

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

FACULDADE DE DIREITO “Prof. Jacy de Assis”

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

FERNANDA NÉRI ROSA

fernandaneriadv@gmail.com

**PRECEDENTES JUDICIAIS: aspectos controvertidos de sua
aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de
fundamentação descontextualizado**

Uberlândia

2016

FERNANDA NÉRI ROSA

**PRECEDENTES JUDICIAIS: aspectos controvertidos de sua
aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de
fundamentação descontextualizado**

Dissertação sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges, apresentada ao colegiado do CMDIP-UFU como requisito parcial para obtenção do título Mestra do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais e linha de pesquisa Tutela Jurídica e Políticas Públicas.

Uberlândia

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

R788p
2016

Rosa, Fernanda Néri, 1981-

Precedentes judiciais : aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de fundamentação descontextualizado / Fernanda Néri Rosa. - 2016.

124 f.

Orientador: Alexandre Walmott Borges.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direito - Brasil - Teses. 3. Jurisprudência - Brasil - Teses. I. Borges, Alexandre Walmott. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

FERNANDA NÉRI ROSA

**PRECEDENTES JUDICIAIS: aspectos controvertidos de sua
aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de
fundamentação descontextualizado**

Dissertação sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges, apresentada ao colegiado do CMDIP-UFU como requisito parcial para obtenção do título Mestra do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais e linha de pesquisa Tutela Jurídica e Políticas Públicas.

Aprovada em: _____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges (CMDIP-UFU orientador)

Prof. Dr. Thiago Gonçalves Paluma Rocha (CMDIP-UFU)

Prof. Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho (UFG)

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que sonham frequentar os bancos do Ensino Superior e que pelos revezes da vida ainda não o fizeram; ao meu marido Renato, companheiro de todas as horas que não mediu esforços para me auxiliar nesta caminhada; aos meus pais José Fernando e Marisa, pelo apoio e carinho dedicados e pela compreensão ante a minha ausência; aos meus irmãos Bernardo e Tetê pelo incentivo e exemplo para alcançar mais uma etapa desta jornada; à minha amiga Regina, pelo fundamental apoio logístico.

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor orientador Dr. Alexandre Walmott Borges, pelos importantes apontamentos fornecidos e por dividir sua experiência que me foram imprescindíveis para o desdobramento do presente trabalho.

Aos professores Dr. Edihermes Coelho, Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho e Dr. Thiago Gonçalves Paluma Rocha, pela excepcional solicitude com que me atenderam em todas as minhas necessidades acadêmicas.

Ao professor e coordenador deste Programa de Pós-Graduação em Direito, Dr. Fernando Rodrigues Martins, pela incansável luta para a consolidação e aprimoramento deste valioso curso de Mestrado da Universidade Federal de Uberlândia.

Aos demais professores do Programa, cujas disciplinas tive o prazer de cursar, pelos valiosíssimos conhecimentos, que me serviram enormemente no desenvolvimento desta dissertação, Profª. Drª. Silvana, Profª. Drª. Débora, Prof. Dr. Garrido, Prof. Dr. Renato.

À querida servidora Isabel Arice Koboldt, secretária do Programa de Pós-Graduação em Direito pela presteza, competência e atenção no desempenho de suas funções, além dos momentos de descontração e amizade compartilhados ao longo do curso.

Aos colegas do curso pela amizade e companheirismo nas horas de sacrifício e também nas de alegria.

Aos colegas de trabalho do Núcleo de Prática Jurídica Unitri, Faculdade Católica de Uberlândia e escritório de advocacia, pela compreensão, incentivo e solidariedade.

Aos meus familiares e amigos de todas as horas, que sempre torceram por mim.

RESUMO

ROSA, Fernanda Néri. Precedentes judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de fundamentação descontextualizado. 2016. [124 f]. Dissertação. (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016.

A presente dissertação pretende verificar as controvérsias do uso dos precedentes judiciais no Brasil e o risco de decisões com fundamento fora de contexto. A pesquisa se inicia com as origens das tradições jurídicas *common law* e *civil law*. Em seguida, aponta alguns aspectos favoráveis da aplicação do instituto no Brasil, sobretudo seus efeitos jurídicos. Após, expõe pontos que merecem críticas, especialmente na sua aplicação, eivada de conteúdo genérico e descontextualizado, com a pretensão de solver a morosidade da justiça. A problemática apresentada é: os precedentes judiciais são empregados de forma adequada? Tem como objetivo geral analisar os precedentes judiciais e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e específicos, os aspectos positivos e negativos na prática processual. Delimita-se a área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, na medida em que aborda o risco de violação aos princípios constitucionais da isonomia, quando se tem julgamentos distintos para os mesmos casos, acesso à justiça, quando se tolhe o direito de ação do jurisdicionado, motivação das decisões, quando se vale de fundamento de decisões anteriores diversas do caso em apreço e segurança jurídica, quando se frustram as expectativas do postulante que confiava em determinado entendimento jurisprudencial. A linha de pesquisa é Tutela Jurídica e Políticas Públicas, uma vez que trata da função jurisdicional atual no ordenamento jurídico brasileiro, suas bases, seus deveres e suas contradições. A pesquisa se orienta pelas tradições da *common law* e *civil law* dos séculos XIX até a contemporaneidade. A técnica de pesquisa é bibliográfica e documental por meio do estudo da doutrina e de julgados. O referencial teórico é Lenio Luiz Streck, com a afirmação de que os precedentes são decisões prontas. Os resultados obtidos são: a influência da tradição da *common law* no ordenamento brasileiro, as vantagens da aplicação dos precedentes, e a presença de decisões pautadas em precedentes, suscetíveis a julgamentos descontextualizados.

Palavras-chave: Precedente judicial. *Common Law*. *Civil Law*. Efeitos jurídicos. Discurso de fundamentação descontextualizado.

ABSTRACT

This work aims to verify the controversial use of judicial precedent in Brazil and the risk of decisions on the ground out of context. The search begins with the origins of the legal traditions common law and civil law. Then points out some positive aspects of the institute's application in Brazil, especially its legal effects. After exposes points that deserve criticism, especially in its application, riddled with generic and decontextualized content, with the intention to solve the slow pace of justice. The issue presented is: judicial precedents are used appropriately? It has as main objective to analyze the judicial precedents and their application in the Brazilian legal system and specific, positive and negative aspects in the procedural practice. Delimits to the area of concentration Fundamental Rights and Guarantees, in that it addresses the risk of violation of the constitutional principles of equality, when you have separate trials for the same cases, access to justice, when it hinders the right of action of claimants , reasons for decisions when it goes to the foundation of several previous decisions of the case and legal certainty, when frustrated the applicant's expectations that trust certain jurisprudential understanding. The line of research is Protection Legal and Public Policy, since it deals with the current judicial function in the Brazilian legal system, their bases, their duties and their contradictions. The research is guided by the traditions of common law and civil law of the nineteenth until nowadays. The research technique is literature and documents through the study of the doctrine and judged. The theoretical framework is Lenio Luiz Streck, with the statement that the precedents are ready decisions. The results are: the influence of the common law tradition in the Brazilian legal system, the previous application of the advantages, and the presence of ruled in previous decisions, susceptible to decontextualized judgments.

Keywords: Judicial precedent. Common Law. Civil Law. Legal effects. Decontextualized speech grounds.

