enunciado da súmula, bem como os juízes e desembargadores do país. Os demais processos de competência do STF (habeas corpus, mandado de segurança, recurso extraordinário e outros) não possuem efeito vinculante, assim a decisão tomada nesses processos só tem validade entre as partes. Entretanto, o STF pode conferir esse efeito convertendo o entendimento em Súmula Vinculante. Outro caminho é o envio de mensagem ao Senado Federal, a fim de informar o resultado do julgamento para que ele retire do ordenamento jurídico a norma tida como inconstitucional.⁴⁵¹

Com efeito, as decisões dotadas de efeito vinculante, acima referidas, e as Súmulas Vinculantes⁴⁵², devem ser obrigatoriamente

⁴⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Glossário jurídico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=461>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

⁴⁵² Ao comentar o histórico das súmulas no Brasil, Roberto Rosas (ROSAS, Roberto. Da súmula à súmula vinculante. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 879, p. 1-2, jan. 2009, versão *online*) salienta que: “Em 1963, há 45 anos, o Supremo Tribunal Federal, julgava 3.500 processos, no primeiro semestre de 2008 foram distribuídos 39.000 processos. Naquela época, já pretendia o encontro de solução para o excesso de processos, na chamada crise do Supremo Tribunal Federal, na verdade, crise do recurso extraordinário, porque naquele tempo, todas as questões poderiam subir ao STF.

seguidas por todos os juízes e tribunais, bem como a Administração Pública federal, estadual e municipal deve atuar de acordo com o seu conteúdo.

No tocante às Ações Direta de Inconstitucionalidade e Declaratória de Constitucionalidade, tal previsão encontra-se expressa no parágrafo único do art. 28 da Lei nº9.868/99⁴⁵³ e, em relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no § 3º do art. 10, da Lei nº 9.882/99.⁴⁵⁴ Já a súmula vinculante possui sua força vinculante prevista no art. 103-A da CF/88⁴⁵⁵, instituído pela Emenda Constitucional nº

Em 1957, houve uma comissão de reforma constitucional, e o tema foi aflorado. Houve uma sugestão drástica para a subida do recurso extraordinário. Outros mecanismos foram criados, na linha defensiva, com conteúdo restrito (prequestionamento, revisão de provas, reexame de cláusula contratual etc.). Nada limitava o acesso. Estabeleceu-se, então, a ideia de corporificação de linhas de pensamento ou solução em verbetes (ou enunciados) daqueles temas mais comuns, principalmente dos procedimentais. A ideia partiu do Min. Victor Nunes Leal, com o apoio decisivo de outros ministros, dentre eles, Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Evandro Lins e Silva. Uma parte, dentre os ministros mais antigos, resistia ao estabelecimento desses enunciados, alguns com aviso de sua não aplicação. Prevaleceu, então, a edição de verbetes, chamados de Súmulas da jurisprudência predominante, e assim surgiu a Súmula do STF, em 1963”. Sobre a história ainda mais remota das súmulas, cf. LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 120, p. 1-3, fev. 2005 (versão *online*).

⁴⁵³ Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

⁴⁵⁴ Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. [...]

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

⁴⁵⁵ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual

45/04, com as devidas regulamentações previstas na Lei nº 11.417/06.

Com efeito, o processo de revisão do entendimento firmado nesses mecanismos também é muito restrito.⁴⁵⁶ A revisão ou cancelamento de súmula vinculante dependerá de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, conforme o § 3º do art. 2º da Lei nº 11.417/06⁴⁵⁷, cabendo reclamação ao Supremo Tribunal Federal da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar, negar vigência ou aplicar indevidamente enunciado de súmula vinculante.⁴⁵⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso lembra que são graves as sanções para o caso de infringência, omissiva ou comissiva, à súmula vinculante:

[...] acolhida a reclamação, a decisão judicial é cassada e o ato administrativo é anulado (CF, § 3º, do art. 103-A – EC 45/2.004); neste último caso, agrega-se ainda um encargo para a Autoridade, que deverá “adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização nas esferas cível, administrativa e penal” (art. 64-B da Lei 9.784/99, redação da Lei 11.417/2006).⁴⁵⁹

e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

⁴⁵⁶ Entendendo de forma diversa, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2009, p. 532) afirmam que: “Em razão da natureza legislativa da súmula vinculante, como o juiz pode controlar, *in concreto*, a constitucionalidade de lei, complementar ou ordinária, ou de atos normativos contestados em face da CF (LGL\1988\3), a ele é possível, também, fazer o controle da constitucionalidade de verbete da súmula vinculante do STF, que tem caráter geral e normativo”.

⁴⁵⁷ Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

[...] § 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

⁴⁵⁸ Art. 7º da Lei nº 11.417/06.

⁴⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de. 2007, p. 277.

A decisão que decreta a inconstitucionalidade de uma norma, por sua vez, acarreta a sua exclusão do ordenamento jurídico. Portanto, segundo Fredie Didier Júnior e Lucas Buril de Macêdo:

[...] diante da eficácia constitutiva negativa da decisão em controle concentrado que decreta a inconstitucionalidade, não se torna possível revolver seu sentido, mesmo que ocorra alguma modificação fática, já que a norma analisada acaba por ser excluída do sistema jurídico, dando-se fim à relação entre normas.⁴⁶⁰

Já a norma declarada constitucional anteriormente, pode sofrer um posterior processo de inconstitucionalização, decorrente de notórias mudanças fáticas, sejam políticas, econômicas ou sociais, sendo passível de nova interpretação pelos tribunais ordinários, quando presente alguma dessas circunstâncias. Não obstante, a decisão que der nova interpretação à norma será passível de impugnação pela via da reclamação constitucional.⁴⁶¹

De todo modo, percebe-se que “efeito vinculante” é uma expressão forte, que traz ínsita a ideia de algo que obrigatoriamente deve ser seguido, via de regra, sem exceções para as cortes inferiores, e que, portanto, se pode deixar para utilizá-la como adjetivo dos precedentes do *common law*, como se fez até agora.

Para Michele Taruffo, aliás, o termo vinculante não deveria ser utilizado nem mesmo em relação ao *common law*, pois “parece bem mais apropriado falar de *força* do precedente para indicar o grau ou a intensidade com o qual ele consegue influir sobre decisões sucessivas”.⁴⁶²

⁴⁶⁰ JÚNIOR, Fredie Didier; MACÊDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, vol. 16, n. 110, out. 2014/jan. 2015, p. 584.

⁴⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.374/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 18.04.2013.

⁴⁶² TARUFFO, Michele. 2011, p. 6. O autor (2011, p. 6) segue dizendo que: “De um lado, não é apropriado dizer que o precedente de *common law* é vinculante, no sentido que dele derive uma verdadeira e própria obrigação do segundo juiz de se ater ao precedente. É notório que, mesmo no sistema inglês, que parece ser aquele no qual o precedente é dotado de maior eficácia, os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas, dentre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, a fim de não se considerarem vinculados ao precedente que não

Rodolfo Camargo de Mancuso parece ir nesse sentido quando afirma que:

Mesmo sem a conotação de ser *vinculativa*, a jurisprudência - mormente em suas formas superlativas - *dominante ou sumulada* - nunca deixou de exercer uma inegável *força persuasiva* dentre nós, ora atuando como convincente reforço de argumento, assim nas peças processuais oferecidas por advogados e Promotores de Justiça, como também na fundamentação das sentenças e acórdãos.⁴⁶³

Abandona-se aqui, portanto, a muito citada dicotomia “precedente vinculante” versus “precedente persuasivo”.

Mas não se falar em precedentes vinculantes obviamente não significa que os precedentes no Brasil não devam ser respeitados. Muito pelo contrário, devem ser obrigatoriamente respeitados e, em certos, casos, com uma aderência muito próxima a das decisões ditas de efeito vinculante. E o que isso quer dizer? Quer dizer que os tribunais, ao decidirem um caso presente no qual haja precedente, ou mesmo jurisprudência pacificada, de uma Corte hierarquicamente superior versando sobre matéria idêntica ou semelhante, deverão seguir o entendimento firmado no precedente ou na jurisprudência pacífica, ou então apresentar as razões pelas quais deixarão de segui-los. Respeitar, portanto, significa *olhar, analisar, considerar* o precedente, e não apenas segui-lo.

Referiu-se apenas aos tribunais por entender-se que os juízes de primeira instância não devem divergir da jurisprudência pacificada ou de

pretendem seguir. Permanece, portanto, verdadeiro que naquele ordenamento o precedente é dotado de notável força, já que se espera que, em geral, o juiz sucessivo o siga – como, de fato, normalmente acontece –, mas essa força é sempre *defeasible*, uma vez que o segundo juiz pode deixar de atender o precedente quando considere oportuno assim fazer a fim de formular uma solução mais justa ao caso que deve decidir. No sistema americano, a força do precedente existe, mas em um grau menor: os juízes americanos aplicam os precedentes com grande discricionariedade, ou seja – por assim dizer – quando não encontram razões suficientes para não o fazer”.

⁴⁶³ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. Súmula vinculante e a EC 45/2004. In: Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a EC 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 688.

precedentes dos tribunais hierarquicamente superiores. Juízes de primeira instância não devem investir seu escasso tempo fundamentando decisões contrárias aos precedentes ou à jurisprudência pacificada. Embora a norma do art. 93, IX da CF/88 já os obrigasse a fundamentar tais decisões, o PNCP agora traz expressamente essa obrigação, pois, de acordo com o art. 487, § 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”.

A preocupação primordial dos juízes de primeira instância deve ser analisar com percuciência e profundidade os casos que recebem para julgar, especialmente os casos difíceis, seja a dificuldade sob a perspectiva jurídica, fática, ou ambas. Devem dar a devida atenção a todos os tipos de prova passíveis de serem produzidas e a todos os argumentos das partes. Isso é o mínimo que os juízes podem fazer para que produzam decisões de qualidade, conseqüentemente, desestimulando a interposição quase que sagrada de recursos. Assim, quiçá poderão adquirir o prestígio de que gozam juízes como os dos Estados Unidos.

Contudo, nesse contexto exsurge um grande problema. Qual precedente seguir? Qual jurisprudência pacificada? A do tribunal de segunda instância, que não raramente alude à jurisprudência pacificada, mas que possui divergência entre suas próprias Câmaras de mesma competência, ou a jurisprudência que, mesmo pacificada no âmbito do tribunal, diverge da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça? Ou, ainda, a jurisprudência dita pacificada do Superior Tribunal de Justiça, mas que possui divergência entre suas Turmas, desrespeita decisão das respectivas Seções e, até mesmo, ignora suas próprias súmulas?

Esse imbróglio todo é a enfermidade que acomete o Poder Judiciário há anos, mas que aos poucos parece estar sarando, tomando novos rumos, principalmente em virtude de algumas técnicas (*vacinas*) implementadas recentemente pelo legislador. O papel das Cortes Superiores nessa empreitada é primordial.

Pois bem. Culturalmente, fala-se no Brasil que a jurisprudência pacificada, em especial a dos Tribunais Superiores, deve ser seguida. Via de regra, o período que antecede a pacificação da jurisprudência sobre determinado assunto era e, muitas vezes, ainda é, marcado por uma série de decisões divergentes no âmbito de todos os tribunais, inclusive das Cortes Superiores e, em especial, no Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, embora o termo precedente não seja novidade alguma no âmbito jurídico nacional, pode-se dizer que o significado que hoje lhe vem sendo atribuído deve-se muito aos estudos que foram impulsionados

pelo NCPC que, como será visto adiante, traz expressamente o dever dos tribunais de manterem sua jurisprudência “estável, íntegra e coerente”, além de uma série de dispositivos que visa a instalar um sistema de precedentes no Brasil. Para se ter uma ideia, no Código de Processo Civil de 1973, o termo precedente, no sentido de decisão, é mencionado uma única vez, qual seja, no art. 479⁴⁶⁴, quando trata do incidente de uniformização de jurisprudência.

O que se quer dizer com isso é que, durante muito tempo, não se deu o devido valor aos verdadeiros precedentes judiciais, principalmente aos das Cortes Superiores. Ora, quando determinada questão, objeto de divergência nos tribunais ordinários aportasse ao Superior Tribunal de Justiça, a decisão ali proferida deveria ser amplamente debatida e fundamentada, formando um precedente apto a encerrar a controvérsia. E, ainda que indesejavelmente, fosse admitida uma nova divergência no âmbito daquela Corte, por ocasião de um julgado de outra turma, a decisão que fosse proferida por uma de suas Seções, ou mesmo pela Corte Especial, quando competente para tanto, deveria encerrar a divergência de uma vez por todas, pacificando a matéria objeto da controvérsia.

Daí em diante, todos os órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores e, inclusive os próprios membros do Superior Tribunal de Justiça deveriam seguir o entendimento firmado, a não ser que existissem sérias razões para assim não o fazer, tais como alterações econômicas políticas ou sociais referentes à matéria.

Infelizmente não foi a isso que se assistiu nos mais de vinte anos de vida do Superior Tribunal de Justiça. Conforme ressalta Teresa Arruda Alvim Wambier:

A função constitucional do STF e do STJ fica comprometida pela intensidade de divergência jurisprudencial *interna corporis* provocada por estes mesmos tribunais. Isso porque, em vez de funcionarem como tribunais que dêem ensejo à uniformização do entendimento relativo à norma constitucional ou federal, ao manterem profunda e insistente discrepância acerca de determinadas questões jurídicas, referidos tribunais proporcionam justamente o resultado oposto, qual seja a insegurança e intranquilidade acerca de

⁴⁶⁴ Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

como deve ser interpretada uma norma constitucional ou federal.⁴⁶⁵

Em artigo mais recente, a autora assevera que:

Decisões do STJ deveriam ser precedentes e deveriam, sobretudo, ser respeitadas pelo próprio Tribunal que as proferiu. Mas esse Tribunal, nos últimos anos parece não estar se dando conta de seu papel constitucional. Com alguma frequência, os próprios Ministros alteram suas decisões em questão de dias ou semanas.⁴⁶⁶

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que:

As decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas nem no âmbito interno da Corte. As Turmas não guardam respeito pelas decisões das Seções e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual. Resultado disso, como não poderia ser diferente, é o completo descaso dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais em relação às decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça.⁴⁶⁷

Existem vários exemplos de reviravolta na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mas pelo menos um deles é emblemático e ainda persiste causando divergências. Por isso merece menção. Explicasse. Durante anos existiu divergência naquela Corte sobre se, para incidir a multa diária por descumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou para entrega de coisa, prevista nos arts. 461, §§ 4º e 5º e 461-A, §3º, ambos do CPC, seria necessária a intimação pessoal do devedor, ou se a intimação poderia ser realizada na pessoa do seu advogado.

A matéria restou pacificada por meio da Súmula 410, aprovada em 25.11.2009, pela 2ª Seção daquela Corte, com o seguinte teor: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária

⁴⁶⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2009, p. 16.

⁴⁶⁶ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2014b.

⁴⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 213-214.

para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Diversos julgados se seguiram aplicando o entendimento cristalizado pelo enunciado da referida Súmula⁴⁶⁸, até que, em 23.02.2011, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo de Instrumento nº 857.758/RS⁴⁶⁹, de relatoria da Ministra Nancy Andrihgi, a Segunda Seção deixou assentado que, diante do panorama processual estabelecido a partir da Lei nº 11.232/2005, seria desnecessária a intimação pessoal da parte para que se iniciasse o prazo de que disporia para cumprir uma obrigação de fazer.

Depois desse julgamento, seguiram diversos julgados em ambos os sentidos, tanto na Terceira quanto na Quarta Turma, ora entendendo, à unanimidade, pela aplicação literal da Súmula 410⁴⁷⁰, inclusive com participação da Ministra Nancy Andrihgi em acórdão da Terceira Turma, e ora pelo seu afastamento, com a consequente desnecessidade de intimação pessoal do devedor para a incidência das astreintes.⁴⁷¹ Chega a causar espanto o fato de que, em todos os julgados citados, a composição das Turmas era exatamente a mesma. E mais, no tocante à Terceira Turma, às decisões divergentes foram proferidas em um intervalo de pouco mais de dois meses.

⁴⁶⁸ Apenas para citar alguns, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.098.495/RS, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 27.03.2012. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.230.519/RJ, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 26.06.2012. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 936.155/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 17.02.2011. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 629.346/DF, rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. 28.11.2006.

⁴⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Agravo de Instrumento nº 857.758/RS, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Segunda Seção, j. 23.02.2011.

⁴⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 221.219/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 20.06.2013. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 1.208.600/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 07.02.2013.

⁴⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.113.627/RS, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 13.08.2013. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.359.558/PB, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 09.04.2013.

Contudo, ao ser designada como relatora do Recurso Especial nº 1.349.790/RJ⁴⁷², a Ministra Maria Isabel Gallotti propôs sua afetação à Segunda Seção para dirimir divergência a respeito do decidido quando do julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo de Instrumento nº 857.758/RS e da subsistência do entendimento consolidado na Súmula 410 após a reforma processual levada a efeito pela Lei 11.232/05.

Em seu voto, a Ministra Maria Isabel Gallotti, referindo-se ao julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo de Instrumento nº 857.758/RS, deixou consignado que:

A certidão do julgamento registrou o resultado unânime, com a adesão, inclusive, dos votos dos Ministros Aldir Passarinho Junior e Luís Felipe Salomão, que expressamente haviam se manifestado contra a tese exposta na ementa do acórdão, a qual não fez, contudo, referência à peculiaridade do caso concreto (cumprimento da obrigação antes da intimação do devedor), a despeito de ter sido justamente esta que ensejou a adesão unânime dos membros da Seção.

Entendo, portanto, que o julgamento do EAG 857.758/RS - a despeito do contido em sua ementa, que externou entendimento pessoal da relatora, contra o qual se manifestaram expressamente três membros da Seção - não alterou a orientação consolidada na Súmula 410 ("A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer")

Esse trecho do voto gerou evidente desconforto na Ministra Nancy Andrichi, então relatora dos Embargos de Divergência em Agravo de Instrumento nº 857.758/RS, que, alegando ter havido falha na comunicação ou na interpretação de seu voto pelos demais Ministros naquela oportunidade, assim se manifestou, entre outras considerações:

[...] tendo a i. Min. Isabel Gallotti optado por submeter este debate ao colegiado, focando a análise no teor dos EAg 857.758/RS, do qual fui relatora, com ilações quanto à supostas

⁴⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.349.790/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 25.09.2013.

discrepâncias entre o resultado do julgamento e a respectiva ementa, que conteria minha opinião pessoal e divergente, vejo-me na obrigação de, preliminarmente, salientar que nunca opus resistência ao fato de ser voto vencido, ainda que de forma isolada, pois sempre me pautei pela íntima convicção, jamais sucumbindo ao orgulho ou à vaidade de perder a relatoria de um processo ou de não estar filiada à corrente vencedora.⁴⁷³

A situação foi tão grave que a Ministra Maria Isabel Gallotti fez questão de ratificar seu voto, nos seguintes termos:

Sr. Presidente, gostaria de deixar bem claro a esta Seção que jamais pretendi afirmar que a eminente Ministra Nancy Andrighi pudesse manipular resultado de julgamento ou ocultar pensamento aqui predominante.

A iniciativa, sob minha relatoria, da Quarta Turma, de trazer a questão à Seção teve o propósito de desfazer essa falha de comunicação reconhecida por Sua Excelência e de deixar bem claro que o entendimento da Seção, no julgamento do EAG 857.758/RS, foi no sentido da manutenção da Súmula 410 após a reforma processual promovida pelas Leis 11.323/05 e 11.382/06.⁴⁷⁴

O julgamento desse Recurso Especial nº 1.349.790/RJ foi decidido, à unanimidade, no sentido de que a intimação prévia, direta e pessoalmente à parte, é condição para a incidência da multa diária por descumprimento de obrigação de fazer, mesmo após a reforma promovida pela Lei 11.232/2005, com a ressalva pessoal da Ministra Nancy Andrighi quanto à possibilidade do devedor ser intimado na pessoa do seu advogado para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Depois desse julgamento, a controvérsia parece ter sido dirimida no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção⁴⁷⁵, mas ainda é

⁴⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.349.790/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 25.09.2013.

⁴⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.349.790/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 25.09.2013.

⁴⁷⁵ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.301.484/RJ, rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 16.12.2014.

cedo para ter certeza de que continuará assim. Contudo, na Primeira⁴⁷⁶ e na Segunda⁴⁷⁷ Turmas vem prevalecendo o entendimento de admitir-se a possibilidade do devedor ser intimado na pessoa do seu advogado para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Essas reviravoltas jurisprudenciais narradas acima são apenas um dos diversos exemplos⁴⁷⁸ que podem ser extraídos da *esquizofrenia*

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.459.296/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 19.08.2014.

⁴⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.447.803/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 23.09.2014.

⁴⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1449675/SP, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 07.08.2014.

⁴⁷⁸ Cf. Pedro Miranda de Oliveira (MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Poderes do relator no agravo de instrumento: impossibilidade de provimento singular sem a oitiva da parte agravada*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 150.), quando o autor cita as divergências ocorridas naquela Corte sobre a possibilidade, ou não, do relator de agravo de instrumento dar provimento monocraticamente ao recurso, sem a oitiva da parte adversa. Segundo o autor: “[...] extrai-se que a jurisprudência do Tribunal, em especial da Primeira e da Segunda Turmas, oscilou durante os anos de 2007 e 2008. Foram diversos julgamentos para ambos os lados, todos por unanimidade, com Ministros mudando constantemente seu posicionamento, na relatoria e, sobretudo, acompanhando o voto de seus pares”. Teresa Arruda Alvim Wambier (2011, p. 2) discorre sobre outros dois casos graves de divergência jurisprudencial ocorrido entre o Superior tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, senão veja-se: outro caso relevante em que houve divergência entre os Tribunais Superiores: recolhimento de Cofins pelas sociedades simples. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2003, julgando questão Federal, entendeu que essas empresas estavam isentas da cobrança do tributo. Sumulou a matéria (Súmula 276 – STJ). Todavia, em 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF), no exercício de sua função de interpretação da Constituição Federal, decidiu que as sociedades simples são obrigadas a recolher a Cofins, alterando entendimento do Tribunal.

Benefícios previdenciários: entende o Supremo Tribunal Federal que eles são regulados pela lei vigente ao tempo em que tenham sido preenchidos os requisitos necessários à sua concessão. No mesmo sentido, decide a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, Processo nº 2008.70.51.00.0495-8. Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça entende que o art. 86, § 1º, da Lei 8.213/91, alterado pela Lei 9.032/95, tem aplicação imediata e atinge todos os segurados que estiverem na mesma situação, no que tange a benefícios pendentes de concessão ou aos já concedidos. Segundo

jurisprudencial que acomete o Superior Tribunal de Justiça, como já dito. Na maioria das vezes, o que causa o problema é a vontade do julgador em ver seu posicionamento pessoal prevalecer, em detrimento do princípio da segurança jurídica, admita-o, ou não.

Há, naquela Corte, quem enxergue o problema sob essa perspectiva, conforme se extrai do famigerado voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, quando reconheceu que havia agido equivocadamente ao relatar acórdãos anteriores em divergência à jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, dando azo à discussão que se estendeu até à Corte Especial, por meio de um agravo regimental em embargos de divergência, senão veja-se:

Vejo, com imensa preocupação, que contribuí para a desestabilização de nossa jurisprudência. Afirmo, desde logo, que o fiz por engano. Tenho em mim a firme convicção de que o Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós - os integrantes da Corte - não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.

O engano em que incidi é resultado da irracional carga de trabalho a que se encontram submetidos os Ministros integrantes da Primeira Seção. Tal carga, de sua vez, é resultado da baixíssima eficácia de nossas decisões. Delas, o Estado brasileiro faz

o STJ, ‘a aplicação da majoração do auxílio-acidente apenas aos benefícios concedidos após a instituição da Lei 9.032/95 consubstancia tratamento diferente a segurados na mesma situação’ (STJ, REsp 1.096.244)’.

absoluta *tabula rasa*: simplesmente as desconhece.⁴⁷⁹

Por conta disso, Evaristo Aragão Santos observa que:

Embora pouco lembrada, uma das vocações dos nossos tribunais superiores, fixada pelo texto constitucional, é a de *uniformizar* a interpretação do direito em nível nacional. Para o STJ isso aparece de maneira explícita como hipótese de cabimento do recurso especial. Toda vez que algum tribunal intermediário “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal” (art. 105, III, c), essa divergência poderá ser submetida e deverá ser dirimida no âmbito do STJ.

[...] Mais do que analisar questões de estrito direito neste ou naquele caso em concreto, aos tribunais superiores cabe a função de *dirigir* o sistema jurídico. São como que os *maestros* do sistema. Por meio de seus julgamentos, fixam a pauta de conduta tanto para o próprio sistema quanto para a sociedade em geral.⁴⁸⁰

O objetivo dos recursos extraordinário e especial, conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier “[...] é o de garantir a efetividade e a uniformidade de interpretação do *direito objetivo* (Constituição Federal e leis ordinárias federais), e de aplicação em *todo território nacional*”.⁴⁸¹

Nas palavras de Pedro Miranda de Oliveira, o recurso

⁴⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 228432/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, j. 01.02.2002.

⁴⁸⁰ SANTOS, Evaristo Aragão. 2012, p. 168-170. No tocante ao recurso especial pela alínea “c” do art. 105, III da CF/88, interessante ressalva é feita por Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 387): “Na verdade, quando o Superior Tribunal de Justiça se depara com decisão que diverge de precedente de sua autoria, não há propriamente ‘divergência jurisprudencial’. Bem vistas as coisas, divergência jurisprudencial apenas pode existir entre tribunais de igual estatura, e não entre um tribunal ordinário e aquele a quem incumbe unificar a interpretação da lei federal, zelando pela unidade do direito federal no País. Um Tribunal de Justiça ou Regional Federal não diverge do Superior Tribunal de Justiça, mas desrespeita a autoridade das suas decisões”.

⁴⁸¹ ARRUDA ALVIM WAMBIER. Teresa. 2014a, 277.

extraordinário:

[...] é fundado no interesse da ordem pública, que quer ver prevalecer a autoridade e a exata aplicação da Constituição. Tanto é assim que referido recurso não é concebido em favor da parte, mas sim em favor da higidez do sistema de preservação do texto constitucional.⁴⁸²

O ideal seria que esses objetivos, que são ínsitos não só aos recursos de estrito direito, mas a todas as decisões das Corte Superiores, fossem cumpridos com exatidão para, quiçá, Calmon de Passos estivesse narrando a realidade brasileira e não o que, infelizmente, aproxima-se mais de uma utopia, quando, ao diferenciar as decisões das Turmas dos Tribunais Superiores das decisões proferidas pelos órgãos internos hierarquicamente superiores, assevera que, nesse caso:

O tribunal se impõe diretrizes para seus julgamentos e necessariamente as coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores. Aqui a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, *sob pena de retirar-se dos tribunais superiores justamente a função que os justifica*. Pouco importa o nome de que elas se revistam - súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência predominante ou o que for, obrigam. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com elas, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõem à lei, nem restringem o poder de interpretar o direito e valorar os fatos atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firmam um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral

⁴⁸² MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: RT, 2013, p. 97. No entanto, segundo o autor (2013, p. 97): “[...] O sentido dessa afirmação não é que o recurso extraordinário não se presta para realizar justiça no caso concreto – apenas, definitivamente, que essa não é a sua primeira inspiração”.

positivadas pela função legislativa.⁴⁸³

Como amplamente exposto, o escopo das Cortes Superiores há muito não vem sendo alcançado, principalmente no tocante ao seu papel uniformizador, que visa a garantir tratamento isonômico para casos iguais e traz consigo a tutela do princípio da segurança jurídica, na medida em que gera estabilidade e previsibilidade. Em razão disso, o legislador teve de entrar em campo com maior frequência, na tentativa de impor, pela via legislativa, o respeito aos precedentes. As principais inovações legislativas para atingir esse desiderato serão um dos assuntos a serem tratados no capítulo seguinte.

⁴⁸³PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 170-171, jan./mar. 1997.

4 O PAPEL DOS PRECEDENTES NA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como foi visto no capítulo anterior, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça falharam no seu objetivo de traçar as pautas de conduta dos cidadãos por meio da uniformização da jurisprudência nacional, seja no tocante à interpretação da Constituição Federal, seja em relação à legislação infraconstitucional, respectivamente.

Em outras palavras, as decisões da Cortes Superiores brasileiras, sobretudo os motivos determinantes dessas decisões, ao contrário daquelas proferidas pelos Tribunais Superiores da maioria dos países do *common law*, mostraram-se ineficazes para além das partes em cujos processos foram proferidas.

A problemática, atualmente, encontra-se intrinsecamente ligada ao fato de que a ciência processual precisa lidar com três tipos de litigiosidade: a) individual ou “de varejo”; b) a litigiosidade coletiva; e c) em massa ou de alta intensidade.⁴⁸⁴ E, conforme salientam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud Pedron:

É extremamente difícil a criação de uma dogmática de tratamento comum dos três tipos de litígio, sob pena de inviabilizar uma aplicação jurídica consentânea com o modelo constitucional de processo. O que se vislumbra, cada vez mais, é a necessidade de o sistema processual buscar, para

⁴⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 283-284. Eis a explicação dos autores (2015, p. 283-284) sobre os três tipos de litigiosidade: a) individual ou “de varejo”: sobre a qual o estudo e dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo alegações de lesões e ameaça a direitos isoladas; b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos quais se utilizam, *v.g.*, procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgãos de execução do MP, associações representativas etc.) mediante as *Class Actions*, *Defendant Class Actions*, *Verbandsklage* etc.; e c) em massa ou de alta intensidade: embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa.

além dos princípios comuns (como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e outros princípios constitucionais do processo), que sejam previstas técnicas específicas para tratar de cada uma dessas formas de demanda, de forma que, por exemplo, soluções para litígios repetitivos não sejam aplicadas a litígios de varejo e vice-versa. [...] em países como o Brasil, em que não são asseguradas políticas públicas adequadas de obtenção de direitos fundamentais, a chamada litigância de interesse público (*Public interest litigation*), que consiste num dos fatores determinantes da geração de demandas repetitivas, não constitui uma exceção, mas, sim, uma regra, de modo a conduzir pessoas à propositura de demandas envolvendo pretensões isomórficas (v.g., contra o poder público), que merecem um tratamento diferenciado e legítimo.⁴⁸⁵

De fato, ao longo das últimas décadas, diversas alterações legislativas foram sendo introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de instrumentalizar de forma mais adequada esses três tipos de litígios, sobretudo as denominadas demandas repetitivas, ou litígios em massa. Pode-se dizer que o ponto máximo dessa evolução, atualmente, encontra-se concentrado no corpo do NCPC, que será o principal objeto de análise deste capítulo.

4.1 O PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Antes de se adentrar nas questões que permeiam o respeito obrigatório aos precedentes e à sua formação, tal como previsto no NCPC, e até mesmo pra que se possa melhor compreendê-lo, far-se-á um excuroso histórico sobre diversas inovações legislativas direcionadas a prestigiar os precedentes e a jurisprudência dominante ou pacífica dos tribunais.

4.1.1 Técnicas de aceleração de julgamento e técnicas de uniformização da jurisprudência

Com efeito, a preocupação com o respeito dos juízes e tribunais às

⁴⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* 2015, p. 284-285.

decisões do Supremo Tribunal Federal não é de hoje. Para se ter uma ideia, no governo provisório de Getúlio Vargas, havia o Decreto nº 23.055/33, cujo art. 1º dispunha que “As justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Territorio do Acre devem interpretar as leis da União de acôrdo com a jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal”.

Contudo, foi nas últimas décadas que o legislador, paulatinamente, veio - e continua -introduzindo no ordenamento processual técnicas que, ora permitem a aceleração de julgamentos, ora possibilitam a uniformização da jurisprudência.⁴⁸⁶ Adiante serão abordadas diversas dessas técnicas, com as correspondentes inovações e reformas previstas no NCPC. Porém, em razão das limitações impostas pelo objeto deste trabalho, essa abordagem dar-se-á de forma perfunctória, privilegiando-se a análise das inovações reputadas como de maior impacto, até mesmo porque, cada uma dessas técnicas comportaria, no mínimo, um extenso artigo doutrinário.

É interessante notar, desde já, quanto às técnicas de uniformização da jurisprudência, que, na maioria das vezes, elas serão de uniformização num primeiro momento, mas, após consolidarem um entendimento em determinado sentido, passam a fomentar as técnicas de aceleração de julgamento. Como se verá adiante, há também técnicas que, ao afetarem um ou mais recursos para julgamento, determinando o sobrestamento de outros processos com idêntica questão de direito envolvida, podem, a partir desse momento, igualmente funcionar como técnica de aceleração de julgamento, uma vez que, ao ser julgado o caso-piloto, os demais casos sobrestados receberão a mesma decisão e, quando não houver outras questões a serem resolvidas, normalmente alcançarão o trânsito em julgado sem que novos recursos sejam interpostos. Essa racionalização dos julgamentos tende, por consequência, acarretar numa entrega mais célere da prestação jurisdicional.

4.1.1.1 Técnicas de aceleração de julgamento

4.1.1.1.1 Técnicas de aceleração de julgamento a partir de poderes conferidos ao relator

Como exemplo de técnicas de aceleração de julgamento, podem ser citadas as sucessivas alterações ocorridas no art. 557 do CPC, o qual,

⁴⁸⁶ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 344 e ss.

em sua redação original, previa que “Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferi-lo por despacho”. Além de chamar a atenção para a clara falta de técnica da redação do citado dispositivo, José Carlos Barbosa Moreira salienta que “parece haver sido rara a utilização dispositivo na prática judiciária”.⁴⁸⁷ Com a Lei nº 9.139/95, a redação do dispositivo foi modificada, tornando-a mais clara e, ainda, estendendo esses poderes do relator a todo e qualquer recurso.⁴⁸⁸

Antes dessa alteração, contudo, a tendência de conferir maiores poderes ao relator nos tribunais e, conseqüentemente acelerar o julgamento de recursos, já havia despontado com a Lei nº 8.038/90, denominada Lei de Recursos, cujo objetivo foi instituir normas procedimentais a processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Em seu art. 38, a referida lei dispõe que:

O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

Com a Lei nº 9.756/98, o art. 557 sofreu nova e definitiva alteração, aumentando ainda mais as hipóteses pelas quais o relator pode negar seguimento aos recursos e, ainda, inserindo um novo parágrafo conferindo poderes ao relator para também dar provimento a recursos.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. In: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 7.756/98*. Vol. 2. São Paulo: RT, 1999, p. 232.

⁴⁸⁸ Art. 557 (redação dada pela Lei nº 9.139/95). “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior.

⁴⁸⁹ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

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

A Lei nº 9.756/98 ainda trouxe ao CPC outras duas técnicas de aceleração de julgamento a partir de poderes conferidos ao relator, com a inserção do parágrafo único do art. 120⁴⁹⁰ e a modificação do § 3º do art. 544.⁴⁹¹ Com efeito, posteriormente, a Lei nº 12.322/10 extinguiu a figura do agravo de instrumento previsto no art. 544, substituindo-o pelo agravo nos próprios autos. A redação do §3º foi completamente alterada e os poderes do relator nesse recurso foram expandidos e encontram-se previstos no § 4º do art. 544.⁴⁹² No NCPC, contudo, esse agravo teve suas hipóteses de cabimento substancialmente reduzidas⁴⁹³, uma vez que,

⁴⁹⁰ Art. 120. [...]

Parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente.

⁴⁹¹ Art. 544. [...]

§ 3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.

⁴⁹² Art. 544. [...]

§ 3º O agravo será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta. Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei nº11.672, de 8 de maio de 2008.

§ 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:

I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada;

II - conhecer do agravo para:

- a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso;
- b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal;
- c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

⁴⁹³ Previsto no art. 1.042 do NCPC, na Seção denominada “Do Agravo em Recurso Especial e Extraordinário”, o recurso em comento é destinado a atacar decisões do presidente ou vice-presidente dos tribunais ordinários relacionadas à questões ligadas à repercussão geral e à sistemática dos recursos especial e extraordinário repetitivos, cuja análise mais aprofundada não pode ser realizada aqui, por escapar ao tema deste trabalho.

assim como ocorreu com a apelação, o exame de admissibilidade dos recursos excepcionais será realizado diretamente pelo tribunal *ad quem*, conforme prevê o parágrafo único do art. 1.030.

O parágrafo único do art. 120 do CPC, por sua vez, encontra seu correspondente no parágrafo único, I e II, do art. 955 do NCPC que, prestigiando a tendência de extirpar dos poderes do relator a possibilidade de julgamento com base na malsinada *jurisprudência dominante*, autoriza-lhe a julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em: “súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal”; bem como em “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”.

Como se pode perceber, o legislador foi aumentando gradativamente os poderes do relator, sendo que a consequência prática disso foi um aumento proporcional no número de decisões monocráticas nos tribunais. Isso não teria se tornado um problema se a tal *jurisprudência dominante* fosse realmente dominante, ou ainda melhor, pacífica; bem como se os relatores utilizassem a jurisprudência dominante do próprio tribunal para negar seguimento a recurso apenas se ela coincidissem com a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, o que infelizmente não se verificou na prática.⁴⁹⁴ Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier adverte que:

Está absolutamente equivocada a posição que vem sendo adotada por setores minoritários da jurisprudência, no sentido de se negar seguimento a recurso que confronte com a posição do Tribunal local ou, pior ainda, de órgão fracionário do tribunal local! Se prevalecer este entendimento, visível e evidentemente equivocado, haverá quebra da ordem constitucional, justamente em razão da usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça. Nem se diga que o texto da lei confere poderes aos Tribunais locais. Ao prever que possa o relator negar seguimento a recurso que confronte com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, a lei somente pode ter querido referir-se à

⁴⁹⁴ Para análise de outros problemas de prática e terminológica sobre o art. 557 do CPC, cf. MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Agravo interno e agravo regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais*. São Paulo: RT, 2009, p. 60 e ss.

hipótese de existir jurisprudência local que não colida com aquilo que também no Superior Tribunal de Justiça se tiver entendido como tal.⁴⁹⁵

Outro problema recorrente com a aplicação do art. 557 do CPC no âmbito dos tribunais ordinários diz respeito à prática crescente de julgamentos monocráticos de embargos de declaração. Isso porque, raramente as hipóteses de cabimento desse recurso se encaixam nas hipóteses autorizadoras do art. 557, uma vez que, dificilmente a alegação de omissão, contradição ou obscuridade configurará hipótese de manifesta inadmissibilidade ou de improcedência do recurso, a não ser, é claro, em caso de intempestividade, ou outro requisito formal de admissibilidade do recurso. Mais difícil ainda é que a alegação de omissão, contradição ou obscuridade se reproduza tantas vezes a ponto de formar jurisprudência dominante. Isso pode ocorrer, por exemplo, nas ações repetitivas, em especial, quando os embargos declaratórios são opostos com o intuito do prequestionamento. Contudo, se os embargos foram opostos com esse desiderato, obviamente que a parte já deixou clara sua intenção de interpor recurso de estrito direito. Logo, mais claramente do que em qualquer outra hipótese, o julgamento monocrático se transforma em mero obstáculo à entrega definitiva da prestação jurisdicional, caracterizando afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal, do acesso à justiça e da razoável duração do processo.

O NCPC, ao que tudo indica, irá ao menos diminuir esses problemas. Diz-se isso porque, pela redação do art. 932, IV, alíneas “a” a “c” e V, alíneas “a” a “c”, denota-se que foram concedidos poderes ao relator para julgar monocraticamente recursos somente quando estiver presente, como paradigma, entendimento firmado por técnicas *qualificadas* de uniformização de jurisprudência. Retirou-se, portanto, a possibilidade de julgamento monocrático com base apenas na *jurisprudência dominante*, seja a do respectivo tribunal, quando era admitida apenas para negar provimento ao recurso, seja a dos Tribunais Superiores. De acordo com o citado dispositivo, o relator poderá negar provimento a recurso que for contrário: a “súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal”; a “acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos”; e a “entendimento firmado em incidente de resolução de demandas

⁴⁹⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. 2000, p. 3.

repetitivas ou de assunção de competência”. Poderá, ainda, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: “súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal”; “acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos”; “entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”. Ademais, a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso de embargos de declaração, por força do art. 1.024, § 2º do NCPC, ficará restrita aos casos em que estes “forem opostos contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal”. Em que pese a inegável melhoria trazida pelo novel dispositivo, tem-se pelo menos uma crítica a se fazer ao legislador. É que, salvo melhor juízo, súmula de tribunal local não deveria autorizar o julgamento monocrático pelo relator, a não ser quando o entendimento cristalizado pela súmula coincida com a orientação pacificada dos Tribunais Superiores.

4.1.1.1.2 Súmula impeditiva de recurso

Em reforma processual mais recente, com a Lei nº 11.276/06, o legislador inseriu no sistema a polêmica súmula impeditiva de recursos, ao acrescentar o § 1º ao art. 518 do CPC.⁴⁹⁶

Ora, existem súmulas das Cortes Superiores que caíram em desuso sem terem sido expressamente revogadas. Além disso, como se viu linhas acima, o próprio Superior Tribunal de Justiça decide em desacordo com o enunciado de suas súmulas. Portanto, não é difícil perceber que, assim como o art. 557 do CPC, a súmula impeditiva de recursos muitas vezes serve apenas como mais um degrau recursal para atrasar a entrega da prestação jurisdicional e desgastar o jurisdicionado, que dificilmente deixará de interpor agravo de instrumento contra a decisão que impedir a subida de seu recurso de apelação.⁴⁹⁷

⁴⁹⁶ Art. 518 [...]

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

⁴⁹⁷ Comentando referido instituto, Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 15) adverte que: “Embora, em nosso entender, a atitude de respeito aos precedentes deva ser definitivamente incorporada à nossa cultura, parece-nos que este dispositivo além de ser, de rigor, inconstitucional, se entendido literalmente, é

Tendo em vista a pouca utilidade prática, bem como a necessidade de conferir maior celeridade ao curso do processo, a súmula impeditiva de recurso foi excluída do ordenamento pelo NCPC, que foi ainda mais longe ao dispor, no § 3º do art. 1.010, que, após a apresentação das contrarrazões de apelação e de eventual recurso adesivo, “os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade”.