SUMÁRIO

PRECEDENTES JUDICIAIS: aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de fundamentação descontextualizado

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 NOÇÕES GERAIS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	16
2.1. Os precedentes judiciais nas tradições da <i>common law</i> e da <i>civil law</i>	17
2.2 Precedentes judiciais (<i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>), jurisprudência e súmulas.....	26
2.3 Técnicas de confronto dos precedentes judiciais.....	38
2.3.1 <i>Distinguishing</i>.....	38
2.3.2 <i>Restrictive Distinguishing</i>.....	40
2.3.3 <i>Ampliative Distinguishing</i>.....	41
2.4 Técnicas de superação dos precedentes judiciais.....	41
2.4.1 <i>Overruling</i>.....	42
2.4.2 <i>Antecipatory overruling</i>.....	46
2.4.3 <i>Overriding</i>.....	47
3 ASPECTOS POSITIVOS DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	49
3.1 Norma e eficácia jurídica do precedente.....	49
3.2 Precedentes obrigatórios no direito brasileiro.....	60
3.3 Precedentes e princípios.....	63
3.2.1 <i>Princípio da legalidade</i>.....	63
3.2.2 <i>Princípio da igualdade</i>.....	64
3.2.3 <i>Princípio da segurança jurídica</i>.....	65
3.2.4 <i>Princípio da motivação das decisões</i>.....	66
3.2.5 <i>Princípio do contraditório</i>.....	68
3.3 Deveres gerais dos tribunais no sistema de precedentes judiciais.....	69
3.3.1 <i>Dever de uniformização da jurisprudência</i>.....	69
3.3.2 <i>Dever de manter a jurisprudência estável</i>.....	70
3.3.3 <i>Dever de dar publicidade aos precedentes</i>.....	71
3.3.4 <i>Dever de coerência e integridade</i>.....	72
4 CRÍTICA À APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	74

4.1 Precedentes e fundamentação.....	75
4.1.1 Fato vs. Norma: não há case no Brasil.....	80
4.1.2 Ementas: verdades absolutas.....	83
4.1.3 Precedente: uma escolha difícil.....	87
4.2 Constituição de 1988 e precedentes.....	88
4.3 Precedentes e súmulas.....	89
4.4 Coerência e integridade na aplicação do precedente.....	91
4.5 Interpretação e aplicação adequadas dos precedentes: resposta correta.....	92
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	97
6 REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO E DOCUMENTAL.....	102

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa se baseou no ordenamento jurídico brasileiro da contemporaneidade e um dos aspectos que mais chamou a atenção foi justamente o fato de que há um manifesto redirecionamento do legicentrismo para o direito judicial, fato comprovado por meio do inegável ativismo do Poder Judiciário na atualidade. A partir daí, delimita-se a área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, na medida em que aborda os riscos de violação aos princípios constitucionais da isonomia, quando se tem julgamentos distintos para os mesmos casos, acesso à justiça, quando se tolhe o direito de ação do jurisdicionado; segurança jurídica, quando se frustram as expectativas do postulante que confiava em determinado entendimento jurisprudencial, entre outros conforme será exposto. Do mesmo modo, identifica-se a linha de pesquisa Tutela Jurídica e Políticas Públicas, uma vez que trata da função jurisdicional atual no ordenamento jurídico brasileiro, suas bases, seus deveres e suas contradições.

As razões para esse agigantamento da função jurisdicional são inúmeras e não é essa a análise do presente trabalho, mas sim, um dos produtos deste fenômeno recente não só no Brasil, mas em outros países de tradição *civil law*. Resultado da ação influente dos ordenamentos de tradição jurídica da *common law*, os precedentes judiciais serão estudados dentro da ordem brasileira atual, apontando suas vantagens e desvantagens nos termos em que prevê o novo *codex processual civil*, bem como na prática dos tribunais.

O trabalho se divide em três partes centrais, sendo o segundo capítulo de caráter histórico e conceitual, apontando as origens dos precedentes judiciais nos sistemas da *common law* e sua entrada nos sistemas da *civil law*; o terceiro capítulo introduz algumas mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil, discorrendo sobre as vantagens da aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento pátrio e o quarto capítulo aborda a prática jurídica, apresentando críticas no sentido do mal uso (ou abuso) dos precedentes judiciais na ordem nacional.

Observa-se que dentro das noções fundamentais dos precedentes judiciais, tem-se, que na tradição da *common law*, o direito é predominantemente costumeiro e jurisprudencial. Sua origem se deu na região onde hoje fica a Inglaterra, que apesar de

fazer parte do domínio romano sofreu a invasão de povos bárbaros (saxões, anglos e dinamarqueses) povos nômades, com grande aparato bélico, com cultura, língua, modos e estrutura organizacional diversa do povo romano e que mantinha sua ordem por meio dos costumes passados pelas gerações sobretudo pela força da tradição. Essa tradição e influência são tamanhas que estes Estados não só se mantiveram na mesma sistemática, como também foram capazes de inspirar outros países, na adoção de decisões anteriores como fundamento de decisões presentes.

Se por um lado é fácil identificar o precedente judicial na tradição da *common law*, o mesmo não se pode afirmar para os ordenamentos pautados na *civil law*, o que não impede seu reconhecimento. Percebe-se que ainda que seja um ordenamento codificado, não é possível ignorar a importância dos precedentes judiciais, haja vista oferecer uma aplicação na elaboração do julgamento. A tradição da *civil law* compreende o sistema em que a lei é a principal fonte do direito, fundada no positivismo jurídico. Ao Parlamento coube a função de formular as leis, tidas como mandamentos claros, objetivos e universais de modo a abranger todas as soluções possíveis para os conflitos sociais.

Ainda no capítulo conceitual, o trabalho apresenta a distinção de conceitos que frequentemente são confundidos no estudo das decisões judiciais: precedente, com seus componentes *ratio decidendi* e *obiter dictum*; jurisprudência e súmula.

Precedente é uma decisão judicial. Essa decisão é proferida a partir de uma situação real e irá servir de orientação para o julgamento de casos semelhantes que surgirem em seguida. Logo, constituirá precedente judicial para futuros casos idênticos, a decisão proferida em um caso concreto. A *ratio decidendi* é a razão de decidir, sendo verdadeiramente a opção feita pelo julgador no momento da interpretação do caso concreto e que apresenta caráter geral, haja vista a função de refletir sua aplicação para situações futuras e semelhantes. A *ratio decidendi*, ou *holding* para a doutrina estadunidense, determina-se pelos fundamentos jurídicos da decisão, pela tese jurídica aplicada na solução do caso. É o elemento nuclear do precedente judicial. Os argumentos acessórios constantes dos julgados compõem o *obiter dictum* e, apesar de contribuírem para a criação do precedente quando ligados à *ratio decidendi*, sozinhos não têm grande atribuição.

O capítulo avança nos conceitos ao tratar das técnicas de aplicação dos precedentes, apontando como são empregados, na prática, a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*) dos mesmos.

Por *distinguishing*, ou distinção, entende-se a técnica característica da *common law*, consistente na não aplicação do precedente nas situações em que houver uma particularidade que impõe o afastamento da regra e nas quais a decisão possa ser proferida sem esta. É certo que nenhum caso é igual ao outro, mas mesmo nos casos semelhantes, em havendo uma característica peculiar no caso concreto que o diferencia em especial do precedente, este último não deve ser aplicado. Já o *overruling* é uma técnica de superação, na qual um precedente perde a sua obrigatoriedade sendo novo precedente utilizado, ou seja, o precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro.

No capítulo que trata dos aspectos positivos da aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se a influência de traços da tradição *common law*, como o direito judicial.

Morosidade, excesso de processos, recursos em demasia, falta de pessoal são exemplos de obstáculos enfrentados pelo Poder Judiciário não só no Brasil, mas em muitos países de tradição *civil law*. O crescimento do acesso à justiça é inegável na contemporaneidade, todavia, junto com esse benefício, vieram também os dissabores acima listados que impedem uma prestação jurisdicional ágil e isonômica. Se de um lado a *civil law* estabelece uma série de direitos e garantias ao jurisdicionado, por outro, o sistema processual inviabiliza a concretização desses mesmos direitos ante um sistema burocrático obsoleto.

Visando à redução dos óbices antes mencionados, a prática brasileira, acompanhada da recente reforma processual civil (com vigência a partir de março de 2016), tem enxergado saídas na adoção de instrumentos tipicamente da tradição *common law* e o precedente é o exemplo por excelência.