4.1.1.1.3 Sentença liminar de improcedência

No mesmo ano em que instituiu-se a súmula impeditiva de recursos, foi acrescentado ao CPC, por meio da Lei nº 11.277/06, o também polêmico art. 285-A, que instituiu a denominada sentença liminar de improcedência, dispondo o seguinte:

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

Da simples leitura do dispositivo se pode perceber o motivo pelo qual foi adjetivado de polêmico. O primeiro problema do referido dispositivo salta aos olhos quando se percebe que bastam duas sentenças proferidas pelo mesmo juízo - independentemente de seu entendimento ser alinhado ao dos tribunais hierarquicamente superiores - para que o juiz julgue liminarmente pela improcedência do pedido inicial. Ora, se duras críticas já foram tecidas pela doutrina sobre aplicação semelhante no âmbito dos tribunais ordinários, nas hipóteses em que o relator nega seguimento a recurso com base na jurisprudência do tribunal que integra,

uma norma "desajeitada". Não se pode, no atual contexto da nossa jurisprudência, criar norma peremptória, já que há súmulas antigas, há súmulas que já foram desditas ou afastadas por outras subsequentes, há súmulas superadas pela jurisprudência do próprio tribunal que a proferiu, enfim, súmulas que não devem ser seguidas. E o art. 518, § 1º, CPC, se refere a qualquer súmula do STJ ou do STF. O art. 518, § 1º, do CPC não exige expressamente que a súmula em que se funda a sentença seja dotada de força ‘vinculante’, nos termos do art. 103-A da CF. A propósito, nem poderia ser diferente, já que, atualmente, inexistente previsão constitucional no sentido de que o STJ emita súmula vinculante”.

quando esta for contrária a dos Tribunais Superiores, o que dizer então de permitir expediente semelhante ao juiz de primeira instância? Conforme afirma Daniel Mitidiero:

[...] seria menos desastroso tivesse o legislador aludido a súmulas de jurisprudência dos Tribunais Superiores, à jurisprudência desses Tribunais ou mesmo dos Tribunais de Apelação no lugar de sentenças de primeiro grau, dada a ampla revisibilidade a que essas se encontram sujeitas no direito brasileiro. Pense-se, por exemplo, no grave inconveniente de terem-se, no juízo de primeiro grau, julgamentos liminares com fulcro no artigo em comento em conflito com a jurisprudência do Tribunal a que se liga o órgão jurisdicional de primeira instância ou, *a fortiori*, contrários a súmulas dos Tribunais Superiores. Aí haverá, iniludivelmente, desserviço à boa administração da justiça.⁴⁹⁸

Também neste ponto, o NCPC parece estar vindo para melhorar o sistema. Isso porque, de acordo com a redação do art. 332⁴⁹⁹, a aplicação

⁴⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-a do CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 144, p. 106, fev. 2007. Com a percuciência de sempre, Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 19) afirma que: “[...] *caso o juiz de 1.º grau, fazendo uso do disposto no art. 285-A do CPC, proferisse sentenças que correspondessem apenas ao seu entendimento pessoal, ainda que este fosse isolado e contrário ao dominante em tribunal que lhe seja hierarquicamente superior, estaria a contrariar a intenção de "racionalizar" o "julgamento de processos repetitivos"*, manifestada na exposição de motivos do projeto que resultou na Lei 11.277/2006, já que uma sentença assim proferida, justamente por divergir de orientação jurisprudencial dominante ou sumulada, inevitavelmente será objeto de apelação.

A coincidência entre a orientação adotada pelo juízo de 1.º grau e o entendimento manifestado por tribunal que lhe seja hierarquicamente superior é, assim, pressuposto fundamental para a incidência do art. 285-A do CPC.”

⁴⁹⁹ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

do julgamento liminar de improcedência, além das hipóteses em que se verificar a ocorrência de prescrição ou de decadência, abarcará somente o entendimento firmado por meio de técnicas *qualificadas* de uniformização de jurisprudência no âmbito dos tribunais hierarquicamente superiores, assim como ocorreu com os poderes do relator no tribunal. Assim, aquele entendimento do juízo de primeira instância, marginalizado em torno da integridade do sistema, como não poderia deixar de ser, perde a eficácia para fins de aplicação desta técnica de aceleração de julgamento. Aliás, esse já é o entendimento que o Superior Tribunal de Justiça⁵⁰⁰ vem reconhecendo ao interpretar o art. 285-A do atual CPC. Vale ressaltar que, diferentemente do que ocorre com os poderes do relator no tribunal, a súmula de tribunal local servirá ao julgamento de improcedência liminar do pedido apenas quando o seu enunciado referir-se a direito local. Vale ressaltar, ainda, que, por força do disposto no § 4º do art. 968 do NCPC, o julgamento liminar de improcedência aplicar-se-á também à ação rescisória.

4.1.1.2 Técnicas de uniformização da jurisprudência

4.1.1.2.1 Embargos infringentes e a correspondente técnica não recursal prevista no NCPC

No âmbito dos tribunais ordinários, os embargos infringentes, previstos no art. 530 do CPC, por serem normalmente julgados por órgãos internos hierarquicamente superiores⁵⁰¹, com um maior número de julgadores, tendem, naturalmente, a configurar-se em instrumento de uniformização da jurisprudência interna do tribunal, embora, na prática, isso não ocorra sempre. O NCPC, contudo, excluiu os embargos infringentes como espécie recursal, mas, conforme assevera Eduardo de

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

⁵⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.109.398/MS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 16.06.2011. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.225.227/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 28.05.2013.

⁵⁰¹ O art. 533 do CPC dispõe que: “Admitidos os embargos, serão processados e julgados conforme dispuser o regimento do tribunal”.

Avelar Lamy:

[...] manteve-os como procedimento inerente aos julgamentos, tanto na apelação quanto na ação rescisória e – novidade – no agravo de instrumento que reforme decisão interlocutória a respeito do mérito. [...]

O que se percebe é que o interesse havido na manutenção do procedimento correspondente aos infringentes – ainda que mediante a extinção do recurso – não é apenas das partes, mas também público, dada a uniformização e a amplitude da discussão que possibilita junto aos julgados não unânimes [...].⁵⁰²

Esse incidente, ou técnica de julgamento, encontra-se previsto no art. 942⁵⁰³ do NCPC e, diferentemente dos embargos infringentes atuais, para sua instauração, no tocante ao recurso de apelação⁵⁰⁴, bastará um acórdão não unânime, independentemente de que tenha ou não reformado a sentença. Após a reinserção de última hora⁵⁰⁵ desta técnica no texto do

⁵⁰² LAMY, Eduardo de Avelar. A transformação dos embargos infringentes em técnica de julgamento: ampliação das hipóteses. In: FUX, Luiz *et al* (coords.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o novo projeto do novo código de processo civil*. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 377-378.

⁵⁰³ Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

⁵⁰⁴ Em relação à ação rescisória é necessário que o acórdão não unânime tenha rescindido a sentença (art. 942, § 3º, I). Já no tocante ao agravo de instrumento, o incidente será cabível quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito (art. 942, § 3º, II).

⁵⁰⁵ Com efeito, o NCPC tal como enviado pelo Senado à Câmara dos Deputados em 21.12.2010 (Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010), sequer previa esse incidente ou técnica de julgamento semelhante aos embargos infringentes, que haviam simplesmente sido excluídos do ordenamento. Foi na Câmara dos Deputados que tal incidente foi inserido no NCPC. Num primeiro momento, com redação que admitia a instauração do incidente apenas aos julgados não unânimes, que *reformassem* decisões de mérito. Contudo, o texto aprovado na Câmara dos Deputados e enviado de volta ao Senado em 27.03.2014 (Art. 955 do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010 da

NCPC que foi enviado à sanção presidencial, Lenio Luiz Streck prontamente teceu duras críticas ao que chamou de repriminção às pressas da “(técnica de) *suspensão de julgamento de acórdãos não unânimes*”, apontando seis argumentos contrários ao referido incidente.⁵⁰⁶ Expõe-se aqui apenas um desses argumentos, o mais óbvio por sinal, e com a qual se concorda integralmente. Ora, como bem lembra o autor:

Um dos fundamentos da permanência dos embargos infringentes era superar um possível dois a dois na soma de todas as decisões (o voto da sentença, mais o voto vencido do acórdão, contra dois votos vitoriosos do acórdão), o que exigiria um “tira-teima”, um desempate. Torna-se evidente o retrocesso porquanto a novel técnica acaba por ser mais abrangente, inclusive, que os atuais embargos infringentes, na medida em que não exige sequer a reforma da sentença (basta que o julgamento seja não unânime...). Do modo como consta em sua redação, é possível que o aludido procedimento seja aplicado em um eventual “três a um” de posicionamentos (o voto da sentença mais dois votos vencedores, contra o voto vencido no acórdão) o que acaba por resgatar indiretamente a antiga redação do artigo 530 do CPC (antes da alteração promovida pela Lei 10.352/01).⁵⁰⁷

Câmara dos Deputados), alterou a redação original para admitir o incidente nas mesmas hipóteses de julgados não unânimes, porém sem a exigência de reforma da decisão. De volta ao Senado, o texto base aprovado no dia 16.12.2014 pelos Senadores havia retirado novamente a figura dos embargos infringentes do ordenamento, seja como recurso ou incidente. Ocorre que, no dia 17.12.2014, ao apreciarem 16 destaques antes de remeter o NCPC à sanção presidencial, os Senadores incluíram novamente o incidente, com a redação dada pelo texto aprovado na Câmara dos Deputados.

⁵⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - Os novos embargos infringentes? Uma mão dá e a outra... *Revista Consultor Jurídico*, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

⁵⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. 2015.

4.1.1.2.2 Incidente de arguição de inconstitucionalidade

Diferentemente dos atuais embargos infringentes, cuja natureza principal é de recurso, sendo a de uniformização apenas secundária, o CPC prevê, nos arts. 480 a 482, o incidente de arguição de inconstitucionalidade, que funciona como técnica de uniformização da jurisprudência do tribunal, em matéria constitucional. Vale ressaltar, por oportuno, importante alteração que foi introduzida na sistemática desse mecanismo pela Lei nº 9.756/98, ao inserir o parágrafo único do art. 481⁵⁰⁸, empregando-lhe também a feição de técnica de aceleração de julgamento, ao dispor que os órgãos fracionários dos tribunais não mais submeterão ao Plenário, ou ao Órgão Especial, “a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

O julgamento desse incidente - fora da hipótese do parágrafo único do art. 481 -, em respeito à denominada cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da CF/88, fica reservado ao Plenário do tribunal ou ao seu Órgão Especial. De acordo com Fábio Victor da Fonte Monnerat:

[...] apesar de não estar disposta na lei a existência de eficácia vinculante, é certo que resta vedado aos órgãos fracionários do mesmo tribunal, quando do julgamento das causas que envolvem a mesma *questão constitucional*, consagrar entendimento diverso daquele consagrado no incidente de competência do plenário.⁵⁰⁹

Tal incidente, sob a denominação expressa de “Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade”, foi mantido no NCPC sem grandes alterações e encontra-se regido pelos arts. 948 a 950.

4.1.1.2.3 Incidentes de uniformização de jurisprudência e de assunção de competência

Igualmente sem natureza recursal, o CPC traz, em seus arts. 476⁵¹⁰

⁵⁰⁸ O referido dispositivo foi reproduzido *ipsis literis* pelo parágrafo único do art. 948 do NCPC.

⁵⁰⁹ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. 2012, p. 401.

⁵¹⁰ Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

e 555, § 1º, outras duas técnicas de uniformização de jurisprudência. Com, efeito, o denominado incidente de uniformização de jurisprudência do art. 476 teria tudo para constituir-se no mais importante instrumento de consolidação da jurisprudência no âmbito dos tribunais ordinários, uma vez que, conforme dispõe o art. 479, “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

Contudo, esse incidente nunca se mostrou de grande aplicabilidade e, conseqüentemente, não surtiu os efeitos esperados. De acordo com Evaristo Aragão Santos, isso se deu em razão do excesso burocrático que acompanha o incidente, pois:

Do ponto de vista do volume de serviço, o procedimento já se mostra pouco viável: provocar o presidente do tribunal e a maioria absoluta de seus membros para dirimir cada divergência de questão jurídica que surja entre os órgãos fracionários, é algo, em si, impraticável.⁵¹¹

Outro percalço burocrático que se pode citar em relação ao referido incidente é o fato de que, reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, remetendo-se os autos ao presidente do tribunal para que o Plenário ou o Órgão Especial decida sobre a interpretação a ser observada.

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

⁵¹¹ SANTOS, Evaristo Aragão. 2012, p. 165. De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 241): “O incidente de uniformização de jurisprudência, da forma como acabou disciplinado no vigente CPC, não ficou bem delineado em termos conceituais, já que o *custo* representado pela suspensão o julgamento em trâmite no órgão fracionário não parece vir suficientemente *compensado*, porque: 1) a futura emissão de súmula é apenas uma *virtualidade*, para o caso da tese vir a ser tomada, no Plenário ou órgão especial, por maioria absoluta; 2) mesmo nessa *melhor hipótese*, tal súmula, a rigor, não se reveste de força obrigatória em face dos casos pendentes e futuros, subsumidos em seu enunciado. Ante esse contexto, não estranha que o incidente previsto nos arts. 476 a 479 do CPC tenha tido parca aplicação na *praxis* forense, e também por aí se compreende que as súmulas dali derivadas tenham deixado a desejar em termos de eficácia prática, justamente à míngua de força vinculativa”.

Em seguida, os autos retornam ao órgão competente para apreciar o recurso, que só então o julgará, mas de forma vinculada ao que restou decidido no incidente. Há, portanto, um vai e vem que não condiz com a efetividade que o próprio incidente busca proporcionar. José Rogério Cruz e Tucci, com quem se concorda nesse ponto, imputa a pouca utilização desse instituto no âmbito dos tribunais ordinários ao “infundado receio de submissão ao pensamento da maioria”.⁵¹²

Verificando a pouca utilidade prática do incidente de uniformização do art. 476, a Lei nº 10.352/2001⁵¹³, ao acrescentar o § 1º ao art. 555 do CPC, instituiu outra técnica de uniformização de jurisprudência: a denominada *assunção de competência*. Eis o teor do referido dispositivo:

Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

Esse instituto, conforme lembra Sidnei Agostinho Beneti, foi recebido com entusiasmo pelos comentaristas da reforma processual, entre eles Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier⁵¹⁴, “especialmente porque seu procedimento mostra-se mais simples e célere do que o pouco prestigiado incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no art. 476 do CPC”.⁵¹⁵

Como vantagens que a assunção de competência possui em relação ao incidente de uniformização do art. 476, pode-se citar desnecessidade

⁵¹² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 115.

⁵¹³ Referida Lei também acrescentou o § 3º ao art. 475 do CPC, que dispõe não haver sujeição ao duplo grau de jurisdição, nas sentenças de interesse da União, Estado, Município, se a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula do STF ou do tribunal superior competente.

⁵¹⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2.ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

⁵¹⁵ BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e fast-track recursal. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 171, p. 4, maio.2009 (versão online).

de remessa dos autos ao presidente do tribunal e de julgamento pelo Plenário ou Órgão Especial. Além disso, José Carlos Barbosa Moreira, vendo com bons olhos o referido instituto, observou que:

Trata-se de mais um expediente ordenado à uniformização da jurisprudência, que naturalmente se espera seja mais eficiente do que o regulado nos arts. 476 e ss. do CPC. Pode-se até supor que ele venha a ser preferido na prática judicial, subtraindo ao outro instituto parcela de sua importância já diminuta. Uma vantagem prática decerto se manifesta aqui. O órgão a que se remete a matéria não se limita a enunciar a solução da *quaestio juris*, mas procede ao julgamento que competia ao outro. [...] não há a devolução ao órgão de origem: tudo se resolve naquele que recebe o recurso. Evita-se assim o vaivém, causa de maior demora.⁵¹⁶

Sidnei Agostinho Beneti assevera, ainda, que o referido instituto é de alcance mais amplo do que o incidente de uniformização de jurisprudência, pois, enquanto este exige que já se tenha verificado a divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, a assunção de competência é cabível mesmo quando ainda não existe, no tribunal, decisões divergentes sobre o tema.⁵¹⁷

No entanto, assim como ocorre com o incidente de uniformização de jurisprudência previsto no art. 476 do CPC, a assunção de competência não vem sendo utilizada com a frequência que se esperava, de modo que “os tribunais brasileiros não vêm retirando do instituto todo o rendimento que poderia ter”.⁵¹⁸

A realidade, contudo, é diversa no Superior Tribunal de Justiça. Ressalta-se que, tanto o incidente de uniformização de jurisprudência⁵¹⁹, quanto um instituto semelhante ao da assunção de competência⁵²⁰,

⁵¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 653.

⁵¹⁷ BENETI, Sidnei Agostinho. 2009, p. 7.

⁵¹⁸ BENETI, Sidnei Agostinho. 2009, p. 4.

⁵¹⁹ Art. 118. No processo em que haja sido suscitado o incidente de uniformização de jurisprudência, o julgamento terá por objeto o reconhecimento da divergência acerca da interpretação do direito.

⁵²⁰ Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: [...]

encontram-se previstos no Regimento Interno daquela Corte Superior, que lhes vêm fazendo maior uso e tirando proveito da possibilidade não só de compor, mas também de prevenir divergências *interna corporis*. Do mesmo modo, observa-se que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁵²¹ também possui a previsão de procedimento semelhante ao da assunção de competência e que, não raras vezes, é utilizado pela Corte Suprema.

Ressalte-se que o legislador manteve no NCPC, sob novas vestes e, em capítulo próprio, apenas o incidente de assunção de competência, que, de acordo com o art. 947, § 1º ao §4º, será admissível quando o julgamento “de recurso, da remessa necessária ou de causa de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social”, bem como quando for “conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”, mas desde que a questão não se repita “em múltiplos processos”. Esta exceção deve-se ao fato de que, as questões de direito que se repitam em múltiplos processos no âmbito dos tribunais, serão objeto de uma nova técnica de uniformização de jurisprudência inserida pelo legislador no NCPC, denominada de incidente de resolução de demandas repetitivas e que será objeto de análise adiante. Diferentemente do que ocorre no CPC atual, onde pode ser proposta apenas pelo relator do recurso, a assunção de competência, tal como prevista no NCPC, poderá ser proposta também por requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Por fim, também de forma inovadora, o acórdão proferido neste incidente “vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”.

II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção; III - nos incidentes de uniformização de jurisprudência (art. 118).

Art. 16. As Seções e as Turmas remeterão os feitos de sua competência à Corte Especial: [...]

III - quando suscitarem incidentes de uniformização de jurisprudência;

IV - quando convier pronunciamento da Corte Especial em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergência entre as Seções.

⁵²¹ Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida.

Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo:

a) quando houver matérias em que divirjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário.

b) quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.

4.1.1.2.4 Súmula vinculante e súmula da jurisprudência dominante ou pacífica

O fenômeno súmula identifica-se com um resumo das ideias, isto é, do conteúdo jurídico essencial, de decisões de um tribunal, reiteradas num mesmo sentido.⁵²²

Assim como nos tribunais ordinários, porém com uma força ainda maior, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem suas súmulas da jurisprudência dominante ou pacífica, as quais, vale dizer, possuem alto grau de intensidade persuasiva, ainda que, conforme observa Teresa Arruda Alvim Wambier:

[...] há súmulas antigas, há súmulas que já foram desditas ou afastadas por outras subsequentes, há súmulas superadas pela jurisprudência do próprio tribunal que a proferiu, enfim, súmulas que não devem ser seguidas.⁵²³

Aliás, como já se viu anteriormente, mesmo súmulas que devem ser seguidas, não o são nem mesmo pelos Ministros que as editam. Não obstante, o NCPC traz, no §1º do art. 926, a expressa previsão de que na forma estabelecida e segundo os “pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”. No § 2º do art. 926, consta a salutar orientação no sentido de que “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Em reforço a tais orientações, deve-se levar em conta os ensinamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier, quando afirma que a súmula deve ser:

[...] clara, sintética, objetiva e que a compreensão de seu núcleo independa, o quanto possível, dos acórdãos que lhe deram origem (embora seja sempre útil e proveitoso analisarem-se os acórdãos que foram base da súmula).⁵²⁴

No mesmo sentido, Eduardo Cambi assevera que, ao contrário das

⁵²² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2011, p. 4.

⁵²³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2009, p. 15.

⁵²⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2011, p. 4.

leis, que são ordens gerais e abstratas, as súmulas devem ser ordens gerais e, na medida do possível, concretas. Além disso, devem ser redigidas de forma clara para que possam ser aplicadas, na melhor medida do possível, por mera subsunção.⁵²⁵

Em sentido ligeiramente diverso, ao criticar o fato de que as súmulas sejam vistas como normas gerais e abstratas destinadas a regular casos futuros Luiz Guilherme Marinoni, afirma que:

[...] as súmulas só têm sentido quando configuram o retrato da realidade do direito jurisprudencial de determinado momento histórico e que, assim, não se podem deixar de lado não apenas os precedentes que as fizeram nascer, mas também os fundamentos e os valores que os explicam num certo ambiente político e social.⁵²⁶

⁵²⁵ CAMBI, Eduardo. 2013, p.14-15. Eis o que o autor (CAMBI, Eduardo. 2013, p. 14-15) deixa consignado ao fazer uma observação crítica sobre a súmula vinculante nº 11: “Ela possui a seguinte redação: ‘Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de *fundado receio* de fuga ou de *perigo* à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado’ (destacamos). Ora, as expressões *fundado receio* e *perigo* encerram conteúdo demasiadamente amplo, aberto. Isto é próprio das leis. As leis são ordens gerais e abstratas. Por seu turno, as súmulas devem ser ordens gerais e, na medida do possível, concretas. O enunciado da Súmula 11 seria oportuno, então, para um artigo de lei; nunca uma súmula. Para que esta seja tecnicamente editada pelos Tribunais, sua redação deve ser clara o suficiente para que se compreenda, na melhor medida possível, quais os casos idênticos ou muito semelhantes que a ela devam ser subsumir. Por exemplo, observemos as Súmulas Vinculantes de números 5 e 12. A primeira estabelece que ‘a falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição’. A segunda, por seu turno, rege que ‘a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal’. Ora, estas súmulas nada têm de cláusulas abertas. A subsunção é facilmente verificável e sua abrangência não gera maiores dificuldades. Desse modo, seria conferida maior segurança jurídica ao sistema se os tribunais se valessem dessa técnica de concretude às súmulas, para que se demonstrasse aos jurisdicionados, de forma clarividente, qual o entendimento do Poder Judiciário acerca de um determinado tema.”

⁵²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 482.

Não há dúvidas de que os advogados e promotores, quando lhes convier - ao juiz, trata-se de um dever -, devem mergulhar no contexto fático e histórico dos casos cujos julgamentos deram origem à súmula, pois, conforme observa Luiz Guilherme Marinoni:

[...] ao considerar os fundamentos e valores que basearam os precedentes, seria possível ao juiz realizar o *distinguishing*, tomando em conta situação não prevista quando da promulgação dos precedentes e da edição da súmula.⁵²⁷

Contudo, com o devido respeito ao entendimento do autor, parece melhor que, às súmulas, seja dada realmente a função de resumir o conteúdo jurídico essencial das decisões de um tribunal, ou, ainda, a forma pela qual determinada lei deve ser interpretada, devendo sua aplicação se dar o mais próximo o possível de uma simples atividade silogística. Assim, sua redação deve ser a mais específica, clara e objetiva que se possa alcançar e, se tiver de ser interpretada, tal como ocorre com a súmula vinculante nº 11, não há razão para existir. Melhor, nesse caso, interpretar precedentes.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal tem interpretado algumas súmulas de modo a afastar a sua aplicação em determinados casos, mesmo quando os enunciados dessas súmulas são absolutamente claros e objetivos, não dando qualquer espaço para interpretação que lhes dê outro sentido. Isso vem ocorrendo, por exemplo, quando se afasta a aplicação da súmula 634 daquela Corte, cujo teor é claro ao determinar que não compete “ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”.

Ao relatar Questão de Ordem levantada na Ação Cautelar nº 1.810/DF no sentido de afastar a aplicação da Súmula 634, o Ministro Celso de Mello, expôs o seguinte:

A situação ora em exame [...], justificaria a aplicação, ao caso, da diretriz jurisprudencial consagrada nas Súmulas 634 e 635 desta Suprema Corte.

Ocorre, no entanto, que o comprovado retardamento, pelo Senhor Presidente do Tribunal recorrido, da prática de atos processuais – como a

⁵²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 482.

formulação de juízo (positivo ou negativo) de admissibilidade do recurso extraordinário deduzido pela parte ora requerente e o exame do pedido de tutela de urgência que, por ela, lhe foi submetido – faz instaurar, na espécie, situação configuradora de dano iminente e grave, capaz de comprometer a própria situação jurídica em que se encontra a empresa contribuinte, a legitimar, por isso mesmo, o exercício, ainda que excepcional, por esta Suprema Corte, do seu poder geral de cautela, considerando-se a peculiaridade do caso ora em análise.⁵²⁸

Não se está aqui a apontar o acerto ou desacerto da decisão, mas chega a ser óbvio que, após abrir uma exceção à aplicação da súmula, por considerar que, na ocasião estava presente, ainda que de forma excepcional, “situação configuradora de dano iminente e grave, capaz de comprometer a própria situação jurídica em que se encontra a empresa contribuinte”, não foram e não são poucas as ações cautelares que, sob os mesmos argumentos de excepcional perigo de “dano iminente e grave”, tentam a mesma sorte no Supremo Tribunal Federal. Ora, o enunciado da referida súmula, nesse caso, deveria ser algo do tipo: “em princípio, não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”. E o enunciado de uma súmula, conforme visto acima, não deve comportar expressões vagas do tipo “em princípio”, razão pela qual entende-se que súmulas que se encontram nessa situação, ainda que os afastamentos não ocorram com frequência, devem ser revogadas.

Frise-se que, essas súmulas, comumente chamadas de súmulas persuasivas, não se confundem com a súmula vinculante, que é exclusividade do Supremo Tribunal Federal, conforme consta no art. 103-A da CF/88, e cuja regulamentação encontra-se prevista na Lei nº 11.417/06, conforme analisado anteriormente neste trabalho.

Com efeito, a adoção da súmula vinculante no Brasil até hoje encontra algumas objeções, as quais, no entanto, não se sustentam. Os principais argumentos contrários seriam o suposto engessamento que ela acarreta à evolução do direito e a eventual ofensa à teoria da separação de poderes. O primeiro desses argumentos é derruído pelo próprio *caput* do

⁵²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Cautelar nº 1.810/DF, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 16.10.2007.

art. 103-A da CF/88, ao prever a possibilidade de revisão e cancelamento da súmula, o que se dará nos termos da Lei nº 11.417/06. Quanto ao segundo argumento, deve-se ter em mente que, ao contrário de desrespeitar a teoria da separação de poderes, a súmula vinculante acaba por fortalecê-la, uma vez que “[...] o juiz, quando decide com base na súmula vinculante, decide com apoio *na lei* em sua interpretação "oficial" (= tida como correta no sistema)”.⁵²⁹

4.1.1.2.5 Embargos de divergência

No tocante às Cortes Superiores, deve-se ressaltar que, acima dos recursos de estrito direito, os quais, como já visto, possuem vocação natural para uniformizar a jurisprudência nacional, encontra-se ainda o recurso de embargos de divergência, previsto no art. 546 do CPC. Vale dizer, sua finalidade *imediata*, ainda mais do que a dos recursos especial e extraordinário, é a de uniformizar a jurisprudência nacional. No Superior Tribunal de Justiça, tal recurso presta-se a compor divergência entre acórdão de uma Turma com acórdão de outra Turma, Seção ou do Órgão Especial. No Supremo Tribunal Federal, destina-se a compor divergência entre acórdão de uma Turma com acórdão de outra Turma, ou do Plenário.

No NCPC, os embargos de divergência encontram-se disciplinados nos arts. 1.043 e 1.044 e, embora não reflitam grandes alterações na sistemática atual, o legislador agiu bem ao esclarecer expressamente algumas questões que ainda são objeto controvérsia na jurisprudência, principalmente no Superior Tribunal de Justiça, e quase sempre fruto da famigerada *jurisprudência defensiva*. Nesse sentido, cite-se a expressa possibilidade de cabimento dos embargos de divergência quando: os acórdãos embargado e paradigma forem “relativos ao juízo de admissibilidade”⁵³⁰; a divergência se der entre “um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia”⁵³¹; a divergência verificar-se na aplicação “do direito

⁵²⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2009, p. 14.

⁵³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 660.310/DF, rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Seção, j. 13.08.2014. Constou no referido acórdão que: “Não são cabíveis embargos de divergência quanto aos requisitos de admissibilidade do recurso especial”.

⁵³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Agravo nº 1.186.352/DF, relator originário Min. Teori Albino Zavascki, relator para o

processual”⁵³²; “o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros”.⁵³³ Ficou expressamente admitida também a possibilidade de serem “confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária”.⁵³⁴

4.1.1.2.6 Controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

No que diz respeito especificamente ao Supremo Tribunal Federal, é necessário destacar o papel que o controle de constitucionalidade vem exercendo como técnica de uniformização de jurisprudência, seja no controle difuso, seja no controle concentrado. No controle difuso esse

acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, j. 21.03.2012. Constou no referido acórdão que: “Inadmitido o recurso especial na origem e desprovidos o agravo de instrumento (atual agravo em REsp) e o respectivo agravo regimental nesta Corte, mesmo que adotada fundamentação que passe pelo exame do mérito do apelo extremo, descabe a interposição de embargos de divergência, incidindo a vedação contida no enunciado n. 315 da Súmula/STJ. Embargos de divergência não conhecidos”.

⁵³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 422.778/SP, relator originário Min. João Otávio de Noronha, relatora para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 29.02.2012. Constou no referido acórdão que: “O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso.”

⁵³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.179.802/SP, rel. Min. Gurgel De Faria, Terceira Seção, j. 12.11.2014. Constou no referido acórdão que: “Consoante entendimento desta Corte, ante a falta de amparo legal, não é possível o exame de embargos de divergência fundados em acórdãos proferidos por uma mesma Turma, mesmo que a sua composição tenha sido alterada substancialmente”.

⁵³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 357.288/PR, rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, j. 14.11.2007. Constou no referido acórdão que: “Segundo entendimento desta Corte, somente acórdãos proferidos em sede de recurso especial se mostram aptos à função de paradigma para os embargos de divergência”.

papel vinha se destacando pela tendência jurisprudencial⁵³⁵, influenciada pelo Ministro Gilmar Mendes, de se atribuir efeito vinculante às decisões incidentais sobre a inconstitucionalidade da lei, quando tomadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, independentemente de resolução do Senado Federal, conforme prevê o art. 52, X da CF/88. Trata-se do que vem sendo chamado pela doutrina de objetivação do recurso extraordinário. Discorrendo sobre a relação entre os processos objetivos e o recurso extraordinário com repercussão geral, Pedro Miranda de Oliveira afirma que aqueles possuem como característica:

[...] o fato de que a controvérsia cinge-se à análise da lei em tese, tratando, notadamente, do método de controle normativo abstrato de constitucionalidade. Conclui-se que é a formação de decisões paradigmáticas pelo Supremo Tribunal Federal que aproxima o julgamento dos recursos extraordinários daqueles realizados nos denominados processos objetivos. [...]

De fato, o recurso extraordinário, no direito brasileiro, observa-se que, de um papel estritamente subjetivo, com o advento da repercussão geral assumiu uma importante afeição objetiva, ao permitir que questões constitucionais fossem apartadas do caso concreto e debatidas no plano abstrato. Em suma, a repercussão geral e a consequente objetivação do recurso extraordinário refletem o reconhecimento de que as decisões do Supremo Tribunal Federal devem ser sempre

⁵³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Recurso Extraordinário nº 376.852/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 27.03.2003. Extraí-se do acórdão a seguinte lição: “Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. (...) Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual ‘a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo’, dotado de uma ‘dupla função’, subjetiva e objetiva, ‘consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo’ (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, *Sub Judice* 20/21, 2001, p. 33, 49). Essa orientação há muito mostra-se dominante também no direito americano”.

paradigmáticas e relevantes.⁵³⁶

Ocorre que, apesar de reconhecer uma força obrigatória dos precedentes firmados em recurso extraordinário com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal não entende que essa força chegue a ser vinculante, a ponto de admitir o ajuizamento de reclamação sob a alegação de ofensa à autoridade daquela decisão, a não ser que o reclamante tenha sido parte do processo subjetivo objeto de julgamento pela sistemática da repercussão geral.⁵³⁷

Referente ao controle concentrado, o papel uniformizador extrai-se principalmente dos esforços doutrinários⁵³⁸ para emprestar efeito vinculante aos motivos determinantes, à *ratio decidendi*, da decisão tomada em controle concentrado, para outros casos semelhantes. É a denominada tese da transcendência dos motivos determinantes que, embora já tenha sido acolhida no Supremo Tribunal Federal⁵³⁹, o entendimento que hoje prevalece é o de rejeitá-la.⁵⁴⁰

⁵³⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. 2013, p. 375-377.

⁵³⁷ Nesse sentido, cf. recente decisão da Corte Suprema (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 10.617, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 04.06.2014) na qual o Min. Luís Roberto Barroso, sintetizando o entendimento firmado em decisão do Plenário de 13.04.2011, deixa consignado o seguinte: “A reclamação dirigida a esta Corte só é cabível quando se sustenta usurpação de sua competência, ofensa à autoridade de suas decisões ou contrariedade a súmula vinculante (CRBF/88, arts. 102, I, *l*, e 103-A, § 3º). No segundo e terceiro casos, exige-se que o pronunciamento tenha efeito vinculante, ou, ao menos, que tenha sido proferido em processo subjetivo no qual o reclamante figurou como parte. Nessa linha, o Plenário já assentou que (Rcl 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie): ‘a cassação ou revisão das decisões dos juízes contrárias à orientação firmada em sede de repercussão geral há de ser feita pelo tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária.’ (...) Nada autoriza ou aconselha que se substituam as vias recursais ordinária e extraordinária pela reclamação”.

⁵³⁸ Cf., entre outros: CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. Reclamação – A ampliação do cabimento no contexto da “objetivação” do processo nos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 197, p. 24, jul. 2011. LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: 2011, p. 197-198. MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 467-469.

⁵³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.363, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 23.10.2003. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1.987, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, j. 01.10.2003.

⁵⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Reclamação nº 2.990 rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, j. 16.08.2007. BRASIL. Supremo

Enfim, essa questão é delicada e ainda merece muita reflexão. Basta pensar que, para a edição de Súmula Vinculante são necessários os votos de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal. Por que razão, então, haveria de se falar em efeito vinculante extraprocessual aos motivos determinantes de uma decisão tomada em controle difuso ou concentrado, em que não se exige tamanha maioria para tomada de decisão? Por isso optou-se por falar, neste trabalho, em força do precedente, ou respeito obrigatório ao precedente, em vez de precedente vinculante. É inegável a enorme força que, em uma virtual escala, alcançariam os motivos determinantes de tais decisões, porém, como já dito, é melhor deixar o adjetivo vinculante para a lei determinar o que realmente vincula e também para referir-se aos precedentes dos colegas do *common law*. A comunidade jurídica deve ir com calma. Nunca se prestou tanta atenção à necessidade de respeitar os precedentes judiciais como hoje se está prestando. Portanto, é melhor evitar “colocar os pés pelas mãos”. Exemplos de euforia com novos institutos que não acabaram bem não faltam. Pense-se no juiz do *civil law* do período revolucionário, que era considerado um ser inanimado, a mera “a boca da lei”. Deram-se lhe poderes e mais poderes para interpretar a lei, e o resultado em alguns países, como o Brasil, foi praticamente uma anarquia interpretativa do direito e a conseqüente enorme dispersão jurisprudencial. Para citar algo mais recente, basta lembrar o que foi dito acima sobre os poderes do relator que, nos primórdios do CPC de 1973, eram pouquíssimos. Hoje em dia, dependendo do humor do juiz, julga-se monocraticamente até embargos de declaração por omissão à matéria fática.

4.1.1.2.7 Jurisdição coletiva

A par de todos esses institutos, Eduardo de Avelar Lamy ainda lembra:

[...] que as divergências jurisprudenciais já tendem a ser evitadas por meio do efeito *erga omnes*, de conseqüências fáticas próximas às do efeito vinculante, trazido pela eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas, consoante o art.

103 do CDC (Lei 8.078/1990).⁵⁴¹

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso, “os vários remédios processuais manejáveis dentro da jurisdição coletiva são meios idôneos para a outorga de uma resposta judiciária de boa qualidade”,⁵⁴² mas, sobretudo, servem “[...] como fator de controle da injustificada e desmesurada divergência jurisprudencial”.⁵⁴³

No entanto, conforme já observou Aluísio Gonçalves Castro Mendes, “a realidade dos últimos anos fala por si: embora tenham sido ajuizadas ações coletivas, nenhuma delas foi capaz de conter a verdadeira sangria de ações individuais que foram ajuizadas [...]”.⁵⁴⁴

Por isso, o art. 333⁵⁴⁵ do NCPC traz, como uma das maiores inovações da nova legislação, a possibilidade de conversão da ação

⁵⁴¹ LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 120, p. 6, fev. 2005 (versão online).

⁵⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. 2006, p. 442.

⁵⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. 2006, p. 443.

⁵⁴⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro *et al* (orgs.). *Direito processual coletivo e anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Vol 1. São Paulo: RT, 2007. p. 28.

⁵⁴⁵ Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

§ 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

§ 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

§ 3º Não se admite a conversão, ainda, se:

I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou

individual em ação coletiva, quando “atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio”. O tema é certamente tão inovador quanto também é - e será ainda mais quando posto em prática - nebuloso e apto a gerar diversas controvérsias. Muitas dessas controvérsias, vale ressaltar, já foram supostas e amplamente debatidas pelos participantes dos II⁵⁴⁶, III e IV Encontros do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis⁵⁴⁷, cujos resultados encontram-se materializados em diversos enunciados⁵⁴⁸ aprovados nesses eventos e que

II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou

III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

§ 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.

§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

§ 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.

§ 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.

§ 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

§ 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no *caput*, salvo quando ele próprio o houver formulado.

⁵⁴⁶ Até a segunda edição, realizada nos dias 08 e 09.11.2013 em Salvador/BA, o nome do evento era “Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual”, que foi modificado para “Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis” na terceira edição do evento, realizada no Rio de Janeiro nos dias 25 e 27.04.2014. A edição dos enunciados se deu à época da tramitação do PNCP na Câmara dos Deputados, quando o art. 333, ora analisado, correspondia ao art. 334. Como a redação do dispositivo permaneceu inalterada, toma-se a liberdade para indicar no lugar da antiga numeração (art. 334), o art. 333, tal como consta no NCPC aprovado no Senado.

⁵⁴⁷ Doravante denominado apenas FPPC.

⁵⁴⁸ Enunciados aprovados em Salvador (08-09 de novembro de 2013):

37. Art. 333, I. É presumida a relevância social na hipótese do inciso I do art. 333, sendo dispensável a verificação da "dificuldade de formação do litisconsórcio".

38. Art. 333, II. É necessária a efetiva demonstração da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio.

39. Art. 333. É dever do juiz intimar os legitimados do art. 333 do CPC para, se for o caso, requerer a conversão, aplicando-se, por analogia, o art. 139, X, do CPC.

40. Art. 333. Havendo requerimento de conversão, o juiz, antes de decidir, ouvirá

deverão servir de guia ao intérprete, quando da entrada em vigor da nova legislação.

4.1.1.2.8 Repercussão geral no recurso extraordinário

Outra inovação recentemente introduzida no sistema jurídico brasileiro e que vem trazendo - juntamente com a sistemática dos recursos excepcionais repetitivos, que será analisada a seguir - notáveis resultados no que se refere à tutela da segurança jurídica e suas diversas facetas (uniformidade, estabilidade, previsibilidade e isonomia) é o instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

Com efeito, a Emenda Constitucional 45/04 introduziu significativa mudança na sistemática do recurso extraordinário ao alterar a redação do § 3º do art.102, da CF/88, dispondo que, para a sua admissibilidade, são indispensáveis a alegação e a demonstração da “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”. Por meio da Lei nº 11.418/06, o legislador inseriu no CPC o art. 543-A, cuja redação do *caput* determina que o Supremo Tribunal Federal, “em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo”. O § 1º do referido dispositivo traz o significado de repercussão geral ao dispor que “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

o autor e, caso já tenha sido citado, o réu.

41. Art. 333. A oposição das partes à conversão da ação individual em coletiva limita-se à alegação do não preenchimento dos seus pressupostos.

Enunciados aprovados no Rio de Janeiro (25-27 de abril de 2014):

147. Art. 331. O autor poderá requerer a intimação, prevista no *caput* do art. 333, para a conversão da ação individual em coletiva.

148. Art. 331. Nos casos em que o juiz reconhecer a ilegitimidade do autor individual para requerer a tutela de interesse de alcance coletivo, será possível a conversão, como forma de saneamento do vício, no prazo de noventa dias.

149. Art. 331, § 4º. Caso o aditamento ou emenda da petição inicial para a ação coletiva não seja realizado no prazo fixado pelo juiz ou não seja recebido, o processo seguirá como individual.

150. Art. 331, § 5º; art. 139, I e VI. O prazo do art. 331, § 5º, poderá ser dilatado, nos termos do art. 139, I e VI, para assegurar direito ao contraditório e à ampla defesa.

Ainda, no § 3º consta que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”. Conforme observa Luiz Guilherme Marinoni, países como os Estados Unidos e a Argentina possuem institutos semelhantes, que visam a levar à Corte Suprema apenas questões de grande relevância e que possuam transcendência para além do caso concreto.⁵⁴⁹

Teresa Arruda Alvim Wambier salienta que a sobrecarga excessiva de trabalho do Supremo Tribunal Federal foi uma das razões pelas quais implantou-se o sistema da repercussão geral no Brasil. No entanto, a autora entende que o instituto se justifica por ser realmente capaz de melhorar a qualidade da jurisdição. Graças ao referido instituto, as decisões da Corte Suprema tenderão a ser *paradigmáticas* e, por consequência, sua jurisprudência obterá maior visibilidade, podendo, assim, exercer mais firmemente sua função paradigmática.⁵⁵⁰

Sobre os efeitos da decisão referente à repercussão geral, tem-se que seria obrigatório, até mesmo vinculante, a decisão que nega sua existência, pois, 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 decisão que reconhece a existência da repercussão geral, por sua

⁵⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 471, nota 9. Segundo o autor (2013, p. 471, nota 9): “Além da clássica prática da *Supreme Court* estadunidense do *writ of certiorari* (Regra 10 da Suprema Corte dos Estados Unidos), conhecido, em suma, apenas nos casos de ‘*sufficient public importance*’, muitos outros países praticam semelhante sistema de seleção de causas para exame pelas Cortes Supremas. No direito alemão, admite-se o acesso ao Supremo Tribunal, em recurso de revisão, quando a causa decidida ostentar uma ‘significação fundamental’. No direito argentino, a Corte Suprema pode não conhecer de recurso extraordinário “*por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de transcendencia*” (art. 280, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina*). Em todos esses casos a mesma razão se encontra presente: velar pela unidade do direito através do exame de casos significativos para a ótima realização dos fins do Estado Constitucional, sem sobrecarregar o Supremo Tribunal com o exame de casos sem relevância e transcendência”.

⁵⁵⁰ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2009, p. 22.

vez, irá projetar seus efeitos somente quando a Corte julgar a questão constitucional. A decisão extraída desse julgado, em razão do filtro pelo qual atravessou o recurso, pela possibilidade, sempre bem-vinda, de convocação de audiência pública para esclarecimento das questões controvertidas, com a participação da figura do *amicus curiae*, bem como pela posição hierárquica do tribunal que a profere, constituirá genuíno precedente judicial, com intensa força obrigatória, tanto na direção horizontal quanto na vertical.

Para empregar efeito vinculante à decisão proferida em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal poderia adotar com maior frequência a proposta de Pedro Miranda de Oliveira, para quem a repercussão geral e a Súmula Vinculante são dois institutos que devem ser aplicados conjuntamente.⁵⁵¹ Vale dizer, após cada julgamento de questão constitucional dotada de repercussão geral, a Corte Suprema deve editar uma Súmula Vinculante, evitando assim a propositura de novas ações, bem como impedindo que decisões de primeira e segunda instâncias desviem do entendimento sumulado.

No NCPC, a sistemática da repercussão geral encontra-se prevista no art. 1.035 e traz algumas inovações, dentre as quais destacam-se as previstas no § 3º e seus incisos I, II e III, referentes às novas hipóteses em que a repercussão geral considerar-se-á presumida. Segundo esse dispositivo, haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: “I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal”; “II – tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos”; e “III – tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal”. No inciso primeiro, vale registrar que a expressão *jurisprudência dominante* havia sido retirada tanto pelo texto aprovado na Câmara dos Deputados como no que foi como aprovado no Senado em 16.12.2014, sendo inserido o termo *precedente* em seu lugar. Contudo, após a votação de destaques, no dia 17.12.2014, adotou-se novamente a expressão *jurisprudência dominante*. Outra relevante novidade trazida pelo NCPC, dessa vez em seu art. 1.042, II, diz respeito à previsão expressa de a parte interessada interpor agravo ao Supremo Tribunal Federal quando seu recurso extraordinário for inadmitido sob o fundamento de que a Corte

⁵⁵¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O binômio repercussão geral e súmula vinculante: necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 734-738.

Suprema já reconheceu a inexistência de repercussão geral na matéria em análise. Caberá ao agravante, contudo, demonstrar “a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado”. Na sistemática do atual CPC, o Supremo Tribunal Federal não admite qualquer espécie de recurso ou reclamação contra a decisão que inadmite o recurso extraordinário nessa hipótese.⁵⁵² Caberia tão somente agravo regimental para o órgão competente do tribunal local.⁵⁵³

Por fim, não se pode deixar de mencionar a intrigante regra prevista nos §§ 9º e 10, segundo a qual o recurso extraordinário com a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano, após o qual todos os processos sobrestados retomarão seu curso normal. Como consequência direta dessa regra, o Supremo Tribunal Federal “[...] receberia, de uma só vez, milhares de processos que hoje estão represados nos tribunais inferiores”.⁵⁵⁴ Contudo, acredita-se que o Supremo Tribunal Federal, desde que embasado no princípio da razoabilidade, possa determinar a prorrogação desse prazo.

4.1.1.2.9 Recursos excepcionais repetitivos

Por fim, as decisões proferidas no julgamento dos recursos excepcionais repetitivos, cuja sistemática atualmente encontra-se prevista nos arts. 543-B e 543-C do CPC e arts. 1.036 à 1.041 do NCPC, embora, via de regra, formem verdadeiros precedentes, também com forte intensidade obrigatória, igualmente não possuirão força vinculante na estrita acepção do termo, pois a própria legislação prevê, nos § 3º do art. 543-B e § 8º do 543-C, ambos do atual CPC, assim como no art. 1.041 do NCPC, a possibilidade de os tribunais ordinários manterem decisão divergente da que foi firmada pelas Cortes Superiores. O exercício dessa

⁵⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Reclamação nº 13.508, rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 23.05.2013.

⁵⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 7569, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 19.11.2009.

⁵⁵⁴ RECONDO, Felipe. Novo CPC e o fim da repercussão geral. *Jota*, 25 fev. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-e-o-fim-da-repercussao-geral>>. Acesso em: 28 fev. 2015. A mesma notícia ainda menciona que: “De acordo com fontes do STF, não haveria espaço físico ou digital no STF para armazenar esse volume processos. O caso dos planos econômicos se enquadraria neste problema. Os recursos tramitam há anos nas diversas instâncias. Como não foram julgados até o momento, os processos pendentes em instâncias inferiores seriam enviados para o Supremo. São mais de 400 mil recursos nessa situação”.

negação da autoridade da decisão das Cortes Superiores não é algo tão raro como se esperaria que fosse, mas também não deixa de ser pertinente, em certas hipóteses, conforme se verá mais adiante, quando se tratar do *overruling*.

Vale ressaltar que o NCPC trouxe diversas alterações benéficas no tocante à sistemática dos recursos excepcionais repetitivos, em especial para resolver controvérsias que atualmente⁵⁵⁵ deixam os operadores jurídicos sem rumo claramente definido. Na atual sistemática do CPC, não há previsão de recurso para as decisões que determinam o sobrestamento de recursos com base nos arts. 543-B e 543-C. Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos defendem o cabimento do agravo previsto no art. 544 do CPC, de ação cautelar ou de simples petição.⁵⁵⁶ Contudo, tanto o Supremo Tribunal Federal⁵⁵⁷ como o Superior Tribunal de Justiça⁵⁵⁸ possuem o entendimento de que, também nesses casos, só seria cabível o agravo regimental ao órgão competente do tribunal local, embora o Superior Tribunal de Justiça tenha admitido, em pelo menos um caso, uma simples petição dirigida à própria Corte Superior⁵⁵⁹ que, nesse caso, deve ser instruída com todos os documentos capazes de demonstrar explicitamente ao Ministro relator que o seu caso concreto difere daquele tido como representativo da controvérsia.

Com relação à decisão que aplica o entendimento da tese paradigmática aos recursos sobrestados e aos que ascenderem aos tribunais ordinários posteriormente, a solução encontrada pelo Superior

⁵⁵⁵ Cf. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. FRANZOI, Juliana Borinelli. Estudo comparado entre o julgamento de recursos especiais repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas *In*: BARBOSA, Cláudia Maria; PAMPLONA, Daniele Anne (orgs.) *Políticas públicas, democracia e poder judiciário [livro eletrônico]*. Curitiba: Letra da Lei, 2014, p. 75-94.

⁵⁵⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 7 do STJ) nos processos coletivos*. Revista de Processo, São Paulo, v. 163, p. 28-49, set. 2008, p. 30.

⁵⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 18.878, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 26.11.2014.

⁵⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração na Medida Cautelar nº 18.822/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. 06.03.2012.

⁵⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Petição nº 7452/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ em 18/04/2011.

Tribunal de Justiça⁵⁶⁰ e pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁶¹ é a mesma, qual seja, a de que é cabível somente a interposição de agravo regimental ao próprio órgão competente do tribunal, o que vem acarretando diversos prejuízos aos jurisdicionados, pois acaba transformando estes tribunais, de certo modo, em Cortes Superiores. Essa posição das Cortes Superiores, indubitavelmente ligada à vontade dos Ministros em ver diminuída a carga de recursos que por lá aportam, causa não só injustiça aos jurisdicionados como também cria situações teratológicas, pegando todos de surpresa. É o caso, por exemplo, da necessidade de interpor, conjuntamente, o aludido agravo regimental, ou interno, e um agravo ao Superior Tribunal de Justiça, quando presidente ou vice-presidente do tribunal local, em uma única decisão, determina o sobrestamento do recurso especial no tocante a determinada matéria e nega seguimento ao mesmo recurso no tocante a outra matéria.⁵⁶²

Com o NCPC, o caminho a ser trilhado pela parte que teve seu processo sobrestado indevidamente vem expressamente previsto no art. 1.037, §§ 9º a 13º⁵⁶³, de modo que a parte deverá demonstrar a “distinção

⁵⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Questão de Ordem no Agravo nº 1.154.599/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.02.2011.

⁵⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Agravo de Instrumento nº 760358/SE, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 19.11.2009.

⁵⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Reclamação nº 9.404/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14.08.2013.

⁵⁶³ Art. 1.037 [...]

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

§ 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido:

I – ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau;

II – ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem;

III – ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem;

IV – ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado.

§ 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 12. Reconhecida a distinção no caso:

I – dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo;

II – do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial

entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado”. Algo semelhante é previsto para a hipótese de equivocada aplicação de precedente firmado em julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo, em que a parte prejudicada, com fulcro no art. 1.042, II, § 1º, “a”, poderá interpor agravo diretamente à respectiva Corte Superior, onde também deverá mostrar a “existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando da inadmissão do recurso”.

Por fim, outra questão que gerou muita polêmica diz respeito a possibilidade, ou não, de o recorrente desistir do recurso representativo da controvérsia, cujo julgamento já tenha iniciado. O Superior Tribunal de Justiça, em questão de ordem, consolidou o entendimento no sentido que:

[...] é inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do artigo 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ.⁵⁶⁴

Para os casos em que o julgamento não tenha sido iniciado, o Superior Tribunal de Justiça tem homologado a desistência do recurso especial, que posteriormente será substituído por outro.⁵⁶⁵ Esse é o mesmo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁶⁶

O NCPC, pondo fim às controvérsias, acertadamente traz no parágrafo único do art. 998, a previsão de que “A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.” Isso porque, não se pede desistência de recurso, “simplesmente se desiste e

ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único.

§ 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá:

- I – agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau;
- II – agravo interno, se a decisão for de relator.

⁵⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.063.343/RS. rel. Min. Nancy Andrighi, J.17.12.2008.

⁵⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Desistência no Recurso Especial nº 1.102.457/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 02.12.2014.

⁵⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 658.570/MG, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.11.2012.

essa desistência produz efeitos imediatos. É o que dispõe expressamente o artigo 501 do CPC”.⁵⁶⁷

Ressalte-se, ainda, que, assim como acontece com o recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, os recursos afetados pela sistemática dos recursos excepcionais repetitivos, de acordo com os §§ 4º e 5º do art. 1.037, deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano, após o qual todos os processos sobrestados retomarão seu curso normal. Os mesmos problemas que afetarão o Supremo Tribunal Federal com a aplicação estrita dessa regra certamente atingirão o Superior Tribunal de Justiça, mas a solução também é a mesma: determinar, com razoabilidade, a prorrogação desse prazo.

4.1.1.2.10 Incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR

Ao lado dos recursos excepcionais repetitivos, completando o microssistema⁵⁶⁸ que o NCPC, no art. 928, denominou de “julgamento de casos repetitivos”, o legislador instituiu uma nova e moderna técnica de julgamento, semelhante àquela dos recursos dirigidos às Cortes Superiores, mas que se realiza no âmbito dos tribunais estaduais e dos tribunais regionais federais.

Trata-se do já citado incidente de resolução de demandas repetitivas, ou simplesmente IRDR, cuja inspiração, segundo consta na exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, vem do direito alemão, onde a figura se chama *Musterverfahren*, pois gera decisão que serve de modelo (= *Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu.⁵⁶⁹

Conforme explica Dierle Nunes, trata-se de uma:

⁵⁶⁷ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. FRANZOI, Juliana Borinelli. 2014, 89.

⁵⁶⁸ Nesse sentido, cf. o Enunciado 345 do FPPC:O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.

⁵⁶⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

[...] técnica introduzida com a finalidade de auxiliar no dimensionamento da litigiosidade repetitiva *mediante uma cisão da cognição* através do “procedimento-modelo” ou “procedimento-padrão”, ou seja, um incidente no qual “são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário”, que aplicará o padrão decisório em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso.⁵⁷⁰

Para instauração do IRDR, o art. 976, I e II, exige que estejam presentes, simultaneamente, dois requisitos, quais sejam: a “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”; e o “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”. Frise-se que, a repetição de processos com a idêntica questão, pode referir-se tanto a processos de competência originária do tribunal, como processos que se encontram em primeira instância, mas, neste caso, pelo menos um processo já deve ter sido julgado, para que possa chegar ao tribunal por meio de recurso ou remessa necessária.⁵⁷¹ É necessário observar que será incabível o IRDR quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva, conforme previsão do § 4º do art. 476.

Admitido o incidente, de acordo com o art. 982, I, o relator “suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso”. Interessante notar que, diferentemente da versão do NCPC que tramitou pela Câmara dos Deputados, assim como da sistemática dos recursos excepcionais repetitivos, a versão final aprovada no Senado não prevê a possibilidade

⁵⁷⁰ NUNES, Dierle. O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. *Justificando*, fev. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-ir-dr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

⁵⁷¹ Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

de a parte interessada requerer o prosseguimento do seu processo, caso entenda que a tese nele discutida não seja idêntica à que deu ensejo à instauração do IRDR. De todo modo, entende-se aplicável, por analogia, as mesmas possibilidades existentes para tal finalidade, previstas na sistemática dos recursos excepcionais repetitivos.

Diferentemente do que ocorre com os recursos excepcionais repetitivos, a instauração do IRDR pode ser requerida diretamente ao presidente do tribunal: pelo juiz ou relator, por ofício; pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição, conforme estabelece o art. 977.

O art. 983 prevê a possibilidade de participação do *amicus curiae*, de realização de audiência pública, bem como que os interessados juntem documentos e requeiram as diligências necessárias “para a elucidação da questão de direito controvertida” possibilitando, assim, um amplo contraditório substancial. Para complementar essa dinâmica, a fim de que se chegue a um precedente genuinamente democrático participativo, o § 2º do art. 984, estabelece que o conteúdo do acórdão que julgar o IRDR “abranjerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”.

De acordo com o art. 985, I do NCPC, a tese jurídica firmada pelo tribunal estadual ou regional federal em sede de IRDR ficará adstrita ao território de sua competência, com exceção dos casos em que a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em sede recursal, quando então a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território nacional, conforme dispõe o artigo 987, § 2º.

Vale ressaltar, ainda, que, de acordo com o art. 986, “A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento” do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Embora o citado dispositivo enuncie que a revisão “far-se-á pelo mesmo tribunal”, podendo dar ensejo à ideia de que o tribunal competente para tanto seria o tribunal que instaurou o incidente, a correta interpretação do dispositivo aponta no sentido de que a revisão deve ser feita pelo tribunal que proferir a última decisão de mérito no incidente.

Com relação aos prazos para julgamento do incidente e de suspensão dos processos que versem sobre questão idêntica, o art. 980 determina que serão de 1 (um) ano, mas, diferentemente do que ocorre com o recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e os recursos excepcionais repetitivos, o parágrafo único do citado dispositivo

prevê que o relator do IRDR poderá, por meio de decisão fundamentada, manter a suspensão, ainda que transcorrido o prazo de 1 (um) ano.

Por fim, deixa-se claro que, assim como a exposição feita sobre as técnicas de aceleração de julgamento e as demais técnicas de uniformização de jurisprudência, não se teve, de forma alguma, a pretensão de esgotar a matéria também no que se refere ao IRDR, até porque muitas controvérsias irão surgir quando de sua efetiva utilização. O que se pretendeu, com estas breves observações, foi traçar um panorama geral e histórico dos principais instrumentos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na legislação processual civil, que privilegiam os precedentes, a jurisprudência sedimentada e, por consequência, a segurança jurídica. O cume de toda essa evolução, como se pôde perceber, encontra-se no NCPC e, sobre ele, ainda se dedica especialmente o item seguinte.

4.1.2 O respeito aos precedentes e à jurisprudência sedimentada no Novo Código de Processo Civil

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”.

Na primeira obra publicada sobre o NCPC após sua aprovação no Senado, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud Pedron explicam que a noção de integridade e de coerência está ligada diretamente à teoria de Ronald Dworkin⁵⁷², quando o filósofo norte-americano ensinou que:

[...] o intérprete deve analisar o Direito como um romance em cadeia, atento às virtudes da *integridade* e da *coerência*, de modo a decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo

⁵⁷² DWORKIN, Ronald. 1999, p. 271-331. Comparando o juiz a um romancista, o autor (1999, 276-277) ensina que: “Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”.

empreendimento em cadeia, do qual os capítulos passados (julgados passados e entendimentos doutrinários) devem ser levados em consideração para que se escreva um novo capítulo, em continuidade, que o respeite ou o supere, com coerência. É dizer, para ele a interpretação do Direito é *construtiva*: a decisão, ao mesmo tempo em que foi uma resposta aos postulantes elaborada por um grupo em certo período, é também *produto de várias mãos e dá continuidade (sem ruptura)* àquela construção referida.⁵⁷³

Mas não é só. Como a cultura do *desrespeito* aos precedentes e à jurisprudência dominante ou pacificada prospera há muito tempo, vindo a mostrar sinais de declínio somente após a instituição de técnicas mais recentes, como a súmula vinculante, a repercussão geral no recurso extraordinário e os recursos extraordinário e especial repetitivos, com destaque para este último, o legislador decidiu impor - ou pelo menos tentar -, por meio de lei, uma nova cultura no Brasil. Uma cultura de respeito obrigatório aos precedentes e à jurisprudência sedimentada, principalmente, a dos Tribunais Superiores.

Pode-se dizer, sem medo, que o NCPC traz consigo um sistema de precedentes, mas um sistema *à brasileira*, diverso daquele da Inglaterra e dos Estados Unidos. E não há nada de errado nisso, pois, como já visto, não só as grandes famílias do direito ocidental, mas principalmente os ordenamentos que integram cada uma delas possuem suas próprias peculiaridades, impedindo que institutos próprios de um determinado sistema sejam importados por outro sem quaisquer adaptações. Ora, se durante décadas de tentativas frustradas de ajustes na legislação, sempre em busca da uniformidade, da estabilidade e da previsibilidade, os juízes e tribunais pátrios falharam em proporcionar a tão almejada segurança jurídica, é de se aplaudir os esforços do legislador que, com muita coragem, rompeu paradigmas para positivar muito do que a doutrina já vem há anos bravejando. Trata-se, como já dito, do respeito obrigatório aos precedentes e à jurisprudência dominante e pacificada. Para isso, foi necessário desconstruir o velho dogma de que o juiz, ao decidir de acordo com o seu livre convencimento motivado, poderia decidir a partir de um marco zero interpretativo, desprezando a integridade e tudo o que já fora construído no passado sobre o caso que tem no presente para julgamento,

⁵⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* 2015, p. 306.

ou mesmo casos semelhantes. Diante da total e notória falência do sistema atual, manter o velho discurso de que o juiz não deve ser obrigado a respeitar as decisões de tribunais hierarquicamente superiores, sob pena de ter sua autonomia violada, é como insistir em usar um sapato que não serve mais. Só que, em vez de causar bolhas, as consequências traduzem-se na incapacidade do Poder Judiciário e, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, de julgar a pletora de recursos que lá aportam anualmente, justamente porque os seus Ministros não possuem a cultura de seguir os precedentes de sua própria Corte, às vezes, nem mesmo suas próprias decisões. Assim, na ausência de precedentes sólidos e de uma jurisprudência consolidada, o caminho para todos os jurisdicionados vem sendo recorrer até *o ponto final*, o que, na maioria das vezes, significa interpor o recurso especial e eventuais recursos dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça. Para se ter uma ideia, em 1989, quando foi instalado, o Superior Tribunal de Justiça julgou 3.550 dos 6.103 processos que recebeu. Em 2007 bateu a marca de 313 mil processos recebidos, sendo que, destes, julgou mais de 277 mil, naquele ano. Em 2012, registrou o recorde de julgamentos até então, com 287.293 dos 289.524 processos recebidos no período.⁵⁷⁴

Diante de todo esse *caos*, o que o legislador fez foi positivar aquilo que, em outros países, especialmente nos pertencentes à família do *common law*, acontece com os juízes e tribunais, independentemente de uma lei os obrigando para tanto, que é respeitar as decisões passadas, sobretudo as das Cortes Superiores.

Pois bem. Consta no NCPC o que se pode chamar de *quadro geral da hierarquia jurisprudencial*, uma vez que o art. 927 estabelece que “os juízes e os tribunais observarão”:

- I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II – os enunciados de súmula vinculante;
- III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do

⁵⁷⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. História. Nasce o recurso especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Conhe%C3%A7a-o-STJ/Hist%C3%B3ria/Nasce-o-Recurso-Especial.> Acesso em: 25 fev. 2015.

Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Com efeito, não se pode afirmar que, em razão desse dispositivo, as decisões e enunciados de súmulas nele referidos teriam recebido o *status* de vinculante, até mesmo porque o *caput* do art. 927 determina a sua *observação* pelos juízes e tribunais, o que constitui uma correção em relação ao texto aprovado pela Câmara dos Deputados, que previa uma obrigação para os juízes e tribunais seguirem determinadas decisões.⁵⁷⁵ O texto aprovado pelo Senado, portanto, parece estar em consonância com o que se afirma neste trabalho sobre se falar em *respeito obrigatório aos precedentes* em vez de *precedentes vinculantes*.

O § 1º do art. 927 estabelece que os juízes e os tribunais devem observar “o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º”, o que significa, pelo teor do art. 10, que não poderão decidir com base em precedente, jurisprudência ou súmula que não tenha sido objeto de contraditório entre as partes. Por outro lado, em relação ao art. 489, § 1º, destacam-se os incisos V e VI, pelos quais não será considerada fundamentada a decisão que:

⁵⁷⁵ Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

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

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

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

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

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

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

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

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

No art. 927, ainda encontram-se orientações sobre o procedimento a ser adotado na hipótese de modificação de entendimento dos tribunais, o denominado *overruling*, que ainda será tratado adiante com mais atenção.

No § 2º é prevista a possibilidade de realização de audiências públicas anteriormente a eventual “alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos”. Já o § 3º traz expressa a importantíssima possibilidade de haver modulação dos efeitos da alteração “de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos”, quando justificada por razões de interesse social e proteção da segurança jurídica. O § 4º, por sua vez, traz como requisitos para “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos”, a “necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”, os quais serão tratados adiante, quando se analisar a técnica do *overruling*. Por fim, o § 5º determina que os tribunais deverão dar “publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

Com efeito, a importância dada aos precedentes formados a partir do julgamento de casos repetitivos, bem como ao entendimento consolidado em súmula vinculante, pode ser encontrada também no instituto da tutela da evidência que, conforme o art. 311, II, poderá ser concedida quando, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Conjugando o art. 311, II com o art. 1.012, § 1º, V, conclui-se que, havendo jurisprudência firmada por meio de julgamento de casos repetitivos ou de súmula vinculante, permite-se que seja concedida a

tutela da evidência e, “[...] sendo esta confirmada ou concedida na sentença, se viabilizará a exequibilidade imediata”.⁵⁷⁶

Mas o instrumento destinado a impor o respeito obrigatório aos precedentes que mais chama a atenção no NCPC é a reclamação que, até então, era prevista nos regimentos internos dos tribunais e na Constituição Federal, nesta última hipótese quando destinada a preservar a competência e a garantir a autoridade das decisões das Cortes Superiores.

Prevista no art. 988, a reclamação poderá ser ajuizada perante qualquer tribunal pela parte interessada ou pelo Ministério Público para: “I - preservar a competência do tribunal”; “II - garantir a autoridade das decisões do tribunal”; “III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”; “IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”, competindo seu julgamento “ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja decisão se pretenda garantir”, conforme prevê o § 1º do citado dispositivo. No caso dos incisos III e IV, a reclamação terá lugar quando da aplicação indevida da tese jurídica e também quando não houver sua aplicação aos casos que a ela correspondam, conforme estabelece o § 4º.

De acordo com o § 5º do art. 988, a reclamação não poderá ser intentada contra decisão judicial que transitou em julgado, entendimento este que encontra-se em consonância com o enunciado da 734 Súmula do Supremo Tribunal Federal.⁵⁷⁷ Vale ressaltar que a reclamação poderá ser intentada no tribunal prolator do precedente, sem prejuízo do recurso cabível, ainda que a causa esteja, por exemplo, em trâmite no juízo de primeira instância, sendo que a inadmissibilidade ou o julgamento desse recurso não prejudicará a reclamação, conforme dispõe o § 6º.

Segundo o art. 992, “julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia”.

As hipóteses de cabimento dessa reclamação certamente serão alvo de muitas controvérsias, pois, muito embora o texto do art. 988, III e IV, mencione seu cabimento utilizando como paradigma a decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, a súmula vinculante, o julgamento de casos repetitivos e o incidente de assunção de competência,

⁵⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* 2015, p. 321.

⁵⁷⁷ Súmula 734 do STF: Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.

é bem provável que haverá corrente doutrinária defendendo o uso da reclamação contra decisão que contrarie a autoridade dos motivos determinantes (*ratio decidendi*) dessas decisões, até mesmo em razão do teor do § 2º, do art. 979 do NCPC.⁵⁷⁸ O uso da reclamação para esse fim, contudo, deve ser refutado, ao menos enquanto a teoria dos precedentes não alcança a maturação necessária por aqui. Caso contrário, corre-se o risco iminente de transformar este importante instituto em verdadeiro recurso *per saltum*, com a tendência de abarrotar ainda mais as Cortes Superiores, jogando fora todos os frutos que vem sendo colhidos com as recentes técnicas de uniformização de jurisprudência. Conforme afirma Lucas Buri de Macêdo:

[...] permitir o cabimento da reclamação constitucional com fundamento em violação de *ratio decidendi* é análogo a permiti-la com base na infringência da lei. Não há qualquer razoabilidade em instituir o cabimento da reclamação por ofensa à lei, visto que isso nada mais é do que uma forma de eliminar o próprio processo judicial, fixando o tribunal como único órgão legítimo para a afirmação do direito.⁵⁷⁹

⁵⁷⁸Art. 979 [...].

[...] § 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

⁵⁷⁹MACÊDO, Lucas Buri de. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 238, p. 10, dez. 2014 (versão online). Na mesma ordem de ideias, o autor (2014, p. 10-11) continua afirmando que: “O precedente judicial obrigatório é *fonte do direito*, assim como a lei. Estabelecer procedimento específico e direto para forçar seu acolhimento de forma específica, além de contrariar o meio desejável para sua formação e conformação, é expediente que desfaz o propósito da própria estruturação dos processos e do sistema recursal, o que é feito de forma *autoritária* e, em um sistema que adota também a lei como fonte, *desproporcional*. Não há qualquer razão para garantir métodos tão distintos de implementação de normas por sua proveniência, sejam elas advindas da lei ou do precedente judicial. A reclamação é forma de preservar a competência dos tribunais superiores e de garantir a autoridade de suas decisões, não de aplicação de *quaisquer* normas jurídicas. Não há razão para diferenciar seu cabimento nesse particular, estabelecendo que quando a norma advém de precedente, é possível veiculá-la, quando da lei, incabível. [...] Ademais, ‘bloquear, de forma direta ou indireta, na produção dos

Por ora, conclui-se que esse poderoso instrumento de respeitabilidade de precedentes deve ser objeto de muita reflexão e, até que os operadores jurídicos entrem nos trilhos desse novo sistema de precedentes, recomenda-se sua utilização com a devida parcimônia, limitando-se aos casos que possuam identidade absoluta⁵⁸⁰ com o paradigma tido por violado.

4.1.3 Formação do precedente

Os precedentes, como já foi visto, 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. “Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”.⁵⁸¹

É 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.⁵⁸² Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci acentua que:

[...] a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como *precedente*, extrair a “norma legal” (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta.⁵⁸³

Referindo-se ao *common law*, Ronald Dworkin afirma que “Em algumas ocasiões, um juiz reconhece abertamente que cabe aos

órgãos situados na base da pirâmide judiciária, os eventuais desvios de teses firmadas em grau superior significa, em certos casos, *barrar precocemente um movimento, talvez salutar, de renovação da jurisprudência*’ – e é exatamente isso que se estará fazendo, caso admitida a reclamação para forçar a aplicação do precedente da forma como diz ser correta o órgão prolator, sem possibilitar sua interpretação pelos juízes e tribunais inferiores”.

⁵⁸⁰ O conceito de *identidade absoluta* será tratado no tópico seguinte.

⁵⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 213-214.

⁵⁸² Cf. DUXBURY, Neil. 2008, p. 74.

⁵⁸³ TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, p. 175.

casos posteriores determinar as consequências plenas do caso por ele decidido”.⁵⁸⁴

Já foi demonstrado ao longo deste trabalho que o respeito aos 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, como visto anteriormente, 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 rios de tinta serem gastos com a 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.

Ora, a palavra precedente não se trata de termo da língua inglesa que não encontra correspondente direto no vocabulário nacional. Muito pelo contrário, além da notável semelhança textual com a palavra *precedent*, o significado de precedente na língua portuguesa identifica-se com o da língua inglesa. De acordo com Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, precedente possui os seguintes significados:

Adjetivo de dois gêneros.

1. Que precede; antecedente.

Substantivo masculino.

2. Procedimento que serve de critério ou pretexto a práticas posteriores semelhantes.

§ pre.ce.dên.ci:asf.⁵⁸⁵

Pretende-se demonstrar, com tais assertivas, a necessidade de abandonar o *complexo de inferioridade* que se mantém inculcado no povo brasileiro em relação, principalmente, aos povos anglo-saxônicos, no tocante aos mais diversos assuntos e que, infelizmente, vem se repetindo

⁵⁸⁴ DWORKIN, Ronald. 2002, p. 173.

⁵⁸⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio Eletrônico, versão 5.12*. 7 ed. Curitiba: Positivo, 2004.

na seara jurídica.

Não se nega, entretanto, a importância do 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 por aqui. 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. Tais constatações ganham relevo ainda maior nessa fase importantíssima de renovação da prática jurídica pela qual atravessa o Brasil, no tocante ao respeito obrigatório aos precedentes das Cortes Superiores.

Contudo, conforme adverte Evaristo Aragão Santos, “o precedente judicial precisa ser pensado a partir da nossa realidade e para ela”.⁵⁸⁶ Eis as palavras do autor, que refere-se:

[...] especialmente, à (quase irresistível) tentação de simplesmente transpormos para a nossa realidade uma teoria do direito estrangeiro. Tentação certamente potencializada quando nos vemos diante de tema tão emblemático no ambiente dos ordenamentos estrangeiros da tradição do *common law*.

Não acredito que devamos simplesmente “importar” uma teoria do precedente formulada para a realidade do *common law*, adaptando para o nosso contexto aquilo que lá representariam seus institutos fundamentais.

Afirmo isso, aliás, por acreditar não existir nem mesmo o que propriamente “importar”. Não porque as concepções estrangeiras sejam em si inadequadas. Pelo contrário. Digo isso porque, não obstante a amplitude e sofisticação do debate que há séculos se desenvolve lá fora a respeito do tema, ainda assim não se pode dizer existir *uma* concepção anglo-americana clara, sistemática e definida, em todos os seus aspectos, a respeito do precedente judicial.⁵⁸⁷

⁵⁸⁶ SANTOS, Evaristo Aragão. 2012, p. 137.

⁵⁸⁷ SANTOS, Evaristo Aragão. 2012, p. 137.

Sobre o assunto, Teresa Arruda Alvim Wambier ensina que:

No Brasil, assim como nos países de *civil law* em geral, as decisões são decisões e não precedentes, necessariamente. Podem tornar-se precedentes relevantes, porque, por exemplo, se trata de um caso de importância nacional, cuja solução esteja sendo muito esperada e a decisão seja densa, bem fundamentada e chame a atenção.⁵⁸⁸

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*.

Daí a importância de que os próprios tribunais superiores e seus respectivos ministros tomem pé da amplitude dos efeitos da decisão com força e autoridade de precedente judicial. Isso acaba exigindo que, no texto da decisão, a questão jurídica seja tratada nos seus pormenores. Isso facilitará sobremaneira, no futuro, a identificação dos casos que devem adotá-la como paradigma.⁵⁸⁹

⁵⁸⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2014b.

⁵⁸⁹ SANTOS, Evaristo Aragão. 2012, p. 172. No entanto, o autor (2012, p. 184) aponta uma situação alarmante que vem ocorrendo no âmbito dos recursos especiais repetitivos, quando tais recursos são julgados em tempo extremamente célere, no que diz respeito ao próprio julgamento durante à sessão, e não ao tempo de tramitação do recurso. “Às vezes, em poucos minutos e com pouquíssimo debate, questões de extrema relevância para a sociedade são pacificadas (muitas vezes alterando entendimentos até então consolidados). [...] É o que aconteceu, por exemplo, no julgamento do REsp 1.141.990/PR, no qual se apreciou a

Para que tal escopo seja atingido, as Cortes Superiores devem buscar fazer o maior uso possível da prerrogativa que lhes é conferida, no que diz respeito a possibilitar a manifestação de pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, de modo a legitimar democraticamente o processo de formação do precedente por meio da participação da figura do *amicus curiae*.

Trata-se de prestigiar a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle⁵⁹⁰, para quem a interpretação do texto constitucional não é tarefa exclusiva dos magistrados, sendo imprescindível a participação da sociedade pluralista, por meio de órgãos estatais, associações privadas, peritos, pareceristas e experts. Enfim, “todo aquele que vive a Constituição Federal é o seu legítimo intérprete”.⁵⁹¹ Segundo Gilmar Mendes e André Rufino do Vale, a figura do *amicus curiae*, cada vez mais presente no processo civil pátrio, e a crescente realização de audiências públicas no âmbito do STF, são amostras da inegável influência da teoria de Peter Häberle no Brasil.⁵⁹² Embora construída com o escopo de interpretar a Constituição, a teoria de Peter Häberle deve ser aplicada, na medida do possível, também para a interpretação da legislação infraconstitucional.

A participação do *amicus curiae*, que já era prevista nas ações de

caracterização da fraude de execução em relação à Fazenda Pública, entendendo-se que, com a alteração do art. 185 do CTN, ‘a fraude à execução deve passar a ostentar uma nova disciplina, antecipando-se a presunção de fraude para o momento da inscrição da dívida ativa’. O caso selecionado estava repleto de peculiaridades de fato, cuja consideração era indispensável para a interpretação da questão de direito selecionada. Apesar disso e de maneira extremamente célere, o recurso foi julgado praticamente sem nenhum debate a respeito das questões de direito e de fato envolvidas no processo, muito menos sem exteriorizar maiores preocupações com as repercussões daquela decisão como (nova) orientação para todos os casos semelhantes”.

⁵⁹⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p. 33.

⁵⁹¹ HÄBERLE, Peter. 1997, p. 19.

⁵⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal?pagina=19>> Acesso em: 10 out. 2012.

controle concentrado de constitucionalidade, foi inserida no atual CPC para a hipótese de julgamento dos recursos excepcionais repetitivos e para a análise da existência ou não da repercussão geral, embora o Supremo Tribunal Federal admita sua participação também no julgamento do mérito do recurso extraordinário.⁵⁹³ No NCPC, além dessas hipóteses estarem mantidas nos arts. 1.035, §4º e 1.038, I, respectivamente, assim como haver expressa previsão no art. 983, § 1º para a sua participação no julgamento do IRDR, o legislador ampliou sobremaneira a possibilidade de participação do *amicus curiae*, que agora é admitida até mesmo em primeira instância, conforme dispõe o art. 138. Para tanto, o juiz ou relator deverá levar em consideração “a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão geral da controvérsia”. Além disso, o *amicus curiae* poderá se fazer presente nos casos em que juízes ou tribunais pretendam alterar tese jurídica “adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos”, conforme dispõe o art. 927, § 2º.

Ao lado do *amicus curiae*, com o objetivo de tornar o processo mais democrático e participativo, consequentemente, trazendo maior legitimidade às decisões, o legislador do NCPC inseriu normas que garantirão uma melhor formação dos precedentes, a partir de uma visão mais moderna do princípio do contraditório⁵⁹⁴, que passa a ser visto sob uma perspectiva dinâmica, como “direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões”.⁵⁹⁵

Nesse sentido, destaca-se, entre outros⁵⁹⁶, o art. 10⁵⁹⁷, ao

⁵⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 608.872/MG, rel. Min. Dias Toffoli, j. 31.10.2014.

⁵⁹⁴ Nesse sentido, cf. o Enunciado 2 do FPPC: para a formação do precedente somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório.

⁵⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* 2015, p. 83.

⁵⁹⁶Cf., por exemplo, os arts. 6º e 9º:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 701.

⁵⁹⁷Na Alemanha existe dispositivo semelhante, conforme explica José Carlos Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a

estabelecer que:

O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Ressalte-se que, nos Estados Unidos, como afirma Toni M. Fine, “[...] se concede respeito ao precedente somente se ele for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório exercido pelas partes”.⁵⁹⁸

Não menos importante para a formação de precedentes legítimos é a norma prevista no art. 489, § 1º, IV, que traz como um dos requisitos de validade da sentença, a necessidade de que sejam enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Tal requisito é reafirmado nos arts. 984, § 2º e 1.038, § 3º que, ao tratarem do julgamento do IRDR e dos recursos excepcionais repetitivos, respectivamente, prevê que o conteúdo do acórdão desses julgamentos abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

Como corolário desse contraditório dinâmico, Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes afirmam que:

A decisão não pode mais ser vista como expressão apenas da vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada tão-só como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade, sobretudo, *na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais*

reforma do processo civil alemão. *Temas de direito processual: 8.ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 201-202) ao comentar a reforma da ZPO alemã: “De acordo com a nova redação do parágrafo 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se”.

⁵⁹⁸ FINE, Toni, M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 782, p. 4, dez. 2000 (versão *online*).

suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas.

A garantia da fundamentação racional das decisões (art. 93, IX, da CF/1988) pode ser explorada como desígnio constitucional de que o juiz respeite, no julgamento, de forma real, a participação das partes na formação do provimento jurisdicional.⁵⁹⁹

Ressalte-se, ainda, a necessidade de que, na formação de precedentes, em especial os provenientes de julgamentos de casos repetitivos, deve-se buscar ao máximo o prévio exaurimento da temática antes de sua utilização como um padrão decisório, bem como respeitar a integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese pelo tribunal. Dito de outro modo, ao formar o precedente, a Corte Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese⁶⁰⁰, principalmente aquilo que já foi decidido pela própria Corte, seja em casos iguais ou semelhantes.

Com efeito, o prévio exaurimento do tema posto para julgamento tem como um de seus objetivos diretos enriquecer a fundamentação da decisão e, conseqüentemente, elevar a força do precedente. Mas há também um objetivo indireto, que se constitui em obstáculo para que a mesma questão de direito torne a ser alvo de novas discussões, sob a alegação de que determinado argumento não fora analisado no precedente e que, por isso, o caso novo difere daquele. Isso porque, não se pode aplicar ao sistema de precedentes o princípio do deduzido e do dedutível, segundo o qual, depois do trânsito em julgado da “sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.⁶⁰¹

⁵⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 168, p. 16, fev. 2009 (versão *online*).

⁶⁰⁰ NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 199, p. 13, set. 2011 (versão *online*).

⁶⁰¹ No CPC atual, o referido princípio encontra-se positivado no art. 474 e, no NCPC, no art. 508: “Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão

Tal instituto, como se percebe, encontra-se umbilicalmente ligado às questões envolvendo o instituto da coisa julgada e, portanto, não pode ter a mesma utilidade na questão da eficácia dos precedentes para casos futuros envolvendo partes diversas. Nesse sentido, Henry Campbell Black, em seu *Law of Judicial Precedent*, afirmou que:

Uma decisão não faz autoridade em relação a quaisquer questões de direito que não tenham sido suscitadas ou apresentadas perante a corte e, que não tenham sido levadas em consideração e decididas por ela, ainda que estivessem logicamente presentes no caso e possam ter sido abordadas, ainda quando tais questões conduzissem a uma decisão diversa da que foi proferida, se houvessem sido apreciadas pelo corte.⁶⁰²

Outro ponto que merece atenção na formação do precedente é a ideia muito difundida no *common law* de que o juiz, ao julgar os casos, seja criando precedentes, seja seguindo-o, deve fazê-lo com os olhos voltados para o futuro.

Tal perspectiva está ligada à regra da universalização, que caracteriza-se, nas palavras de Hermes Zaneti Júnior, pelo:

[...] controle das decisões exaradas pelos juízes e tribunais que devem atender a premissa de serem decisões universalizáveis para os casos análogos futuros. Assim, percebe-se, claramente, que os casos-precedente não são ou não devem ser formados para a solução *apenas* do caso concreto, mas de todos os casos em análoga situação, conferindo aos precedentes um controle de racionalidade decorrente da regra da universalização.⁶⁰³

deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”.

⁶⁰² BLACK, Henry Campbell. *Law of Judicial Precedent*. Eagan: West Publishing Company, 1912, p. 37 *apud* RE, Edward. *Stare decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 702, p. 3, abr. 1994 (versão *online*)

⁶⁰³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. 2014, p. 10.

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.⁶⁰⁴ 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.⁶⁰⁵

Evaristo Aragão Santos ressalta que:

Das várias facetas que esse incremento da responsabilidade pode apresentar, uma das mais evidentes diz respeito à própria *qualidade* da decisão. Isto é, se as decisões, em alguma medida, servem de modelo para outras (ou, pelo menos, para formar a decisão paradigma), o mínimo a se esperar é que esse modelo seja elaborado de maneira adequada aos fins a que se destina. Não apenas aos fins estritos do processo, mas também para os objetivos do sistema.⁶⁰⁶

Com efeito, para alcançar essa tão almejada qualidade, que fará com que suas decisões se tornem verdadeiros precedentes, além de tudo o que já foi exposto até aqui, 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

⁶⁰⁴ DUXBURY, Neil. 2008, p. 4.

⁶⁰⁵ SCHAUER, Frederick. Precedent. Tradução nossa, *Stanford Law Review*, vol. 39, p. 572, 1987.

⁶⁰⁶ SANTOS, Evaristo Aragão. 2012, p. 183.

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 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.

Sobre a importância dos fatos na formação do precedente, ainda que, de certo modo, em sentido contrário ao que há pouco se defendeu sobre a necessidade de o juiz proferir decisões universalizáveis, decidindo com os olhos voltados para o futuro, vale citar os ensinamentos de Jesse Franklin Brumbaugh, para quem:

As decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes, para solver as disputas entre os litigantes. Sua utilização em casos posteriores é uma decorrência incidental. Uma decisão, conseqüentemente, extrai suas peculiares qualidades de justiça, solidez e profundidade dos fatos e condições particulares do caso que ela pretendeu adjudicar. Conseqüentemente, para que essa qualidade possa ser transmitida com absoluta acuidade, torna-se às vezes necessário limitar expressamente sua aplicação ao peculiar conjunto de circunstâncias que lhe deram origem.⁶⁰⁷

Ressalte-se que, determinar, à exaustão, as circunstâncias fáticas do caso na decisão não constitui óbice à universalização da decisão e vice-versa. Muito pelo contrário, são duas atividades que se complementam com o objetivo de facilitar tanto a aplicação da decisão como precedente

⁶⁰⁷ BRUMBAUGH, Jesse Franklin. *Legal Reasoning and Briefing*. Buffalo: William S. Hein, 1917, p. 172 *apud* RE, Edward. 1994, p. 3.

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^{608/609}, 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. Tal expediente é até recomendado e, conforme observa Evaristo Aragão Santos, vem sendo adotado há décadas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que sob outra perspectiva, ao editar súmulas de seus posicionamentos consolidados.⁶¹⁰

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já adotou esse método, ainda que de forma tímida, pelo menos uma vez. Quando do julgamento dos Recursos Especiais ns. 1.255.573/RS⁶¹¹ e 1.251.331/RS⁶¹², sob o regime do art. 543-C do CPC, que tratavam da legalidade da tarifa de abertura de crédito (TAC), da tarifa de emissão de carnê (TEC), da tarifa de cadastro (TC) e do financiamento do imposto sobre operações financeiras (IOF) a Corte Superior acabou fixando parâmetros com base nos quais se deverão analisar a legalidade de qualquer tarifa bancária, e não só aquelas objeto daqueles recursos (TAC, TEC e TC). Tal afirmação consta no próprio acórdão do Recurso Especial n. 1.251.331/RS, quando a Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti deixa consignado o seguinte:

⁶⁰⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2010, p. 4. Segundo a autora (2010 p. 4): “O que há de interessante no modo como funciona a vinculação aos precedentes na Inglaterra, é que, quando um caso é decidido pela primeira vez (*case of first impression*) a decisão é tomada, mas nela não se diz expressamente o que é a *rule*. Cabe ao órgão jurisdicional, subsequentemente, ao manifestar intenção de aplicá-lo, interpretá-lo, para identificar a *rule*. Então, a *ratio* é definida pela decisão subsequente”.

⁶⁰⁹ Nos Estados Unidos, conforme relatam Michael Abramowicz e Maxwell Stearns (ABRAMOWICZ, Michael; Stearns, MAXWELL. *Defining Dicta. Bepress Legal Series*. Tradução nossa. Working Paper 403, p. 130, 8 out. 2004. Disponível em: <<http://law.bepress.com/expresso/eps/403>> Acesso em: 28 fev. 2015), a Suprema Corte tem o poder de - e costuma - indicar na própria decisão o que é *holding* e o que é mero *obiter dicta*.

⁶¹⁰ SANTOS, Evaristo Aragão. 2012, p. 180.

⁶¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.255.573/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 28.08.2013.

⁶¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.251.331/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 28.08.2013.