É preciso que se tenha em mente que o precedente pode ser encarado como fonte do direito, pois dá origem a outros direitos e garantias em casos presentes a partir da sua equivalência em casos pretéritos. Explica-se: se uma determinada decisão serviu de referência ou mesmo passou a ser obrigatória na aplicação de casos futuros

semelhantes, isso nada mais é do que a descrição de uma fonte do direito, assim como o é a lei, a doutrina, a jurisprudência e os costumes.

As grandes vantagens ou pontos positivos da aplicação dos precedentes judiciais no Brasil, se dão sobretudo em função dos efeitos por eles produzidos, isto é, sua eficácia. Serão vistas seis modalidades de efeitos jurídicos que a doutrina aponta aos precedentes judiciais no Brasil, são eles: efeito vinculante (obrigatório); efeito persuasivo; efeito obstativo da revisão de decisões; efeito autorizante; efeito rescindente (deseficacizante) e efeito de revisão da sentença.

De igual modo, serão analisadas as alterações hermenêuticas pelas quais deverão se submeter os princípios constitucionais processuais, por meio da técnica da interpretação conforme a Constituição, a fim de que haja adequação do sistema de precedentes recém introduzido no ordenamento brasileiro. Assim, observar-se-á o redimensionamento dos princípios da legalidade, da igualdade, da segurança jurídica, da motivação das decisões e do contraditório.

Dentro desta parte ainda são expostos os deveres gerais dos tribunais estabelecidos pelo novo regramento processual civil a fim de que se consolide o sistema de precedentes no Brasil. Será estudado que o novo código de processo civil dispõe que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, mantê-la estável, íntegra e coerente e dar-lhe publicidade, ou seja, essas obrigações dizem respeito ao fato de que o tribunal não deve se omitir ante uma divergência interna sobre o mesmo fato; deve justificar qualquer mudança de posicionamento no seu entendimento e deve garantir que as decisões judiciais sejam públicas, organizando seus precedentes por matéria para divulgá-los na internet por meio de seus sítios eletrônicos.

No último capítulo apresentam-se alguns aspectos desfavoráveis da aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. Destaca-se o fenômeno da contemporaneidade no direito nacional, em que o debate e o estudo jurídico dos doutrinadores têm dado lugar às pesquisas de palavras-chave nos bancos de dados dos sítios eletrônicos dos tribunais nacionais, dando ênfase aos precedentes judiciais muitas vezes engessados pelos verbetes da jurisprudência.

A pesquisa enfatiza a ideia de que fundamentar uma decisão é princípio constitucional atinente ao Poder Judiciário, eivado de nulidade o julgamento que assim

não proceder. Lembra ainda que o juiz, equidistante que está das partes em contenda, deve prestar-lhes a mesma deferência, de modo que não basta afirmar que a parte A é vencedora em razão da norma X (ou precedente Y), deve também mencionar por quais razões a parte B foi vencida.

Ademais expõe que a tradição jurídica do Brasil, em grande medida, separa direito e realidade social e histórica. Não se tem por costume, no ensino jurídico pátrio, uma preocupação com os fatos, mas sim com a norma. Ao intérprete do direito cabe a análise da norma e não dos fatos para os quais as normas são destinadas, de modo que o objeto de investigação jurídica é o produto da função legislativa. A partir daí o que ocorre muitas vezes é o emprego do precedente em julgados futuros que têm fatos não necessariamente semelhantes àquele que deu origem ao enunciado com força persuasiva ou vinculativa.

O fato é que muitas ementas são preparadas justamente para formar uma resposta geral a todos os casos futuros com algum conectivo de semelhança e não para servir de ferramenta de pesquisa, tudo com vistas a padronizar as decisões, evitar recursos desnecessários, reduzir o número de demandas e todas as demais vantagens já expostas.

Desta maneira, os precedentes judiciais têm representado um duplo papel: ora como discursos de fundamentação prévios (quando empregados com caráter meramente persuasivo) ora como juízos de ponderação prontos e acabados para resolver futuros casos difíceis (quando empregados com caráter vinculativo, ainda que não seja essa sua função).

Neste estágio, a pesquisa propõe também uma reflexão sobre as súmulas com efeito vinculante e a possível atribuição de função típica do Legislativo ao Judiciário, contrariando o princípio da separação dos poderes. Ademais, o instituto é por vezes desaprovado por ser autoritário; por agir contra o princípio da independência jurídica do julgador; por restringir a origem do direito à jurisprudência; por centralizar poder em órgãos colegiados superiores e por reduzir o princípio constitucional do direito de ação.

O estudo sinaliza a importância da confecção das perguntas a serem feitas ao precedente no momento de sua aplicação para não se ter o risco de decisões descontextualizadas, destacando o fenômeno do *confirmation bias*, em que o operador do direito (juiz, promotor, advogado, etc.) já tem uma convicção a respeito de determinada questão e apenas busca confirmação de seu pensamento em julgados anteriores. Não é

demais afirmar que as perguntas determinam as respostas. Mas o que se entende por perguntar? Por certo não é apenas pesquisar num conjunto de julgados à procura apenas de respostas convenientes.

Ensina Maurício Ramires (2010, p. 32):

A hermenêutica jurídica é o cabedal que pode resgatar o papel da tradição/autoridade e da historicidade que há nos precedentes judiciais sem resvalar nas armadilhas positivistas ou discursivas [...] procura-se demonstrar como o caminho para uma adequada interpretação/aplicação dos precedentes judiciais passa necessariamente pela lógica de pergunta e resposta nos termos propostos por Hans-Georg Gadamer e, como buscas pelas respostas corretas em direito, no que se refere a estes precedentes, exige que se façam também as perguntas corretas, tanto aos casos presentes quanto aos julgados passados.

Dito de outra forma, a pergunta a ser feita no caso presente, não é quanto a subsunção ao texto de determinado julgado pretérito, mas sim a identificação de aplicação principiológica, a partir da semelhança das perguntas e das respostas. A verdadeira pergunta se dá em relação à problemática do caso presente e o que ficou decidido no caso precedente. Busca-se, na verdade, não um conceito, mas uma aplicação.

2 NOÇÕES GERAIS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

É sabido que os ordenamentos jurídicos do Brasil, dos países da América Latina e da Europa continental foram incrementados à luz da *civil law*, considerando a lei como a fonte principal e a jurisprudência tendo valor secundário na produção do direito, ao contrário dos países de cultura anglo-saxã, cuja tradição jurídica fomentou-se na *common law*, tendo os costumes e o arcabouço jurisprudencial como origem.

No entanto, as ordens jurídicas contemporâneas atravessam um período de claras transformações. É inegável a influência que as bases da *civil law* vêm sofrendo pela *common law*, bem como casos de países tipicamente costumeiros se enveredando pela seara da codificação para suprir alguma carência em seu sistema. Dentro deste contexto, eleva-se a figura dos precedentes judiciais, fenômeno este fortalecido no pós-positivismo ou neoconstitucionalismo.

Explica BUSTAMANTE (2012) que:

Durante séculos, foram propagadas as ideias de total separação entre as tradições *civil law* e *common law*. Apesar de até os dias de hoje alguns estudiosos entenderem que existe uma rígida separação entre essas duas tradições, concordamos com aqueles que vislumbram uma gradual fusão de tradições.

Essa permuta descreve uma ordem tendente à abertura, o que possibilita um diálogo produtivo entre as funções do Estado, sobretudo o Legislativo e o Judiciário, que devem exercer suas atividades em busca do aperfeiçoamento do sistema jurídico.

Conforme ensina MARINONI (2014, p. 53):

Não há dúvida de que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Se o direito não está mais somente na lei, pois depende da Constituição, a jurisdição passa a ter a incumbência de controlar a validade da lei a partir dos direitos fundamentais. As jurisdições da Europa continental não resistiram à necessidade de controle da constitucionalidade da lei, embora essa função tenha sido reservada a órgãos que, num primeiro momento, chegaram a não ser concebidos como jurisdicionais, exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do legislativo.