As demais matérias tratadas nas manifestações juntadas aos autos, como valores cobrados para ressarcir serviços de terceiros e tarifas por serviços não cogitados nestes autos, não estão sujeitas a julgamento e, portanto, escapam ao objeto do recurso repetitivo, embora os fundamentos adiante expostos devam servir de premissas para o exame de questionamentos acerca da generalidade das tarifas bancárias.

Tais parâmetros serão analisados mais à frente, ao tratar-se sobre a *ratio decidendi* e a *holding*, cujo acórdão em questão também servirá de modelo.

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. A aplicação de decisões padronizadas no “atacado” a outros casos é restrita às hipóteses as quais Teresa Arruda Alvim Wambier entende por denominar como de vinculação por *identidade absoluta*, que seriam aquelas proferidas no julgamento de recursos excepcionais repetitivos (e também no IRDR) e no julgamento liminar de improcedência. Tais decisões possuem como pressuposto a identidade integral das situações, de modo que os fatos e a questão jurídica, *strictu sensu*, são absolutamente iguais. Não necessariamente todos os fatos, até porque os fatos nunca são exatamente iguais, mas os fatos relevantes. Por exemplo, em casos que foram agrupados pela sistemática dos recursos excepcionais repetitivos para verificar a legalidade da cobrança da assinatura básica por parte das companhias telefônicas, fatos como a idade e profissão dos assinantes eram absolutamente irrelevantes.⁶¹³ A controvérsia, nesses casos, deve-se tratar:

[...] de questão exclusivamente de direito, no sentido mais estreito que comporta a expressão: nenhuma dúvida há quanto aos fatos relevantes e há outros fatos (claro, sempre há), mas são absolutamente e inteiramente irrelevantes. É justamente o caso de se considerar ser ou não incidente o ISS sobre o *leasing*; serem ou não os aposentados de certa categoria profissional

⁶¹³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 63.

abrangidos por certo aumento [...].⁶¹⁴

No entanto, não há óbice, como visto, para que os motivos determinantes das decisões proferidas no julgamento de casos repetitivos (recursos excepcionais repetitivos e IRDR) sejam respeitados e aplicados em casos posteriores, cuja identidade não seja efetivamente absoluta, mas essencial. Nesses casos, todavia, assim como na aplicação de qualquer outro precedente ou decisão formada a partir de técnica de uniformização de jurisprudência a casos posteriores, cuja identidade seja apenas essencial e não absoluta, deverá haver um maior esforço interpretativo, pois a aplicação da decisão anterior não se faz no “atacado”, conforme assevera Teresa Arruda Alvim Wambier.⁶¹⁵

Saber quais os fatos realmente relevantes para um precedente é questão difícil e que até hoje não foi descoberta uma fórmula para solucioná-la. Essa questão foge ao tema abordado neste item, razão pela qual será revisitada adiante, ao se tratar da aplicação da *ratio decidendi*.

4.2 TÉCNICAS DE OPERACIONALIZAÇÃO DE PRECEDENTES

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.⁶¹⁶

⁶¹⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 64.

⁶¹⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 82.

⁶¹⁶ Com certa dose de ceticismo, Teresa Arruda Alvim Wambier (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2014b) 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!”

Como visto anteriormente, há mais de uma década encontra-se em constante discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal se os motivos determinantes (*ratio decidendi*) das decisões proferidas, sobretudo, pelo Plenário daquela Corte, teriam eficácia vinculante *erga omnes*. Superar (*overruling*) precedentes ou a jurisprudência dominante, como se sabe, também é algo corriqueiro no Brasil, assim como o é afastar a aplicação de um precedente sob o fundamento de que não se trata de caso idêntico ao atual.

Não obstante, essa nova cultura de respeito obrigatório aos precedentes que vem se instalando no país - ainda que por imposição legal -, demanda, sim, um processo de tradução dessas técnicas a partir da experiência de países do *common law*, onde já se desenvolvem há séculos, para a realidade brasileira. O que se quer dizer com isso é que, enquanto no *common law*, o intérprete pode, por exemplo, se preocupar em apenas encontrar a *ratio decidendi*, aqui no Brasil a preocupação ainda é em se produzir decisões das quais se possa extrair uma *ratio decidendi*, conforme foi visto no capítulo anterior, ao serem abordados aspectos relevantes referentes à formação dos precedentes. Mas tais decisões já vêm, aos poucos, sendo produzidas e, com a entrada em vigor do novo código de processo civil, isso tende a ocorrer com maior frequência, quando então a atividade de interpretar e aplicar a *ratio decidendi* se tornará corriqueira.

Do mesmo modo, a cultura de respeito aos precedentes demanda, certamente, que se respeitem algumas premissas tanto para as hipóteses em que se pretende superar (*overruling*), como naquelas em que meramente se afasta (*distinguishing*) de um precedente.

A seguir, sem a pretensão de esgotamento da matéria, serão abordados os aspectos que se tem por mais relevantes no tocante a essas técnicas, partindo-se da experiência norte-americana e inglesa, mas sempre com os olhos voltados à realidade brasileira, inclusive demonstrando exemplos práticos de como tais técnicas já podem e devem ser aplicadas por aqui.

4.2.1 *Ratio decidendi, holding e obiter dicta*

Rupert Cross e J. W. Harris, embora reconhecendo ser impossível conceber fórmulas para determinar a *ratio decidendi* (motivos determinantes) de um caso, apresentam uma descrição que, segundo eles, seria toleravelmente precisa sobre o que os juristas querem dizer quando pronunciam a expressão:

A *ratio decidendi* da decisão de um caso é qualquer regra de direito tratada por um juiz em termos explícitos ou implícitos como um passo necessário para alcançar a conclusão, levando em conta a linha de raciocínio adotada por ele [...].⁶¹⁷

Neil MacCormick critica essa descrição da *ratio* feita por Rupert Cross e J. W. Harris basicamente por dois motivos. Primeiramente por por considerar que nos casos em que uma lei está sendo interpretada e aplicada, a lei em si, ou uma seção dela, constituirá uma regra sem a qual a mesma conclusão não poderia ser alcançada, mas ninguém supõe, contudo, que a lei seja a *ratio*. Em vez disso, diz o autor, a *ratio* será o que a Corte afirma como sendo a interpretação correta da lei. Sendo assim, é claramente preferível descrever ou definir a *ratio* em termos de ser uma solução dada pelo juiz, em vez de ser qualquer regra da qual sua conclusão dependa. O segundo argumento contrário à definição de Rupert Cross e J. W. Harris, diz respeito ao fato destes autores considerarem a regra de direito adstrita à *ratio decidendi* como um *passo necessário* ao alcance da conclusão. Neste ponto, Neil MacCormick cita a proposta de Brian Simpsom para substituir o termo *necessário* por *suficiente*, mas também refuta essa concepção por considerá-la quase tão abrangente quanto o termo *necessário*.⁶¹⁸

Assim, ao refinar o conceito oferecido por Rupert Cross e J. W. Harris, Neil MacCormick afirma que a *ratio decidendi* é a deliberação explícita ou implícita oferecida por um juiz, que seja suficiente para resolver uma questão de direito posta em discussão pelos argumentos das partes num caso, sendo essa deliberação necessária para a justificação (ou uma de suas justificações alternativas) da decisão no caso.⁶¹⁹

Segundo Neil Duxbury, no início do século XVII, os juristas já se preocupavam em diferenciar o que era importante na decisão daquilo que era apenas tangencial. Hoje, no entanto, seria difícil imaginar um *common lawyer* que não esteja familiarizado com essa distinção, que significa a distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dicta*.⁶²⁰

Como no Brasil é comum ver petições e decisões que citam qualquer trecho de ementa ou da fundamentação de outras decisões

⁶¹⁷ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. 1991, p. 72.

⁶¹⁸ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Tradução nossa. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 209.

⁶¹⁹ MACCORMICK, Neil. 2005, p. 153.

⁶²⁰ DUXBURY, Neil. 2008, p. 67.

sempre quando convenha à linha argumentativa do subscritor, mesmo que tais trechos não tenham tido a menor importância para as decisões das quais são extraídos, mostra-se pertinente trazer essa diferenciação à tona também por aqui.

Frise-se, no entanto, que, embora muitas obras já tenham sido escritas sobre esse assunto, principalmente nos países de *common law*, até hoje não foi possível aos juristas daquela tradição chegar a um acordo, seja no tocante ao conceito da *ratio decidendi*, seja no que diz respeito aos tipos de teste para identificá-la na decisão, separando-a dos *obiter dicta*.⁶²¹ Do mesmo modo, não será neste trabalho que todas as controvérsias e zonas cinzentas serão dissipadas. Isso, contudo, não torna prescindível o estudo dessas técnicas, sobretudo pelo que foi dito no parágrafo anterior sobre a realidade da prática jurídica no Brasil.

Pois bem. Enquanto a *ratio decidendi* é um passo necessário ao alcance das conclusões, o *obiter dictum* é uma passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível ao deslinde da controvérsia. Por isso, o *obiter dictum* não se presta a ser invocado como precedente em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão.⁶²²

Nas *judicial opinions*, passagens que são *obiter dicta* aparecem de várias formas: podem ser desnecessárias ao resultado alcançado pela decisão; podem ser desconectadas dos fatos do caso; ou direcionadas a uma questão sobre a qual nenhuma das partes tenha argumentado. Além disso, essas passagens podem ser formuladas pelo juiz com menos cuidado e seriedade do que se fosse o caso de realmente integrarem parte da fundamentação da decisão.⁶²³

Conforme afirma Eric Rasmusen, os *obiter dicta* são soluções irrelevantes para o desfecho do caso e, por isso, comumente aceitos como não vinculantes para futuros juízes, ainda que, tal como os escritos de qualquer pessoa, possam ser consideradas como argumentos. Se os *obiter dicta* fossem vinculantes, um juiz poderia criar uma quantidade ilimitada de novo direito. Ora, se assim fosse, uma decisão de seiscentas páginas sobre um caso de falência poderia regular o direito sobre aborto, direitos autorais e provas criminais, por exemplo.⁶²⁴ Daí a importância de “não

⁶²¹ DUXBURY, Neil. 2008, p. 69.

⁶²² TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, p. 177.

⁶²³ DUXBURY, Neil. 2008, p. 67.

⁶²⁴ RASMUSEN, Eric. Judicial legitimacy as a repeated game. Tradução nossa. *Journal of Law, Economics, and Organization*, n. 10, abr. 1994, p. 14. Disponível

dar importância” àquilo que não foi relevante na decisão, para a solução do caso.

Tem-se, ainda, a *holding*, termo utilizado pelos norte-americanos que, embora seja comumente apontada como sinônimo da *ratio decidendi*, com ela não se confunde. E tal distinção, ao menos para a realidade brasileira, mostra-se, às vezes, muito clara e importante de ser traçada.

Segundo Frederick Schauer, na concepção tradicional:

[...] a *holding* - que é muito próxima, mas não idêntica a *ratio decidendi* - é a regra jurídica que determina o resultado do caso. [...]

A Corte afirma a regra jurídica na qual baseia sua decisão, aplica essa regra aos fatos do caso e anuncia o resultado. Essa é a *holding*.⁶²⁵

No final dos anos 20 Karl Llewellyn afirmava que a *holding* é declarada em termos bem restritos, abrangendo especificamente a questão decidida no caso. Ao comentarem essa distinção, Michael Abramowicz e Maxwell Stearns observam que Karl Llewellyn parecia enxergar na *ratio decidendi* de uma decisão algo que não controlaria a opinião das Cortes

em: <http://www.rasmusen.org/published/Rasmusen_94JLEO.judges.pdf>
Acesso em: 28fev. 2015.

⁶²⁵ SCHAUER, Frederick. 2009, p. 54-55. Segundo o autor (2009, p. 53): “A extração da *ratio decidendi* é uma questão muito mais importante na Grã-Bretanha do que nos EUA, porque, na prática adotada pelos tribunais recursais Britânicos, assim como em alguns outros países da *Commonwealth*, não há nenhuma exigência de que o tribunal produza uma única decisão majoritária ou uma decisão em nome da corte. Os três, cinco ou mais juízes que apreciam um caso tipicamente elaborarão suas *próprias* decisões individuais. O resultado alcançado pela maioria desses juízes é o resultado do caso, mas determinar o que a decisão realmente significa é inevitavelmente um processo de determinar quais proposições jurídicas e quais razões foram capazes de atrair o apoio da maioria dos juízes. Dessa forma, se o Juiz A decide a favor do autor pelas razões *x*, *y*, e *z*, o Juiz B decide a favor do autor pelas razões *p*, *q*, e *x*, e se o Juiz C decide a favor do réu, então a *ratio decidendi* é *x*, a única razão compartilhada pela maioria dos juízes. Onde essa prática de decisões individuais não existe, como é o caso dos Estados Unidos (exceto na medida em que a Suprema Corte cada vez mais dividida parece estar se movendo nessa direção) a tarefa de se determinar a *ratio decidendi* é menos complexa”.

futuras, ou ao menos como algo que estivesse mais sujeito a ser revisto do que a *holding*.⁶²⁶

Neil Duxbury comenta que juízes e juristas do *common law*, entre eles o próprio Karl Llewellyn, têm tentado, ocasionalmente, adicionar outras distinções além da básica *ratio-obiter* argumentando que um caso pode conter uma *holding*, cuja autoridade seria maior do que a da *ratio decidendi*.⁶²⁷

Nessa ordem de ideias, parece correto afirmar que a *ratio decidendi* englobaria as razões que levaram o juiz ou a Corte a alcançar determinada solução para o caso, enquanto que a *holding* seria uma norma jurídica passível de ser extraída da solução do caso, cujos contornos são mais restritos do que os da *ratio*, mas com importância igual ou maior para os casos futuros. No tópico seguinte demonstrar-se-á essa distinção num caso prático, a partir de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida no julgamento de recurso especial repetitivo.

4.2.1.1 Formação, interpretação e aplicação da *ratio decidendi* e da *holding*

Ainda que não haja consenso no *common law* sobre a forma pela qual se encontra a *ratio decidendi* de um caso, abordar-se-á, ainda que de forma perfunctória, os dois métodos mais conhecidos para essa finalidade, que se encontram nas teorias de Eugene Wambaugh e Arthur L. Goodhart.

Segundo o denominado teste de Wambaugh⁶²⁸, a *ratio decidendi* é uma regra geral sem a qual o caso seria decidido de forma diferente.⁶²⁹ Descrevendo como se realiza o teste, Luiz Guilherme Marinoni narra que:

Antes de tudo há de ser cuidadosamente formulada

⁶²⁶ LLEWELLYN, Karl. *The case law system in America*. Tradução para o inglês de Paul Gewirtz e Michael Ansaldi. Chicago: University of Chicago Press, 1989, p. 14 *apud* ABRAMOWICZ, Michael; Stearns, MAXWELL. *Defining Dicta. Bepress Legal Series*. Tradução nossa. Working Paper 403, p. 93-94. 8 out. 2004. Disponível em: <<http://law.bepress.com/expresso/eps/403>> Acesso em: 28 fev. 2015.

⁶²⁷ DUXBURY, Neil. 2008, p. 68.

⁶²⁸ WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894. p. 17 e ss. *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 222.

⁶²⁹ SESMA, Victoria Iturralde. 1995, p. 83-84.

a suposta proposição de direito. Após deve inserir-se na proposição uma palavra que inverta o seu significado. Então, é necessário perguntar se, caso o tribunal houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Sendo a resposta afirmativa, o caso não é um precedente para a proposição; em hipótese negativa, o caso tem autoridade para a proposição original. Wambaugh resume o seu teste dizendo que a proposição ou doutrina do caso, a razão da decisão, a *ratio decidendi*, deve ser uma regra geral sem a qual o caso deveria ter sido decidido de outra maneira.⁶³⁰

Abordando o teste de Wambaugh, Michael Abramowicz e Maxwell Stearns observam que, se a decisão puder ser a mesma com a negação (inversão) da proposição, então a proposição não era necessária para a conclusão e assim conta como *obter dicta*. Segundo essa teoria, proposições *suficientes*, mas não *necessárias* são *dicta*.⁶³¹

No entanto, esse teste, que é semelhante ao teste proposto por Vaughan C. J. no século XVII, é criticado pela doutrina principalmente em razão dos casos em que a Corte baseia a sua decisão em dois fundamentos alternativos que, isoladamente, poderiam levar à mesma conclusão. Isso porque, quando o significado de um dos fundamentos é invertido, o outro fundamento será suficiente para manter a decisão ou para impedir a alteração da conclusão. Desse modo, fica claro que o teste de Wambaugh, sob a perspectiva de que a inversão da proposição faria com que o caso fosse decidido de outra forma, não vale quando o caso é embasado em dois fundamentos que, separadamente, podem levar à mesma conclusão.⁶³²

Por outro lado, tem-se a famosa concepção de Arthur L. Goodhart, articulada em 1930, segundo a qual a *ratio decidendi* deveria ser buscada não nas razões em que o juiz tenha baseado sua decisão, mas nos fatos considerados decisivos ou materiais pelo juiz para a decisão judicial em questão. Assim, a *ratio (principle of a case)* de um caso seria encontrada ao se levar em conta os fatos tratados pelo juiz como materiais somados

⁶³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 222.

⁶³¹ ABRAMOWICZ, Michael; Stearns, MAXWELL. 2004, p. 102.

⁶³² MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 222.

à decisão que o juiz tenha tomado com base nesses fatos.⁶³³

De acordo com a teoria de Arthur L. Goodhart⁶³⁴, é importante determinar todos os fatos do caso como vistos pelo juiz para, em seguida, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir. Na verdade, é necessário descobrir também quais os fatos o juiz tratou como imateriais, o que normalmente torna a tarefa complicada, uma vez que os fatos tidos como imateriais podem não estar explícitos na decisão judicial e nem previstos de forma implícita. Para superar essa dificuldade, o autor sugere testes para determinar quais fatos foram tratados como materiais ou fundamentais e quais foram tratados como imateriais. Sendo assim, para o autor, presumem-se imateriais os fatos relacionados à pessoa, tempo, lugar, gênero e quantidade, a menos que declarados como materiais.⁶³⁵

Em 1959, quando esses métodos já eram postos à prova e contrariados, Julius Stone afirmou que seria imprudente qualquer tentativa de desenvolver um método capaz de determinar a *ratio decidendi* de um caso⁶³⁶ e, na perspectiva deste trabalho, voltado que é

⁶³³ GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case. *Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: 1931, Cambridge University Press, p. 1-26 *apud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 90.

⁶³⁴ GOODHART, Arthur L. 1931, p. 15 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 224.

⁶³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 224-226. Trazendo um exemplo do próprio Arthur L. Goodhart, o autor (2013, p. 224-225) afirma que: “Os fatos omitidos presumivelmente são imateriais. Goodhart explica através de exemplo, servindo-se do caso *Rylands v. Fletcher*. Fletcher contratou um empreiteiro para construir um reservatório em sua propriedade. O empreiteiro atuou com negligência e a água do reservatório invadiu as terras do vizinho, causando prejuízos. Goodhart, ao analisar a situação, admitiu como “fatos do caso”: i) *B* tinha um reservatório em sua propriedade; ii) o empreiteiro, contratado por *B* para edificá-lo, agiu com negligência; iii) a água escoou do reservatório e prejudicou *A*. Foram considerados “fatos” materiais: i) *B* tinha um reservatório construído em sua propriedade; ii) a água escoou e prejudicou *A*. Anota Goodhart que a Corte ignorou o fato relacionado à negligência do empreiteiro, que foi implicitamente considerada como fato imaterial. Se a Corte não considerou a negligência do empreiteiro, não houve responsabilização de *B* pela negligência do seu contratado, mas instituição da doutrina da ‘*absolute liability*’ (responsabilidade objetiva)”.

⁶³⁶ STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. *Modern Law Review*, vol. 22, p. 597 e ss, 1959 *apud* DUXBURY, Neil. 2008, p. 89.

para a realidade brasileira, a sua opinião é a mais acertada, embora os testes das demais teorias possam servir como norte ao operador jurídico.

De todo modo, como ressalta Frederick Schauer, na grande maioria dos casos, a Corte precedente não oferece apenas os fatos e o resultado, ou conclusão, mas também diz por que alcançou tal conclusão.⁶³⁷ E é nessa justificação que serão encontrados os motivos determinantes da decisão, a *ratio decidendi*.

Para exemplificar a identificação de fatos materiais e fatos imateriais e a aplicação da *ratio decidendi* de um precedente em um caso futuro, Teresa Arruda Alvim Wambier cita o precedente *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, de 1866, e o caso *Lloyd vs Grace, Smith & Co*, de 1912:

No primeiro caso, surgiu a dúvida a respeito de ser o patrão responsável, em face da vítima, por uma fraude perpetrada por seu empregado, enquanto agindo como seu empregado. Um dos empregados do banco, fraudulentamente, induziu o autor a aceitar uma garantia sem valor, em relação a um débito contraído por terceiros. Este terceiro não pagou o banco. Foi, portanto, beneficiado o banco. A conclusão foi no sentido de que o banco seria responsável. Mas, o fato de o banco ter tido vantagem, como resultado desta fraude, fez parte da *ratio*?

Ou seja, os fatos, para que se chegasse à conclusão de que o banco responde, foram: fraude perpetrada pelo empregado, em que o empregador lucra? Ou foram: fraude perpetrada pelo empregado?

No caso subsequente, *Lloyd v. Grace, Smith & Co*, o *managing clerk* de uma firma fraudulentamente induziu um cliente em fraude, e, neste caso, não houve benefício algum para o empregador.

Aplica-se o precedente?

A decisão foi no sentido positivo e o fato de o empregador ter lucrado foi visto como um *obter dictum*.⁶³⁸

O famigerado caso *Donoghue vs Stevenson*, citado no tópico 3.1.1, é um grande exemplo das dificuldades inerentes à identificação dos fatos

⁶³⁷ SCHAUER, Frederick. 2009, p. 52-53.

⁶³⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 47-48.

relevantes de uma decisão e da sua respectiva *ratio decidendi*. De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier, “o que ficou desse caso foi: um fabricante de bens tem o dever de tomar precaução para não causar danos (=duty of care) em relação ao consumidor último”.⁶³⁹ Para a autora, o fato de o caso tratar de fabricação de bebidas, de garrafas opacas, de a *ginger beer* ter sido consumida em um café, foram todos desconsiderados como fatos relevantes da decisão.⁶⁴⁰

Por outro lado, J. L. Montrose observa que, embora o fato de a garrafa de *ginger beer* ser opaca possa não ter sido considerado como material naquela decisão, nada impede que o juiz de um caso futuro considere aquele fato como relevante e, assim, limite a doutrina geral de responsabilidade civil por negligência para quando estiver qualificada pela ausência de inspeção intermediária do produto. Além disso, o autor comenta que, no caso *Grant vs Australian Knitting Mills*, argumentou-se que a *ratio decidendi* do *Donoghue vs Stevenson* não seria aplicável, pois referia-se apenas a casos envolvendo comida e bebidas.⁶⁴¹ Referindo-se ao caso *Grant vs Australian Knitting Mills*, Rupert Cross e J. W. Harris afirmam que foi arguido que as calças deveriam ter sido lavadas pelo consumidor antes de serem vestidas e que tal argumento consistia em razão satisfatória para não ter sido aplicado o precedente do caso *Donoghue vs Stevenson*.⁶⁴²

Ao fazer uma comparação hipotética para aplicar o precedente americano do caso *Macpherson vs Buick Motor Company*⁶⁴³ no caso *Donoghue vs Stevenson*, Frederick Schauer argumenta que ambos os casos têm em comum: o fato de serem relações de consumo; o fato de que um defeito causou dano pessoal ou mal-estar e que esse defeito não era

⁶³⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 61.

⁶⁴⁰ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 61.

⁶⁴¹ MONTROSE, J. L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, vol. 20, p. 59, nov. 1957.

⁶⁴² CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Harris. 1991, p. 195, nota 21.

⁶⁴³ Segundo Frederick Schauer (2009, p. 45-45), o precedente do caso *Macpherson vs Buick Motor Company*, de 1916, é o correspondente norte-americano do *Donoghue vs Stevenson* no tocante à responsabilidade civil extracontratual objetiva. O precedente do caso *MacPherson vs Buick Motor Company*, deixou assentado que o fabricante de automóveis de passeio, seria responsável, perante um comprador de um carro da marca Buick, por danos causados por rodas defeituosas fabricadas por uma outra companhia, mas incorporados pela Buick na fabricação de seus automóveis, apesar da ausência de liame contratual.

visível de imediato, razão pela qual o fato de a garrafa ser opaca seria muito importante no caso *Donoghue*.⁶⁴⁴

Portanto, se para os juristas do *common law* já é difícil encontrar unanimidade sobre essas questões em um caso que é visto e revisto há quase cem anos, imagine-se as dificuldades que estão à espera dos juristas brasileiros nesse futuro que se aproxima, ainda que tais questões já venham sendo enfrentadas em menor escala.

Para que o Brasil possa evoluir nessa atividade de encontrar os fatos relevantes e não relevantes tratados numa decisão e, por consequência, identificar a *ratio decidendi* desses casos, é imprescindível que ocorra uma alteração na forma de ensino das faculdades de direito. Deve-se buscar, nesse sentido, uma aproximação ao método de ensino dos Estados Unidos, onde segundo Charles D. Cole, a cultura jurídica exige que:

[...] se ensine ao estudante de direito como analisar casos para determinar fatos relevantes, questões de direito que a Corte deve decidir, e os fundamentos que são apropriados para responder às questões jurídicas.⁶⁴⁵

Outra dificuldade em se encontrar a *ratio decidendi* de uma decisão encontra-se na possibilidade do entendimento dos juízes convergir quanto à solução dada ao caso, mas divergir em relação aos fundamentos dessa

⁶⁴⁴ SCHAUER, Frederick. 2009, p. 45-46.

⁶⁴⁵ COLE, Charles D. 1998, p.8. Segundo o autor (1998, p. 8): “[...]o método de ensino de casos é um aspecto necessário para a aplicação apropriada do precedente vinculante. O ensino do direito através de aulas expositivas não fornece uma base satisfatória para alunos de direito para entender situações fáticas que lhes sejam apresentadas com o objetivo de análise, pesquisa ou previsibilidade. O ensino do direito nos Estados Unidos requer participação ativa do estudante de direito no processo de aprendizagem. Os alunos são chamados a participar nas aulas através de respostas a perguntas orais e gerais referentes ao material indicado para ser previamente preparado. É sumamente importante que o aluno esteja preparado para cada aula e que participe da mesma para obter a confirmação das conclusões atingidas durante a preparação para aquela aula. Pesquisa extensiva e redação ocorrem durante o primeiro ano de direito, com grande parte do tempo durante a experiência obtida no primeiro ano, dedicada a exigir do estudante que aprenda a analisar casos, identificar fatos relevantes e questões de direito, e entender como deve entender e utilizar adequadamente o precedente dos casos estudados.

decisão. Para José Rogério Cruz e Tucci, quando os pontos de vista são unânimes, tem-se uma única *ratio decidendi*, em situação inversa, quando a fundamentação divergente descortina-se incompatível, tem-se uma decisão despida de *discoverable ratio*, e, portanto não vinculante no que concerne à solução dada ao caso. Esses votos divergentes podem também demonstrar fissuras na interpretação do precedente, sinalizando uma possível revogação no futuro.⁶⁴⁶ A fim de firmar bases para o sistema de precedentes brasileiro, acompanha-se o entendimento de J. L. Montrose, quando diz que, em uma Corte de cinco juízes, não haverá *ratio decidendi* a menos que três juízes pronunciem a mesma *ratio decidendi*.⁶⁴⁷ Do mesmo modo, nos julgamentos com a participação de mais do que cinco juízes, bastará que a maioria pronuncie a mesma *ratio*, o que pode ser muito difícil de acontecer nos julgamentos levados a sério, mas muito fácil quando em atuação a denominada *pseudo colegialidade* que, nas palavras de Dierle Nunes:

[...] ocorre quando as decisões, que deveriam ser efetivamente colegiadas, são proferidas monocraticamente pelo relator, sem que haja real pacificação de entendimentos sobre o caso julgado, ou mesmo, de modo mais perverso, quando a decisão fruto de uma turma é, de fato, a decisão monocrática do relator na qual os demais julgadores do colegiado simplesmente chancelam com um superficial “de acordo”, que pode, muitas vezes, significar “não olhei, mas *acho* que concordo com o relator”.

E esse “não olhei, mas acho que concordo com o relator” (vulgo “de acordo”) cai por terra quando se vislumbra, numa breve pesquisa das decisões anteriores daqueles “julgadores concordantes”, que em casos anteriores, como relatores, julgaram em sentido diametralmente contrário.⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, p. 178.

⁶⁴⁷ MONTROSE, J. L. Ratio decidendi and the House of Lords. *The Modern Law Review*, vol. 20, p. 130, mar.1957.

⁶⁴⁸ NUNES, Dierle. É preciso repensar o modo como os tribunais vêm atuando. *Revista Consultor Jurídico*, 11 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-11/dierle-nunes-preciso-repensar-modo-tribunais-atuam>>. Acesso em: 25fev. 2015.

Em razão disso, dependendo da Corte e do tipo de recurso que é objeto de uma decisão proferida nesses moldes, ter-se-á a abominável configuração de diversas e contraditórias *ratio decidendi* sobre uma mesma questão, formuladas pelos mesmos julgadores, e com virtual autoridade simultânea.

Outro ponto que merece atenção, no que diz respeito à *ratio decidendi*, é o papel das decisões posteriores ao precedente, que não limita-se ao esclarecimento e aplicação da *ratio*. Isso porque, quando por ocasião da análise de uma nova questão de direito referente à matéria idêntica ou semelhante objeto do precedente, mas não enfrentada por ele, julgamentos posteriores poderão agregar novo conteúdo à *ratio decidendi*, dando-lhe outro delineamento. Neste caso, como explica Luiz Guilherme Marinoni, não há interpretação da antiga *ratio*, mas formação paulatina da *ratio*, que vai se desenvolvendo à medida que os julgamentos vão ocorrendo. Essa transformação que ocorre com a *ratio*, vale dizer, não se confunde com a revogação (*overruling*), uma vez que ela é alterada, mas não perde sua autoridade.⁶⁴⁹ Aqui entra em campo a ideia de direito como integridade, de Ronald Dworkin, com a sua concepção metafórica de ver a atividade dos juízes como um romance em cadeia.⁶⁵⁰

Para identificar o ponto, ou pontos de direito que fazem parte da *ratio decidendi*, é preciso, em primeiro lugar, analisar a apresentação do caso pela feita Corte. Para tanto, deve-se verificar o que ficou consignado no acórdão sobre as alegações das partes em relação aos fatos que compõem o litígio, a respeito das provas e, por fim, sobre os pontos de direito controvertidos. Na fundamentação do acórdão, deverá ser analisada a forma pela qual os pontos de direito foram relacionados com as alegações das partes e com os fatos da causa. Assim, os pontos de direito que realmente importarão são aqueles que, não apenas mencionados no acórdão, são relacionados com os fatos, de modo a constituírem o embasamento para a solução do caso.⁶⁵¹

Nessa linha de raciocínio, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni:

É neste sentido que se diz que o ponto de direito tem de ser necessário ou suficiente para a solução do caso. Sublinhe-se que o ponto de direito tem de ser suficiente para a específica solução dada ao

⁶⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 247-248.

⁶⁵⁰ DWORKIN, Ronald. 1999, p. 271-331.

⁶⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 248-249.

caso, e não suficiente para uma qualquer solução do caso.⁶⁵²

Feitas essas considerações, passa-se agora a demonstrar como já é possível, no sistema brasileiro, trabalhar com a *ratio decidendi* e a *holding* de uma forma mais evoluída e aproximada com a prática de países do *common law*. Toma-se como exemplo o já citado Recurso Especial nº 1.251.331/RS⁶⁵³, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC, que tratou, entre outras questões, da legalidade da tarifa de abertura de crédito (TAC), da tarifa de emissão de carnê (TEC) e da tarifa de cadastro (TC), muito embora, prestando atenção à necessidade de universalização dos motivos determinantes da decisão, a Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti tenha feito constar em seu voto que os fundamentos expostos nessa decisão “devam servir de premissas para o exame de questionamentos acerca da generalidade das tarifas bancárias”. A controvérsia, em termos gerais, girava em torno de saber se validade das referidas tarifas bancárias deveria ser analisada por meio das resoluções do Conselho Monetário Nacional-CMN⁶⁵⁴, cuja competência para editá-las provém da Lei nº 4.595/64, ou à luz do Código de Defesa do Consumidor, independentemente do exame concreto de abusividade das tarifas. Ressalte-se, ainda, que o referido julgamento teve a participação de diversos órgãos, na qualidade de *amicus curiae*.

Pois bem, as teses fixadas no referido julgamento, no tocante às tarifas bancárias foram as seguintes:

- 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.
- 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade

⁶⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 249.

⁶⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.251.331/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 28.08.2013.

⁶⁵⁴ Doravante denominado apenas CMN.

monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.

Essas teses são as que serão aplicadas “no atacado” aos casos de identidade absoluta, nos termos vistos no tópico 4.1.3. Frise-se que o caso objeto de julgamento referia-se a contrato firmado no ano de 2006, mostrando-se, portanto, cristalina a presença do princípio da universalização nesse julgamento.

Os fatos que se podem ter como relevantes nesse caso, dizem respeito à orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras ao tempo em que foram contratadas. Segundo consta no acórdão, na vigência da Resolução nº 2.303/96 do CMN essa orientação era basicamente não intervencionista, de modo que a regulamentação “facultava às instituições financeiras a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos”. De fato, no período de vigência da Resolução nº 2.303/96 do CMN, vedada era a cobrança das tarifas expressamente indicadas naquela norma. Se a tarifa não estivesse prevista na mencionada Resolução, sua cobrança era tida como válida.

Essa orientação *não intervencionista*, segundo consta no acórdão, foi alterada somente após a Resolução nº 3.518/07 do CMN, vigente a partir de 30.04.2008. A partir daí, a regulamentação editada pelos órgãos responsáveis pelo controle e disciplina da política monetária do País passou a ser a de indicar, expressamente na norma, quais as tarifas cuja cobrança seria válida. As que não estivessem expressamente autorizadas pelas regras editadas pelo CMN e Bacen não poderiam ser cobradas.

Também como fatos materiais, mas somente em relação àqueles casos cuja identidade seja absoluta com essa causa-piloto, pode-se mencionar as espécies de tarifas contratadas (TAC, TEC e TC) e o período em que foram contratadas, já que imprescindível para a análise da sua validade, nos termos do acórdão.

No tocante à *ratio decidendi*, tem-se nesse caso um exemplo daquilo que se denomina de formação paulatina da *ratio decidendi*, uma vez que os motivos determinantes dessa decisão foram extraídos de antigo

precedente do Superior Tribunal de Justiça, mas que dizia respeito à outra questão, qual seja, a cobrança de juros remuneratórios. Para um melhor entendimento, veja-se o que constou na fundamentação do acórdão:

Deve-se ter presente, de início, que os dispositivos em questão integram diploma legal com natureza de lei complementar e específica em relação ao Sistema Financeiro Nacional, o que pretere a aplicação do Código Civil e do CDC naquilo em que incompatível, consoante entendimento manifestado por julgados deste Tribunal em matérias análogas, como, por exemplo, no REsp 680.237/RS (2ª Seção, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 15.3.2006). Do citado precedente, extraio a seguinte argumentação, elaborada em relação aos juros remuneratórios, mas que tem a mesma pertinência como o caso presente:

"De efeito, a Lei n. 4.595/1964, disciplina o Sistema Financeiro Nacional e atribui ao Conselho Monetário Nacional competência exclusiva para regular as taxas de juros praticadas pelas entidades sujeitas à dita autoridade monetária, se entender necessário. [...].

A especialidade da Lei n. 4.595/1964 já era reconhecida pelo C. STF desde quando levado a apreciar à aplicabilidade ou não da Lei de Usura aos contratos do Sistema Financeiro Nacional em face da limitação dos juros, como se vê do RE n. 78.953/SP [...].

Em acréscimo, relevante observar que com a edição da atual Carta Política, que destinou capítulo exclusivo ao Sistema Financeiro Nacional ao tratar da ordem econômica, previu-se que a regulamentação do setor depende de lei complementar, de sorte que, por consequência, a legislação anterior e especial, que regia e rege o Sistema até o momento, igual status possui. [...]

Observo, contudo, que isso não afasta a conclusão a que chegou esta 2ª Seção no julgamento do REsp n. 271.214/RS, sobre a incidência do CDC a tais contratos, se demonstrada, concretamente, a abusividade, nos termos daquele acórdão majoritário”.

Verifica-se, portanto, que o motivo determinante para o alcance da solução desse caso encontra-se na especialidade da Lei nº 4.595/64 em relação ao Sistema Financeiro Nacional, o que afasta a incidência do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor naquilo que incompatível, ressalvada a hipótese de demonstração concreta da abusividade das tarifas. Essa seria a *ratio decidendi*.

No entanto, da leitura da fundamentação e da própria conclusão do acórdão, também se pode extrair desse caso a *holding*, tal como proposta no item anterior deste trabalho e que, como visto, não se confunde com a *ratio*.

Assim, a *holding*, ou norma jurídica desse precedente, estaria consubstanciada em 3 parâmetros fixados pelo Superior Tribunal de Justiça para a análise da legalidade de *todas as tarifas bancárias* (e não só aquelas que foram objeto do recurso especial repetitivo), quais sejam: 1º) as tarifas devem estar autorizadas ou não vedadas nas normas editadas pelas autoridades monetárias; 2º) devem ser previstas em contrato; 3º) eventual abusividade deve ser comprovada, caso a caso, em comparação com os valores cobrados no mercado.

Vale dizer, em casos como o ora analisado, a *ratio decidendi* constitui passo necessário não só para a solução do caso, mas também para a construção da *holding*. Desse modo, parece confirmar-se aqui a afirmação de Karl Llewellyn de que a *holding* é declarada em termos bem restritos, abrangendo especificamente a questão decidida no caso⁶⁵⁵, bem como a observação de Neil Duxbury sobre outros juristas afirmarem que a *holding* teria uma autoridade maior do que a da *ratio decidendi*.^{656/657}

Em um caso futuro, portanto, ao consumidor que pretenda ver declarada alguma tarifa bancária que entenda por ilegal, cumprir-lhe-á o ônus de demonstrar que referida tarifa não estava regulamentada pela autoridade competente, não fora pactuada, ou então que se demonstra abusiva em relação aos valores cobrados no mercado.

Essa tendência de aplicar aos casos futuros a *ratio decidendi* das decisões proferidas nos julgamentos de casos repetitivos e, também, do recurso extraordinário com repercussão geral, vem confirmada no NCPC,

⁶⁵⁵ LLEWELLYN, Karl. 1989, p. 14

⁶⁵⁶ DUXBURY, Neil. 2008, p. 68.

⁶⁵⁷ Some-se a isso, o fato de que a Ministra Nancy Andrigui deixou consignado a ressalva de seu entendimento quanto à possibilidade de verificar a abusividade das tarifas bancárias diretamente com base no Código de Defesa do Consumidor e independentemente da análise concreta de cada caso.

pelo teor do art. 979, § 2º, ao dispor que no registro eletrônico das teses jurídicas fixadas no julgamento desses casos deverá conter, “no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados”. Não há dúvida de que esse dispositivo será fruto de uma das discussões mais intensas sobre a força dos precedentes no sistema brasileiro.

4.2.1.2 *Raciocínio jurídico*

Como explica Neil Duxbury, seguir um precedente é desenhar uma analogia entre um caso e outro. De fato, como diz o autor, a argumentação jurídica é normalmente descrita, ao menos pelos *common lawyers*, como argumentação analógica ou *case-by-case*.⁶⁵⁸

Segundo Neil MacCormick, o *common law* diz respeito a casos e analogias, a encontrar padrões que se encaixem entre narrativas similares, porém sutilmente diferentes.⁶⁵⁹ A argumentação por analogia está comprometida, assim como a argumentação por princípios, com a tentativa de garantir uma coerência de valores dentro do sistema jurídico.⁶⁶⁰ Segundo Neil MacCormick, a força que têm os argumentos a partir de analogias e de princípios encontra-se na existência de:

[...] uma norma convencional altamente desejável que confere poder aos juízes para estender a lei no sentido de cobrir circunstâncias que não estejam regidas de modo direto ou inequívoco por normas estabelecidas de caráter compulsório, mas que impõe limites ao alcance desse poder.⁶⁶¹

Com efeito, a argumentação por analogia sempre foi muito associada ao *common law*, mas atualmente é uma realidade presente e em constante evolução em países de *civil law* como o Brasil, especialmente em razão do desenvolvimento de uma teoria dos precedentes,⁶⁶² embora

⁶⁵⁸ DUXBURY, Neil. 2008, p. 2.

⁶⁵⁹ MACCORMICK, Neil. 2005, p. 43-44.

⁶⁶⁰ MACCORMICK, Neil. 2006, p. 242-244.

⁶⁶¹ MACCORMICK, Neil. 2006, p. 244.

⁶⁶² Teresa Arruda Alvim Wambier (2010, p. 4) afirma que: “Na doutrina inglesa, encontra-se muito comumente a afirmação no sentido de que a principal diferença do raciocínio jurídico nos países de *common law* e de *civil law* seria que, nestes países, o raciocínio começa do sistema em direção ao caso concreto, e, naqueles, começa no próprio caso. Esta diferença, com a vênia de todos os que assim

a argumentação por analogia não seja de modo algum rara ou insignificante na aplicação e interpretação de leis promulgadas.⁶⁶³

Como bem observa Teresa Arruda Alvim Wambier:

[...] são poucos os autores que veem na sentença um silogismo e que consideram que a decisão nasce, quase que automaticamente, da aplicação da lei aos fatos da causa. [...] E a fundamentação da decisão judicial brasileira consiste, abertamente, num tripé: lei, doutrina e jurisprudência.⁶⁶⁴

Portanto, não é mais plausível dizer que, no Brasil, o raciocínio do juiz se identifica com um silogismo, em “que o sistema seria a premissa maior; os fatos, a menor; e a conclusão, a decisão propriamente dita”.

Como ensina Teresa Arruda Alvim Wambier, o raciocínio jurídico começa nos fatos, que já são, todavia, *compreendidos* e qualificados à luz do conhecimento que tem o sujeito a respeito do direito. Para a autora, o raciocínio jurídico, que se move entre os fatos e norma, poderia ser comparado a um movimento pendular, com os seguintes passos:

A atenção começa por fixar-se no caso. Claro que a compreensão deste se dá a luz de elementos jurídicos incorporados no espírito do julgador. E então a atenção se volta à regra: seria esta mesmo a solução? Vejamos o caso. E assim, repetidamente. Até que a solução se torna “firme”, cessando o movimento.⁶⁶⁵

Konrad Zweigert e Hein Kötz, ao observarem que o método de extrair normas de decisões é consideravelmente diferente nos países de tradição de *civil law* e *common*, afirmam que o juiz anglo-americano

entendem, parece-me não existir”.

⁶⁶³ MACCORMICK, Neil. 2006, p. 251.

⁶⁶⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Fundamentação da decisão judicial no novo CPC brasileiro. *Ideias & Opiniões. Informativo do Escritório Wambier & Arruda Alvim Wambier – Advocacia e Consultoria Jurídica*, ano X, n. 21, p. 14, out/nov/dez. 2014. A autora (2014c, p. 14) faz a ressalva de que essa forma de fundamentação não ocorre em todos os países de *civil law*: “os franceses, por exemplo, não citam precedentes e a decisão do juiz francês é formalizada verbalmente, como se fosse um silogismo”.

⁶⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 2010, p. 4.

inicia seu processo de decisão com os precedentes individuais que os advogados das partes tenham aduzido ser os mais específicos para o caso. Nesses precedentes ele reconhece certas ‘regras’, isto é, soluções de problemas particulares reais e concretos. Ele observa como essas ‘regras’ foram limitadas, estendidas e refinadas por outros ‘precedentes’ e então, mantendo constantemente esses problemas práticos em sua mente, gradualmente extrai deles ‘princípios’ e ‘padrões’ de nível superior que ele usa para realizar tentativas de resolução do caso que tem perante si; ele então testa a adequação de suas soluções no contexto de casos semelhantes e, finalmente, chega à decisão do caso.⁶⁶⁶ Esse método, por ser todo desenhado em volta de uma exigência de coerência, embora descrito como próprio dos juízes do *common law*, não só pode como deve passar a integrar o raciocínio jurídico dos juízes brasileiros. Não há como estabelecer um sistema de precedentes sem abandonar a velha mentalidade de partir de um marco zero interpretativo.

De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier, *grosso modo*, os passos do juiz do *common law* seriam:

- 1) Examinar o caso; 2) Verificar a *relevant similarity* entre ambos os casos, o que deve ser decidido e o precedente (analogy); 3) Determinação da *ratio decidendi*; 4) Decisão de aplicar o precedente para resolver o caso.⁶⁶⁷

Nos países de *civil law*, correspondentemente, os passos seriam:

- 1) Examinar o caso; 2) Verificar a semelhança ou a identidade do caso a ser decidido com aquele descrito na norma, ou abrangido pela norma; 3) Determinar exata e precisamente o sentido da norma; 4) Decisão de aplicar a norma ao caso concreto.⁶⁶⁸

Contudo, com os olhos voltados à realidade brasileira, embora os juízes ainda não estejam habituados a procurar a *ratio decidendi* dos precedentes, não parece que seja nenhum devaneio afirmar que, atualmente, o segundo passo que adotam, muitas vezes, após examinar o caso, é buscar a semelhança ou identidade do caso a ser decidido com

⁶⁶⁶ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. 1998, p. 263.

⁶⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 2010, p. 4.

⁶⁶⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 2010, p. 6.

outros casos que estejam informados nos sistemas de busca jurisprudencial dos tribunais, e não na norma.⁶⁶⁹ A lei continua sendo o principal objeto de interpretação, mas a metodologia argumentativa e justificativa possui outros contornos. Exemplo claro disso ocorrerá, por exemplo, com a parte que buscar ver declarada a nulidade de determinada tarifa bancária com base no precedente, citado anteriormente, do Recurso Especial nº1.251.331/RS. Embora a lei deva fazer parte da argumentação jurídica das partes, até mesmo porque, se assim não for, torna-se impossível levar o caso até a Corte Superior, é certo que a argumentação jurídica das partes concentrar-se-á em identificar, de um lado, as semelhanças, por meio da analogia, e, de outro, as diferenças entre as tarifas que foram objeto daquele precedente e a que é objeto da controvérsia atual.

As observações de Neil MacCormick são esclarecedoras quanto a esse ponto:

Quando se fala em semelhanças pertinentes no contexto da análise de analogias, essas semelhanças são criadas, não encontradas. [...] Na medida em que tenham sido apresentados ou possam ser sugeridos bons argumentos consequentialistas que justifiquem a deliberação anterior [...], esses argumentos podem ser apresentados para justificar uma deliberação semelhante para o caso atual parcialmente semelhante [...]. É natural, porém, que haja contra-argumentos baseados em consequências adversas decorrentes da consideração dos fatos materiais diferenciadores. É desse modo que a “argumentação por analogia” ampara decisões judiciais inovadoras, sem ter caráter compulsório.⁶⁷⁰

Sendo assim, como afirma Misabel Derzi, em artigo escrito com outros doutrinadores:

É incorreta, portanto, a asserção de que a técnica do precedente, em si mesma, implica um

⁶⁶⁹ A não ser que a norma, no entender da respeitável doutrinadora, esteja assumindo um sentido lato, de modo a englobar normas extraídas de precedentes.

⁶⁷⁰ MACCORMICK, Neil. 2006, p. 251.

engessamento ou uma paralisia do processo argumentativo, pois o precedente precisa ser reinterpretado e reconstruído em cada caso concreto, por meio de um processo de argumentação por princípios.⁶⁷¹

Em outras palavras, antes de decidir com base em um precedente é necessário que o tribunal determine se o princípio nele deduzido é aplicável. Em seguida, deve-se averiguar em que extensão o princípio será aplicado. O princípio pode ser estendido para ir além dos limites do precedente, se a Corte entender que assim estará promovendo justiça. De outro modo, se se entender que a aplicação do princípio possa produzir resultado indesejável, o tribunal poderá estreitar ou restringir o princípio, ou ainda aplicar precedente diverso.⁶⁷²

E parte importantíssima desse processo são os argumentos e justificações deduzidos por meio das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, conforme se verá nos tópicos seguintes. Ainda sobre o método de aplicação dos precedentes, em especial no âmbito dos direitos fundamentais, voltar-se-á a tratar mais adiante, no tópico 4.4.1.1.

4.2.2 *Distinguishing*

Do mesmo modo que o jurista, por meio da analogia, vai criando semelhanças para aproximar casos e, assim aplicar a *ratio decidendi* de um precedente em um caso presente, a atividade inversa da contra-analogia, isto é, de encontrar diferenças entre os casos, serve para afastar a aplicação indesejável da *ratio* de um precedente em um caso presente.

Realizar o *distinguishing* entre casos, ensina Neil Duxbury, é essencialmente uma questão de diferenciar a *ratio decidendi* do *obiter dicta*, separando os fatos que são materialmente relevantes daqueles que são irrelevantes para a decisão. Fazer o *distinguishing* é, antes de tudo, uma questão de demonstrar diferenças fáticas entre o caso anterior e o

⁶⁷¹ DERZI, Misabel *et al.* Recursos extraordinários, precedentes e a responsabilidade política dos tribunais. Um problema em aberto para o legislador e para o Novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 237, p. 6-7, nov. 2014 (versão *online*). Os autores (2014, p. 7) afirmam, ainda, que: “É simplesmente inadmissível, portanto, a aplicação de qualquer precedente ou, mais genericamente, de qualquer regra ou princípio jurídico, sem atenção detalhada a todas as circunstâncias específicas para cada caso concreto, com vistas a realizar o ajustamento da norma à realidade, por meio da individualização do direito”.

⁶⁷² RE, Edward. 1994, p. 5.

caso presente, para então demonstrar que a *ratio* do precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em mãos. Tendo em vista que, dois casos nunca são exatamente iguais, será sempre possível, em certa medida, realizar o *distinguish*, ressaltando-se que as *rationes* formuladas em termos mais amplos geralmente são mais difíceis de serem distinguidas (*distinguishable*) do que aquelas que tem um raio de aplicação mais estreito.⁶⁷³

O fato de todos os casos poderem, em princípio, serem distinguidos, é motivo de preocupação, uma vez que os ganhos de eficiência por se ter um sistema baseado em precedentes podem desaparecer, já que advogados e juízes dedicarão “o seu tempo e os seus esforços não em reanalisar a decisão antecedente, mas em desenvolver diferenciações entre aquela decisão e o caso que lhes está à frente”.⁶⁷⁴

Se prejudicial, ou não, a prática do *distinguishing* para o sistema de precedentes, o fato é que os juristas, principalmente os advogados, devem aperfeiçoar ao máximo a forma de raciocinar e argumentar por analogia e contra-analogia, pois quando se tem um precedente supostamente aplicável ao caso, basicamente serão essas as atividades dos advogados do réu e do autor. Nesse sentido, sobre o *distinguishing*, Mark Tushnet, em artigo recente e voltado à realidade norte-americana, observa que:

Os melhores advogados serão capazes de fazê-lo, mas advogados menos capazes – e, sobretudo, até mesmo alguns juízes – não conseguirão seguir o caminho para chegar a uma conclusão de que este caso permite diferenciação em relação ao outro que lhe é precedente.⁶⁷⁵

Vale ressaltar, no entanto, que na maioria dos casos, a atividade do *distinguishing* mantém inalterada a autoridade do precedente, pois não se estará dizendo que a decisão anterior estava equivocada (*bad law*), mas que é correta (*good law*), porém, inaplicável. Quando a Corte realiza o *distinguishing* entre casos, ela não está refutando a *ratio* de um

⁶⁷³ DUXBURY, Neil. 2008, p. 113.

⁶⁷⁴ TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Tradução de Flávio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 218, p. 6, abr. 2013, p. 6 (versão *online*).

⁶⁷⁵ TUSHNET, Mark. 2013, p. 6.

precedente, mas apenas alterando-a para que o caso presente saia do seu raio de abrangência.⁶⁷⁶

Neil MacCormick afirma que, em qualquer caso, o *distinguishing*, necessariamente, trata-se de um poder limitado de criar o direito, embora muitas vezes ele possa alterar o direito consideravelmente. No entanto, tal afirmação parece estar equivocada, pois nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

Numa primeira visão, o *distinguishing* é apenas a declaração de que o direito evidenciado no precedente não deve regular o caso sob julgamento. Portanto, é uma declaração negativa, jamais podendo chegar perto da declaração de um direito novo ou da sua constituição. Isso pode ocorrer apenas após a declaração de inaplicabilidade do precedente, e, ainda assim, não necessariamente, já que se pode adotar outro precedente.⁶⁷⁷

Com efeito, embora o *distinguishing*, propriamente dito, ocorra somente quando o juiz decide por afastar a aplicação da *ratio* de um precedente, não há dúvidas de que, enquanto está comparando dois casos, inevitavelmente, ele também está realizando a atividade do *distinguishing*, pois, se precisa comparar, é porque existem diferenças perceptíveis.

Após realizar essa comparação e analisar a *ratio decidendi* do precedente, se não for o caso de afastamento, o juiz pode decidir se irá interpretar o precedente de modo restritivo (*restrictive distinguishing*) ou ampliativo (*ampliative distinguishing*).⁶⁷⁸

Um exemplo de *distinguishing* restritivo pode ser extraído daquela que Neil Duxbury denomina como sendo a forma mais interessante e sutil de *distinguishing*, que ocorre quando a Corte se afasta de um precedente por condicionar sua aplicação à existência de mais um ou alguns fatos materiais. Segundo o autor, se a Corte decide, em *Black v. Black*, que X deva ser o resultado quando presentes os fatos A, B e C, se esses mesmos fatos operativos estiverem presentes em *White v. White*, então se pode esperar X como resultado. Imagine-se, no entanto, que em *Grey v. Grey* a Corte diferencia *Black v. Black* decidindo que X deve ser o

⁶⁷⁶ DUXBURY, Neil. 2008, p. 114-115.

⁶⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 327.

⁶⁷⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. 2012, p. 126.

resultado quando estiverem presentes A, B, C e E. Se, em *Grey v. Grey*, estiverem presentes A, B, C, mas não o E, então o X não será o resultado, apesar da presença dos fatos materiais que deram àzõ à formação do precedente. Por adicionar outros fatos como condições necessárias para X, a Corte, em *Grey v. Grey*, alterou o direito, de modo que a *ratio decidendi* de *Grey v. Grey* agora é mais estreita e será aplicável a um número menor de casos, uma vez que requer a presença de mais fatos materiais.⁶⁷⁹

José Rogério Cruz e Tucci exemplifica a ocorrência do *distinguishing* restritivo no caso *Peabody Fund vs Sir Lindsay Parkinson Ltd.*, julgado em 1984, quando a *House of Lords* interpretou restritivamente o precedente *Ann vs Merton London Borough*, de 1978. Nas palavras do autor:

O caso *Ann* é citado como paradigma para as situações em que se imputa responsabilidade ao município por negligência na fiscalização de obras. No caso *Peabody Fund*, procurando circunscrever o dever do poder público de proteger os cidadãos ameaçados de dano à saúde ou à segurança, a *House of Lords* limitou a responsabilidade do município. Assim, a Corte não admitiu a ação do proprietário da casa em construção, que alegara prejuízo pela falta de fiscalização no sistema de drenagem, instalado em desacordo com o projeto aprovado. Desse modo, no *Peabody Fund*, o elemento de distinção restritiva foi a inserção do requisito “possibilidade de dano à saúde ou à segurança”.⁶⁸⁰

Casos de *distinguishing* ampliatiivo ocorrerão, em verdade, quando da aplicação, por analogia, da *ratio decidendi* de um precedente a um caso futuro semelhante, tal como ocorreu nos já citados casos *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, de 1866, e *Lloyd vs Grace, Smith & Co*, de 1912. No primeiro caso, considerou-se o banco responsável por danos causados à vítima, por meio de fraude perpetrada por seu empregado, levando-se em consideração que a fraude trouxera benefícios ao banco. No caso subsequente, *Lloyd v. Grace, Smith & Co*, o *managing clerk* de uma firma induziu um cliente em fraude, mas sem trazer benefício algum

⁶⁷⁹ DUXBURY, Neil. 2008, p. 115.

⁶⁸⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. 2012, p. 126.

para o empregador. Aplicou-se a *ratio decidendi* do caso anterior, pois considerou-se a diferença entre ambos como irrelevante.

Thomas da Rosa de Bustamante concebe a técnica do *distinguishing* sob outras duas nuances, ao afirmar que:

Normalmente, a afirma-se que o *distinguish* pode se manifestar de duas maneiras: i) por meio do reconhecimento de uma exceção direta (*direct exception*) à regra judicial invocada (justificada por circunstâncias especiais no caso *sub judice*) ou ii) pelo estabelecimento de uma *indirect exception* ou “*circumvention*” (Whittaker, 2006, p. 731). Nesse último caso – também denominado de *fact adjusting* – os fatos do caso presente são “re-classificados” como algo diferente, para o fim de evitar a aplicação do precedente judicial.⁶⁸¹

⁶⁸¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 470. Para exemplificar esses dois tipos de *distinguishing* o autor (2012, p. 473-474) recorre a um exemplo da jurisprudência brasileira na esfera penal: “a discussão do Supremo Tribunal Federal acerca da presunção de violência para fins de caracterização do crime de estupro. [...] A presunção de violência foi, historicamente, interpretada pelo Supremo Tribunal Federal como de natureza *absoluta* – ou seja, a não permitir qualquer exceção para a caracterização do ilícito penal –, até vir a ser relaxada no julgamento do HC 73.662-9/MG, em que se decidiu que a presunção de violência sobre a vítima menor de quatorze anos é *relativa*, de sorte que ‘confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior a 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal’. Essa decisão, ao estabelecer que a presunção de violência possui natureza relativa, parecia romper com uma linha de precedentes anteriores do tribunal e estabelecer uma exceção à regra jurídica contida no artigo 224 do Código Penal, tal como interpretada pela Corte em decisões anteriores. Entretanto, o tribunal reviu seu posicionamento rapidamente e voltou a entender – em uma série de julgados que hoje constituem uma linha de jurisprudência consolidada – que a presunção é de natureza absoluta, e não admite exceções. Não obstante, nesses mesmos julgados o tribunal reconhece a possibilidade de exclusão da punibilidade por “erro justificado” do agente quanto à idade da vítima, por este configurar um “erro quanto a um dos elementos constitutivos do tipo. [...] Em ambas as situações são construídas exceções à regra geral da punibilidade dos agentes que tenham mantido relações sexuais com menores de quatorze anos, mas na primeira delas a ausência de punição decorre de uma reinterpretação da regra do artigo 224, I, a, do Código Penal, ao passo que nas últimas de um enunciado particular que “reclassifica” os fatos e os exclui do âmbito de aplicação daquela regra (já que os

Com efeito, mostra-se, na realidade, muito mais fácil argumentar no sentido de afastar um precedente pela técnica do *distinguishing* do que lançar argumentos por analogia para que precedentes sejam aplicados a casos semelhantes, até mesmo porque, como observa Dínio de Santis Garcia:

[...] a pluralidade de métodos hermenêuticos (gramatical, histórico, teleológico, sistemático etc.) frequentemente conduz a interpretação de um texto legal a resultados muito diferentes. Considere-se, entretanto, que a lei tem uma estrutura por assim dizer linear, em que se busca a máxima clareza, inclusive através de definições dos conceitos utilizados. Pois bem, a aplicação combinada dos vários métodos hermenêuticos pode conduzir, segundo estudos recentes, a 144 entendimentos diferentes da mesma proposição normativa. Patente, então, a dificuldade em encontrar uma só interpretação para um acórdão, em que se cruzam, em forma livre, argumentos jurídicos e de fato, questões principais e acessórias, e até premissas não articuladas expressamente.⁶⁸²

Mas a despeito disso, obviamente, o que se espera dos juízes, ao contrário dos advogados, que não têm o dever de imparcialidade, é que realizem o *distinguishing* de forma coerente e racional. E isso implica não a simples distinção entre fatos e normas de dois casos, mas sim a identificação e análise dos fatos materialmente relevantes, a fim de que sua decisão de se afastar do precedente seja racionalmente justificada.

Nesse aspecto é importante observar a lição de Neil Duxbury quando diz que:

O juiz que tenta distinguir casos com base em fatos materialmente irrelevantes está propenso a ser facilmente descoberto. Advogados e outros juízes

fatos criminosos cometidos sob erro de tipo têm sua punibilidade excluída). No entanto, esse enunciado que “reclassifica” os fatos, ao ser universalizado, passa a constituir também uma norma adscrita de origem jurisprudencial”.

⁶⁸² GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da corte suprema e dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 734, p. 1-2, dez. 1996 (versão *online*).

que têm razões para controlar sua atividade provavelmente não terão dificuldade em demonstrar que esse tipo de iniciativa é típico de alguém descuidado ou desonesto, e, então, sua reputação poderá ser manchada e a sua decisão recorrida. O fato de os juízes terem o poder de realizar o *distinguishing* não significa que eles podem negar os precedentes quando lhes for conveniente.⁶⁸³

No Brasil, a prática do *distinguishing* é algo corriqueiro nos tribunais, mas o que preocupa e necessita ser mudado é a forma como tal técnica é utilizada, justamente em desacordo com as premissas que vem sendo expostas até aqui.

Para demonstrar um caso recente, volta-se ao já citado Recurso Especial nº 1.251.331/RS, que tratou da legalidade da tarifa de abertura de crédito (TAC), da tarifa de emissão de carnê (TEC) e da tarifa de cadastro (TC), e cujas holding e a *ratio decidendi* fixaram parâmetros para a averiguação das demais tarifas bancárias. Esta causa-piloto agora será o precedente paradigma.

Vale lembrar que a *holding* extraída desse caso encontra-se consubstanciada em 3 parâmetros fixados para a análise da legalidade das *tarifas bancárias*, quais sejam: 1º) as tarifas devem estar autorizadas ou não vedadas nas normas editadas pelas autoridades monetárias; 2º) devem ser previstas em contrato; e 3º) eventual abusividade deve ser comprovada, caso a caso, em comparação com os valores cobrados no mercado.

Os fatos materialmente relevantes e que evidentemente foram levados em consideração para a solução do caso dizem respeito à orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras ao tempo em que foram contratadas. Enquanto estava vigente a Resolução nº 2.303/96 do CMN essa orientação era basicamente não intervencionista, de modo que a regulamentação “facultava às instituições financeiras a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos”. No período de vigência da Resolução nº 2.303/96 do CMN, vedada era a cobrança das tarifas expressamente indicadas naquela norma. Se a tarifa não estivesse prevista na mencionada Resolução, sua cobrança era tida como válida.

⁶⁸³ DUXBURY, Neil. 2008, p. 114.

Essa orientação *não intervencionista*, segundo consta no acórdão, foi alterada somente após a Resolução nº 3.518/07 do CMN, vigente a partir de 30.04.2008. A partir daí, a regulamentação editada pelos órgãos responsáveis pelo controle e disciplina da política monetária do País passou a ser a de indicar, expressamente na norma, quais as tarifas cuja cobrança seria válida. As que não estivessem expressamente autorizadas pelas regras editadas pelo CMN e Bacen não poderiam ser cobradas.

Pois bem. Menos de um ano depois do julgamento do referido precedente, aportou no Superior Tribunal de Justiça recurso especial de acórdão proveniente de uma ação civil pública, no qual se discutia a legalidade de uma outra tarifa bancária, a “tarifa de liquidação antecipada” (TLA).

Trata-se do Recurso Especial nº 1.375.906/DF⁶⁸⁴, de relatoria da Ministra Nancy Andriahi. Ao proferir o seu voto, que foi acompanhado à unanimidade pelos demais Ministros da Terceira Turma, a Ministra expôs o seguinte:

Com efeito, no recente julgamento do REsp 1.255.573/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe de 24.10.2013, a 2ª Seção confirmou o entendimento de que “nos termos dos arts. 4º e 9º da Lei nº 4.595/64, recebida pela Constituição como lei complementar, compete ao Conselho Monetário Nacional dispor sobre taxa de juros e sobre a remuneração dos serviços bancários”.

Diante disso, a legalidade na cobrança da tarifa de liquidação antecipada de débitos deve, em princípio, ser analisada à luz da regulamentação do CMN, mas ciente de que eventual lacuna legislativa pode – e deve – ser suprida pela aplicação subsidiária do CDC.

Na realidade, a Resolução nº 2.303/96 foi revogada pela Resolução nº 3.518/07 do CMN. Ademais, embora essas Resoluções disciplinem genericamente a “cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras”, nota-se de seu conteúdo que se destinam precipuamente à normatização de serviços relativos a conta corrente de depósitos à

⁶⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.375.906/DF, rel. Min. Nancy Andriahi, Terceira Turma, j. 25.02.2014.

vista e conta de depósitos de poupança, não abrangendo, pois, operações de crédito.

Percebe-se claramente que nesse acórdão reconheceu-se a autoridade da *ratio decidendi* do Recurso Especial nº 1.251.331/RS. Contudo, os fatos materialmente relevantes no caso anterior, receberam um significado completamente diferente e inverso neste caso.

Isso porque, enquanto no Recurso Especial nº 1.251.331/RS considerou-se o período compreendido entre a vigência da Resolução nº 2.303/96 e a sua revogação pela Resolução nº 3.518/07 do CMN como um período em que poderiam ser cobradas as tarifas que não estivessem vedadas pela Resolução nº 2.303/96, dado que a orientação estatal, até então, era *não intervencionista*, os Ministros que julgaram o Recurso Especial nº 1.375.906/DF consideraram que tais Resoluções se detinam a disciplinar precipuamente a “normatização de serviços relativos a conta corrente de depósitos à vista e conta de depósitos de poupança, não abrangendo, pois, operações de crédito”.

Ora, se no precedente do Recurso Especial nº 1.251.331/RS essas Resoluções foram o ponto de partida para se chegar ao resultado daquele julgamento e, se naquele caso as tarifas também se referiam à operações de crédito, fica claro que se realizou um *distinguishing* desprovido de racionalidade.

Cabe à doutrina, portanto, assim como ocorre em outros países mais desenvolvidos, manifestar-se com maior frequência e ênfase no sentido de criticar decisões que desprezam a coerência e a integridade do sistema. Caso contrário, pode-se esquecer da tão sonhada *aproximação ao common law*, como tanto se tem lido e ouvido.

O NCPC, como já visto, em diversos de seus dispositivos, traz expressamente prevista a técnica do *distinguishing*, ora como dever para os juízes, ora como ônus para as partes e seus advogados, o que certamente servirá para o desenvolvimento do raciocínio dos operadores e, quiçá, o estabelecimento de padrões mínimos para o uso coerente da técnica.

4.2.2.1 *Technique of signaling, transformation e overriding*

Luiz Guilherme Marinoni apresenta outras técnicas que ficam entre o *distinguishing* e o *overruling* - que será objeto de análise no próximo tópico - e que são objeto de discussão na doutrina doutrina norteamericana. Tratam-se da *técnica da sinalização*, da *transformation* e do *overriding*. Contudo, tendo em vista que o Brasil ainda vive a pré história

do direito que prega respeito aos precedentes e que a atenção deve estar voltada a resolver “nossos verdadeiros problemas”⁶⁸⁵, como disse Teresa Arruda Alvim Wambier, tais técnicas serão tratadas de forma meramente perfunctória.

Por meio da técnica da sinalização (*technique of signaling*) o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve subsistir, mas, em atenção à segurança jurídica, deixa de revogá-lo, optando por apenas apontar a sua perda de consistência e sinalizar para uma futura revogação. Tem-se consciência de que o *distinguishing* não é possível, pois a solução que se busca dar à questão não é compatível com a *ratio decidendi* do precedente, de modo que a exceção que derivaria do *distinguishing* não teria lógica com a manutenção do precedente.⁶⁸⁶

Mediante a *transformation*, segundo Luiz Guilherme Marinoni:

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

⁶⁸⁵ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2014b.

⁶⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 334. Para o autor (2013, p. 334;341): “Não obstante, também sabe a Corte que a revogação do precedente, diante das particularidades da situação, estará colocando em risco a segurança jurídica, mediante a negação da previsibilidade então outorgada à comunidade. Mantém-se o precedente unicamente em virtude da segurança jurídica, da previsibilidade dada aos jurisdicionados e da confiança que o Estado deve tutelar, ainda que não se duvide que a sua manutenção está em desacordo com o ideal de direito prevalente à época. Objetiva-se comunicar que o precedente, que até então orientava a atividade dos jurisdicionados e a estratégia dos advogados, será revogado, evitando-se, com isso, que alguém atue em conformidade com a ordem estatal e, ainda assim ou por isso mesmo, seja prejudicado em seus negócios ou afazeres ou, em suma, em sua esfera jurídica. Frise-se que os litigantes, no caso concreto em que se faz a sinalização, não são pegos de surpresa, já que a decisão é orientada pela *ratio decidendi* em vias de revogação, tudo em respeito à confiança na autoridade dos precedentes judiciais. [...] Quando é difícil saber, diante das particularidades das relações que se basearam no precedente, se o imediato *overruling* com efeitos prospectivos é suficiente para garantir a justificada confiança, torna-se prudente apenas sinalizar para a revogação futura, dando aos advogados tempo para preparar os seus clientes no sentido de que não mais poderão se pautar no precedente”.

a *transformation* é obtida somente quando se realiza a individualização de pontos do precedente que a antiga Corte não considerou fundamentais ou materiais. Adverte Eisenberg que, no célebre caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*, Cardozo apontou para a aparente consistência entre a decisão que tomou e as decisões proferidas em casos precedentes – que se negaram a admitir a responsabilidade do fabricante –, mas não viu estes casos da maneira como as Cortes que os julgaram os conceberam. Em outros termos: Cardozo, ao apontar para a consistência entre as decisões, teria enxergado o caso anterior de forma distinta da Corte que o julgou e que definiu o precedente.⁶⁸⁷

Por último, cita-se a técnica do *overriding*, cujas consequências são limitar ou restringir a incidência do precedente, mas sem revogá-lo e nem anunciar sua iminente revogação. De acordo com Melvin Eisenberg, o *overriding* poderia ser visto, em tese, apenas como um caso especial de desvinculação (*hiving off*) mediante distinções consistentes, quando a Corte se depara com um tipo de situação que não fora tratada nos precedentes que deram origem ao entendimento anterior e conclui que, dadas as proposições sociais que fundamentam aquele entendimento anterior, a situação em questão deveria ser desvinculada para ser tratada de acordo com o entendimento mais recente.⁶⁸⁸

Conforme explica Luiz Guilherme Marinoni:

[...] há nova situação e novo entendimento no plano dos tribunais ou da academia, capaz de não permitir

⁶⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 342-344. Em continuação, o autor (2013, p. 343) explica que: “Eisenberg alude à doutrina de Peter Westen para demonstrar que tanto a *transformation* quanto o *overruling* admitem equívoco no raciocínio ou na fundamentação das decisões anteriores, mas apenas o *overruling* aceita ter havido um erro de julgamento. A *transformation* admite equívoco na tese então sustentada, mas não aceita que a Corte tenha cometido impropriedade ao julgar o caso anterior. O *overruling* constitui confissão de que não apenas a tese está equivocada, mas também de que a Corte errou ao decidir em favor de uma das partes e não da outra. A *transformation*, por sua vez, não aceita a ideia de que a decisão deveria ter sido favorável ao autor e não ao réu ou vice-versa”.

⁶⁸⁸ EISENBERG, Melvin. *The nature of common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 135 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 346.

que caso substancialmente idêntico seja tratado da mesma forma. A distinção feita no *overriding* supõe que o litígio anterior, caso fosse visto na perspectiva da nova situação e do novo entendimento, teria tido outra solução. É por isso que, embora o *overriding* não signifique revogação, o seu resultado, do mesmo modo que aquele a que se chegou com o *overruling*, é incompatível com o precedente.⁶⁸⁹

4.2.3 *Overruling*

Como já foi visto, todo precedente deve ser considerado nos julgamentos futuros de casos análogos. Contudo, a inexorável evolução do direito determinada pela dinâmica social dos países orientados pela *doctrine of binding precedent* autoriza que, em determinadas circunstâncias, ocorram exceções à referida regra.⁶⁹⁰

Conforme ensina José Rogério Cruz e Tucci:

Em primeiro lugar, as cortes superiores podem substituir – *overruled* – um determinado

⁶⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 346-347. Para melhor explicar essa técnica, o autor recorre aos exemplos fornecidos por Melvin Eisenberg: “i) antes dos anos 30 do século passado, havia entendimento firmado no sentido de que promessas de doação eram inexequíveis. Em 1932, o Primeiro *Restatement of Contracts* adotou, em sua famosa Seção 90, o princípio de que as promessas de doação seriam executáveis quando confiáveis (*if relied upon*). Depois disso, as Cortes revogaram parcialmente (*overroded*) o entendimento anterior e aplicaram este princípio para limitar o âmbito de incidência do entendimento antigo às promessas de doação não confiáveis; ii) durante os anos 40, havia entendimento no sentido de que uma oferta acompanhada da promessa de se manter aberta por determinado período de tempo – considerada, assim, uma *firm offer* – era revogável apesar da promessa, a menos que esta tivesse sido paga separadamente. No começo dos anos 50, os tribunais revogaram parcialmente (*overroded*) este entendimento, aplicando o princípio da confiança às ofertas firmes para limitar o âmbito do velho entendimento às ofertas consideradas não confiáveis; iii) ao longo dos anos 50, estabeleceu-se o entendimento de que os acordos não poderiam ser revisados com fundamento em critérios de justiça, mas, no início dos anos 60, as Cortes revogaram parcialmente (*overroded*) aquele entendimento – aplicando o princípio da *unconscionability* – para admitir a revisão de acordos diante de certas espécies de injustiças”.

⁶⁹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, 179.

precedente por ser considerado ultrapassado ou, ainda, equivocado (*per incuriam* ou *per ignorantia legis*). A decisão que acolhe nova orientação incumbe-se de revogar expressamente a *ratio decidendi* anterior (*express overruling*). Nesse caso, o antigo paradigma hermenêutico perde todo o seu valor vinculante.⁶⁹¹

A história do *overruling* na Inglaterra já foi contada no item 3.2.1 quando se abordou com maior profundidade a doutrina do *stare decisis*, razão pela qual este tópico se concentrará em apontar alguns parâmetros para que os precedentes sejam superados, pois esta é uma das maiores carências do sistema brasileiro.

Nos Estados Unidos, como já se mencionou, a doutrina do *stare decisis* é mais flexível do que na Inglaterra. Os tribunais tendem a superar com maior facilidade precedentes que entendem por superados. E isso já ocorre há pelo menos mais de um século. Nesse sentido, Edward Re menciona que, no caso *Rumsey vs New York & New England R.R.Co.*, julgado em 1892 pela Corte de Apelação do Estado de Nova Iorque, foi mencionado que:

[...] a doutrina do *stare decisis*, como quase todas as outras regras de direito, comporta exceções. Ela não se aplica a um caso onde possa ser demonstrado que o direito foi mal compreendido ou mal aplicado ou onde a decisão anterior seja evidentemente contrária à razão. São numerosas as manifestações a advogar que, em tais casos, constitui dever dos tribunais reexaminar a questão.⁶⁹²

Michael Gerhardt comenta que, nos Estados Unidos, existem certos *superprecedents*, que seriam decisões judiciais e não judiciais que são tão frequentemente citadas, com a aprovação das cortes e outras autoridades públicas, que o seu significado e valor já fazem parte do direito e da cultura do país, tal como o famoso caso *Marbury vs Madison*.⁶⁹³ Um *superprecedent* muito dificilmente será *overruled*.

⁶⁹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, 179.

⁶⁹² RE, Edward. 1994, p. 4.

⁶⁹³ GERHARDT, Michael. 2008, p. 6; 179.

Thomas da Rosa de Bustamante afirma que “o overruling apresenta-se como resultado de um discurso de justificação em que resulta infirmada a própria validade da regra antes visualizada como correta”.⁶⁹⁴ Independentemente das peculiaridades de cada sistema, existe uma regra que deve ser a mesma para todos eles, independentemente da tradição jurídica ou da força do precedente. Essa regra enuncia que toda vez que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado em consideração, de modo que essa questão seja devidamente tematizada.⁶⁹⁵ Como o autor fala em “se afastar” do precedente, entende-se que essa regra de ouro vale tanto para o distinguishing como e, especialmente, para o overruling.

Avaliar a conveniência de revogar um precedente certamente não é tarefa fácil. A incorreção, a injustiça e a inconveniência do precedente devem ser claramente demonstradas, como também avaliado o prejuízo para a estabilidade e previsibilidade do sistema que, sem dúvida, qualquer alteração do direito provoca.⁶⁹⁶

Nesse sentido, Willian Reynolds afirma que o fator principal a ser levado em consideração na decisão de se revogar um precedente é o valor ínsito ao regime do *stare decisis*. Toda revogação requer o pagamento de um preço: perda de estabilidade e confiança, dano à eficiência do sistema, redução na possibilidade de previsão. A Corte deve analisar esses fatores para que possa traçar um equilíbrio entre perdas e ganhos a serem obtidos com a revogação.⁶⁹⁷

Devem ser repudiados, portanto, os:

[...] afastamentos dissimulados ou implícitos (non-overt departures) de um precedente judicial. Nesses casos, o afastamento do precedente acontece “mas não é tratado como tal” [Summers/Eng 1997: 522]. Em quaisquer das várias modalidades desse tipo de procedimento (v.g., quando o tribunal simplesmente ignora o precedente, ou redefine e reformula o holding de um julgamento em termos não genuinamente fiéis ao seu sentido original etc.), o tribunal viola uma regra que hoje em dia pode ser tida como universal sobre a argumentação

⁶⁹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 388.

⁶⁹⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 388.

⁶⁹⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. 2006, p. 150.

⁶⁹⁷ REYNOLDS, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002, p. 196 *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. 2006, p. 151.

com precedentes judiciais: o dever de levar em consideração o precedente, com fundamento nos princípios da universalizabilidade e da imparcialidade na atividade judiciária.⁶⁹⁸

No Brasil, nem é preciso dizer que, das técnicas de operacionalização de precedentes, o *overruling* é a mais praticada pelos tribunais. Acontece que, diferentemente do que ocorre nos países que pregam respeito obrigatório aos precedentes, o *overruling* é utilizado por aqui sem que ocorram mudanças capazes de justificar a superação de um entendimento anterior, pelo qual os jurisdicionados deveriam, ao menos, estar pautando suas condutas. Além disso, como já foi visto, os entendimentos, até mesmo de Ministros de Corte Superior em relação às suas próprias decisões, oscilam para um lado e para outro, sem que qualquer referência seja feita ao entendimento passado. Isso viola claramente os princípios da universalizabilidade e da imparcialidade, mencionados acima, e que devem ser um ponto fixo de orientação para o sistema de precedentes.

Há exceções, é claro, e uma delas merece ser mencionada, por tratar-se de decisão de tribunal justiça estadual que diverge de precedente do Superior Tribunal de Justiça firmado em julgamento de recurso especial repetitivo.

Antes de tudo, ressalta-se aqui o que foi dito anteriormente sobre não denominar de precedente vinculante aquele que não possui essa natureza. Com efeito, é muito comum ler e ouvir dizer que as decisões firmadas em sede de recurso excepcional repetitivo possuem efeito vinculante. Demonstrou-se que não, simplesmente pelo fato de que nos § 3º do art. 543-B e § 8º do 543-C, ambos do atual CPC, assim como no art. 1.041 do NCPC, encontra-se expressa a possibilidade de os tribunais ordinários manterem decisão divergente da que foi firmada pelas Cortes Superiores.

Pois bem, o entendimento firmado no recurso especial repetitivo reafirma antigo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado no enunciado da Súmula 306 daquela Corte que determina a compensação dos honorários advocatícios quando houver sucumbência recíproca. Quando interposto recurso especial contra acórdão que não aplica esse entendimento, os autos sobem à Vice-Presidência do tribunal e retornam à câmara competente para que reexamine a questão, optando por readequar a decisão aos termos do entendimento fixado no julgamento

⁶⁹⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 389.

do recurso especial repetitivo, ou então expor as razões pela qual mantém a decisão divergente. E o que alguns julgadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina têm feito é fundamentar essa decisão divergente expondo que o entendimento firmado no precedente da Corte Superior é contrário não só à lei, mas também contradiz outras decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça em relação à questão da compensação dos honorários, vale dizer, ofendendo os valores da integridade e coerência sistêmica. Veja-se a fundamentação da seguinte decisão proferida pelo Desembargador José Carlos Carstens Köhler:

Em decorrência de a verba honorária sucumbencial ser ônus da parte em benefício do advogado do adverso, não se verifica presente o requisito imprescindível à compensação.

Finalmente, destaca-se que o art. 23 do Estatuto da Advocacia inequivocadamente se sobrepõe à Súmula suso apontada por tratar-se de norma federal em vigor.

Emprestando maior força a essa posição – inviabilidade da compensação – não se pode deixar de trazer à tona que a própria Corte da Cidadania tem se pronunciado contra quaisquer medidas judiciais constritivas sobre a verba honorária sucumbencial sob o fundamento de que se trata de crédito de natureza alimentar. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRÉDITOS DE NATUREZA ALIMENTAR. IMPENHORABILIDADE.

1. Os honorários advocatícios, tanto os contratuais quanto os sucumbenciais, têm natureza alimentar. Precedentes do STJ e de ambas as turmas do STF. Por isso mesmo, são bens insuscetíveis de medidas constritivas (penhora ou indisponibilidade) de sujeição patrimonial por dívidas do seu titular. A dúvida a respeito acabou dirimida com a nova redação art. 649, IV, do CPC (dada pela Lei n.º 11.382/2006), que considera impenhoráveis, entre outros bens, "os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal".

2. Embargos de divergência a que se nega provimento.

(EREsp 724158/PR, Rel. Min. Teori Albino

Zavascki, j. 20-2-08).⁶⁹⁹

É salutar para o sistema que tribunais ordinários se rebelem contra decisões dos Tribunais Superiores como esta ora em comento. Mas devem fazê-lo de forma devidamente fundamentada, tal como vem fazendo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina nesta hipótese. O Brasil definitivamente ainda não está pronto para que se adote um sistema tão rígido quanto o da Inglaterra, no que diz respeito à cultura de somente a Suprema Corte poder se afastar de seus precedentes. Por aqui, os tribunais estaduais e regionais federais ainda servem de remédio contra decisões equivocadas e contraditórias, como a que se viu acima.

Vale dizer, ainda, o legislador do NCPC, visando a alinhar o sistema brasileiro com o que propugna a *doctrine of binding precedent*, teve um cuidado todo especial com a questão do *overruling*, como se pode verificar, entre outras disposições já mencionadas, no art. 927, § 4º, ao estabelecer que:

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

4.2.3.1 *Retrospective overruling, anticipatory overruling e prospective overruling*

De acordo com Victoria Iturralde Sesma:

Quando um sistema, como o inglês ou o estadunidense, não só permite mas obriga o juiz a se referir a decisões passadas, o elemento de prescrição chega a ser de grande importância. Ditas decisões geram expectativas a respeito de direitos e obrigações e as partes orientam suas ações em função delas. Se a sociedade fosse estática e os tribunais infalíveis, isso representaria poucos problemas; mas como os tempos mudam e os

⁶⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2012.083625-1, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 20.05.2014.

tribunais se equivocam, os juízes enfrentam frequentemente o dilema de trair as expectativas com uma mudança jurídica ou seguir uma decisão antiquada. [...] Pois bem, o problema que se coloca com a derrogação é precisamente este. A escolha entre dar mais valor à confiança e à certeza, ou eliminar uma norma obsoleta e excluir o erro consagrado em decisões anteriores.⁷⁰⁰

Com o objetivo de resolver esse problema, o *overruling* ainda se desdobra em três espécies.

Fala-se em *retrospective overruling* quando a revogação do precedente opera efeitos *ex tunc*, isto é, não permite que o precedente, então revogado, seja invocado como paradigma em casos pretéritos.⁷⁰¹ Esse é a forma mais comum e utilizada no Brasil, e também objeto de muitas críticas, pois vem acompanhado do efeito surpresa, frustrando expectativas e prejudicando situações consolidadas muitas vezes com base no precedente revogado.

Teresa Arruda Alvim Wambier observa que o efeito surpresa atinge também os ingleses, pois na Inglaterra:

A mudança da regra, quando se abandona um precedente e se cria outro, tem efeito retroativo (*retrospective effect*). Isso significa que a parte é julgada de acordo com a rule que existe no momento do julgamento, sendo indiferente se o precedente, que existia à época do fato, era outro. Quando o juiz cria direito, estabelecendo um precedente novo, a parte sucumbente vai ser "punida" não porque deixou de cumprir um dever que tinha, mas porque deixou de cumprir um dever criado depois de ocorrida a sua conduta.⁷⁰²

O *anticipatory overruling*, segundo José Rogério Cruz e Tucci:

Consiste na revogação preventiva do *precedente*, pelas cortes inferiores, ao fundamento de que não mais constitui *good law*, como já tera sido reconhecido pelo tribunal *ad quem*. Basta portanto

⁷⁰⁰ SESMA, Victoria Iturralde. 1995, p. 169.

⁷⁰¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, 179.

⁷⁰² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2009, p. 8.

que na jurisprudência da corte superior tenha ocorrido, ainda que implicitamente, uma alteração de rumo atinente ao respectivo *precedente*. Ocorre aí “uma espécie de delegação tácita de poder para proceder-se ao *overruling*.”⁷⁰³

Luiz Guilherme Marinoni pontua que as Cortes de Apelação norte-americanas utilizam os seguintes fundamentos para utilizar o *anticipatory overruling*:

i) o desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte; ii) uma tendência da Suprema Corte que permita concluir que o precedente será revogado; iii) ter a Suprema Corte demonstrado que está a espera de um caso apropriado para realizar o *overruling*. Esses motivos algumas vezes são associados aos seguintes: i) alteração na composição da Suprema Corte ou mudança do ponto de vista pessoal dos *Justices*; ii) inconsistência do precedente em relação às decisões anteriores da Corte, a identificar provável equívoco; iii) percepção de que o precedente não surtiu, em termos práticos, o efeito que dele se esperava.⁷⁰⁴

Pode-se dizer, que o expediente adotado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no tocante a tese da compensação dos honorários, de certo modo, trata-se de *anticipatory overruling*, ainda que a “alteração de rumo” do precedente seja contemporânea à própria formulação do precedente. Mas como esse trabalho é voltado para a realidade brasileira, com suas peculiaridades, não se vê óbice para tal comparação.

Por fim, tem-se o *prospective overruling*, instituído no direito moderno pela Suprema Corte norte-americana, por meio do qual o precedente é revogado com eficácia *ex nunc*, isto é, com relação somente aos casos sucessivos, significando que a *ratio decidendi* substituída continua a ser emblemática como precedente vinculante, mas em relação aos fatos anteriormente ocorridos.