Antes de avançar para a temática dos precedentes é importante que se estabeleçam os fundamentos em que repousam as tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*.

2.1 Os precedentes judiciais nas tradições da *common law* e da *civil law*

Na tradição da *common law*, o direito é predominantemente costumeiro e jurisprudencial. Sua origem se deu na região onde hoje fica a Inglaterra, sendo que os sistemas de direito inglês e da Europa Continental tinham tudo para se assemelhar, todavia, os rumos distintos passaram a ser traçados nos séculos XII e XIII, com a modernização da sociedade europeia, quando o direito romano começou a influenciar a porção continental da Europa, mas neste período a *common law* já estava consolidada e não mais podia ser influenciada de forma considerável.

O motivo pelo qual se desenvolveu na ilha um ordenamento diverso do francês se dá pois apesar da conquista normanda, foram mantidos os tribunais, os direitos e os impostos saxônicos para benefício das rendas normandas.

Conforme ensina Gustavo Santana Nogueira (2011, p. 10):

O Duque da Normandia, Guilherme, queria ser rei por sucessão legal, e um dos seus primeiros atos foi prometer que a Inglaterra poderia manter seu direito antigo. Os invasores normandos eram bárbaros, incultos e analfabetos, e, gostando ou não, eles encontraram na Inglaterra um sistema de governo e de direito muito bem desenvolvido se comparado com o direito praticado na Normandia.

Carneiro Júnior (2012, p. 128) lembra que não existia um direito comum a toda a terra, mas sim direitos locais, guardando suas características próprias, apesar de estarem sob à égide de um soberano comum. Este era o direito anglo-saxônico:

A região onde atualmente se situa a Inglaterra também fez parte do domínio romano; porém, a partir do início do século V, sofreu a invasão de povos bárbaros – os saxões, os anglos e os dinamarqueses - que a compartilharam, dominando-a por aproximadamente dois séculos, introduzindo uma cultura pagã num ambiente que já conhecia o cristianismo. Não existia um direito comum a toda a terra, mas sim Direitos locais, guardando suas características próprias, apesar de estarem sob à égide de um soberano comum. Este era o direito anglo-saxônico.

Assim, durante a Idade Média a Europa continental sofreu grande influência da doutrina jurídica do Império Romano, o que não se verificou da mesma forma na porção insular. O sistema da *common law* se manteve e se desenvolveu até os dias atuais e estabeleceu-se em grande parte dos países de língua inglesa, como Inglaterra, Estados Unidos da América, Canadá, Austrália, entre outros, fazendo com que o costume se transforme em lei positiva a partir da concretização do direito pelo juiz ou tribunal, ocasião em que a decisão judicial passa a ser elaborada de acordo com este costume e imposto pelo Estado.

Conforme já demonstrado, a *common law* é originária de regras não escritas, decantadas no decorrer dos séculos. Os juízes ingleses iniciaram a obra criadora que, em seguida, foi estendida e modulada por juristas de outros países, como Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, onde eventualmente foram surgindo constituições e leis escritas (*acts e statute*), que se somaram às regras originais. Diz-se que o jurista inglês gosta de valorizar a comunidade histórica de seu direito; este lhe surge como sendo produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução.

O termo *common law* surgiu como *comune lay* na língua normanda, justamente porque o direito comum inglês nasceu após a conquista normanda da Inglaterra, em 1066. Era comum porque era originário das sentenças dos tribunais de Westminster, que valiam em toda a Inglaterra, em oposição aos direitos costumeiros e particulares de cada uma das tribos que formavam o povo da ilha. O ato de julgar era prerrogativa real, mas os reis o delegavam aos *judges*, que perambulavam pelo reino, à semelhança do pretor romano, realizando um circuito (e esta é a origem do termo *circuit*, ainda hoje usado para definir a circunscrição territorial das cortes da Inglaterra e Estados Unidos). Os juízes concediam *writs*, que constituíam ordens dadas pelo rei às autoridades para que respeitassem um determinado direito de quem obtinha o remédio. Depois de concedido o *writ*, um júri formado por leigos julgava as pretensões da pessoa beneficiada.

O formalismo desse sistema era absolutamente rígido, o que dificultava muito o acesso à justiça. Assim, gradualmente foi surgindo uma jurisdição paralela à *common law*, chamada *equity law*, que era administrada por um chanceler (*Counsellor*), originalmente um prelado confessor do monarca cognominado *the keeper of de king's conscience*, com a reforma anglicana de Henrique VIII, o cargo deixou de ser prerrogativa

eclesiástica. A *equity law* desenvolveu as suas próprias regras, de forma independente da *common law*, até que os *Judicature Acts* de 1873 e 1875 vieram a suprimir as Cortes do Chanceler e unificar os dois sistemas de direito, sob a competência das Cortes comuns.

Nos EUA, a *common law* vigora oficialmente desde 1608, mas no século XVIII surgiu um poderoso movimento pró-codificação que quase levou-o a adotar o sistema romano-germânico de direito. A partir do século XIX a língua inglesa e povoamento originalmente inglês falaram mais alto e assegurou-se a *common law*.

Uma *common law* pura, entendida como *judge made law*, entretanto, só existiu realmente na Inglaterra vitoriana. Após a revolução industrial, a Inglaterra passou a receber várias leis escritas, sendo que hoje em razão da união europeia, vige na ilha um extenso direito escrito elaborado por legisladores supranacionais. Os EUA por sua vez, muito embora tenha recebido a *common law* como herança britânica, têm desde pouco depois da sua independência um direito marcado pela influência de uma Constituição escrita (de 1788), reforçada para sempre pela criação do controle judicial de constitucionalidade.

Renè David (1998, p. 26) coaduna do seguinte entendimento:

A common law conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei, foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de common law com o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito.

Na *civil law*, as regras jurídicas sempre foram procuradas em um corpo de normas pré-estabelecidas. Na *common law* e também na *equity law*, que nisso não se distingue, a obrigação é a de respeitar as regras estabelecidas pelos juízes em decisões passadas. De qualquer forma, com ou sem constituição ou leis escritas, o ponto fulcral dos direitos inglês e estadunidense continua sendo a chamada *doctrine of stare decisis*. Este é o seu elemento definidor, que o distingue da tradição romano-germânica.

A expressão *stare decisis* é uma redução da frase latina *stare decisis et non quieta movere*, que se pode traduzir por ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto. A palavra *doctrine*, por sua vez, é mais bem transcrita neste contexto por regra,

de modo que a *doctrine of stare decisis* representa a regra segundo a qual as coisas devem ficar como foram decididas pelos juízes e pelas Cortes do passado.

Sempre houve nos tribunais da *common law* a preocupação de assegurar a coesão da jurisprudência, tentando-se considerar o conjunto de julgados passados para se solucionar um litígio presente. A confiança nos precedentes é vista nos países de língua inglesa como algo natural, uma parte da vida em geral, o fato de algo ter sido feito de alguma maneira por si só já providencia um motivo para que algo semelhante seja realizado da mesma maneira.

Foi só século XIX, porém, que isso se tornou regra a obrigatoriedade de seguir as decisões pretéritas foi expressão da mesma busca por segurança jurídica que inspirou as codificações da *civil law*, configurando de certa forma, o seu correspondente insular e estadunidense.

O *stare decisis*, porém, não tem um alcance absoluto e esta é uma das características mal compreendidas pelo sincretismo improvisado que busca aplicar um *stare decisis* no Brasil.

Não é qualquer decisão que tem caráter vinculante no direito inglês ou estadunidense. Lá, sempre que se vai julgar a aplicabilidade de um julgado passado a um litígio presente, é fundamental perquirir sobre a força que liga os dois casos: essa força pode ser obrigatória (*binding ou constraining*) ou meramente persuasiva (*persuasive ou advisory*).