Dependendo do alcance que se dá aos efeitos do *prospective overruling* e, com o objetivo de proteção da confiança nos atos do poder

⁷⁰³ TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, 180.

⁷⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 402.

judiciário, ele ainda se ramifica em: puramente prospectivo, ou apenas prospectivo, quase-prospectivo e prospectivo-prospectivo.

De acordo com Victoria Iturralde Sesma, na aplicação puramente prospectiva, a decisão que aplica o novo precedente não atinge as partes do caso perante o tribunal, nem os fatos e transações realizados por outras pessoas antes da data da decisão, mas apenas a casos futuros. A premissa básica desta teoria é que os tribunais obviamente criam direito no processo de decidir casos. Os que estão a favor da derrogação prospectiva afirmam que, uma vez que os juízes, de fato, realizam essa função, teriam que fazê-lo mais abertamente. Concluem que os tribunais têm que se sentir livres para sopesar o efeito como precedente, ou 'legislativo', de suas decisões liberados de qualquer preocupação de que modificando a regra estabelecida (ainda que para uma melhor) darão uma solução injusta para as partes do caso, ou para outras que tenham atuado confiando no precedente rechaçado.⁷⁰⁵

Quanto à aplicação prospectiva-prospectiva, tem-se que um tribunal pode propor que uma nova regra surja efeitos somente para o futuro, inclusive fixando-se uma data para o início. Aplica-se esta técnica frequentemente quando uma regra firmemente estabelecida é derogada por um tribunal e este considera necessário dar ao Legislativo a oportunidade para valorar o problema e realizar as mudanças apropriadas, antes que a nova regra se torne efetiva.⁷⁰⁶

Já a aplicação quase-prospectiva, assim como a puramente prospectiva, protege a confiança nas decisões anteriores aplicando a nova decisão somente a atos, fatos ou transações realizados depois da data efetiva da decisão, mas a decisão se aplica as partes do processo, ao contrário da prospectiva pura. A justificação para utilizar essa técnica é dupla: primeiro, um anúncio do precedente obrigatório indicando que é mais do que um mero *dictum*; segundo, para recompensar os recorrentes que tiveram êxito e, portanto, para incentivar os litigantes para modificar as regras de direito existentes e que necessitam ser reformadas.⁷⁰⁷

No Brasil, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão encontra-se prevista no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, bem como no art. 11 da Lei n.º 9.882/99, que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

⁷⁰⁵ SESMA, Victoria Iturralde. 1995, p. 177.

⁷⁰⁶ SESMA, Victoria Iturralde. 1995, p. 181.

⁷⁰⁷ SESMA, Victoria Iturralde. 1995, p. 182-183.

Por fim, destaca-se que, com o PNCP, estar-se-á concedendo amplo trânsito a essas técnicas, tendo em vista o disposto no § 3º do art. 927, que prevê o seguinte:

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

4.2.3.2 Ambientes decisoriais

Também relacionado à evolução e adaptabilidade do direito, bem como ao efeito surpresa, tem-se a questão do *ambiente decisional* que, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, consiste na “área do direito material ou substancial, com seus princípios e regras, em que o conflito deve ser resolvido”.⁷⁰⁸ Assim, a autora adverte que há determinados campos em que é desejável limitar a flexibilidade, em razão da segurança, da previsibilidade. Mas há outros, entretanto, que envolvem questões sociais delicadas, em que é conveniente dar ao juiz certa margem de flexibilidade para decidir, em detrimento dos valores segurança e previsibilidade. Podem ser identificados ambientes decisoriais rígidos, nos quais a criatividade judicial não tem espaço, como por exemplo no direito tributário, bem como, ambientes decisoriais frouxos, como o direito de família, em que a sociedade é o termômetro imediato para a detecção de mudanças.⁷⁰⁹

Outrossim, os ambientes decisoriais frouxos são aqueles onde se desenvolvem os *hard cases*, na maioria das vezes envolvendo direitos fundamentais, cujas soluções, comumente, não estão claras na lei, ou sequer estão na lei. São casos novos, não pensados pelo legislador, e que o juiz terá de resolver à luz de algum princípio, ou, quem sabe, até mesmo conceber um novo princípio.⁷¹⁰ São *hard cases*, por exemplo:

[...] as ações em que se pleiteia a liberação de verba por parte dos Estados, para a realização de cirurgia cara, não prevista como realizável pelo SUS; a possibilidade de adoção de crianças por “casais”

⁷⁰⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 53.

⁷⁰⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 53.

⁷¹⁰ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 53

homossexuais; a alteração da ordem da fila para obter órgão para transplante, a possibilidade de se alimentarem à força os prisioneiros políticos que fazem greve de fome, por estarem morrendo de inanição.⁷¹¹

Portanto, é principalmente nessa seara que se justifica todo este estudo, uma vez que, na ausência de lei para resolver esses *hard cases*, será nos precedentes que o intérprete e o aplicador do direito buscarão argumentos e justificações. Nos tópicos seguintes, a temática dos precedentes continua em voga, mas com a visão mais restrita aos direitos fundamentais.

4.3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Outro assunto que merece relevo no presente estudo é a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, seja em razão de sua relevância para a própria teoria dos direitos fundamentais, seja porque a abordagem empreendida neste trabalho, em torno dos precedentes judiciais, não se limita às relações entre particulares e o Estado.

A discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares marcou o debate doutrinário dos anos 50 e início dos anos 60 na Alemanha⁷¹² e, como visto, esteve relacionada ao reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Isso se deu pelo fato de que, tanto a dimensão objetiva, quanto a eficácia entre particulares dos direitos fundamentais foram reconhecidas simultaneamente pela Corte Constitucional alemã, quando do julgamento do famigerado caso Lüth. Assim, pode-se afirmar que a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares é a consequência mais importante a se extrair da sua dimensão objetiva.⁷¹³

⁷¹¹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2012, p. 28.

⁷¹² MENDES, Gilmar Ferreira. 2013, p. 6. Não obstante, J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1.289) ressalta que o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não aera estranho à própria ideia de Constituição, uma vez que a *Declaração dos Direitos do Homem de 1789* não afirmava apenas o valor dos direitos fundamentais perante o Estado. Dirigia-se também contra posições desigualitárias, em razão da classe social e poder econômico, no âmbito do direito privado, principalmente em relação aos privilégios da nobreza e do clero

⁷¹³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2008, p. 154.

Nesse sentido, Daniel Sarmento afirma que:

[...] a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea.⁷¹⁴

De fato, se a opressão e a violência provêm não apenas do Estado, mas de múltiplos atores privados, presentes em esferas como o comércio, a família e a sociedade civil, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna imprescindível.⁷¹⁵

Embora de tudo que se tenha exposto até aqui já seja possível extrair determinadas razões pelas quais os direitos fundamentais devam vincular também os particulares, e uma delas seria o reconhecimento das diversas dimensões (ou gerações) de direitos que se aglomeraram à primeira dimensão, deve-se esclarecer que essa eficácia horizontal não é de simples aplicabilidade e nem mesmo totalmente aceita, característica esta do direito norte-americano.

Por outro lado, nos países de cultura romano-germânica é praticamente consensual a ideia de que os direitos fundamentais vinculam os entes privados, havendo divergências apenas quanto à forma e à extensão desta incidência.⁷¹⁶ Essas divergências decorrem principalmente do fato de se tratar de relações entre dois ou mais titulares de direitos fundamentais, reciprocamente vinculados, não havendo, assim, como

⁷¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006, p.107.

⁷¹⁵ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193-194.

⁷¹⁶ Afirmando também que na Suíça, cujo direito constitucional é moldado no sistema romano-germânico, ainda prevalece na doutrina e na jurisprudência a visão clássica de que os direitos fundamentais limitam apenas o Estado, cf. SARMENTO, Daniel. 2008, p. 197-198.

defender uma eficácia vinculante idêntica à do Poder Público, que é somente destinatário dessas normas.⁷¹⁷

Ao contrário da Constituição portuguesa de 1976 que, em seu art. 18/1, prevê expressamente a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988, apesar de consagrar o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), não previu sequer a expressa vinculação do Poder Público, tal como ocorreu, por exemplo, na Lei Fundamental da Alemanha, assim como nas vigentes Constituições da Grécia, Espanha e na já citada Constituição de Portugal.⁷¹⁸

Sendo assim, faz-se um breve incursu nas teorias mais conhecidas em relação à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares para, ao final, expor de que forma o Supremo Tribunal Federal tem tratado a matéria, bem como breves e desafiadoras conclusões.

4.3.1 Teoria norte-americana da “state action”

No direito constitucional norte-americano prevalece a ideia aceita quase unanimemente, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Constituição americana, impõem limitações apenas aos Poderes Públicos, não se atribuindo direitos aos particulares frente a outros particulares, com exceção da 13.^a Emenda, que proibiu a escravidão.

A doutrina escora-se basicamente em três argumentos para justificar essa posição, quais sejam: a literalidade do texto constitucional norte-americano, uma vez que a maioria das cláusulas garantidoras de direitos fundamentais se refere apenas aos Poderes Públicos; a necessidade de se preservar a autonomia privada, de modo a impedir que a Constituição atinja a liberdade individual; e, por fim, o federalismo, pois nos Estados Unidos, com exceção de matéria que envolva aspecto de comércio interestadual ou internacional, compete privativamente aos Estados legislar sobre direito privado, e não à União, de modo que a *state action* preservaria a autonomia dos Estados-membros, impedindo a intervenção das Cortes federais nas relações de caráter privado, sob o pretexto de aplicação da Constituição.⁷¹⁹

A trajetória dessa doutrina se inicia em 1883, quando do

⁷¹⁷ SARLET. Ingo Wolfgang. 2000, p. 30.

⁷¹⁸ SARLET. Ingo Wolfgang. 2000, p. 8.

⁷¹⁹ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 199-200.

juízo dos *Civil Rights Cases*, onde a Suprema Corte norte-americana, por 8 votos a 1, declarou inconstitucional o *Civil Rights Act* de 1875, que estabelecia medidas contrárias à discriminação racial em locais públicos, prevendo uma série de punições penais e civis contra pessoas que praticassem atos discriminatórios. Esse ato legislativo fora elaborado com fundamento na competência conferida pela Seção 5 da 14ª Emenda à Constituição, a qual impunha aos Estados a obrigação de respeitarem os princípios da igualdade e do devido processo legal. Assim, a Suprema Corte, apreciando cinco litígios envolvendo a discriminação de pessoas negras em locais públicos, afirmou a inconstitucionalidade do referido ato legislativo sob o fundamento de que a Constituição teria conferido competência à União apenas para editar normas que impedissem a discriminação apenas por atos do Estado, de modo que as discriminações cometidas por particulares só pudessem ser reguladas pelos Estados-membros.⁷²⁰

Só a partir da década de 40 do século XX, a Suprema Corte americana começa a esboçar alguns temperamentos a doutrina da *state action*, quando passou a adotar a denominada *public function theory*, segundo a qual, quando os particulares agirem no exercício de atividades tipicamente estatais, estarão também sujeitos às limitações constitucionais. Esta teoria busca impedir, em primeiro lugar, que o Estado se livre da vinculação aos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos por meio de constituição de empresas privadas, ou pela delegação de suas funções típicas a particulares. O caso mais notório de aplicação dessa teoria foi o *Marsh vs. Alabama*, julgado em 1946, onde se discutiu se uma empresa proprietária de uma cidade privada (*company town*) poderia ou não proibir *Marsh*, que era pregadora da religião “Testemunhas de Jeová”, de pregar em sua propriedade. A Suprema Corte declarou inválida tal proibição, pois ao manter uma cidade privada, a empresa estaria atuando como Poder Público e, assim, se sujeitaria à 1ª Emenda da Constituição norte-americana, que assegura a liberdade de religião.⁷²¹

Aplicando essa mesma teoria a Suprema Corte norte-americana

⁷²⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2008, p. 169-170. A autora (2008, p. 170, nota 140) ainda lembra que as três emendas inseridas na Constituição norte-americana após a guerra civil (XIII, XIV e XV) previam o poder do Congresso de tornar eficazes os princípios nelas estabelecidos. Em razão disso, o Congresso editou várias leis de direitos civis (em 1866, 1870, 1871 e 1875), cujos objetivos eram, principalmente, proteger os novos cidadãos libertados da escravidão.

⁷²¹ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 201.

reconheceu a ilicitude da negativa de acesso aos negros a um parque privado, mas aberto ao público. Em 1991, no caso *Edmonson vs. Leesville Concrete Co. Inc.*, por 6 votos a 3, ela afirmou a invalidade do exercício do direito de recusa de jurados (*peremptory jury challenges*) por um advogado privado em processo no tribunal do júri, quando tal recusa se deu baseada na raça destes.⁷²² Isso porque, de acordo com o Justice Anthony Kennedy, “se o governo confere a um órgão privado o poder de escolher os empregados ou oficiais do governo, esse órgão privado estará vinculado ao mandamento constitucional de neutralidade no tocante à raça”.⁷²³ Essa decisão, é bom frisar, partiu de uma extensão do precedente formado em 1986, no caso *Batson vs. Kentucky*, onde se firmou o entendimento de que apenas os promotores de justiça (*prosecutors*) não poderiam exercer o direito de recusa de jurados com base na raça. Naquela oportunidade, contudo, excluiram-se dessa proibição os advogados privados, pois até então estes eram considerados meros particulares.⁷²⁴

Percebe-se, assim, que uma das hipóteses de ampliação da interpretação da teoria da *state action*, admitida pela Suprema Corte norte-americana, ocorre quando um ente privado exerce função típica do Estado.

Outra hipótese de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sob o prisma da *state action*, ocorreria quando existissem circunstâncias que permitam vincular uma ação estatal à conduta da pessoa privada, ou seja, quando esta atuasse em conexão com o Estado. Um caso paradigmático de aplicação dessa vertente da teoria foi *Shelley vs. Kraemer*, julgado em 1948. Tratava-se de conflito derivado de contrato que obrigava os adquirentes de imóveis de uma determinada região a não vendê-los a pessoas de minorias raciais. A Suprema Corte decidiu que, se um tribunal promove a execução judicial de um contrato dessa natureza, existe uma ação estatal (*state action*) que configura um atentado ao princípio da igualdade, razão pela qual rejeitou a ação que visava a anular a venda realizada por um dos donos a uma pessoa negra.⁷²⁵

A partir da década de 70, contudo, a Suprema Corte passou a adotar um conceito mais conservador sobre a teoria da *state action*, de modo a reduzir a eficácia dos direitos fundamentais perante os particulares. Dois

⁷²² SARMENTO, Daniel. 2008, p. 201.

⁷²³HALL, Kermit L. (Org.). *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. Tradução nossa. New York: Oxford University Press, 1999, p. 81.

⁷²⁴ HALL, Kermit L. 1999, p. 103.

⁷²⁵PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2008, p. 169.

casos ilustram bem essa nova concepção da doutrina. Em *Jackson vs. Metropolitan Edison Co.*, julgado em 1974, a Suprema Corte entendeu, por 6 votos a 3, que o fornecimento de energia poderia ser suspenso por falta de pagamento do cliente, mesmo sem o devido processo legal, ainda que o serviço em comento necessitasse ser licenciado pelo governo. No caso *Flagg. Bros vs. Brooks*, julgado em 1978, o autor da ação alegou que a venda direta de seus bens por parte do proprietário de um armazém, em razão de inadimplemento das taxas de armazenagem, configuraria execução coercitiva de contrato e, portanto, uma ação estatal, a qual violaria o devido processo legal. Contudo, a tese foi rechaçada pela Suprema Corte que, por maioria, entendeu que muitas funções exercidas tradicionalmente pelo Estado não são a ele reservadas.⁷²⁶

Como se pode perceber, a doutrina da *state action* peca gravemente não só pela falta de parâmetros para sua aplicação, mas também por deixar a descoberto diversas situações de ofensa a direitos fundamentais perpetradas por particulares contra particulares. Tal observação ganha ainda mais relevo pelo fato de que, hodiernamente, cada vez mais, grandes empresas, grupos econômicos e até mesmo pessoas se equiparam ao Estado, quando não o superam, no cometimento de violações aos direitos fundamentais.

4.3.2 Teoria da eficácia indireta ou mediata

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*) foi desenvolvida originalmente na Alemanha, em 1956, por Günter Dürig e conta como principal adepta a Corte Constitucional daquele país, sendo também a teoria mais aceita pelos seus doutrinadores. Trata-se de uma teoria intermediária entre a que defende a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais entre os particulares e aquela que nega a sua incidência na esfera privada.⁷²⁷

Embora reconheça a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a teoria da eficácia mediata afirma que essa dimensão não acarreta na incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas apenas na necessidade de que sejam levados em conta pelo Poder Legislativo na criação de leis, assim como pelo Poder Judiciário quando da interpretação das normas de direito privado.⁷²⁸

Segundo essa teoria, os direitos fundamentais não se destinariam a

⁷²⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2008, p. 175.

⁷²⁷ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 210.

⁷²⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2008, p. 160.

resolver diretamente conflitos de direito privado, passando ao largo da legislação ordinária. Especificamente, seria de competência do legislador, em primeiro lugar, a tarefa de concretizá-los no âmbito das relações privadas. Quando assim não for, de forma clara e expressa, sua aplicação deve realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico, sendo um destes meios as cláusulas gerais (*Generalklauseln*), tais como bons costumes, boa-fé e moral, que funcionam como instrumento de irradiação e servem de porta de entrada (*Einbruchstelle*) dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado.⁷²⁹

Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade é enfático ao afirmar que, os preceitos constitucionais, quando muito, serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados passíveis de concretização, clarificando-os (*Wertverdeutlichung*), acentuando ou desacentuando certos elementos do seu conteúdo (*Wertakzentuierung*, *Wertverschärfung*), ou ainda, em casos extremos, para preencher as lacunas (*Wetschutzlückenschliessung*), mas sempre dentro do espírito do direito privado.⁷³⁰

Ao Poder Judiciário sobrar, ainda, o papel de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos, tarefa confiada exclusivamente às Cortes Constitucionais nos países como Alemanha, Espanha e Itália, onde, ao contrário do Brasil, o controle de constitucionalidade é apenas concentrado. Somente em casos excepcionais, de lacuna no ordenamento privado e de inexistência de cláusula geral ou conceito indeterminado que possa ser interpretado conforme a Constituição, é que seria permitido ao juiz aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações entre particulares.⁷³¹ Ou seja, para essa teoria sempre há a necessidade de um órgão estatal atuar como intermediário da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, pois é o Estado o verdadeiro destinatário desses direitos.⁷³²

Conforme anota Daniel Sarmento, o principal argumento de Günter Dürig para defender a teoria mediata seria a necessidade de se respeitar a autonomia privada dos indivíduos, aos quais deve ser ressalvada a possibilidade de renunciarem a direitos fundamentais em

⁷²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. 2013, p. 9. No mesmo sentido, cf. ALEXY, Robert. 2008, p. 528.

⁷³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. 2001, p. 276-277.

⁷³¹ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 214.

⁷³² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2008, p. 160.

suas relações, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público. Caso não haja essa ressalva, os adeptos desta teoria argumentam que o direito privado restaria desconfigurado, transmutando-se em mera concretização do direito constitucional. Além disso, a adoção da teoria rival, ou seja, da eficácia direta ou imediata, a qual será analisada adiante, acarretaria na outorga de poderes extravagantes ao Poder Judiciário, uma vez que o elevado grau de indeterminação das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais conduziria a um indesejável aumento da discricionariedade dos juízes.⁷³³

Contudo, Ingo Wolfgang Sarlet adverte que, até mesmo os adeptos da teoria da eficácia indireta têm reconhecido, via de regra, uma eficácia direta no caso de entidades particulares dotadas de poder social, ou seja, quando configurada uma relação caracterizada por uma desigualdade de poder significativa, capaz de afetar inequivocamente a paridade entre as partes da relação jurídico-privada. Desse modo, por se tratar de uma situação semelhante a que se observa no âmbito das relações entre particular e Estado, os adeptos da teoria da eficácia indireta, entre eles o próprio Günter Dürig e, também Konrad Hesse, costumam admitir, ainda que excepcionalmente, uma vinculação direta nesses casos.⁷³⁴

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, principais defensores dessa teoria no Brasil, esclarecem, com propriedade, que:

[...] o critério decisivo para a aplicação da teoria do efeito horizontal não é uma desigualdade geral e de cunho material (ricos vs. Pobres, empregados vs. Empregadores, empresas vs. Consumidores etc.), mas “uma desigualdade de posições no interior de uma relação jurídica” que deve ser avaliada e comprovada concretamente em cada caso.⁷³⁵

Essa é uma das razões pelas quais defende-se neste trabalho a tese de que o tema “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” ainda necessita de muito amadurecimento no ordenamento jurídico brasileiro, seja por parte da doutrina, seja por parte da jurisprudência. Dado a infinidade de relações nas quais pode haver controvérsias sobre a vinculação dos particulares aos direitos

⁷³³ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 210-212.

⁷³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. 2000, p. 21 *et seq.*

⁷³⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: RT, 2009, p.101.

fundamentais, soa um tanto temerário advogar em favor de uma ou outra teoria de forma absoluta, questão esta que será retomada no item conclusivo dessa seção.

Com efeito, o *leading case* de aplicação da teoria mediata ou indireta é o já citado caso Lüth, julgado pela Corte Constitucional da Alemanha em 1950, ainda que não se discutisse naquela ocasião qualquer assimetria de poder entre os litigantes. Como visto linhas atrás, Erich Lüth, diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, sustentou boicote público contra o filme *Unsterbliche Gelibte* (amada imortal), de cunho notoriamente anti-semita, o qual fora dirigido pelo cineasta Veit Harlan. Harlan logrou decisão do Tribunal estadual de Hamburgo no sentido de determinar que Lüth se abstinhasse de conchamar o boicote contra o referido filme com base no § 826 do Código Civil alemão, segundo o qual "aquele que causa dano a outro, de maneira ofensiva aos bons costumes, está obrigado a repará-lo".

Ao dar provimento ao recurso constitucional interposto por Lüth, a Corte Constitucional enfatizou que decisões de tribunais civis, com base em leis gerais de natureza privada, podem lesar o direito de livre manifestação de opinião consagrado no art. 5º, I, da Lei Fundamental. Desse modo, os tribunais ordinários estariam obrigados a levar em consideração o significado dos direitos fundamentais em face dos bens juridicamente tutelados pelas leis gerais, o que não foi observado pelo Tribunal estadual ao desconsiderar direito de liberdade de expressão de Lüth em confronto com o interesse privado de Harlan.⁷³⁶

Como se pode perceber, a bem da verdade, o provimento ao recurso de Lüth se deu como base na técnica de interpretação conforme à Constituição realizada pela Corte Constitucional em relação ao conceito de "bons costumes" previsto no § 826 do Código Civil alemão, o que já poderia ter sido realizado pelo Tribunal estadual.

Tal constatação constitui parte da crítica doutrinária a respeito da teoria da eficácia mediata ou indireta, por considerá-la supérflua e desnecessária, justamente por conduzir à noção de "interpretação conforme à Constituição".

Daniel Sarmiento aponta outras críticas doutrinárias dirigidas à essa teoria, entre elas a de que a impregnação do direito privado pelos valores constitucionais pode corroer o princípio da legalidade, aumentando a indeterminação, a discricionariedade e a insegurança na aplicação das

⁷³⁶ Para uma análise de outros casos envolvendo a aplicação da teoria mediata ou indireta, cf. ALEXY, Robert. 2008, p.539-540. MENDES, Gilmar Ferreira. 2013, p. 9-11. SARMENTO, Daniel. 2008, p. 216-217.

normas civis.⁷³⁷ Por outro lado, também critica-se a teoria por supostamente não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais nas relações privadas, que ficaria dependente do humor do legislador ordinário.⁷³⁸

Gilmar Mendes, em recente artigo, escrito em 2013, não indica com firmeza preferência por qualquer das teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Contudo, o autor aponta as críticas que o entendimento da Corte Constitucional alemã tem recebido, sendo que, além da eventual desnecessidade dessa teoria, haveria também, como motivo para refutá-la, a sua débil fundamentação dogmática. Segundo o autor:

[...] afirma-se que a doutrina da eficácia mediata dos Direitos Fundamentais no âmbito das relações privadas padece dos mesmos problemas da jurisprudência sobre Constituição enquanto ordem valorativa (*Wertordnungsrechtprechung*). A ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta, senão impossibilita, uma decisão clara sobre os valores que não de prevalecer em uma dada situação de conflito. A incerteza quanto aos critérios de ponderação e a existência de múltiplos critérios quase permitiriam afirmar que uma orientação pelos valores básicos poderia fundamentar qualquer decisão.⁷³⁹

Tais críticas, com todo o respeito devido aos seus defensores, parecem padecer de um mal comum, qual seja, o de que todas elas podem ser direcionadas, ainda que em certa medida, à teoria rival da eficácia imediata ou direta, conforme se observará no item que segue.

4.3.3 Teoria da eficácia direta ou imediata

Assim como a teoria da eficácia mediata, a teoria da eficácia

⁷³⁷ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 219.

⁷³⁸ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 219. Nesse sentido, cf. VEGA GARCÍA, Pedro de. Dificuldades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (em caso de la eficácia horizontal de los derechos fundamentales). In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 272.

⁷³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. 2013, p. 11.

imediate ou direta também parte do pressuposto de que os direitos fundamentais “[...] expressam uma ordem de valores objetiva, cujos efeitos normativos alcançam todo o ordenamento jurídico, no âmbito do que se convencionou denominar de eficácia irradiante”.⁷⁴⁰

A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas foi desenvolvida e sustentada inicialmente por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50 do século XX na Alemanha e, posteriormente, adotada e reforçada por Walter Leisner, este último autor de profícua tese de cátedra sobre o tema.⁷⁴¹

De acordo com essa teoria, a concepção de uma eficácia direta nas relações entre particulares encontra embasamento no argumento segundo o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas expressando valores aplicáveis a toda a ordem jurídica, como consequência do princípio da unidade da ordem jurídica, assim como em razão do postulado da força normativa da Constituição, não se poderia aceitar que o direito privado viesse a formar uma espécie de gueto à margem da Constituição, sendo inadmissível uma vinculação exclusivamente do Poder Público aos direitos fundamentais. Desse modo, conforme assevera Ingo Wolfgang Sarlet, “Nipperdey chegou a sustentar aquilo que denominou de eficácia absoluta dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado e das relações entre particulares”.⁷⁴²

Embora concorde com o entendimento da Corte Constitucional no sentido de que a Lei Fundamental é uma ordem objetiva de valores, Hans Carl Nipperdey não compartilha da ideia de que o efeito irradiante dos direitos fundamentais atinge as relações privadas por meio das cláusulas gerais do direito civil, conforme restou decidido no caso Lüth, pois para o autor:

A ordem jurídica forma uma unidade. E todo direito só disciplina com base e no marco da Constituição [...]. Para que os direitos fundamentais, como normas objetivas, possam reger o direito privado, não requer-se nenhum meio, nenhum *ponto de infiltração*, como pretendem ser as cláusulas gerais. Bem ao contrário, o efeito jurídico é uno, direto e normativo, que modifica ou regenera as normas jurídico-privadas existentes, sejam direito

⁷⁴⁰SARLET, Ingo Wolfgang. 2000, p. 21.

⁷⁴¹SARMENTO, Daniel. 2008, p. 219.

⁷⁴²SARLET, Ingo Wolfgang. 2000, p. 9.

imperativo ou dispositivo, cláusulas gerais ou normas jurídicas determinadas, trata-se de proibições, mandatos, direitos subjetivos, direitos de proteção ou causas de justificação.⁷⁴³

Com efeito, o Tribunal Federal do Trabalho alemão, presidido pelo próprio Hans Carl Nipperdey, adotou essa teoria em algumas oportunidades, sendo notável o caso, julgado em 1957, no qual reconheceu, exclusivamente com base em preceitos constitucionais, sem invocar qualquer dispositivo da legislação trabalhista, a invalidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado, caso estas viessem a contrair matrimônio.⁷⁴⁴

Embora tenha sido pouco aceita na Alemanha a teoria da eficácia direta é majoritariamente acolhida pela doutrina de países como Espanha⁷⁴⁵, Portugal⁷⁴⁶ e Brasil.⁷⁴⁷

A jurisprudência das Cortes Constitucionais da Espanha e

⁷⁴³ LUDWIG, Ennecerus; NIPPERDEY, Hans Carl. *Allgemeiner teil des bürgerlichen rechts*. Tbingen: Mohr, 1959 *apud* PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2008, p. 159.

⁷⁴⁴ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 221.

⁷⁴⁵ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 222. Defendendo esta teoria na Espanha, o autor (2008, p. 222) cita as seguintes obras: NARANJO, Rafael de la Cruz. *Los limites de los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 199. QUADRA-SALCEDO, Tomás. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1981, p.70. BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: analisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, 349-382. PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 22-23.

⁷⁴⁶ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 226-230. Defendendo esta teoria em Portugal, o autor (2008, p. 226-230) cita as seguintes obras: CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 144. ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 94-113. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 137.

⁷⁴⁷ Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2008, p. 181-190. SARLET, Ingo Wolfgang. 2000, p. 25-34. SARMENTO, Daniel. 2008, p. 244-245. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; BUNCHAFI, Maria Eugênia. *A eficácia direta dos direitos*

Portugal, contudo, não é conclusiva em favor ou contra nenhuma das teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ao contrário da jurisprudência das Cortes Constitucionais da Itália e Argentina, por exemplo, que se manifestam favoravelmente à teoria da eficácia direta ou imediata.⁷⁴⁸

Na França, conforme assevera Jane Reis Gonçalves Pereira, os direitos fundamentais ainda são pouco invocados na solução de conflitos privados, em razão da tradição de apego à estrita legalidade cultivada pelo Judiciário Francês. Contudo, quando são invocados, os juízes e tribunais o fazem por meio de princípios gerais de direitos e conceitos como “ordem pública” e “bons costumes”, podendo-se dizer, por isso, que a jurisprudência francesa aproxima-se da teoria da eficácia indireta horizontal dos direitos fundamentais.⁷⁴⁹

O posicionamento da Corte Constitucional brasileira será analisado adiante, em item próprio.

Ressalte-se, contudo, que os adeptos da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de peculiaridades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em discussão frente a autonomia privada das partes envolvidas no caso. Como bem destaca Daniel Sarmento, não se trata de uma doutrina radical, que desconsidere por completo a autonomia privada no “tráfico jurídico-privado”.⁷⁵⁰

Juan Maria Bilbao Ubillos assevera que os direitos fundamentais referentes à personalidade (tais como os direitos à honra, à intimidade, à imagem, entre outros) seriam verdadeiros direitos absolutos, oponíveis *erga omnes* e cuja eficácia, por isso, é direta nas relações entre particulares.⁷⁵¹ Por outro lado, existem direitos que, pela sua própria natureza, só podem vincular o Estado, tal como os que incidem na esfera penal. Por isso, não existiria uma homogeneidade entre todos os direitos fundamentais, tornando-se imperiosa uma análise de cada direito fundamental para verificar a existência e a extensão de sua eficácia horizontal, bem como a necessidade de se ponderar, em cada caso, o

fundamentais nas relações entre particulares. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 86, p. 11-13, jan. 2014 (versão online). SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição aberta e direitos fundamentais do homem*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 246.

⁷⁴⁸ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 232-236.

⁷⁴⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2008, p. 217-218.

⁷⁵⁰ Nesse sentido, cf. QUADRA-SALCEDO. 1981, p.70.

⁷⁵¹ BILBAO UBILLOS, Juan María. 1997, 730.

direito fundamental com a autonomia privada do particular. O autor, acertadamente, ainda afirma que, quanto maior a desproporcionalidade de força entre os particulares, mais intensa deve ser eficácia dos direitos fundamentais.⁷⁵²

Em situações envolvendo a aplicação de cláusulas contratuais em relações paritárias, Daniel Sarmento, parecendo neste ponto distanciar-se da teoria da eficácia direta, da qual é adepto, afirma ser “[...] possível discutir até que ponto é legítimo que os direitos fundamentais representem uma proteção da pessoa contra si mesma”.⁷⁵³

Ao discorrer sobre a eficácia imediata por intermédio da atuação dos juízes, J. J. Gomes Canotilho afirma que, mesmo vinculados primeiramente pela mediação legal dos direitos, os juízes devem também dar operabilidade prática à função protetiva dos direitos, liberdades e garantias⁷⁵⁴, o que, segundo o autor, deve ocorrer da seguinte forma:

- a) Em primeiro lugar, devem fazer uma aplicação do direito privado legalmente positivado em conformidade com os direitos fundamentais pela via da interpretação conforme a Constituição.
- b) Se a interpretação conforme os direitos, liberdades e garantias for insuficiente cabe sempre na competência dos tribunais a desaplicação da lei (por inconstitucional) violadora dos direitos (subjectvos) ou dos bens constitucionalmente garantidos pelas normas consagradoras de direitos fundamentais.
- c) A interpretação conforme os direitos, liberdades e garantias das normas de direito privado utilizará como instrumentos metódicos não apenas as clássicas cláusulas gerais ou conceitos indeterminados (ex.: boa fé, abuso de direito) mas também as próprias normas consagradoras e defensoras de bens jurídicos absolutos (vida, liberdade). Trata-se, pois, de uma concretização de bens jurídicos constitucionalmente protegidos através de *normas de decisão* judiciais (captadas ou

⁷⁵² BILBAO UBILLOS, Juan María. 1997, 358-369.

⁷⁵³ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 281.

⁷⁵⁴ Registre-se que a Constituição de Portugal de 1976 consagrou a vinculação dos particulares apenas aos direitos, liberdades e garantias, excluindo, em princípio, os direitos prestacionais.

<<extrinsecadas>> por interpretação-integração pelo direito judicial).⁷⁵⁵

Além da ordem subsidiária de aplicação dos direitos fundamentais apresentada, J. J. Gomes Canotilho, em adição ao intermédio realizado pelas cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, método próprio da teoria da eficácia mediata, defende a eficácia direta apenas em relação às normas que protegem os direitos absolutos, como a vida e liberdade, o que dificilmente seria contestado por qualquer defensor da teoria rival da eficácia mediata. O que se pretende com esta observação é reafirmar o nível de nebulosidade que cerca a matéria⁷⁵⁶ e que ajuda a alimentar a tese dos que advogam em favor da superfluidade e desnecessidade da teoria rival. Em verdade, não é o afastamento da teoria da eficácia mediata ou indireta que se faz necessário, mas sim o amadurecimento do debate no Brasil, a fim de evitar equívocos absolutistas em prol desta ou daquela teoria, com base em interpretações da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se verá mais à frente. Mormente em tempos atuais, em que a temática do respeito aos precedentes jamais esteve em tanta evidência.

O trecho transcrito acima, como se pode ver, foi extraído da 7ª edição da obra clássica de J. J. Gomes Canotilho, publicada em 2003, na qual o Mestre de Coimbra mantém o posicionamento que já vinha adotando nas edições anteriores de sua obra em prol da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Contudo, curiosamente, em artigo publicado em 2001, J. J. Gomes

⁷⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003, p. 1292.

⁷⁵⁶ Essa nebulosidade também aparece quando Daniel Sarmiento (2008, p. 250-251), defensor da teoria da eficácia horizontal direta afirma que: “Afim de contas, o legislador democrático desfruta da legitimidade haurida da eleição popular, e suas manifestações encarnam a autonomia pública do cidadão, que deve ser respeitada. Por isso, a prioridade na concretização dos direitos fundamentais é, de fato, do legislador, razão pela qual as normas jurídicas, inclusive as do Direito Privado, gozam de presunção de constitucionalidade. Assim, os juízes devem aplicar tais normas na resolução dos casos concretos que envolvam direitos fundamentais, e só podem afastar-se delas se lograrem demonstrar a sua inconstitucionalidade. Neste caso, pesará sobre eles o ônus da argumentação. Todavia, isto não obsta a aplicação direta da Constituição aos casos concretos, quando inexistir regra ordinária específica tratando da matéria, ou quando a aplicação da mesma revelar-se em descompasso com normas e valores constitucionais”.

Canotilho, demonstrando incerteza sobre a correção da teoria da eficácia direta, asseverou que:

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia direta dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de autorregulação civil, evitando transformar-se em ‘direito de não liberdade’ do direito privado. A nosso ver, o problema não está apenas nos perigos que espreitam as duas ordens – constitucional e civil – quando se insiste na conformação estrita e igualitarizante das relações jurídicas privadas pelas normas constitucionais. Em causa está também o problema de saber se o apego à *Drittwirkung* não transporta um *pathos* ético e jurídico profundamente desconhecedor das rupturas pós-modernas. Propomos, assim, uma breve suspensão reflexiva sobre este tópico.⁷⁵⁷

Não é por outra razão que autores como Jorge Miranda⁷⁵⁸ e Paulo Gonet Branco⁷⁵⁹ tenham optado por não se manifestar favoravelmente a nenhuma das teorias.

⁷⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 113.

⁷⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 290-296 *apud* SARMENTO, Daniel. 2008, p. 230.

⁷⁵⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar *et al.* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 175.

Por outro lado, adotando posições intermediárias, encontram-se José Carlos Vieira de Andrade e André Ramos Tavares. Este admitindo a eficácia direta nas relações privadas exclusivamente “em situações de absoluta omissão do legislador”⁷⁶⁰ e aquele, somente quando, via de regra, presente a assimetria de poder entre as partes.⁷⁶¹

Muito diferente dos citados doutrinadores é o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet, um dos principais defensores da teoria da eficácia direta na doutrina nacional, para quem, inclusive:

[...] importa firmar posição no sentido de que todos os direitos fundamentais (mesmo os assim denominados direitos a prestações) são, ademais, eficazes (vinculantes) no âmbito das relações entre particulares, inexistindo, em princípio, distinção entre os direitos de cunho defensivo e os direitos prestacionais, em que pese o seu objeto diverso e a circunstância de que os direitos fundamentais do último grupo possam até vincular, na condição de obrigado, em primeira linha os órgãos estatais. Com efeito, consoante já tivemos oportunidade de afirmar, não vislumbramos razão para afastar, desde logo, uma vinculação direta dos particulares - seja qual for a natureza do direito fundamental em questão - a não ser quando se cuide de direitos fundamentais que tenham por destinatário precípua o Poder Público.⁷⁶²

O autor, como se pode ver, advoga em favor de uma eficácia direta dos particulares até mesmo no tocante aos direitos fundamentais sociais (prestacionais). Contudo, reafirmando o que aqui já se disse sobre a nebulosidade que paira sobre o tema, verifica-se uma leve contradição no excerto transcrito acima. Isso porque, num primeiro momento, o autor afirma que essa eficácia direta prevalece ainda que figure na condição de obrigado, em primeira linha, órgão estatal, mas, logo em seguida defende existir razão para afastar essa eficácia quando se cuide de direito fundamental que tenha por destinatário precípua o Poder Público. Não bastasse isso, em trecho conclusivo do mesmo artigo, Ingo Wolfgang

⁷⁶⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 501.

⁷⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. 2001, p. 257-267.

⁷⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. 2000, p. 29-30.

Sarlet adota postura ligeiramente distinta, mas de forte implicância teórica, ao aduzir que:

[...] à exceção dos direitos que têm por destinatário apenas os órgãos estatais, todas as demais normas jusfundamentais (mesmo os assim denominados direitos a prestações) vinculam, de alguma forma, diretamente os sujeitos particulares.⁷⁶³

Com efeito, defender a tese de que os direitos fundamentais prestacionais vinculam diretamente os particulares, nos termos propostos por Ingo Wolfgang Sarlet, ainda traz um problema secundário ao intérprete, qual seja, o de identificar quais normas jusfundamentais dessa natureza possuem como destinatário exclusivo, ou apenas precípua, o Poder Público. Importante ressaltar, nesse sentido, o entendimento contrário de Wilson Steinmetz, para quem os direitos fundamentais sociais, à exceção daqueles aplicáveis às relações de trabalho, sequer vinculam os particulares.⁷⁶⁴ Este trabalho, contudo, não é o campo ideal para dirimir essas questões, que ficam postas apenas para reflexão.

Atento às peculiaridades até aqui expostas e conferindo um mínimo de sistematização da matéria, Wilson Steinmetz classifica a eficácia direta ou imediata em três intensidades:

Segundo a versão forte, nas relações entre particulares, os direitos fundamentais operam eficácia geral, plena e indiferenciada; em uma expressão, eficácia absoluta. Essa versão é atribuída a Nipperdey. Conforme a versão fraca, os direitos fundamentais operam eficácia imediata entre particulares, sobretudo nas relações marcadas pela desigualdade fática, quando, de um lado, está um particular em posição de supremacia econômica e/ou social. Por fim, há uma versão intermediária, segundo a qual a eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares é imediata, porém não é ilimitada, incondicionada e indiferenciada. Se o problema da eficácia de normas se apresenta como um problema de colisão de direitos fundamentais, então a solução deve

⁷⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. 2000, p. 31.

⁷⁶⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 274-283.

resultar da aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo especial do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens), terceiro elemento ou *test* do princípio da proporcionalidade.⁷⁶⁵

Atento às objeções feitas à teoria da eficácia direta, no sentido de que a necessidade de ponderações pode gerar riscos à segurança jurídica pelo subjetivismo que lhe é inerente, Daniel Sarmento assevera que:

Por outro lado, existem várias formas e fórmulas para reduzir a incerteza decorrente da aplicação judicial de normas constitucionais abertas, como as que consagram os direitos fundamentais. Muito importante, neste particular, é o paulatino estabelecimento de *standards* para aplicação de cada direito fundamental nas relações privadas, com a identificação dos casos em que sua incidência deve prevalecer sobre a autonomia privada dos particulares, bem como aqueles onde deve ocorrer o contrário. São as chamadas “relações de precedência condicionada entre princípios” a que aludiu Robert Alexy, ao tratar da ponderação de interesses, que a doutrina e a jurisprudência, na ausência da lei, vão consolidando, reduzindo com isso as margens residuais de subjetividade nas futuras decisões sobre questões semelhantes.⁷⁶⁶

⁷⁶⁵ STEINMETZ, Wilson. 2004, p. 169.

⁷⁶⁶ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 253. O próprio autor (2008, p.271-272) reconhece que “De fato, se, por um lado a jurisprudência pátria vem caminhando para o reconhecimento de uma ampla eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, por outro, ela o tem feito praticamente sem qualquer fundamentação jurídica. As decisões parecem basear-se mais numa intuição de justiça dos juízes do que numa argumentação dogmática sólida. É preciso avançar neste ponto, para construir alicerces mais firmes na nossa matéria, tornando a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado intersubjetivamente controlável, e, na medida do possível, relativamente independente dos humores e das inclinações espirituais e ideológicas dos magistrados. Afinal, se há muitos juízes bons, justos e equilibrados, há outros tantos que não o são, e os direitos fundamentais não podem ficar à mercê do psiquismo e da formação moral de quem quer que seja”.

Contudo, sempre levando em consideração a realidade, não se pode perder de vista que, esses *standards* só existirão e poderão ser assim chamados quando existente uma cultura de respeito aos precedentes, o que ainda não é realidade no Brasil, como já se viu.

Enfim, sob qualquer prisma que se analise essas teorias, perceber-se-á que o tema está longe de consolidar contornos claros e objetivos capazes de orientar a prática jurídica de forma segura, sendo bem vindas ao debate todas as teorias que lhe são pertinentes. Assim, é nesse jaez que serão analisadas brevemente as teorias da convergência estatal e dos deveres de proteção, as quais, embora de difícil aceitação no Brasil, podem fornecer subsídios aos operadores jurídicos na refutação de teses absolutistas em prol desta ou daquela teoria, ou, mais precisamente, para impugnar a suposta pacificação da Corte Suprema brasileira em favor da teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, tema a ser revisitado com maior profundidade no item 4.3.5.

4.3.4 Teoria dos deveres de proteção e teoria da “convergência estatista”

Paralelamente à controvérsia que envolve às teorias da eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, encontram-se as teorias dos deveres de proteção, ou dos imperativos de tutela, e a teoria da convergência estatista, ambas surgidas na Alemanha e mais próximas da teoria mediata do que da teoria imediata.

A teoria dos deveres de proteção surgiu na jurisprudência alemã como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e tem como seus maiores expoentes Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris. Esta teoria está ligada à ideia de que o Estado não tem a obrigação apenas de abster-se de violar os direitos fundamentais, mas também de proteger os particulares contra lesões e ameaças a esses direitos que provenham de outros particulares.⁷⁶⁷

De acordo com Claus-Wilhelm Canaris, atualmente, a teoria dos imperativos de tutela, ou dos deveres de proteção, é a construção dogmática mais aceita pela doutrina e jurisprudência alemã. Em princípio, somente o Estado e seus órgãos são destinatários das normas de direitos fundamentais e, por consequência, somente as ações estatais, normativas e fáticas seriam passíveis de legítimo controle com base nos direitos

⁷⁶⁷ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 236.

fundamentais. Portanto, em princípio, os entes privados não são destinatários de normas de direitos fundamentais e, conseqüentemente, seus atos, inclusive negócios jurídicos e atos ilícitos, não estão sujeitos a um controle imediato e direto sob parâmetros de direitos fundamentais. Contudo, o próprio Claus-Wilhelm Canaris reconhece que, excepcionalmente, os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações entre particulares, citando como exemplo o art. 9º, n. 3, 2ª frase da Lei Fundamental alemã, que prescreve serem nulos os acordos que restrinjam ou tratem de impedir o direito de constituir associações para defender e promover as condições econômicas de trabalho, e ilícitas as medidas tomadas com esse fim. O que realmente afasta o autor alemão da teoria da eficácia imediata é a compreensão de que uma generalização da eficácia direta para a totalidade dos direitos fundamentais conduziria a uma grave interferência na autonomia das partes.⁷⁶⁸

Ao discorrer sobre a teoria dos imperativos de tutela, Wilson Steinmetz ensina que, se no plano das relações entre particulares e Estado os poderes públicos estão vinculados aos direitos fundamentais como proibição de intervenção (função de defesa), juntamente com a proibição de excesso, definida pelo princípio da proporcionalidade, no plano das relações entre particulares, o Poder Público, especificamente os Poderes Legislativo e Judiciário, estão vinculados aos direitos fundamentais como imperativos de tutela, combinada com a proibição de insuficiência. Ou seja, se na função de proibição de intervenção dos direitos fundamentais, é inconstitucional a ação que viola a proibição de excesso, na função de imperativos de tutela é inconstitucional a omissão do Poder Legislativo e/ou do Poder Judiciário que acarretou uma proteção insuficiente, abaixo do mínimo exigido pela Constituição.⁷⁶⁹

Como exemplo de aplicação da teoria dos deveres de proteção, cita-se importante decisão proferida pela Corte Constitucional alemã, em 1990, na qual pela primeira vez declarou-se a inconstitucionalidade de uma norma jurídico-privada em virtude de conflitar com o dever de proteção da liberdade de profissão contra autolimitações contratuais. Em síntese, com base na norma contida no § 90, a, II, do Código Comercial da Alemanha, um representante comercial poderia ser contratualmente

⁷⁶⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 53-58 *apud* STEINMETZ, Wilson. *Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol. 23, p. 3-7, jul. 2005 (versão *online*).

⁷⁶⁹STEINMETZ, Wilson. 2005, p. 3.

impedido de exercer, por até dois anos, qualquer atividade para a concorrência no território alemão, sem qualquer tipo de indenização, em caso de rescisão, por sua culpa, de contrato de representação comercial. A Corte Constitucional considerou que a decisão da jurisdição ordinária, que deu ganho de causa ao empreendedor na demanda promovida contra o representante que descumpriu a cláusula contratual limitativa, acabou também desconsiderando o direito fundamental à liberdade de profissão e o correspondente dever de proteção do Estado.⁷⁷⁰

Com efeito, Daniel Sarmento salienta que:

Na verdade, a teoria dos deveres de proteção baseia-se na ideia de que a conciliação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais deve incumbir ao legislador e não ao judiciário. Ela resguarda, no entanto, a possibilidade de intervenção do Judiciário, através do controle de constitucionalidade das normas do Direito Privado, quando o legislador não proteger adequadamente o direito fundamental em jogo, bem como quando ele, agindo de modo inverso, não conferir o devido peso à proteção da autonomia privada dos particulares.⁷⁷¹

Essa concepção, como se pode ver, não só aproxima a definição da teoria dos deveres de proteção com a teoria da eficácia mediata, como possibilita até mesmo uma confusão entre ambas. E realmente as diferenças entre as duas teorias parecem situar-se mais no campo teórico do que no prático. Isso porque, ao apontar o Estado como único destinatário dos direitos fundamentais e responsável pelo dever de proteção desses direitos nas relações entre particulares, sendo este o seu diferencial marcante, o que a teoria dos imperativos de tutela prescreve aproxima-se por demais dos efeitos práticos da teoria da eficácia mediata, a qual, como visto, não limita a penetração dos direitos fundamentais às cláusulas gerais e conceitos indeterminados.

Veja-se, como exemplo, o multicitado caso Lüth, em que a Corte Constitucional alemã, embora tratando da interpretação do conceito de “bons costumes” previsto no § 826 do Código Civil alemão, deixou consignado que os tribunais ordinários estariam obrigados a levar em consideração o significado dos direitos fundamentais em face dos bens

⁷⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. 2000, p. 41-42, nota 52.

⁷⁷¹ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 239.

juridicamente tutelados pelas leis gerais, o que não foi observado pelo Tribunal estadual ao desconsiderar o direito de liberdade de expressão de Lüth em confronto com o interesse privado de Harlan. Ou seja, já naquela oportunidade reconheceu-se um dever de proteção por parte do Poder Judiciário.

Nesse sentido, Wilson Steinmetz afirma que, ao considerar que a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela constitui uma explicação dogmática convincente para a eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, Claus-Wilhelm Canaris dá a entender que, “em última análise, teoria da eficácia mediata e função de imperativos de tutela são apenas variações de uma mesma construção dogmática”.⁷⁷²

Caminhando ao lado dessa teoria, mas de forma ainda mais forte no tocante à responsabilidade do Estado pela salvaguarda dos direitos fundamentais, encontra-se a teoria da convergência estatal que, para Jane Reis Gonçalves Pereira, trata-se de uma versão extremada da teoria dos deveres de proteção, e cujo precursor é o alemão Jürgen Schwabe.⁷⁷³

De acordo com essa teoria, o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais não passa de um problema aparente. Isso porque, toda lesão a algum direito fundamental ocorrida entre particulares deveria ser imputada ao Estado, uma vez que a lesão seria, em verdade, resultado de uma permissão ou de uma não-proibição estatal. Se o Estado, principalmente por meio da legislação e da jurisdição, não proíbe ou consegue evitar uma violação de direito fundamental entre particulares, então o Estado permite. E, se permite, é ele o responsável direto por essas ofensas, de modo que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas deve resolver-se como direitos de defesa contra o Estado.⁷⁷⁴

Para Jürgen Schwabe, a discussão em torno da eficácia direta ou indireta nas relações privadas seria irrelevante, pois a aplicação dos direitos fundamentais nessa esfera decorreria do próprio caráter estatal do direito privado, não havendo que se cogitar, portanto, de uma eficácia horizontal.⁷⁷⁵

⁷⁷² STEINMETZ, Wilson. 2005, p. 11, nota 7. De forma diversa, Daniel Sarmiento (2008, p. 254-255) afirma que a teoria dos deveres de proteção e a teoria da eficácia direta “reforçam-se mutuamente e podem ser reconduzidas a um denominador comum”.

⁷⁷³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2008, p. 162.

⁷⁷⁴ STEINMETZ, Wilson. 2005, p. 2.

⁷⁷⁵ MENDES, Gilmar. 2013, p. 12.

A teoria da convergência estatista, por razões muito claras, não ficou livre de críticas, pois, se se clama por uma ordem jurídica liberal, onde os indivíduos tenham a maior liberdade possível frente ao Estado, não se pode nessa mesma ordem jurídica imputar a ele, o Estado, a responsabilidade por todos os atos advindos de indivíduos livres que violem direitos fundamentais de outros particulares. Há, no mínimo, uma incoerência nessa teoria.

Nesse sentido, Claus-Wilhelm Canaris afirma que, numa ordem jurídica fundada no princípio da liberdade, deve-se partir do pressuposto de que, nas relações privadas, o que não for proibido é permitido. Assim, não haveria como aceitar o argumento de que a ausência de regulamentação estatal implica uma autorização para a violação a direitos fundamentais de terceiros, pois, em se acolhendo esta concepção, estar-se-ia, na verdade, admitindo-se que toda lesão advinda de um particular esteja fundada numa delegação estatal, o que contrastaria com o princípio da liberdade.⁷⁷⁶

Ingo Wolfgang Sarlet, com apoio na doutrina de Klaus Stern, Albert Bleckmann e do próprio Claus-Wilhelm Canaris, ainda aponta outra crítica incisiva contra a teoria da convergência estatista, ao afirmar que ela desconsidera a circunstância de que, principalmente nas relações negociais, os particulares atuam por vontade própria, no âmbito de sua autonomia privada e de seu direito de liberdade, de modo que não há se falar em delegação ou autorização estatal.⁷⁷⁷

Neste contexto, Albert Bleckmann aponta para a necessidade de distinguir as hipóteses nas quais se está diante de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, tal como se verifica quando uma cláusula contratual viola direito fundamental de uma das partes, das situações nas quais o juiz, ao interpretar o contrato e decidir pela sua validade ou nulidade, acaba por ferir algum direito fundamental de uma das partes, pois neste caso deve-se falar em agressão advinda do Estado-juiz.

Com efeito, autores como Gilmar Mendes⁷⁷⁸, Wilson Steinmetz⁷⁷⁹ e Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁸⁰ afirmam que a teoria da convergência estatista

⁷⁷⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. "Grundrechte und Privatrecht", *AcP (Archiv für die civilistische Praxis)* 184, 1984, p. 41 *apud* SARLET. Ingo Wolfgang. 2000, p. 18-19.

⁷⁷⁷ SARLET. Ingo Wolfgang. 2000, p. 19.

⁷⁷⁸ MENDES, Gilmar. 2013, p. 12.

⁷⁷⁹ STEINMETZ, Wilson. 2005, p. 11, nota 4.

⁷⁸⁰ SARLET. Ingo Wolfgang. 2000, p. 18.

assemelha-se à teoria norte-americana da *state action*, embora o último diga com todas as letras que não se deve “cometer o equívoco de equiparar as duas concepções”.

Contudo, com o devido respeito aos insígnies doutrinadores, parece mais acertada a opinião de Jane Reis Gonçalves Pereira, para quem a teoria da convergência estatista trata-se de uma versão extremada da teoria dos deveres de proteção.⁷⁸¹

Isso porque, de acordo com a teoria da *state action*, em linhas gerais, os direitos fundamentais vinculariam os particulares apenas quando presente alguma ligação ou influência do Estado sobre o ente privado violador. Por outro lado, na teoria da convergência estatista, a responsabilidade pela violação ao direito fundamental de um particular é sempre imputada ao Estado, independentemente de qualquer ligação fática que tenha com o ente privado violador dos direitos fundamentais, ou mesmo da existência de assimetria de poder entre as partes.

Enfim, embora as teorias dos deveres de proteção e da convergência estatista não recebam guarida no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode negar a importância de seus fundamentos para o enriquecimento do debate em torno da matéria. Principalmente pela mensagem que deixam sobre a responsabilidade do Estado, especialmente do Poder Judiciário, pela proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que muitas vezes é deixado para escanteio em prol de um apego frio à letra da lei.

4.3.5 A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a desconstrução de um dogma

A doutrina brasileira, como visto, tem se debruçado cada vez mais sobre a problemática envolvendo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, nas vezes que decidiu sobre a matéria, com raras exceções, o fez de forma rasa, sem adentrar nas questões doutrinárias atinentes às variadas teorias existentes.

Um dos casos pioneiros de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pelo Supremo Tribunal Federal referia-se à exclusão de associados de uma cooperativa pela Assembleia Geral, sem

⁷⁸¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2008, p. 162. Também discordando das semelhanças entre essas teorias, cf. SARMENTO, Daniel. 2008, p. 242, nota 135.

que lhes fosse oportunizada a chance de defesa, razão pela qual a Corte Suprema entendeu que teriam sido desatendidas as garantias do contraditório e da ampla defesa, restando violado, por isso, o devido processo legal. Eis a ementa do referido acórdão, prolatado em 30.04.1996:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INC. LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao STF exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.

COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.⁷⁸²

Ao comentar o referido acórdão, autores como Daniel Sarmiento⁷⁸³,

⁷⁸²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº158.215-4/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. 30.04.1996.

⁷⁸³SARMENTO, Daniel. 2008, p. 261.

Jane Reis Gonçalves Pereira⁷⁸⁴, Gilmar Mendes⁷⁸⁵, Eduardo Ribeiro Moreira e Maria Eugênia Bunchaft⁷⁸⁶ afirmam que o Supremo Tribunal Federal aplicou, neste caso, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, ainda que sem fazer nenhuma digressão a respeito de quaisquer uma das teorias.

Contudo, tal afirmação é passível de objeções. Primeiramente porque, no caso supracitado, a exclusão sumária dos associados se deu em razão de desafio lançado por eles mesmos, para que fossem julgados pela Assembleia, o que de fato ocorreu, culminando com sua expulsão, em contrariedade ao próprio Estatuto da Cooperativa, que previa a abertura de prazo para a apresentação de defesa. E de uma leitura mais atenta até mesmo da ementa do acórdão, que, neste caso em particular, inclusive, é mais esclarecedora do que o voto, pode-se concluir que foi justamente essa ofensa ao estatuto da Cooperativa, que é a lei da entidade, o que levou o Supremo Tribunal Federal a reformar o acórdão recorrido e julgar a demanda procedente para anular a exclusão dos associados, sendo a necessidade de observância ao devido processo legal, em última análise, fundamento acessório à conclusão do julgado.

Como se pode extrair da própria ementa do acórdão, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a existência de violação direta ao devido processo legal, o qual, inclusive, nas palavras do Tribunal, sempre deve pressupor “a consideração de normas estritamente legais”. A ofensa direta ocorreu frente ao estatuto da Cooperativa, aqui entendido como a “legislação comum”, tanto é que a conclusão da ementa é no sentido de impor a “Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa”.

Por outro lado, não se pode perder de vista que a relação travada entre os associados excluídos e a Cooperativa é marcada por uma assimetria de poder entre as partes, fato este que, como visto linhas atrás, até mesmo para alguns defensores da teoria da eficácia indireta, tais como Günter Dürig e Konrad Hesse, atrairia uma eficácia direta dos direitos fundamentais entre os particulares.

Por fim, outra característica da teoria da eficácia indireta e, também, da teoria dos deveres de proteção, presente neste julgado, consta do sucinto voto do Ministro Marco Aurélio, ao sustentar que,

⁷⁸⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. 2008, p. 177.

⁷⁸⁵ MENDES, Gilmar. 2013, p. 13.

⁷⁸⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro; BUNCHAFT, Maria Eugênia. A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 86, p. 11, jan. 2014 (versão online).

“O Colegiado de origem acabou por mitigar a garantia da ampla defesa, levando em conta o desafio lançado pelos Recorrentes no sentido de serem julgados pela Assembleia da Cooperativa”.

Fica claro, neste excerto, a preocupação do Ministro Marco Aurélio em ressaltar o dever do Poder Judiciário de afastar as violações aos direitos fundamentais dos particulares, mesmo quando o agente violador seja outro particular, sob pena de tornar-se, ele próprio, o causador da violação.

Essas observações, com o devido respeito ao entendimento contrário, dão ensejo à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal não aplicou claramente, no referido caso, a teoria da eficácia horizontal direta.⁷⁸⁷

No mesmo ano de 1996, o Supremo Tribunal Federal julgou outro caso envolvendo a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ao analisar pedido de um trabalhador brasileiro empregado da empresa estrangeira Air France, para que tivesse os mesmos direitos assegurados pelo Estatuto Pessoal da Empresa aos trabalhadores de nacionalidade francesa. Tratava-se do Recurso Extraordinário nº 161.243/DF, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, cuja ementa retrata bem o teor do decisório:

Constitucional.Trabalho.Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira: estatutos do pessoal desta: aplicabilidade ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. C.f. 1967, art. 153, § 1.º; C.F., 1988, art. 5.º, *caput*.

I - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F. 1967, art. 153, § 1.º; C.F., 1988, art. 5.º, *caput*). II - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional.

⁷⁸⁷ Também discordando de que o Supremo Tribunal Federal tenha adotado a teoria da eficácia direta e concluindo que a Corte não se filiou a nenhuma das correntes, cf. Paulo Gustavo Gonet Branco (2000, p. 180).

Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) - PR, Célio Borja, *RTJ* 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - RE conhecido e provido.⁷⁸⁸

Nesse julgado não houve digressões a respeito da incidência, ou não, dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas uma aplicabilidade direta do princípio da igualdade para conceder as mesmas vantagens concedidas aos funcionários franceses, aos funcionários brasileiros, afastando assim a validade do Estatuto do Pessoal da Empresa. Observe-se, por oportuno, que neste caso também estava presente a assimetria de poder entre as partes, principalmente porque trata-se de relação de subordinação.

O Supremo Tribunal Federal só veio a discutir expressamente as teorias da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no ano de 2005, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ, cujo relator para o acórdão foi o Ministro Gilmar Mendes. Tratava-se de recurso interposto pela União Brasileira de Compositores-UBC contra acórdão que manteve decisão de primeira instância, na qual se determinou a reintegração de associado excluído, sem que lhe fosse concedida a oportunidade de defesa. Nesse caso, diferentemente do Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS, comentado anteriormente, o associado foi excluído de acordo com o Estatuto da UBC, que não previa a abertura de prazo para defesa e produção de provas, mas meramente a designação pelo seu órgão deliberativo de uma comissão especial para apurar as infrações e concluir pela punição ou não do associado. Eis a ementa do julgado:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS.
UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES.
EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA
AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.
EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO
DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES
PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais
não ocorrem somente no âmbito das relações entre

⁷⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161.243/DF, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 29.10.1996.

o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica

e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.⁷⁸⁹

Primeiramente, importa ressaltar que a relatora originária desse recurso era a ministra Ellen Gracie, que votou pelo provimento do recurso, em suma, pelas seguintes razões:

Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles.

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor.

⁷⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ, relatora originária Min. Ellen Gracie e relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 11.10.2005.

Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC.

Frise-se, ainda, que a relatora foi acompanhada em seu voto pelo Ministro Carlos Velloso, que curiosamente havia sido o relator do acórdão do Recurso Extraordinário nº 161.243/DF, referente ao caso do funcionário da Air France, adotando aqui posição diversa no tocante à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Pois bem. Embora da leitura da ementa possa parecer que o Supremo Tribunal Federal adotou expressamente a teoria da eficácia direta, a fundamentação tanto do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, que abriu divergência ao voto da relatora originária, Ministra Ellen Gracie, como dos demais que lhe acompanharam, Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, leva à conclusão diversa. Isso porque, o fundamento determinante para que fosse aplicado o disposto no art. 5º, LV da CF/88 em detrimento do Estatuto da UBC, foi o fato de que esta associação é repassadora do numerário arrecadado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição-ECAD, que atua como “prestador de serviço público por delegação legislativa”, conforme restou consignado no julgamento da ADI 2.054/DF⁷⁹⁰, pelo voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence.

Fazendo menção ao quanto restou consignado na ADI 2.054/DF, o Ministro Gilmar Mendes, conclui sobre a UBC, que “[...] trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não-estatal”.⁷⁹¹

O que se pretende demonstrar com essas observações é que a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal, neste caso, aproxima-se muito mais da teoria americana da *state action* do que puramente da teoria da

⁷⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.054/DF, relator originário Min. Ilmar Galvão e relator para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, julgado em 02.04.2003.

⁷⁹¹ Nesse mesmo sentido, cf. o seguinte excerto da ementa do acórdão ora analisado: “O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88)”.

eficácia direta. Parcialmente no sentido do que ora se sustenta, mas sem mencionar a utilização da teoria da *state action*, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam que a consagração no acórdão, do efeito horizontal, nesse caso da UBC, possui a qualidade de *obiter dicta*, pois não influenciou a referida decisão. Para os autores, a ofensa ao princípio da ampla defesa foi reconhecida em razão de que a UBC exercia Poder Público. Logo, “[...] a vinculação ao direito fundamental da ampla defesa não decorria de um efeito horizontal, mas da clássica vinculação ‘vertical’ do Poder Público aos direitos fundamentais”.⁷⁹²

Some-se a tudo isso o fato de que, quando proferido o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, em 16.11.2004, ainda não estava em vigor a atual redação do art. 57 do Código Civil, segundo o qual: “A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto”.

Essa situação, frise-se, não escapou ao olhar atento do Ministro Celso de Mello que, ao acompanhar o relator e proferir o seu voto, em 11.10.2005, quando já em vigor a nova redação do referido dispositivo legal, deixou consignado em seu voto que:

Não é por outro motivo que o novo Código Civil brasileiro, em alguns de seus preceitos (arts. 57 e 1.085, parágrafo único, p. ex.), expressamente proclama a necessária submissão das entidades civis às normas que compõem o estatuto constitucional das liberdades e garantias fundamentais (o direito à plenitude de defesa, dentre eles), considerada a vinculação imediata dos indivíduos, em suas relações de ordem privada, aos direitos básicos assegurados pela Carta Política.

Na linha do que já se vem tentando demonstrar, ou seja, que o Supremo Tribunal Federal não só debateu de forma muito tímida as teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como também ainda não aderiu à nenhuma delas, esse trecho do voto do Ministro Celso de Mello é citado para instigar o leitor ainda mais a conduzir o seu pensamento nessa direção. Isso porque, parece muito óbvio que, hodiernamente, um Recurso Extraordinário interposto contra um acórdão versando sobre as mesmas questões deste que ora se analisa, muito

⁷⁹² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. 2009, p.108.

provavelmente sequer seria conhecido, sob o fundamento de se tratar de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, uma vez que a legislação infraconstitucional já trata sobre a matéria. Isso sem falar no requisito da repercussão geral, previsto no art. 103, §3º da CF/88 e instituído pela Emenda Constitucional 45/04, que estreitou o funil de acesso à Corte Suprema.

Estando presente flagrante assimetria de poder entre as partes, tal como no caso sob análise, parece pertinente indagar se realmente estariam em conflito o princípio da autonomia da vontade com os do devido processo legal e da ampla defesa. Isso porque, a parte mais fraca da relação, nesse caso e, na maioria das vezes, sequer exerce sua liberdade contratual, uma vez que não possui o poder de discutir as cláusulas contratuais.⁷⁹³ Além disso, não existia lei ordinária regulando a citada situação, tal como hoje se tem o art. 57 do Código Civil. Portanto, com o devido esforço hermenêutico, é possível afirmar que os direitos fundamentais do devido processo legal e da ampla defesa incidiram não só em razão da inconstitucionalidade do Estatuto da Associação, mas pela lacuna na legislação ordinária, que também é uma das “portas de entrada” dos direitos fundamentais nas relações privadas prevista pela teoria da eficácia indireta.

Com efeito, ao se afirmar que no Brasil adota-se a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, corre-se o risco, em determinadas situações, de se incorrer em considerável incoerência sistêmica. Explica-se. Eduardo Ribeiro Moreira, tenaz defensor da teoria da eficácia horizontal direta e forte, em artigo escrito em coautoria com Maria Eugênia Bunchaft, ao comentar as intensidades fraca, intermediária e forte, conforme a classificação de Wilson Steinmetz, vista linhas atrás, assim descreve a última, bem como suas consequências práticas:

Por fim, a eficácia direta forte é aquela sem barreiras; se violado o direito fundamental, o mesmo é protegido de plano, sem restrições, em respeito à tutela da máxima efetividade. É essa a busca do neoconstitucionalismo; maximizar os

⁷⁹³ De acordo com Pedro de Vega Garcia (1996, p. 272 *apud* SARMENTO, Daniel. 2008, p. 223), o grande equívoco da teoria da eficácia mediata reside em confundir a liberdade constitucional com a autonomia privada contratual, uma vez que, sob a ótica constitucional, não existe efetiva liberdade numa quando presente flagrante desigualdade de poder entre as partes.

direitos fundamentais para corrigir as falhas do sistema.

A decorrência prática da eficácia direta e forte é que uma parte pode se defender apenas alegando um direito fundamental violado, sem necessidade de apontar correspondente lei violada. Basta na parte “dos direitos”, contida na petição, alegar um direito fundamental argumentativa e verdadeiramente preenchido, que ele poderá se sobrepor a regras infraconstitucionais. Não há intermediação, nem por apontamento, e isoladamente o direito fundamental é capaz de derrubar regras.⁷⁹⁴

Pois bem. Ao se aceitar essa eficácia horizontal direta e forte, tal como explanado e defendido por Eduardo Ribeiro Moreira e Maria Eugênia Bunchaft, corre-se o risco de ter os Tribunais Estaduais e Regionais Federais como parada final de uma infinidade de processos, tendo como consequência decisões díspares sobre situações fático-jurídicas idênticas, o que, por si só, ofende de morte, entre outros, o princípio da isonomia. Diz-se isso porque, como é cediço, o Brasil é muito produtivo em termos de legislação infraconstitucional, a qual abrange cada vez mais os espaços vazios ainda restantes no direito privado no tocante à tutela dos direitos fundamentais, tal como visto com a atual redação do art. 57 do Código Civil e como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor, para citar alguns exemplos. Logo, ter-se-ia como consequência lógica não só da eficácia horizontal direta e forte, mas também, em certos casos, da fraca e da intermediária, a ocorrência de um número maior de ofensas tidas por meramente reflexas à Constituição e um menor número de casos aportando ao Supremo Tribunal Federal, que é o verdadeiro guardião da Constituição.

Deve-se deixar claro, no entanto, que, embora possa ter parecido, não se pretendeu nessas linhas realizar um ataque à teoria da eficácia direta. Além de deixar claro que não existe jurisprudência pacificada sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, permitindo-se ao operador jurídico demonstrar a distinção de casos quando necessário, objetivou-se, isto sim, demonstrar que, bem vistas as nuances das demais teorias, principalmente a da eficácia indireta com suas peculiaridades e exceções, as diferenças práticas entre esta e a teoria da eficácia direta (exceto a de intensidade forte) no Brasil são por demais tênues, colaborando para esse

⁷⁹⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro; BUNCHAFT, Maria Eugênia. 2009, p. 12.

panorama, também, o fato de adotar-se por aqui o sistema de controle misto de constitucionalidade, onde o juiz de primeira instância pode declarar a inconstitucionalidade de lei. Oportuno, portanto, o alerta de Paulo Mota Pinto, quando afirma que "a relevância da contraposição de teorias no problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas não deva ser hipostasiada".⁷⁹⁵

Nesse sentido, vale ressaltar a lição de Robert Alexy que, ao propor um modelo baseado nas teorias da eficácia direta, da eficácia indireta e a da convergência estatista de Jürgen Schwabe, sob o fundamento de que as três construções são equivalentes em resultados, assevera que:

Até agora a polêmica sobre os efeitos perante terceiros foi em geral travada como se uma das três construções tivesse que ser a correta. Essa hipótese é falsa. É possível afirmar que cada uma das três construções destaca alguns aspectos das complexas relações jurídicas que são características dos casos de efeitos perante terceiros, e que se torna inadequada apenas quando se pretende que o aspecto destacado seja tomado como a solução completa. Somente um modelo que abarque todos os aspectos pode oferecer uma solução completa e, nesse sentido, adequada.⁷⁹⁶

Resumindo a problemática, o mesmo autor assinala que:

[...] o juiz civil está *prima facie* vinculado ao direito civil vigente, na forma de leis, de precedentes e da dogmática comumente aceita. Se ele quiser se afastar disso, em virtude de princípios de direitos fundamentais, ele tem que assumir o ônus argumentativo.⁷⁹⁷

Assumir e desincumbir-se desse ônus argumentativo, tal como proposto também por Wilson Steinmetz e Daniel Sarmiento, trata-se de

⁷⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. 2000, p. 18.

⁷⁹⁶ ALEXY, Robert. 2008, p. 533.

⁷⁹⁷ ALEXY, Robert. 2008, p. 541.

grande problema da realidade prática dos juízes e tribunais pátrios.^{798/799}

E isso pesa em desfavor não só da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas também do neoconstitucionalismo, conforme já visto.

Sem qualquer pretensão de solucionar o problema, aponta-se duas premissas que devem ser levadas em consideração, sempre que possível, quando em jogo relações privadas envolvendo direitos fundamentais. Uma delas é a de que, quanto maior for a desigualdade entre as partes, mais intensa deve ser a proteção ao direito fundamental afetado, e menor a tutela da autonomia privada. Ao contrário, nas relações paritárias, a autonomia privada é que vai receber uma proteção mais intensa e o direito fundamental que com ela colidir poderá receber restrições mais profundas.⁸⁰⁰ A segunda premissa, específica ao campo das relações econômicas, está relacionada à essencialidade do bem em discussão na relação jurídica. Quanto mais essencial o bem for para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada. Inversamente, quando o bem puder ser qualificado

⁷⁹⁸ Segundo Wilson Steinmetz (2004, p. 295-296): “[...] quanto à forma (o modo, o ‘como’) e ao alcance (a extensão, a medida), a vinculação dos particulares a direitos fundamentais - sobretudo a direitos fundamentais individuais - se materializa como eficácia imediata ‘matizada’ (‘modulada’ ou ‘graduada’) por estruturas de ponderação (ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos) que, no caso concreto, tomam em consideração os direitos e/ou princípios fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes. Ademais, nos casos concretos para os quais há regulação (concretização) legislativa específica suficiente e conforme à Constituição e aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário, em virtude dos princípios democrático e da separação de poderes, não deve, de plano e sem a apresentação de razões jurídico-constitucionais de peso (ônus de argumentação, afastar-se da solução legislativa, isto é, o Poder Judiciário não deve sobrepor-se, de imediato e sem satisfazer um ônus de argumentação constitucional racional e objetiva, às ponderações do Poder Legislativo concretizadas em regulações específicas de direito privado”.

⁷⁹⁹ Para Daniel Sarmiento (2008, p. 250-251): “[...] a prioridade na concretização dos direitos fundamentais é, de fato, do legislador, razão pela qual as normas jurídicas, inclusive as do Direito Privado, gozam de presunção de constitucionalidade. Assim, os juízes devem aplicar tais normas na resolução dos casos concretos que envolvam direitos fundamentais, e só podem afastar-se delas se lograrem demonstrar a sua inconstitucionalidade. Neste caso, pesará sobre eles o ônus da argumentação”.

⁸⁰⁰ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 272. No mesmo sentido, entre outros, cf. CAMBI, Eduardo. 2011, p. 36-37. BILBAO UBILLOS, Juan Maria. 1997, p. 368-369.

como supérfluo, a proteção da autonomia privada será maior e, conseqüentemente, menos intensa será a proteção do direito fundamental contraposto. Por exemplo, as limitações à autonomia privada das escolas, no que diz respeito à admissão de alunos, devem ser maiores do que as restrições que se aplicam à autonomia das boates na aceitação de clientes, pois a educação é um bem mais essencial do que o lazer oferecido por casas noturnas. Portanto, pode-se afirmar que o peso da autonomia privada numa ponderação de interesses varia não só de acordo com a assimetria de poder entre as partes, mas também em razão da natureza dos bens em jogo.⁸⁰¹

Para encerrar esta seção, oportuno citar a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem:

O estudo das relações entre a ordem constitucional e, especialmente, as normas de direitos fundamentais nela consagradas, e a ordem jurídico-privada, no âmbito do qual se destaca o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, suscita, em verdade, tantos enfoques e problemas quanto são peculiares e numerosas as próprias situações passíveis de se verificarem na esfera das relações entre sujeitos privados que digam com os direitos fundamentais.⁸⁰²

4.4 PRECEDENTES E DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.4.1 Precedentes como instrumento para otimização dos direitos fundamentais

Como visto ao longo deste trabalho, os precedentes possuem primordial importância para a integridade e coerência de um sistema jurídico, na medida em que fortalecem a segurança jurídica, por propiciarem uniformidade, estabilidade, previsibilidade e isonomia. Estes, aliás, são valores indissociáveis a qualquer país que se intitule como um Estado Democrático de Direito.

Essa função dos precedentes materializa-se de forma direta quando, por meio de sua aplicação a um caso presente, assegura-se algum

⁸⁰¹ SARMENTO, Daniel. 2008, p. 278-279.

⁸⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. 2000, p. 33.

direito fundamental e, de forma indireta, quando apenas são respeitados, independentemente de estar em jogo algum direito fundamental no processo. É o que se passa a demonstrar nos itens seguintes.

4.4.1.1 A eficácia dos precedentes por meio dos discursos de aplicação a partir da teoria de Klaus Günther

O alicerce do sistema de precedentes que vem se instalando no Brasil é constituído principalmente pelas técnicas de uniformização de jurisprudência que foram sendo instituídas nos últimos anos, em especial aquelas referentes ao julgamento de casos repetitivos e a repercussão geral no recurso extraordinário.

Embora seja comum encontrar críticas contra a aplicação dos precedentes formados no julgamento das denominadas causas-piloto, principalmente porque tal aplicação seria meramente mecânica, a verdade é que esse é um problema histórico no Brasil, independentemente dessas técnicas. Essas técnicas foram instituídas justamente para remediar o problema gerado pela aplicação mecânica da “jurisprudência do mês”, ou melhor dizendo, a que oscila a cada mês, sobre casos idênticos.

De todo modo, demonstrou-se que a aplicação quase mecânica, ou *no atacado*, dessas decisões, destina-se exclusivamente aos casos cuja identidade seja absoluta em relação a causa-piloto. Não obstante, as decisões proferidas nos julgamentos dessas causas-piloto também cumprem, em determinados casos, o seu papel como precedentes genuínos. Vale dizer, a eficácia de sua *ratio decidendi* e da *holding* estende-se também aos casos cuja identidade com o precedente da causa-piloto seja essencial (e não absoluta), dependendo apenas da boa técnica e boa vontade dos intérpretes.

Essa eficácia, em relação aos casos de identidade essencial, ganha especial relevo no âmbito dos direitos fundamentais, especialmente porque, fatos como local, idade, gênero, raça, condição econômica, entre outros, geralmente considerados irrelevantes, nessa seara, muitas vezes, são os fatos que merecem maior atenção.

O fato de o precedente judicial ser considerado como fonte do direito e de que o princípio da universalizabilidade deve nortear a fundamentação das decisões jurídicas não implica, certamente, que o enunciado universal extraído do precedente seja meramente transposto e aplicado a todo caso virtualmente idêntico ou semelhante.

A formulação e a interpretação desses enunciados gerais dá-se no campo dos discursos de justificação, enquanto que a aplicação desses

enunciados aos casos futuros imprescinde do discurso de aplicação, tal como defendido por Klaus Günther.

Com efeito, o discurso de justificação de uma norma limita-se a um nível no qual os contextos de aplicação da norma são somente aqueles previstos de acordo com as experiências históricas dos participantes. Somente a aplicação imparcial oferece a possibilidade de relacionar uma norma universalmente justificada a todos os possíveis contextos estendidos e modificados que podem surgir em um momento posterior. O discurso de aplicação, frise-se, não tem como objetivo expor as diferenças entre os interesses generalizáveis e aqueles particulares do caso, mas sim produzir uma interpretação da norma de acordo com todos aspectos da situação.⁸⁰³

O discurso de justificação de uma norma, vale ressaltar, não é atividade exclusiva do legislador. Juízes e tribunais utilizam-se dessa técnica com grande intensidade ao decidirem os chamados “casos de primeira impressão”, assim descritos por Charles D. Cole:

Quando uma Corte de primeira instância se vê diante de uma situação em que não há precedente, ou lei reguladora do assunto, ela então ou usa de autoridade persuasiva encontrada ou exerce seu poder discricionário determinando que regra deveria ser aplicada ao caso em julgamento. Tal situação é tida como "caso de primeira impressão" que permite ao Juiz de primeira instância declarar que regra geral deverá ser aplicada em tal situação fática. A Corte de apelação ver-se-á diante de um método essencialmente idêntico de resolução judicial, i.e., ela deverá decidir que regra genérica deverá ser aplicada ao caso de primeira impressão a ser julgado e, ao fazê-lo, estabelece o precedente que será seguido pelas cortes subordinadas a ela (tanto estaduais quanto federais dentro de suas respectivas esferas de competência).⁸⁰⁴

Essa regra geral que é extraída do precedente é que deverá ser objeto do discurso de aplicação nos casos posteriores, embora não se desconheça, é claro, que o discurso de aplicação também fez o seu papel na formação do precedente.

⁸⁰³ GÜNTHER, Klaus. 1993, p. 69-70.

⁸⁰⁴ COLE, Charles D. 1998, p. 5.

No âmbito dos direitos fundamentais, como já dito, o discurso de aplicação é de fundamental importância. Para demonstrar a utilidade dessa técnica, volta-se ao Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ, cuja a decisão é tida pela doutrina majoritária como um precedente firme no sentido de que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações entre particulares. Com todo o respeito aos que entendem de forma diversa, por tudo o que se viu neste trabalho, aproxima-se de uma heresia dizer que o caso entre uma associação privada - embora com caráter relativamente público - e seu associado, no tocante aos direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório, constitua precedente que abarque todas as relações envolvendo particulares e os mais diversos direitos fundamentais. Isto, salvo melhor juízo, parece estar bem claro.

Mas a teoria de Klaus Günther leva o intérprete a outro patamar na argumentação jurídica. Suponha-se que os motivos determinantes do Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ conduzam ao entendimento de que os direitos fundamentais devem incidir diretamente entre particulares - no tópico 4.3.5 demonstrou-se que isso não é verdade -. Já que seria uma heresia dizer que tal precedente se aplica a todos os casos envolvendo particulares, poder-se-ia dizer, então, que aplica-se somente aos casos envolvendo associações e seus associados e somente no tocante aos direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório? Também não.

Como já dito, no âmbito dos direitos fundamentais, fatos normalmente irrelevantes tornam-se materialmente relevantes. Sendo assim, antes de aplicar o precedente do Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ a um caso envolvendo o associado de um lado e a associação de outro, o discurso de aplicação, conforme a teoria de Klaus Günther, pode conduzir o intérprete a argumentos e questionamentos sobre o que tipo de atividade é desenvolvido pela associação, ou quais as suas finalidades, para citar alguns exemplos. Discussões nesse campo podem levar a entendimentos diversos, principalmente se se considerar as demais teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Essas diferenças são discutidas não apenas nos Estados Unidos, mas também na Espanha, conforme explica Paulo Gonet Branco:

É certo que a associação tem autonomia para gerir a sua vida e a sua organização. É certo, ainda, que, no direito de se associar, está incluída a faculdade de escolher com quem se associar, o que implica poder de exclusão. O direito de associação, entretanto, não é absoluto e comporta restrições, orientadas para o prestígio de outros direitos

também fundamentais. A legitimidade dessas interferências dependerá da ponderação a ser estabelecida entre os interesses constitucionais confrontantes. A apreciação do fundamento dessas interferências, ainda, não pode prescindir de variantes diversas, como o propósito que anima a existência da sociedade. Na jurisprudência da Suprema Corte americana, há precedente distinguindo as sociedades voltadas para expressar um ponto de vista - religioso ou ideológico - e outras, de cunho comercial, *non expressive*. Naquelas, a interferência de outros interesses sobre a sua estrutura e gestão teria admissibilidade consideravelmente mais restrita.

Não somente nos Estados Unidos, mas também em outras latitudes é conferida importância ao tipo de sociedade, com vistas a aferir o grau de controle do Estado sobre as decisões da entidade, como a de expulsão de membro. Ferrer i Riba e Salvador Coderch, com suporte na jurisprudência espanhola e na doutrina, produzem uma taxonomia de associações, conforme o grau de controle possível das causas e procedimentos de exclusão de sócios. Assim, as associações que detêm posição dominante na vida social ou econômica ou que exercem funções de representação de interesses gozam de uma liberdade mais restrita na fixação das causas de sanção e na imposição das mesmas. Para os autores, as entidades 'que promovem fins ideológicos integram o núcleo essencial da autonomia privada coletiva: as resoluções das associações religiosas ou de pessoas que compartilham um certo ideário ou uma ou outra concepção do mundo não estão, no fundamental, sujeitas a controle judicial'. Nas entidades de fins associativos predominantemente econômicos, a expulsão seria revisável em consideração ao dano patrimonial que pode causar ao excluído.⁸⁰⁵

⁸⁰⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. *Direito Público*. vol. 1, n. 2. Porto Alegre: Síntese, out-dez. 2003, p. 172-173. Segundo o autor (2003, p. 172-173): "É importante notar - assim o advertem a doutrina e a jurisprudência espanholas - que nem toda pretensão decorrente de relação estatutária, surgida no interior de uma entidade privada,

Outro exemplo prático da utilidade da teoria de Klaus Günther pode ser extraído de eventual invocação do precedente do Recurso Especial nº 1.069.810/RS⁸⁰⁶, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC, ao qual foi dado provimento para o fim de anular o acórdão recorrido, restabelecendo a decisão do juízo de primeiro grau que havia determinado o bloqueio de verbas públicas como medida coercitiva para o devido cumprimento da obrigação de fornecer o medicamento à recorrente. Digase de passagem, que esse precedente serve também para mostrar, de forma clara, aos críticos dos julgamentos de casos repetitivos, que nem sempre os precedentes formados por essa sistemática os conduzem a uma aplicação mecânica aos casos futuros. Ficou assentado nesse julgamento, o entendimento de que:

Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

Como se pode ver, a tese fixada nesse precedente encontra-se repleta de conceitos vagos a serem interpretados pelo juiz e cujos caminhos deverão ser traçados pelos discursos de aplicação. Na aplicação de precedentes dessa espécie e magnitude, o discurso de aplicação pode ater-se a peculiaridades fáticas tais como as apresentadas por Mark Tushnet que, embora tratando de caso sutilmente diverso, servem como ótimo exemplo para diferenciar e aproximar casos como o do precedente citado acima:

pode ser alçada à hierarquia de questão constitucional. Nem toda disputa em torno do estatuto associativo pode ser vista, primariamente, como controvérsia própria do direito fundamental de associação, o que produz óbvia repercussão sobre a competência da justiça constitucional. Casos, no entanto, de desprezo à garantia de defesa do expulso - defesa que há de abranger a notificação das imputações feitas e o direito a ser ouvido - tendem a ser inseridos na lista dos temas de índole constitucional, em que se admite, ademais, a eficácia dos Direitos Fundamentais no âmbito das associações particulares”.

⁸⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.069.810/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, j. em 23.10.2013.