Desse modo, é certo dizer que um precedente não vinculante não é fundamentação suficiente para uma decisão judicial, mesmo nos sistemas jurídicos onde vige a *doctrine os stare decisis*. O juiz inglês ou estadunidense, para embasar uma decisão em um precedente meramente persuasivo, deve fundamentar sobre a compatibilidade do caso com o direito ao qual está efetivamente vinculado, não podendo deixar de lado aquilo que o obriga.

A autoridade dos precedentes persuasivos, de qualquer forma, é constantemente posta em xeque. Mesmo a sustentação do precedente, no âmbito das Cortes Supremas, deve ser motivada para além do simples *stare decisis* uma vez que os tribunais podem deixar de aplicar a regra anteriormente posta. Por conta da primazia da Constituição nos EUA e do direito comum europeu na Inglaterra, as Cortes são obrigadas

a levar em conta os textos postos quando as questões envolvem matéria constitucional, sendo frequentemente alvos de crítica quando baseiam a interpretação do texto unicamente em precedentes.

Ora, na *civil law*, todos os precedentes têm força meramente persuasiva, pois a única jurisprudência com vetor vinculante é a especialmente sumulada para este fim. Assim, se pode tomar em perspectiva a aberração que é um sistema de lei escrita como brasileiro, confundir texto de julgado com texto de lei e conferir a um precedente qualquer a qualidade de fundamentar isoladamente uma decisão judicial.

Coaduna com este pensamento, a lição de Hans Kelsen (1998):

Antes dos tribunais adotarem o costume e lhe atribuírem uma sanção pelo descumprimento, este corresponde apenas a uma regra de moralidade positiva, “uma regra observada, em geral, pelos súditos, mas que obtém uma única força que se pode dizer que possui da desaprovação geral que incide sobre aqueles que transgridem.

Salienta BUSTAMANTE (2012) que essa é a ideia de costume reconhecido (que orienta a *common law*); o direito é formado pelo precedente (reconhecimento judicial do costume) e não o costume em si mesmo considerado.

No dizer de Renè David (2006, p. 13), o costume somente passa a ser fonte do direito quando reconhecido formalmente pelas autoridades judiciais por meio de decisão. Lembra ainda que o direito inglês somente se desenvolveu e tornou-se um sistema porque desde o século XIII existiram coletâneas de jurisprudências e porque os juízes levaram muito em consideração o precedente.

Sem grandes aprofundamentos neste sistema jurídico, pode-se sintetizá-lo a partir de suas características marcantes, quais sejam, a *judge-made-law*, isto é, a norma feita pelo Poder Judiciário que concretiza direitos a partir do caso concreto e a vincula às demais decisões futuras; o papel fundamental da jurisprudência enquanto fonte principal do ordenamento; o grande relevo do processo em razão da análise de situações específicas; direito não romanizado, tendo em vista o histórico de dominação anglo-saxã; a legislação tem apenas uma função secundária, uma vez que as fontes primordiais do direito são os costumes e a jurisprudência.

Conforme ensinamento de Antônio Carlos Wolkmer, citado por FRAGA (2012), destaque para importância da criação do direito pelo Poder Judiciário:

A outra orientação, representada pela cultura jurídica do *Common Law*, pode ser cunhada como Escola Jurisprudencial. Para esta, o Direito não se confunde com a lei escrita, pois é sempre criado pelos juízes, nos tribunais, com material sempre embasado nos precedentes judiciais.

A partir de então, essa modalidade jurídica ganhou solidez pelo direito consuetudinário, marcado pela obrigatoriedade do cumprimento das normas impostas pela prática reiterada de atos. Mas não só de costumes se faz a *common law*. Nesta tradição é possível reconhecer como fontes do direito os costumes, as leis (*statute law*) e os precedentes (*case law*).

Deste modo, nos ordenamentos em que se estabelece a tradição jurídica da *common law*, o caso concreto a ser submetido a julgamento pela Corte (juiz ou tribunal) está hierarquicamente superior a todas outras fontes do direito. Estes órgãos criam os precedentes que farão surgir o direito fundado na experiência. Contudo, os julgados exercem função preponderante e que servirão para embasar as decisões futuras.

Desta maneira, a teoria dos precedentes propriamente dita surgiu na Inglaterra, no início do século XIX, ocasião em que a Câmara dos Lordes inglesa reconheceu a eficácia vertical e vinculante do precedente, ou seja, a partir do julgado proferido, procedia-se ao seu registro, que por sua vez era publicado em coletâneas (chamadas *reports*) e passavam a ter força obrigatória, ou regras de precedentes (*rules of precedents*). Deste ponto, serviam para reger situações futuras enquanto juízes e demais estudiosos do direito retiravam deste mesmo julgado as regras e princípios que iriam ampliar os limites da *common law* de forma generalizada.

Destarte, estabelecia-se a prática de se valer de citações de casos semelhantes outrora julgados com a intenção de dar exemplos do direito alegado, ou seja, o *case law*.

O *stare decisis* pode ser definido, portanto, como precedente de vinculação obrigatória, isto é, uma verdadeira norma criada por uma decisão judicial e que, em função do órgão que a originou, deve ser respeitada pelos órgãos hierarquicamente inferiores.

Tal manifestação jurídica é bem descrita por Guilherme Marinoni (2008):

O *stare decisis*, portanto, mostra-se como uma forma distinta de restrição por precedente. Sob a doutrina do *stare decisis*, uma Corte deve decidir as questões da mesma forma que ela decidiu no passado, mesmo que os membros da Corte tenham mudado, ou ainda que os mesmos membros tenham mudado de ideia. Tanto quanto o precedente vertical, o *stare decisis* – precedente horizontal – trata de seguir as decisões de outros.

Essa teoria possui como características centrais a obrigatoriedade e a hierarquia dos precedentes. Pelo *stare decisis*, o precedente judicial apresenta força obrigatória, vinculando as decisões judiciais àquilo que foi decidido e firmado anteriormente sobre a mesma matéria.

Nesse sentido (TUCCI, 2004, p. 12) destaca-se a obrigatoriedade dos precedentes:

O fundamento desta teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os *precedentes* como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes *precedentes*, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma Corte de hierarquia superior.

Os precedentes judiciais no sistema da *common law* caracterizam-se por assumir uma eficácia normativa, tornando seu cumprimento obrigatório para todos os casos semelhantes que surgirem a partir de então, conforme ensina Carneiro Júnior (2012, p. 148), tal categoria é muito comum nos países da *civil law*, quando se fala em jurisprudência dominante sobre determinada matéria (*line of precedents*); já os precedentes com eficácia meramente persuasiva, são decisões anteriores citadas visando convencer o magistrado a tomar uma determinada decisão.

Se por um lado é fácil identificar o precedente judicial na tradição da *common law*, o mesmo não se pode afirmar para os ordenamentos pautados na *civil law*, o que não impede seu reconhecimento. Percebe-se que ainda que seja um ordenamento codificado, não é possível ignorar a importância dos precedentes judiciais, haja vista oferecer uma aplicação na elaboração do julgamento.

A tradição da *civil law* comprehende o sistema em que a lei é a principal fonte do direito, fundada no positivismo jurídico. Ao Parlamento coube a função de formular as leis, tidas como mandamentos claros, objetivos e universais de modo a abranger todas

as soluções possíveis para os conflitos sociais. Consoante leciona Lenio Streck (2005) sobre as fontes nas tradições jurídicas em apreço, de um lado a vinculação do precedente judicial nos países de tradição costumeira e de outro, a lei nos países cuja norma está codificada:

Em outras palavras, o efeito vinculante do precedente no *Common Law* é uma decorrência natural do próprio sistema. Já no *Civil Law*, esse papel preponderante é assumido pela lei. É ela que se configura como ponto de partida para a compreensão do direito.

Uma das maiores preocupações iniciais deste sistema era justamente a segurança jurídica dos textos legais, de forma a impedir o avanço da interpretação ou criação dos juízes. Acreditava-se que para concretizar o ideal de segurança jurídica deveria, necessariamente, haver a subordinação e a vinculação do juiz à lei, ao texto codificado, o que Montesquieu (1993) chamou de *juiz boca da lei*.