O caso primeiro poderia envolver uma pessoa postulando um benefício social por ser portadora de uma doença que poderia ser tratada e mitigada se recebesse uma medicação específica; o caso subsequente poderia envolver uma pessoa portadora de uma doença diferente, mas igualmente grave, que seria mitigada de forma menos eficaz se recebesse uma medicação diferente. A eficácia distinta de uma e outra medicação no propósito de aliviar os efeitos das doenças, ou, então, a diferença de custos entre uma e outra, é capaz de ensejar motivo para a diferenciação no exame dos dois casos.⁸⁰⁷

Enfim, embora o discurso de justificação sirva, no âmbito dos precedentes judiciais, para emprestar validade a enunciados gerais extraídos das decisões, com o desiderato de tratar casos iguais igualmente (*treat like cases alike*), é por meio do discurso de aplicação que se pode garantir a igualdade, pois como é cediço, o direito de tratamento isonômico, previsto no art. 5º da CF/88, também compreende o reconhecimento do direito às diferenças. Nesse sentido, são esclarecedoras as observações de Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia:

Fala-se muito na necessidade de garantia da *igualdade*, isto é, que se deve buscar o estabelecimento de uniformidade nas decisões porque, o fato de haver divergência sobre um mesmo "tema" viola a garantia constitucional de tratamento isonômico. Mas o que é igualdade? Sabemos que, há muito, igualdade deixou de ter apenas um conteúdo negativo (isonomia), como o era nos séculos XVIII e XIX e passou a incorporar também uma dimensão positiva (direito à diferença).

Assim, preserva-se a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas. Entretanto, viola-se o mesmo princípio quando em hipóteses de situações "semelhantes", aplica-se, sem mais, uma "tese" anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma, cf. infra): aí há também violação à igualdade, nesse segundo sentido, como direito constitucional à diferença e à singularidade. Nesses termos a temática se torna

⁸⁰⁷ TUSHNET, Mark. 2013, p. 5.

mais complexa, uma vez que não é mais possível simplificar a questão almejando tão só resolver o problema da eficiência quantitativa, tendo como pressuposto uma interpretação desatualizada do que representa a atual concepção de igualdade; até porque isonomia e diferença seriam cooriginários na formação da igualdade.⁸⁰⁸

Resta demonstrado, assim, o relevante papel que os discursos de aplicação, a partir da teoria de Klaus Günther, cumprem na otimização dos direitos fundamentais por meio da operacionalização de precedentes.

4.4.2 O respeito aos precedentes como instrumento de afirmação de direitos fundamentais

Nesta última seção demonstrar-se-á, de forma objetiva, que o respeito aos precedentes, por si só, ainda que de forma indireta, serve como instrumento de afirmação dos direitos fundamentais. Vale dizer, o respeito aos precedentes, mesmo quando estes não tratam de nenhum direito fundamental específico, cumpre papel determinante para vida em sociedade, pois fortalece a segurança jurídica, propiciando uniformidade, estabilidade, previsibilidade e isonomia, bem como ajuda os cidadãos a definir expectativas e pautar suas formas de conduta. Estes, aliás, são valores indissociáveis a qualquer país que se intitule como um Estado Democrático de Direito.

4.4.2.1 O sobreprincípio da dignidade da pessoa humana

Como afirma Jorge Miranda:

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.⁸⁰⁹

⁸⁰⁸ NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto; BAHIA, Alexandre. 2010, p. 8.

⁸⁰⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1988. vol. 4, p.166 *apud* PIOVESAN, Flávia. 2003, p. 2.

Fala-se aqui em sobreprincípio da dignidade da pessoa humana em razão de que é difícil imaginar a ofensa a algum princípio fundamental que não atinja a dignidade da pessoa humana, que é visto inclusive como vetor interpretativo das leis, além de servir como parâmetro para a utilização da técnica da ponderação.

Como lembra Luís Roberto Barroso, o princípio da dignidade da pessoa humana tem servido de fundamento para decisões que concedem o fornecimento compulsório de medicamentos pelo poder Público, que declaram a nulidade de cláusula contratual limitadora do tempo de internação hospitalar, que rejeitam a prisão civil por dívida motivada pelo não pagamento de juros abusivos, o levantamento do FGTS para tratamento de familiar portador do vírus HIV, dentre outras.⁸¹⁰

Por outro lado, decisões que não respeitam precedentes consolidados não raramente causam ofensas direta a esse princípio. Diz-se direta porque, qualquer decisão que desrespeite precedente, sem a observância dos requisitos necessários para tanto, ou mesmo sem proceder a devida modulação dos efeitos da eficácia da nova decisão, certamente atingirá a dignidade da pessoa humana de algum modo. Mas para deixar clara a importância que o sistema de precedentes tem para a proteção da dignidade da pessoa humana, imagine-se a seguinte situação, em que um empresário, ou mesmo diversos empresários, pautam suas condutas de investimento e negócios levando em consideração a isenção de determinado tributo já reconhecida por meio de um precedente da Corte Superior que vem sendo respeitado pela comunidade jurídica em geral (leia-se operadores do direito, universidades, academia) durante muito tempo. Da noite para o dia, o Superior Tribunal de Justiça, ao resolver determinada contenda entre um desses empresários e o fisco, decide que tal isenção é ilegal, condenando o empresário ao pagamento do referido tributo no tocante aos últimos 5 anos, levando-o à insolvência e às tristes consequências daí advindas à vida do empresário e de sua família. Isso sem falar no efeito cascata que essa decisão causaria sobre os demais processos já em curso.

Não há dúvidas de que, nesta hipótese, o princípio da dignidade da pessoa humana serviria como argumento suficiente para que o precedente fosse respeitado até que os empresários tivessem ao menos uma suspeita de que a Corte Superior iria revogá-lo.

A importância central desse princípio para sistema já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal - ainda que referindo-se a ele

⁸¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. 2008, p. 372-373.

como postulado -, senão veja-se:

[..] o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.⁸¹¹

4.4.2.2 Princípio da igualdade

O fato de o respeito aos precedentes prestar deferência ao princípio da igualdade não é novidade alguma, até mesmo porque o pressuposto básico do sistema de precedentes, como já enfatizado, é a conhecida expressão *treat likes cases alike*. Com efeito, o princípio da universalidade possui estreita ligação com o princípio da igualdade, uma vez que a universalizabilidade é entendida “[...] como uma exigência natural de que casos substancialmente iguais sejam tratados de modo semelhante. É ele, com efeito, o componente axiológico que sempre revestiu a ideia de Justiça como qualidade formal”.⁸¹²

Criticando a forma de atuação do Poder Judiciário brasileiro, Luiz Guilherme Marinoni assevera que:

[...] tanto o Estado quanto os particulares estão submetidos ao princípio da igualdade. O Executivo, o Legislativo e o Judiciário sofrem a mesma incidência do princípio. Não obstante, se o administrador tem a sua atividade estritamente regulada pela igualdade e se o legislador certamente não pode editar leis que procedam a desequiparações infundadas, o Judiciário, no sistema brasileiro, submete-se à igualdade apenas no que diz respeito ao tratamento igualitário das partes no interior do processo.⁸¹³

⁸¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85.988/PA, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 04.05.2010.

⁸¹² TUCCI, José Rogério Cruz e. 2004, p. 25.

⁸¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 139.

O correto, se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo sobre o significado de uma lei federal, é que:

[...] todos devem ser tratados igualmente perante elas. A menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal, o que eliminaria qualquer possibilidade de se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria sem qualquer razão de ser as normas constitucionais que consagram as funções jurisdicionais de uniformização da interpretação da lei federal e de atribuição de sentido à Constituição, além de, obviamente, violar a ideia imprescindível de igualdade perante a jurisdição.⁸¹⁴

Em uma perspectiva ideal, de acordo com Evaristo Aragão Santos, a interpretação do texto da lei, por parte do Judiciário, deveria ser sempre uma só. Assim, duas pessoas em situações fáticas suficientemente idênticas e tuteladas pela mesma regra jurídica, naturalmente receberiam a mesma resposta do Estado-juiz. Do contrário, estar-se-ia atentando contra o esperado tratamento isonômico, garantido pela Constituição.⁸¹⁵

4.4.2.3 *Princípio da segurança jurídica*

Do princípio da segurança jurídica, que também constitui elemento essencial do Estado Democrático de Direito, derivam questões como: a retroatividade das leis, a validade dos atos administrativos, a auto-sujeição da administração pública aos requisitos da publicidade e à coisa julgada. Esses aspectos têm em comum, como se pode perceber, o fato de assegurarem a função estabilizadora do Estado de Direito.⁸¹⁶

Um passo necessário ao êxito dessa função estabilizadora do Estado Democrático de Direito, é certamente a estabilização jurisprudencial, por meio do respeito aos precedentes. Segundo Neil

⁸¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 146.

⁸¹⁵ SANTOS, Evaristo Aragão. 2012, p. 134.

⁸¹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2009, p. 146.

MacCormick, entre os valores que o Estado de Direito assegura, nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez pelos valores similares, tais como a segurança de expectativas jurídicas e a garantia do cidadão contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes. A sociedade que alcança a certeza jurídica e a segurança jurídica possibilita aos seus cidadãos que vivam com autonomia e sob circunstância de confiança mútua.⁸¹⁷

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet:

Mesmo que se saiba, pelo menos desde Heráclito, "que a imutabilidade não é um atributo das coisas deste mundo, que nada está em repouso e tudo flui" e que também para o Direito tal destino se revela inexorável, igualmente é certo de que o clamor das pessoas por segurança (aqui ainda compreendida num sentido amplo) e - no que diz com as mudanças experimentadas pelo fenômeno jurídico - por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no art. 5.º, assim como em outros dispositivos da nossa Lei Fundamental.⁸¹⁸

Intrínsecos ao princípio da segurança jurídica encontram-se os valores da estabilidade e da previsibilidade. Teresa Arruda Alvim Wambier possui firme convicção no sentido de que:

⁸¹⁷ MACCORMICK, Neil. 2005, p. 16.

⁸¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 57, p. 2, out. 2006 (versão online).

A função do direito é, em primeiro lugar, a de gerar estabilidade, proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade.⁸¹⁹

Ressalte-se que a previsibilidade do comportamento do Poder Judiciário tem grande importância para a atividade dos advogados e não apenas na seara contenciosa, mas também na de consultoria, pois como lembra Luiz Guilherme Marinoni:

O maior responsável pela orientação jurídica é o advogado. Em todas as democracias cabe à classe dos advogados a pesada e grave responsabilidade de orientar os cidadãos acerca dos seus direitos. É espantoso perceber, entretanto, que os advogados brasileiros não têm como orientar os seus clientes acerca dos direitos. Não lhes é possível orientá-los acerca do que devem esperar ao tomarem determinada postura diante de uma situação jurídica ou de um conflito, exatamente por nada poderem dizer, com algum grau de confiança, sobre as posições do Judiciário.⁸²⁰

Para os fins deste trabalho, essa previsibilidade diz respeito, em especial, ao entendimento dos tribunais sobre a interpretação das leis e precedentes. Portanto, verifica-se que a estabilização da jurisprudência possibilita previsibilidade aos jurisdicionados e, como consequência da conjugação desses dois valores, tem-se o fortalecimento do princípio da segurança jurídica.

4.4.2.4 *Princípio da legalidade*

De acordo com Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos:

Quando se diz que o juiz está vinculado à lei, deve-se entender que esta vinculação se dá entre a decisão judicial e o sistema jurídico. A liberdade do juiz consiste, então, em manipular o próprio sistema de forma criativa, a fim de encontrar

⁸¹⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2009, p. 2

⁸²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 175.

soluções que melhor se apliquem a cada caso que lhe é submetido. [...]

Efetivamente, é inegável que está ultrapassado o legalismo em sentido estrito. Porém, também não se pode admitir - porque igualmente inadequado - o total subjetivismo do aplicador da lei. [...] pois o princípio da legalidade deve ser entendido como aquele segundo o qual o juiz está vinculado ao sistema, englobando a norma jurídica (princípios e regras), doutrina e jurisprudência.⁸²¹

Nesse mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier ensina que hoje não se compreende mais o princípio da legalidade como sendo um apego excessivo à letra da lei. Atualmente, entende-se que a lei vincula, mas do modo como é vista através dos olhos da doutrina e da jurisprudência predominante. Isto significa que a lei não precisa ser sempre compreendida e obedecida, em seu sentido literal.⁸²²

Esclarecedora, também, é a lição de Charles D. Cole, ao afirmar que:

Quando a Suprema Corte decide uma questão referente a interpretação da Constituição, lei promulgada de acordo com a Constituição ou tratado, esta interpretação torna-se 'lei' porque é uma decisão sobre o que a lei federal significa e tal decisão faz precedente.⁸²³

De certa forma, o princípio da legalidade, sob essa perspectiva, já foi tratado indiretamente ao longo do trabalho e, principalmente, quando se falou sobre a má compreensão do princípio do livre convencimento motivado do juiz. A exigência de integridade e coerência demanda que a interpretação da lei tal como realizada nos precedentes seja respeitada pelos juízes ao se depararem com casos novos versando sobre questões idênticas ou semelhantes. Julgar com base na lei, mas desprezando a integridade e a coerência acarreta não só a quebra do sistema de precedentes, como também ofende o próprio princípio da legalidade.

⁸²¹ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007, p. 36;38.

⁸²² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. 2009, p. 9.

⁸²³ COLE, Charles D. 1998, p. 3.

4.4.2.5 Princípios do acesso à justiça, da efetividade e da razoável duração do processo

A concepção moderna do direito de acesso à justiça, erigido à dignidade de garantia constitucional, quer dizer muito mais do que a simples possibilidade de se obterem provimentos formais.⁸²⁴ Quando se fala em direito de acesso à justiça, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, explicam que:

[...] o que se quer dizer é *direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional*, ou seja, o direito à obtenção de provimentos que sejam realmente capazes de promover, nos planos jurídico e empírico, as alterações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema.⁸²⁵

Decisões que respeitam precedentes, num sistema em que existam precedentes consolidados e respeitados, tendem a não ser objeto de recurso, tornando o “uso do sistema judiciário mais barato, vindo ao encontro dos objetivos perseguidos pela democratização do acesso à justiça e pela realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”.⁸²⁶ Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

[...] obrigar ao respeito aos precedentes elimina as despesas, o tempo e todos os transtornos advindos de uma litigiosidade desnecessária, como é aquela que obriga a parte, cujo direito é respaldado no precedente, a interpor recurso para ter o seu direito efetivamente tutelado. Afinal, se existe algo que viola o direito de acesso à justiça, o seu lugar está na imposição do ônus de a parte desnecessariamente litigar para ter o seu direito protegido. Isso viola, de forma inocultável, os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo.⁸²⁷

⁸²⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues. 2003, p. 4.

⁸²⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues. 2003, p. 4.

⁸²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 185.

⁸²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 209-210.

Fica claro, portanto, que o respeito aos precedentes, por possibilitar a entrega da prestação jurisdicional de forma mais célere e, conseqüentemente, com maior propensão à efetividade, colabora para a tutela dos direitos fundamentais de acesso à justiça, da efetividade e da razoável duração do processo.

5 CONCLUSÃO

No primeiro capítulo foram analisadas as principais nuances dos direitos fundamentais. A partir de sua afirmação histórica, se pôde concluir que a efetivação dos direitos fundamentais é fruto de difíceis conquistas sociais, geralmente traduzidas na história da luta pela superação de diferenças entre sujeitos de direitos discriminados, como ocorreu, por exemplo, com a prática do nazismo. Por isso é que a afirmação dos direitos fundamentais normalmente é acompanhada pela negação e superação dos antigos regimes, destacando-se, nesse sentido, as importantes transformações ocorridas no Direito Constitucional contemporâneo a partir da Segunda Guerra Mundial.

No Brasil, a ascensão dos direitos fundamentais ocorreu de forma acentuada com a Constituição Federal de 1988, ao superar o antigo regime da ditadura militar. Foi visto, também, que o sistema constitucional de 1988 deu importantíssima relevância aos direitos fundamentais sociais, ao impor aos Poderes Públicos o dever de conferir eficácia máxima e imediata também a esses direitos. Ainda que os direitos sociais não tenham alcançado a efetividade esperada, demonstrou-se que já existem meios processuais eficazes para tanto, bem como que, a partir de um pensamento otimista, já se pode acreditar que o país está entrando nos trilhos, rumo à efetividade cada vez maior desses direitos.

Passando pelo período pós Constituição de 1988, concluiu-se, primeiramente, que os direitos fundamentais são, em sua maioria, expressados por meio de normas de caráter principiológico. Tendo em vista que a promulgação da Constituição de 1988 ocorreu quando o neoconstitucionalismo já era uma realidade em muitos países, não demorou muito para que a força normativa dos princípios passasse a influenciar a atividade judicial no Brasil. Assim, no tópico 2.3, foi demonstrado que o neoconstitucionalismo mostrou-se como valioso instrumento para a promoção de valores constitucionais, por meio da utilização dos princípios, bem como de remédio para a correção das mais variadas injustiças. Por outro lado, verificou-se que, quando não operado com a devida prudência, o neoconstitucionalismo dá margem à decisionismos, arbitrariedades e decisões desconectadas dos valores da integridade e incoerência, o que mina até mesmo as bases do Estado Democrático de Direito.

Verificou-se, também, que não só os princípios, mas também as regras são passíveis de serem aplicadas por meio da ponderação, demonstrando-se a superação da doutrina tradicional, capitaneada por Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujo entendimento não admite a

ponderação na aplicação de regras. Tal teoria cedeu espaço a autores como Herbert Hart, Eduardo de Avelar Lamy, Horácio Wanderley Rodrigues, Teresa Arruda Alvim Wambier e Humberto Ávila, que entendem ser possível o uso da ponderação também no conflito entre regras. Tanto está superada a doutrina tradicional, que o legislador do Novo Código de Processo Civil admitiu expressamente a possibilidade de ponderação entre normas, isto é, entre princípios e regras e entre regras e regras, conforme demonstrado no tópico 2.3.2.

Assim, ainda no primeiro capítulo, com a apresentação de diversas nuances dos direitos fundamentais e de diferentes vetores de interpretação dos princípios e regras, principalmente nas hipóteses de conflitos entre essas normas, mas sem qualquer pretensão de esgotar as possibilidades, foi traçado um caminho racionalmente transitável e com o ponto de chegada caracterizado, na medida do possível, pela legitimidade e controlabilidade racional das decisões.

No segundo capítulo adentrou-se na temática dos precedentes judiciais apresentando-se a sua evolução histórica e as principais características em países das tradições de *civil law* e *common law*. Verificou-se que o respeito aos precedentes nos países de *common law* deriva do fato de que o juiz sempre foi visto como aliado do povo, por lutar ao lado do Parlamento contra os excessos cometidos pelo absolutismo do rei, de modo que, na Inglaterra, berço do *common law*, nunca se vislumbrou a necessidade de submeter o juiz rigidamente à lei. Portanto, desde o início do direito inglês, as decisões judiciais eram dotadas de grande respeitabilidade, razão pela qual o sistema de precedentes desenvolve-se naquele país há séculos.

Já o *civil law* contemporâneo, cujas raízes encontram-se na Revolução Francesa, teve como característica marcante o juiz “bouche de la loi”, isto é, o juiz boca-da-lei, cuja a atividade predominante era restrita a declarar a lei aplicável ao caso concreto. Isso porque, 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, como meio para atingir essa finalidade, restringiram-se ao máximo os poderes dos juízes, que não detinham a confiança do povo por tradicionalmente apoiarem e darem “cobertura” ao rei, razão pela qual foi vedado aos juízes o exercício de interpretação da lei. Ocorre que, aos poucos se percebeu que a letra fria da lei não era suficiente para regular todos os casos que surgiam nas sociedades modernas e o juiz foi paulatinamente recebendo poderes para interpretar a lei. No Brasil, como se demonstrou, esses poderes acabaram indo longe

demais e os juízes passaram a interpretar as leis cada um a seu modo, ignorando as decisões passadas (coerência e integridade) e os valores que permeiam o princípio da segurança jurídica, tais como a estabilidade, a previsibilidade, a uniformidade e a isonomia. Este, como se viu, é um problema que parte desde o ápice da pirâmide hierárquica do Poder Judiciário, uma vez que nem mesmo as Cortes Superiores vêm cumprindo o seu papel de uniformizar o direito nacional. Contudo, as conclusões aqui alcançadas, dão conta de que o Brasil está no caminho certo e evoluindo no sentido de trazer maior estabilidade, uniformidade e certeza do direito, a fim de que haja *previsibilidade*.

Foi deixado bem claro, contudo, que a cultura de desrespeito aos precedentes tal como ocorre no Brasil, não é a realidade de outros países que também pertencem à família do *civil law*, como a França e a Alemanha, por exemplo.

No terceiro capítulo, realizou-se um apanhado histórico das diversas técnicas legislativas de aceleração de julgamento e de uniformização da jurisprudência existentes no Brasil, podendo-se concluir que tais técnicas encontram o seu ponto mais alto e promissor no Novo Código de Processo Civil que, além de aprimorar as técnicas existentes, traz diversas inovações, destacando-se o incidente de resolução de demandas repetitivas, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que pratica o *overruling*, o contraditório substancial, entre outras demonstradas ao longo do trabalho.

Em seguida, após o estudo das técnicas de operacionalização de precedentes, tais como utilizadas em países do *common law*, em especial a *ratio decidendi*, a *holding*, o *obiter dicta*, o *distinguishing*, o *overruling*, e suas ramificações, constatou-se que todas, em certa medida, já são utilizadas no Brasil, mas, de modo geral, sem quaisquer parâmetros claros e objetivos. Sendo assim, o enredo deste trabalho centrou-se na tentativa de demonstrar, o mais claramente o possível, respeitando-se as peculiaridades da realidade brasileira, de que forma tais técnicas podem ser traduzidas e utilizadas com a devida racionalidade também no Brasil. É urgente a necessidade de todos os operadores se atualizarem em relação a esse novo sistema de precedentes que se instalará definitivamente com o Novo Código de Processo Civil.

Tendo em vista que o presente trabalho não se restringe, de forma alguma, à temática dos precedentes judiciais apenas no tocante às relações entre o Poder Público e os particulares, no tópico 4.3 foram analisadas as principais teorias referentes à eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Embora a doutrina majoritária nacional sustente que prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento em favor da

teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, este estudo chegou à conclusão de que, no Brasil, não há entendimento firmado em favor de nenhuma das teorias estudadas. Essa ausência de unanimidade, conforme demonstrou-se principalmente no tópico 4.3.5, pode servir de importante instrumento aos operadores do direito na elaboração de teses jurídicas, especialmente se utilizado em conjunto com os demais elementos da teoria dos precedentes analisada neste trabalho.

Por fim, demonstrou-se como os precedentes relacionam-se com a otimização dos direitos fundamentais. Em especial, demonstrou-se que a aplicação de precedentes, em especial quando em jogo direitos fundamentais, deve operar-se por meio dos discursos de aplicação, tal como descritos na teoria de Klaus Günther, isto é, considerando o direito à isonomia como direito também de ver as diferenças serem reconhecidas. Além disso, demonstrou-se que o respeito aos precedentes, por si só, tutela diversos direitos fundamentais, tais como o sobreprincípio da dignidade humana e os princípios da igualdade, da segurança jurídica, da legalidade, do acesso à justiça, da efetividade e da razoável duração do processo. Portanto, pode-se afirmar que o sistema de precedentes que, em certa medida, já existe no Brasil, mas que consolidar-se-à com o Novo Código de Processo Civil, está por instalar uma nova cultura no sistema judiciário brasileiro e, quiçá, no próprio cotidiano de toda a sociedade, que terá mais segurança e certeza para pautar suas condutas pessoais, negócios, planejamento econômico, entre diversas outras atividades, uma vez que, hodiernamente, quase nada escapa dos “tentáculos do direito”. É importante, contudo, que não se importe diretamente os instrumentos de operacionalização de precedentes utilizados em outros países, pois o Brasil, com foi ressaltado diversas vezes nesse trabalho, tem suas peculiaridades e estas devem ser respeitadas.

REFERÊNCIAS

ABRAMOWICZ, Michael; Stearns, MAXWELL. *Defining Dicta. Bepress Legal Series*. Working Paper 403, p. 130, 8 out. 2004. Disponível em: <<http://law.bepress.com/expresso/eps/403>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

ALEXY, Robert. *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*. Tradução para o espanhol de M. La Torre. In: La Torre, M.; Spadaro, A. (Orgs.). *La ragionevolezza nel diritto*. Torino: Giappichelli, 2002.

_____; PECZENIK, Aleksander. *The concept of coherence and its significance for discursive rationality*. *Ratio Iuris*, vol. 3, n. 1, p. 134, bis, mar. 1990.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública*. 3 ed. São Paulo: RT, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 186, p. 2-3, ago. 2010 (versão online).

_____. Influência europeia sobre o processo civil inglês: *a Inglaterra não é mais uma ilha*. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 195, p. 3. maio.2011 (versão online).

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3 ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1985.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. “Brazilian Precedents”. *Migalhas*, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047Brazilian+precedentes>>. Acesso em: 06 fev.2015.

_____. (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de processo*, São Paulo, vol. 172, p. 6, jun. 2009 (versão online).

_____. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 893, p. 2-3, mar. 2010, (versão online).

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 7 ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. *Precedentes e evolução do direito*. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

_____. Súmula vinculante: figura do common law? *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 44, p. 4, out. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrinal.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html>. Acesso em: 14 fev. 2015.

_____. *Fundamentação da decisão judicial no novo CPC brasileiro. Ideias & Opiniões. Informativo do Escritório Wambier & Arruda Alvim Wambier – Advocacia e Consultoria Jurídica*, ano X, n. 21, p. 14, out/nov/dez. 2014.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 814, p. 4, ago. 2003 (versão online).

_____. *Breves comentários à 2.ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, ano I, vol. I, n.4, p. 28, jul.2001, (versão online).

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1996.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Recurso especial por violação de princípio jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 738, p. 100, abr. 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. In: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 7.756/98*. Vol. 2. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14 ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 105, p. 1, jan. 2002 (versão online).

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Judicialização, ativismo judiciário e legitimidade democrática. Atualidades jurídicas. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, n. 4, p.

19, jan/fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2014.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 58, p. 24, jan. 2007 (versão online).

_____. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 23, p. 1-4, abr. 1998 (versão online).

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e fast-track recursal. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 171, p. 4, maio.2009 (versão online).

BENTHAM, Jeremy. Truth vs Ashhurst. In: *The Works of Jeremy Bentham* (published under the superintendence of his executor, John Bowring), vol. V. Edinburgh/Tait/London, Simpkin, 1843.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: analisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BLACK, Henry Campbell. *Law of Judicial Precedent*. Eagan: West Publishing Company, 1912, p. 37 *apud* RE, Edward. *Stare decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 702, p. 3, abr. 1994.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direito*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto; ALARCON, Pietro de Jesús. *O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte*. In: SILLER, Peter; KELLER, Bertram (Hg.). *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden: Nomos, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *A quinta geração de direitos*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 2, n. 3, p. 82-91, abr./jun. 2008.

_____. *Curso de direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar *et al.* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. *Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais*. *Direito Público*. vol. 1, n. 2. Porto Alegre: Síntese, out-dez. 2003, p. 172-173.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental na Reclamação nº 9.404/RJ*, rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14.08.2013.

_____. _____. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.240.404/SP*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14.05.2013.

_____. _____. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 221.219/DF*, rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 20.06.2013.

_____. _____. *Agravo Regimental no Agravo nº 936.155/RJ*, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 17.02.2011.

_____. _____. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.459.296/SP*, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 19.08.2014.

_____. _____. *Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 357.288/PR*, rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, j. 14.11.2007.

_____. _____. *Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 660.310/DF*, rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Seção, j. 13.08.2014.

_____. _____. *Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.179.802/SP*, rel. Min. Gurgel De Faria, Terceira Seção, j. 12.11.2014.

_____. _____. *Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 228432/RS*, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, j. 01.02.2002.

_____. _____. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.447.803/RJ*, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 23.09.2014.

_____. _____. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.230.519/RJ*, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 26.06.2012.

_____. _____. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1449675/SP*, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 07.08.2014.

_____. _____. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.301.484/RJ*, rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 16.12.2014.

_____. _____. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.113.627/RS*, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 13.08.2013.

_____. _____. *Desistência no Recurso Especial nº 1.102.457/RJ*, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 02.12.2014.

_____. _____. *Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 1.208.600/RS*, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 07.02.2013.

_____. _____. *Embargos de Declaração na Medida Cautelar nº 18.822/RJ*, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. 06.03.2012.

_____. _____. *Embargos de Divergência em Agravo de Instrumento nº 857.758/RS*, rel. Ministra Nancy Andrichi, Segunda Seção, j. 23.02.2011.

_____. _____. *Embargos de Divergência em Agravo de Instrumento nº 857.758/RS*, rel. Min. Nancy Andrichi, Segunda Seção, julgado em 23.02.2011

_____. _____. *Embargos de Divergência em Agravo nº 1.186.352/DF*, relator originário Min. Teori Albino Zavascki, relator para o acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, j. 21.03.2012.

_____. _____. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 422.778/SP*, relator originário Min. João Otávio de Noronha, relatora para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 29.02.2012.

_____. _____. *Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 485.969/SP*, rel. Min. José Salgado, j. 23.08.2006.

_____._____. História. Nasce o recurso especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Conhe%C3%A7a-o-STJ/Hist%C3%B3ria/Nasce-o-Recurso-Especial. > Acesso em: 25. fev. 2015.

_____._____. *Petição nº 7.452/RJ*, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ em 18/04/2011.

_____._____. *Questão de Ordem no Agravo nº 1.154.599/SP*, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.02.2011.

_____._____. *Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.063.343/RS*. rel. Min. Nancy Andrighi, J.17.12.2008.

_____._____. *Recurso Especial nº 1.147.595/RS*, rel. Min. Sidnei Beneti, Segunda Seção, j. 08.09.2010.

_____._____. *Recurso Especial n. 718.203/SP*, rel. Min. Luiz Fux, j. 06.12.2005.

_____._____. *Recurso Especial n. 510.598/SP*, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.04.2007.

_____._____. *Recurso Especial nº 1.251.331/RS*, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 28.08.2013.

_____._____. *Recurso Especial nº 1.098.495/RS*, rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 27.03.2012.

_____._____. *Recurso Especial n. 329.267/RS*, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.08.2002.

_____._____. *Recurso Especial n. 735.565/MS*, rel. Min. Luiz Fux, j. 27.03.2007.

_____._____. *Recurso Especial nº 1.255.573/RS*, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 28.08.2013.

_____. _____. *Recurso Especial nº 629.346/DF*, rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. 28.11.2006.

_____. _____. *Recurso Especial n. 575.998/MG*, rel. Min. Luiz Fux, j. 07.10.2004.

_____. _____. *Recurso Especial n.577.836/SC*, rel. Min. Luiz Fux, j.21.10.2004.

_____. _____. *Recurso Especial nº 1.359.558/PB*, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 09.04.2013.

_____. _____. *Recurso Especial nº 1.349.790/RJ*, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 25.09.2013.

_____. SupremoTribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.954/AC*, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 29.10.2014.

_____. _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7/DF*, rel. Min. Sydney Sanches, j. 18.03.1994.

_____. _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.955/CE*, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 14.11.2014.

_____. _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425/DF*, relator originário Min. Carlos Ayres Brito e relator para o acórdão Min. Luiz Fux, DJe 18.12.2013.

_____. _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.054/DF*, relator originário Min. Ilmar Galvão e relator para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, julgado em 02.04.2003.

_____. _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540/DF*, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.09.2005.

_____. _____. *Agravo no Recurso Extraordinário n. 603.575/SC*, rel. Min. Eros Grau, j. 20.04.2010.

_____. _____. *Agravo Regimental em Reclamação nº 13.508*, rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 23.05.2013.

_____. _____. *Agravo Regimental em Reclamação nº 2.990* rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, j. 16.08.2007.

_____. _____. *Agravo Regimental em Reclamação nº 6204*, rel. Min. Eros Grau, Plenário, j. 06.05.2010.

_____. _____. *Glossário jurídico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=461>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

_____. _____. *Habeas Corpus n. 76.060/SC*, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.05.1998.

_____. _____. *Habeas Corpus n. 85.988/PA*, rel. Min. Celso de Mello, j. 04.05.2010.

_____. _____. *Reclamação nº 7.569*, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 19.11.2009.

_____. _____. *Reclamação nº 4.374/PE*, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. Em 18.04.2013.

_____. _____. *Reclamação nº 2.363*, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 23.10.2003.

_____. _____. *Reclamação nº 1.987*, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, j. 01.10.2003.

_____. _____. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 727.864/PR*, rel. Min. Celso de Mello, j. 09.9.2014.

_____. _____. *Recurso Extraordinário n. 436.996/SP*, rel. Min. Celso de Mello, DJ 07.11.2005.

_____. _____. *Recurso Extraordinário nº 658.570/MG*, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.11.2012.

_____. _____. *Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ*, relatora originária Min. Ellen Gracie e relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 11.10.2005.

_____. _____. *Recurso Extraordinário nº 161.243/DF*, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 29.10.1996.

_____. _____. *Recurso Extraordinário nº 608.872/MG*, rel. Min. Dias Toffoli, j. 31.10.2014.

_____. _____. *Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS*, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. 30.04.1996.

_____. _____. *Mandado de Injunção n. 712/PA*, rel. Min. Eros Grau, j. 25.10.2007.

_____. _____. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.667/DF*, rel. Min. Celso de Mello, DJ 12.03.2004.

_____. _____. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.136/DF*, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 29.10.2014.

_____. _____. *Medida Cautelar na Reclamação nº 18.878*, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 26.11.2014.

_____. _____. *Medida Cautelar no Recurso Extraordinário nº 376.852/SC*, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 27.03.2003.

_____. _____. *Questão de Ordem em Agravo de Instrumento nº 760.358/SE*, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 19.11.2009.

_____. _____. *Questão de Ordem na Ação Cautelar nº 1.810/DF*, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 16.10.2007.

_____. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.075405-9*, de Ituporanga, Quinta Câmara de Direito Cível, Rel. Des. Henry Petry Júnior, j. 31.10.2013.

_____. _____. *Apelação Cível n. 2014.086940-7*, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 29.01.2015.

_____. _____. *Apelação Cível n. 2012.080247-0*, Quinta Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 24.10.2013.

_____. _____. *Apelação Cível n. 2013.060313-6*, Terceira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. 02.12.2013.

BRUMBAUGH, Jesse Franklin. *Legal Reasoning and Briefing*. Buffalo: William S. Hein, 1917.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 54, p. 3, jan. 2006 (versão *online*).

_____. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAENEGEM, Raoul Charles van. *Judges, legislators & professors: chapters in european legal history. Goodhart lectures, 1984-1985*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.

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

_____. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo, v.61, p. 5, jan. 1991 (versão *online*).

_____. 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.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neopositivismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. Precedentes Vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 215, p. 2-3, jan. 2013 (versão *online*).

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 53-58

_____. "Grundrechte und Privatrecht", *AcP (Archiv für die civilistische Praxis)* 184, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil: A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno. *In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

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

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição, direito constitucional positivo*. 12 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

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

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*. vol. 1, p. 2-3, set. 2012 (versão *on line*).

COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos: O sistema de precedente vinculante do Common Law. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 752, p. 1, jun. 1998 (versão *online*).

COOPER, Louis. 1966 and All That: The Story of the Practice Statement. *In: BLOM-COOPER, Louis; B. Dickson; G. Drewry (coords.). The*

Judicial House of Lords: 1876-2009. OXFORD: Oxford University Press, 2009.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. Reclamação – A ampliação do cabimento no contexto da “objetivação” do processo nos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 197, p. 24, jul. 2011.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DERZI, Misabel *et al.* Recursos extraordinários, precedentes e a responsabilidade política dos tribunais. Um problema em aberto para o legislador e para o Novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 237, p. 6-7, nov. 2014 (versão *online*).

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: RT, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional e contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

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

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISENBERG, Melvin. *The nature of common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

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

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. É preciso rever o neoconstitucionalismo, pois defendê-lo seria uma contradição. *Revista Consultor Jurídico*, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-13/ruy-espindola-preciso-rever-neoconstitucionalismo-pois-defende-lo-seria-contradicao>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedente during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 64.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: Cedam, 1996, p. 7

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio Eletrônico, versão 5.12*. 7 ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEROA, Alfonso García. Neoconstitucionalismo, derrotabilidade e razão prática. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 79, p. 2, abr. 2012 (versão online).

FINE, Toni, M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 782, p. 4, dez. 2000 (versão online).

FOWLER, James H; JEON, Sangick. *The authority of Supreme Court Precedent: A network analysis*, junho, 2005.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Law in America: a short history*. New York: A Modern Library, 2002.

FUNKEN, Katja. *The Best of Both Worlds - The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System*, University of Munich School of Law p. 11, jul. 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=476461>. Acesso em: 20 fev. 2015.

GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da corte suprema e dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 734, p. 1-2, dez. 1996 (versão online).

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case. Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: 1931, Cambridge University Press.

_____. *Precedent in english and continental law* – Na inaugural lecture before the University of Oxford. Londres: Stevens and Sons, 1934.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 2003.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradução nossa. Buenos Aires: Astrea, 2007.

_____. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

HALL, Kermit L. (Org.). *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. Tradução nossa. New York: Oxford University Press, 1999.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 2 ed. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

JÚNIOR, Fredie Didier; MACÊDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, vol. 16, n. 110, out. 2014/jan. 2015

KELSEN, Hans. *Reine rechtslehre*. 2 ed. Berlin: Deuticke, 1960.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. FRANZOI, Juliana Borinelli. Estudo comparado entre o julgamento de recursos especiais repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas *In*: BARBOSA, Cláudia Maria; PAMPLONA, Daniele Anne (orgs.) *Políticas públicas, democracia e poder judiciário [livro eletrônico]*. Curitiba: Letra da Lei, 2014.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMY, Eduardo de Avelar. A transformação dos embargos infringentes em técnica de julgamento: ampliação das hipóteses. *In*: FUX, Luiz *et al* (coords.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o novo projeto do novo código de processo civil*. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 173, p. 1, jul. 2009 (versão online).

_____. Súmula vinculante: um desafio. *Revista de Processo*, São Paulo,

vol. 120, p. 1-3, fev. 2005 (versão *online*).

_____; RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. *The Journal of Law and Economics*, 19, 249, 1976.

LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil. Natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: 2011.

LLEWELLYN, Karl. *The case law system in America*. Tradução para o inglês de Paul Gewirtz e Michael Ansaldi. Chicago: University of Chicago Press, 1989, p.

LUDWUIG, Ennecerus; NIPPERDEY, Hans Carl. *Allgemeiner teil des bürgerlichen rechts*. Tbingen: Mohr, 1959.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. 2006.

_____. Can stare decisis be abolished? *Judicial Review*, 1966, p. 204-205.

_____. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MACÊDO, Lucas Buril de. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 238, p. 10, dez. 2014 (versão *online*).

MANCUSO, Rodolfo de Camargo de. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3 ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. Súmula vinculante e a EC 45/2004. In: Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a EC 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al*. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: RT, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral*. 6 ed. São Paulo: RT, 2012.

MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro *et al* (orgs.). *Direito processual coletivo e anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Vol 1. São Paulo: RT, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 90, p. 4, nov. 2013 (versão *on line*).

_____; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal?pagina=19>> Acesso em: 10 out. 2012.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Manual de direito constitucional*. t. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 290-296

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Agravo interno e agravo regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais*. São Paulo: RT, 2009.

_____. Constituição, Processo e o Princípio do due process of law. In: ASSIS, Araken de *et al* (coords.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O binômio repercussão geral e súmula vinculante: necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Poderes do relator no agravo de instrumento: impossibilidade de provimento singular sem a oitiva da parte agravada*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

_____. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: RT, 2013.

MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-a do CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 144, p. 106, fev. 2007.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: MONTROSE, J. L. Ratio decidendi and the House of Lords. *The Modern Law Review*, vol. 20, p. 130, mar.1957.

MONTROSE, J. L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, vol. 20, p. 59, nov. 1957.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 1997.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; BUNCHAFT, Maria Eugênia. A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 86, p. 11, jan. 2014 (versão online).

MÜLLER, Friedrich. *Juristische methodik*. 6 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

MUSCARI, Marco Antônio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NARANJO, Rafael de la Cruz. *Los limites de los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação infraconstitucional*. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2010.

NETO, João dos Passos Martins. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003.

NUNES, Dierle. É preciso repensar o modo como os tribunais vêm atuando. *Revista Consultor Jurídico*, 11 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-11/dierle-nunes-preciso-repensar-modo-tribunais-atuam>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

_____. O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. *Justificando*, fev. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

_____. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 199, p. 13, set. 2011 (versão online).

_____; THEODORO JÚNIOR, Humberto; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: Análise da convergência entreo civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 189, p. 43, nov. 2010.

OECD. Giustizia civile: come promuoverne l'efficienza? *OECD Economics Department Policy Notes*. n. 18. jun. 2013. Disponível em: <http://qualitapa.gov.it/fileadmin/mirror/i-perfgiustizia/materiali/3_estratto_it_Giustizia-civile.pdf>. Acesso em: 13.12.2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 113, p. 1, jan. 2004 (versão online).

OLIVEIRA, Fábio de. Por uma teoria dos princípios. *O princípio constitucional da razoabilidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 170-171, jan./mar. 1997.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

_____. *Los derechos fundamentales*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 45, p. 1-2, out. 2003 (versão *online*).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

QUADRA-SALCEDO, Tomás. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1981.

RASMUSEN, Eric. Judicial legitimacy as a repeated game. *Journal of Law, Economics, and Organization*, n. 10, abr. 1994, p. 14. Disponível em: <http://www.rasmusen.org/published/Rasmusen_94JLEO.judges.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2015.

RECONDO, Felipe. *Novo CPC e o fim da repercussão geral*. Jota, 25 fev. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-e-o-fim-da-repercussao-geral>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

REYNOLDS, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002, p. 196 *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. 2006, p. 151.

ROSAS, Roberto. Da súmula à súmula vinculante. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 879, p. 1-2, jan. 2009, (versão *online*).

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 208 p. 4 jun. 2012 (versão *online*).

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.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 57, p. 2, out. 2006 (versão online).

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 36, p. 11, out. 2000 (versão online).

_____. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006.

_____. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

_____. Os princípios constitucionais e ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Tradução nossa, *Stanford Law Review*, vol. 39, p. 572, 1987.

_____. *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Tradução nossa. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente em common law*. Tradução nossa. Madrid: Civitas, 1995.

SHERMAN, Charles. Salient features of the reception of roman law into common law of England and America. *Boston University Law Review*, v.8, p. 183-192, 1928.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2008, 42.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 798, p. 15, abr. 2002 (versão *online*).

SIMPSON, A. W. B. The common law and legal theory. In: *HORDER, Jeremy (ed.). Oxford essays in jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição aberta e direitos fundamentais do homem*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. *The english legal system*. 8 ed. Oxon: Routledge-Cavendish, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: RT, 1999.

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

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. *Modern Law Review*, vol. 22, p. 597e ss, 1959.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2014.

_____. O que é isto - Os novos embargos infringentes? Uma mão dá e a outra.... *Revista Consultor Jurídico*, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. *Revista Consultor Jurídico*, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. *Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARUFFO, Michele. Icebergs do *common law* e *civil law*? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 181, p. 1-2, mar. 2010 (versão *online*).

_____. Precedente e jurisprudência. Tradução de Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 199, p. 5, set. 2011 (versão *online*).

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 168, p. 16, fev. 2009 (versão *online*).

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Tradução de Flávio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 218, p. 6, abr. 2013, p. 6 (versão *online*)

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007, p. 36;38.

VEGA GARCÍA, Pedro de. Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (em caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in*

reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *Revista de Processo, São Paulo, vol. 100, p. 4 out. 2000 (versão online).*

_____; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 7 do STJ) nos processos coletivos.* *Revista de Processo, São Paulo, v. 163, p. 28-49, set. 2008.*

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo código de processo civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo, São Paulo, vol. 235, p. 8, set. 2014, (versão online).*

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