Todavia, no sistema da *civil law*, embora haja a primazia da lei escrita (codificada), há também lugar para os precedentes judiciais, no entanto, estes exercem a função inicial de orientação e interpretação e terão força obrigatória somente quando vincularem o julgador a adotar a mesma fundamentação acolhida em decisão anterior, como ocorrem nas súmulas vinculantes, o que será aprofundado adiante.

O equívoco da *civil law* foi iludir-se com a segurança jurídica baseada tão-somente na lei. A lei é norma abstrata e geral e sua aplicação depende de interpretação jurídica. A insegurança se estabelece na medida em que os intérpretes da norma têm visões, posicionamentos e formações distintas uns dos outros, possibilitando um sem número de entendimentos possíveis para o mesmo texto legal, o que invariavelmente gerará decisões em diversos sentidos e por vezes contraditórias entre si.

A exemplo de outros países que adotam a *civil law*, o Brasil também tem passado por dissabores com a jurisprudência divergente, tornando a lei insuficiente para afirmar a segurança jurídica aos jurisdicionados. Este fenômeno fomentou a aludida alteração dos sistemas, pelo que não é demais dizer que se observa a formação de uma nova *civil law* e uma nova *common law*, em que porções das duas tradições se misturam, preservando-se suas bases.

Na medida em que a sociedade amadurece política e juridicamente, demonstra também queda na confiança na justiça, exige mais comprometimento do

Judiciário e não admite divergências jurisprudenciais que violem seus direitos. Assim, os países que adotam a *civil law* têm assimilado alguns sinais da *common law*, sobretudo no que diz respeito às cláusulas gerais processuais, súmulas vinculantes, julgamentos por amostragem, entre outros que declararam essa tendência de uniformização da decisões judiciais e valorização dos precedentes.

Outrossim, os precedentes judiciais na tradição da *civil law* não têm a intenção de pôr fim à codificação, revogar leis, nem tampouco desvalorizá-las enquanto fonte. A clássica separação dos poderes deu origem às funções típicas de cada um deles e nos países da *civil law*, a atividade judicial não é legislativa, mas sim interpretativa.

Desta maneira, em havendo omissão legal, não pode o juiz ou tribunal substituir o legislador, criando lei nova, mas sim, valer-se de opções de colmatação que a própria norma traz. Trazendo o exemplo brasileiro, tem-se o art. 4º da LINDB, Decreto-Lei 4.657/1942, que estabelece como deve agir o julgador caso a lei seja omissa, aplicando-se a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

NOGUEIRA (2011, p. 20) explana sobre a vinculação do magistrado à lei:

O juiz é tão preso à lei que, até mesmo quando ela é omissa, não se perde a oportunidade de dizer como deve o julgador proceder, afinal, o Código devia ser concebido em primeiro lugar, e sobretudo, como um texto de direito positivo, e qualquer excesso doutrinário devia ser evitado; os termos do estatuto não deviam ser obscurecidos por teoria e considerações. Esse ponto de vista está de acordo com a noção de primazia absoluta do estudo como fonte do direito.

No sistema de precedentes nos ordenamentos da *civil law* também se aplica a teoria do *stare decisis*, ainda que timidamente, afastado da ideia de que o magistrado somente declarará o direito fundado no precedente anterior, mas sim, julgará levando-se em consideração também o precedente anterior. Não se trata de uma obrigatoriedade de respeito ao passado, mas um respeito ao passado sem obrigatoriedade, salvo nos casos em que há vinculação como nas súmulas, conforme se analisará. O *stare decisis* na tradição da *common law* parte, antes de tudo, do primado de que casos iguais devem receber soluções iguais, como garantia de isonomia de tratamento jurisdicional.

Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 63) destaca a diferença entre as duas tradições no que tange à forma de se atingir a segurança e a previsibilidade:

[...] a segurança e a previsibilidade são valores almejados pelos dois sistemas, Civil Law e Common Law. A diferença é que, no primeiro, imaginou-se que tais valores seriam alcançados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes. Já no segundo, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de proporcionar a segurança e a previsibilidade que a sociedade necessita para se desenvolver.

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

O filósofo alemão Gustav Radbruch (2004, 108) aponta que são elementos da ideia de direito a justiça, a utilidade e a segurança jurídica:

A primeira (justiça) é a igualdade, como tratamento igual de homens de relações iguais, e correspondente tratamento desigual dos desiguais, enquanto que a segunda (utilidade) é a adequação a um fim. Já a segurança jurídica “exige positividade do direito”: se não se pode identificar o que é justo, então é necessário estabelecer o que deve ser jurídico, e de uma posição que esteja em condições de fazer cumprir aquilo que foi estabelecido. A positividade do direito torna-se assim, de modo muito estranho, o próprio pressuposto de sua justiça: tanto o ser positivo é parte do conceito de direito justo quanto o ser justo em seus conteúdos é tarefa do direito positivo.

Assim, a lei não é, no dizer de NOGUEIRA (2011, p. 34), *um superguia que contém perguntas e respostas para todas as perguntas, em que pese ter sido essa a intenção que está por trás das grandes codificações*.

Desta monta, denota-se que a adoção dos precedentes na tradição da *civil law* é justamente reforçar a segurança jurídica pretendida no seu nascedouro, porquanto interromperá não só agigantamento dos recursos que avolumam os tribunais, como também estabelecerá uma uniformidade dos entendimentos jurisprudenciais, representando um ponto de partida para a análise e julgamento do caso concreto.

Introduzido o pano de fundo dos precedentes judiciais nos sistemas jurídicos costumeiro e escrito, passa-se à análise pormenorizada deste instituto, identificando seus principais componentes.

2.2 Precedentes judiciais (*ratio decidendi e obiter dictum*), jurisprudência e súmulas

No estudo das decisões judiciais por vezes se confundem os conceitos de precedentes judiciais, jurisprudência e súmulas. A fim de evitar equívocos, é interessante que se distingam os termos.

Precedente é uma decisão judicial. Essa decisão é proferida a partir de uma situação real e irá servir de orientação para o julgamento de casos semelhantes que surgirem em seguida. Logo, constituirá precedente judicial para futuros casos idênticos, a decisão proferida em um caso concreto.

A produção de uma norma jurídica com aplicação potencial para uma universalidade de acontecimentos futuros e semelhantes constitui a base principal do precedente. Isto posto, será possível antever as situações em que os jurisdicionados terão tratamento isonômico em casos idênticos.

É uma decisão judicial aplicada em uma determinada situação específica levada ao Judiciário e que tem como embasamento um entendimento que servirá de guia para a decisão de casos análogos e futuros.

Na lição de Freddie Didier, citado por Haroldo Lourenço (2011):

[...] precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Contudo, é certo afirmar que o precedente judicial exerce papel primordial no sistema da *common law*, já que sua principal fonte é a jurisprudência, que possui força vinculante.

BUSTAMANTE (2012) destaca a origem típica dos países da *common law* e enfatiza o fato de os precedentes carecem de normatização codificada, haja vista sua origem fundada na tradição:

Os precedentes judiciais são amplamente utilizados em países de tradição *common law*, sendo este descrito, sinteticamente, como um sistema jurídico fragmentado, não codificado e pautado profundamente na tradição, cuja principal fonte é o costume reconhecido pelos órgãos com autoridade para dizer e interpretar o Direito.

René David (2006, p. 14) ressalta que o julgador tem a função de considerar as decisões anteriores na aplicação do precedente:

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

Outro ponto importante a se considerar é o relevo da argumentação jurídica no momento da fixação de um precedente. Não há que se falar em uso de precedentes judiciais sem um profundo labor hermenêutico para as regras de direito.

Michele Taruffo (2014) destaca que o valor da interpretação na aplicação do precedente se justifica tanto na análise da doutrina quanto no momento da decisão judicial:

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

Do mesmo modo, ensina BUSTAMANTE (2012, p. 04):

O direito judicialmente reconhecido é buscado em uma decisão que resolveu um caso anterior semelhante a partir de termos relevantes: “há de ser normalmente encontrado em uma regra estabelecida pelo juiz em um caso particular anterior, e não em uma máxima abstrata da qual possam ser deduzidas regras mais específicas para cada nova situação.

No dizer de MARINONI (2013), o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delineia, deixando-a cristalina.

No mesmo sentido, está o ensinamento de Mauro Viveiros, citado por XIMENES (2011):

“[...] de forma ampla e genérica, precedente judicial pode ser definido como uma decisão judicial que servirá como parâmetro nos posteriores julgamentos de casos análogos sempre que tenha certa capacidade de adaptação ao futuro [...]”

Esclarece Karl Larenz (1997, p. 611) que o precedente judicial se define como resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida por um tribunal noutro caso.

Ao avançar na análise dos precedentes, identificam-se seus elementos constitutivos: a *ratio decidendi* e o *obter dictum*.

A *ratio decidendi* é a razão de decidir, é verdadeiramente a opção feita pelo julgador no momento da interpretação do caso concreto e que apresenta caráter geral, haja vista a função de refletir sua aplicação para situações futuras e semelhantes. A *ratio decidendi*, ou *holding* para a doutrina estadunidense, determina-se pelos fundamentos jurídicos da decisão, pela tese jurídica aplicada na solução do caso. É o elemento nuclear do precedente judicial, a tese jurídica esposada na decisão.

Os precedentes devem ser buscados nas razões que o juiz encontra para fundamentar seus julgados. No dizer de BUSTAMANTE (2012, p. 270), a ausência dessas razões ou sua superação por outras consideradas mais fortes em uma argumentação imparcial afeta a aplicação e, em casos mais graves, a própria validade da norma adstrita produzida pelo Judiciário. É na motivação ou fundamentação das sentenças judiciais que as regras jurisprudenciais devem ser encontradas.

Daí falar-se em criação da norma individual pelo Poder Judiciário, como bem assevera o mesmo autor (BUSTAMANTE, 2012, p. 294).

Essas normas individuais e adstritas constituem, “direito” para fins de se determinar as suas fontes. Assim, podemos, por conseguinte, considerar as decisões judiciais como ‘normas’ de caráter especialmente concreto e os precedentes como uma das espécies de ‘fontes’ dessas normas.

Dito de outra forma, considera-se *ratio decidendi* todos os componentes tidos como essenciais pelo juiz ou tribunal ao alcance da decisão. Tais componentes servem de guia para o julgado e se por acaso fossem diferentes, fatalmente a decisão seria outra, pois elementos distintos conduzem a uma decisão distinta.

Contudo, é o raciocínio jurídico desenvolvido para se atingir a conclusão. É o que SOUZA (2008, p.134) considera como a regra ou proposição sem a qual a decisão não seria mantida. Afirma este mesmo autor, citado por RAMOS (2013):

“[...] que são muitas definições existentes, mas podem-se apontar algumas mais comuns como: a) a regra de direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita a questão de direito do caso; b) a razão explicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação explícita para a resposta dada a questão do caso; c) a regra de direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita a questão de direito do caso concreto [...]”

De acordo com Freddie Didier (2011, p. 386) a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída.

Na exata dicção de TUCCI (2004, p. 176):

“[...] a *ratio decidendi* encerra uma escolha, uma opção hermenêutica de cunho universal que repercutirá nos casos futuros [...] as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado, devendo possuir grande grau de generalização, considerando não apenas o que é melhor para o caso em tela, mas o que se mostra mais adequado enquanto uma norma geral e abstrata a ser aplicada em futuros casos análogos [...]”

Percebe-se que a tarefa de reconhecer a *ratio decidendi* do precedente cabe ao juiz posterior; é ele quem analisará se existe ou não identificação do caso concreto em apreço e a situação inicial que originou o precedente para afirmar se sua aplicação é obrigatória (vinculada). Por essa razão a identificação da *ratio* é fundamental pois é ela que possui o efeito vinculante, obrigando o julgador segui-la nas decisões subsequentes.

Portanto, vislumbra SOUZA (2008, p. 134) que a *ratio decidendi*, não é delimitada e identificada pelo juiz criador do precedente, cabendo ao juiz que julgar o caso posterior a função de interpretar o precedente em cotejo com o caso que julga, extraíndo o princípio fundamental que poderá ou não ser aplicável à situação concreta.

Comenta TUCCI (2004, p.176):

Para a compreensão da *ratio decidendi* do caso precedente, deve-se inverter o teor do núcleo decisório e analisar se a conclusão da decisão permaneceria a mesma. Caso a hipotética inversão implique em uma mudança na decisão, estar-se-á diante de uma *ratio decidendi*.

As razões decisivas para solucionar os conflitos levados ao Judiciário são efetivamente formadas pela *ratio decidendi*, hábil a obrigar os julgamentos futuros que tratem da mesma situação fática.

Dessa feita, no ensinamento de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior (2012), citado por Ramos (2013):

“[...] cada um dos motivos determinantes, suficientes para decidir as múltiplas questões jurídicas, constitui-se em *ratio decidendi* e, portanto, pode vincular futuras decisões relativas à análoga questão de direito [...]”

À vista disso, identificar a *ratio decidendi* ou as razões fundantes do julgamento se torna primordial a fim de que seja localizada a porção do precedente que servirá de norte para as situações vindouras. Daí se afirmar que o que causa a vinculação não é o precedente, mas sim, sua *ratio decidendi*.

Em concordância com este pensamento (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 389):

Ponto importante a ser ressaltado para a correta compreensão da sistemática dos precedentes judiciais é que não é a decisão judicial como um todo que vincula, mas apenas a *ratio decidendi* do precedente, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente. [...] a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionados adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação.

Daí a crítica sobre a recorrente subjetividade dos textos sumulados. Em se tratando de precedente judicial, não há que se falar em conceitos subjetivos, mas sim formulações objetivas e que sejam aptas a servir para casos futuros idênticos. Um enunciado de súmula por exemplo deve cristalizar uma norma geral, por isso deve conter termos precisos fundados na *ratio decidendi* que será aplicada sem dúvidas ou dificuldades.

Sobre a impossibilidade da vaguedade semântica nos textos das súmulas, assevera DIDIER (2008):

Porque produzida a partir do caso concreto, a *ratio decidendi* não pode ter algumas características que normalmente aparecem no Direito Legislado. Por exemplo: não há razão para que, na formulação da *ratio decidendi*, se ponham termos de sentido

vago. A vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contrassenso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do Direito Legislado, a *ratio decidendi* deve ser formulada com termos de acepção precisa, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros.

Contudo, é certo que ao proferir um julgamento de um pedido, o juiz dá origem a duas normas jurídicas: uma de caráter geral e outra de caráter individual. No magistério de MARINONI (2006, p. 99):

A primeira é construída a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto. Trata-se de uma *norma jurídica*, contida na fundamentação do julgado, criada para justificar sua decisão. Já a segunda, é a própria decisão do magistrado acerca daquela situação específica que lhe é submetida à análise. Trata-se da *norma jurídica individualizada*, contida no dispositivo da decisão, que decide um caso concreto.

Assim, como mencionado, a norma jurídica de caráter geral, criada pelo juiz de acordo com a fundamentação da decisão, caracterizada pela tese jurídica escolhida em certa situação é a *ratio decidendi*.

Da mesma forma, constitui-se também elemento do precedente o *obiter dictum* que pode ser identificado como o acessório que complementa a *ratio decidendi*, não é a razão de decidir do precedente, mas auxilia na sua argumentação, não tem caráter vinculante, mas tem poder de persuasão. Em outras palavras, é, por exclusão, o componente do precedente que se excluindo a *ratio decidendi*, permanece no enunciado.

Por sua vez, *obiter dictum* corresponde, na lição de Gustavo Santana Nogueira (2008, p. 108):

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

As motivações que conduzem a uma decisão judicial são fruto da construção do julgador que se faz por meio de seus conceitos éticos, morais, históricos, filosóficos, culturais, entre outras variantes que colaborarão para a concretização do julgado. Essa

universalidade de influências tornará possível a formação da convicção do juiz que não pode e não deve se ater estritamente à mera subsunção regra de direito, seja ela codificada ou costumeira.

A argumentação jurídica deve se fazer presente, como já mencionado, a fim de que se alcance a justiça através da interpretação que o dinamismo do direito exige.

Diante disso, Thomas Bustamante (2012) destaca que em um precedente, nem tudo tem força vinculativa para fins de aplicação em situações análogas, isto é, é preciso distinguir a *ratio decidendi* (o cerne da razão de julgar) do *obiter dictum* (elementos restantes que colaboram para a persuasão):

A necessidade de distinguir esses dois elementos é uma consequência natural do fato de que o juiz não encontra limites ao formular a motivação do seu juízo adjudicativo da lide (característica marcante do positivismo), e assim, faz-se oportunamente que essa liberdade da perspectiva da motivação fosse balanceada pela regra segundo a qual nem tudo que ele pode dizer e diz é vinculante para os casos futuros [...] Será vinculante apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexo estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão.

Os argumentos acessórios constantes dos julgados compõem o *obiter dictum* e, apesar de contribuírem para a criação do precedente quando ligados à *ratio decidendi*, sozinhos não têm grande atribuição.

Senão, consoante entendimento de DIDIER (2011, p. 388):

O *obiter dictum* (...) consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundária, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”). Normalmente é definido de forma negativa: é *obiter dictum* a proposição ou regra de Direito que não compuser a *ratio decidendi*. É apenas algo que se fez constar “de passagem”, não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão.

De acordo com DIDIER (2011, p. 383), são os argumentos acessórios elaborados para o deslinde do caso, mas que não possuem influência relevante e substancial para a decisão.

No magistério de Marcelo Souza (2013):

A definição de *obiter dictum* é obtida negativamente a partir da determinação do que seja *ratio decidendi* de um caso, isto é, se uma proposição ou regra de direito constante de um caso não faz parte da sua *ratio*, ela é *dictum* ou *obiter dictum*, e, consequentemente não obrigatória.

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni (2013):

São consideradas *dictum* as passagens que não são necessárias ao resultado, as que não são conectadas com os fatos dos casos ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou arguir. [...] Contudo, existem questões independentes cuja análise não são necessárias à resolução - que assim são *obiter dictum* - mas são intimamente ligadas ao caso sob julgamento e abordadas de forma aprofundada pelo juiz ou tribunal, assumindo perfil e textura muito próximos ao da *ratio decidendi*. Nesses casos observa-se que, apesar de continuarem sem efeitos obrigatórios, essas *obiter dictum* possuem forte efeito persuasivo.

Dessarte, o *obiter dictum* muito embora tenha poder de persuasão, de modo algum terá efeito vinculante como a *ratio decidendi*, mas nem por isso irrelevante, haja vista poder tratar-se de uma orientação futura do tribunal. Imagine-se o voto vencido em uma decisão colegiada. Nada mais é do que *obiter dictum* e tem profunda relevância para a elaboração de um recurso, além é claro de servir como base para a superação de um precedente, o que será tratado em capítulo próprio.

Leciona DIDIER (2009, p. 430) sobre o *obiter dictum*:

Ao lado da *ratio decidendi*, o precedente judicial também é composto por considerações periféricas, desprovidas de força vinculante para julgamentos posteriores, chamadas de *obiter dictum* que são os argumentos jurídicos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos normativos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão.

O *obiter dictum* não tem o condão de se tornar um precedente, todavia, não poderá ser ignorado na medida em que aponta uma futura e eventual direção de órgão julgador.

Visto o conceito de precedente e seus elementos constitutivos, assinala-se a concepção de jurisprudência, que apesar de com ele não se confundir, dele advém.

É sabido que jurisprudência é o conjunto de decisões reiteradas num mesmo sentido, oriundas de órgãos colegiados do poder Judiciário. Maximiliano (2001, p. 144), atesta ser o conjunto das soluções dadas pelos tribunais às questões de direito.

Considerada fonte secundária no Brasil e em outros países de tradição *civil law*, a jurisprudência assume papel coadjuvante no emprego do direito, haja vista sua função hermenêutica, tanto na análise da lei quanto da sua omissão. Desta forma, não há que se falar em valor obrigatório da jurisprudência, salvo nos casos expressos em que este entendimento se torna sumulado.

No dizer de STRECK (2005):

A jurisprudência tem uma função apenas subsidiária na aplicação do direito, sendo invocada tradicionalmente para auxiliar na interpretação da lei ou em casos de lacuna. Consequentemente, não se tem aqui como natural o efeito vinculante das decisões judiciais. Ao contrário, o seu efeito é tido como meramente persuasivo.

Por outro lado, se esta aplicação reiterada do entendimento por um tribunal tem caráter dominante, é esta a direção que deve preponderar, daí poder falar-se em jurisprudência dominante como sendo um conjunto de precedentes.

Em conformidade com o parecer de DIDIER (2013, p.438)

Um precedente judicial, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, assim, se apresenta como o conjunto de julgados harmônicos entre si, fruto da reiterada e constante interpretação e aplicação da lei num determinado sentido.

A importância de uma jurisprudência ser dominante, ou seja, ter entendimento majoritário por parte dos órgãos colegiados do Poder Judiciário, apresenta diversas implicações no ordenamento jurídico pátrio, entre elas a redução dos recursos que, como já visto, provocam um inchaço desnecessário nas Cortes de todo país.

Esse conceito é adotado pelo ordenamento brasileiro no Código de Processo Civil. Observe-se, a despeito disso, o parágrafo único do art. 120 do CPC, que declara a possibilidade de o relator decidir de plano o conflito de competência, caso haja jurisprudência dominante do tribunal:

Art. 120. Poderá o relator, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobreposto o processo, mas, neste caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

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.

Do mesmo modo, em havendo súmula ou jurisprudência dominante do tribunal, o relator deve negar seguimento ao recurso:

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.

Em se tratando de decisão irrecorrível, o STF não conhecerá do recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não proporcionar repercussão geral, que contrarie súmula ou jurisprudência dominante daquele tribunal.

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Acompanhando este entendimento, o STJ também determinará a suspensão dos múltiplos recursos nos tribunais de segunda instância caso já exista jurisprudência dominante a esse respeito:

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

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

tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

Outrossim, ainda que haja agravo contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário ou recurso especial, o relator no STF e no STJ poderá negar ou dar seguimento ao mesmo se houver discordância de súmula ou jurisprudência dominante:

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 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

II - conhacer do agravo para

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.

Fazendo uma síntese da simbiose precedente e jurisprudência, Didier (2008) aponta para a importância de sua força normativa:

O importante papel que a jurisprudência exerce na construção do direito positivo parece atualmente indiscutível. A força normativa do precedente judicial aparece em diversos institutos, como a jurisprudência dominante (art. 557, CPC), a súmula impeditiva de recurso (art. 518, § 1o, CPC) e a súmula vinculante (art. 103-A, CF/88).

O mesmo autor (DIDIER, 2008) pontua que a jurisprudência tem recebido um valor fundamental no ordenamento brasileiro e que por esta razão a teoria dos precedentes merece um relevo ainda maior para que se aperfeiçoe a prática de elaboração das decisões colegiadas:

Se é certo que o papel da jurisprudência é cada vez mais importante, também é certo que é preciso um estudo mais rigoroso da teoria do precedente e um aprimoramento na utilização das técnicas desenvolvidas a partir desse conjunto teórico. E uma das técnicas mais importantes é, justamente, a técnica de “redação do preceito normativo jurisprudencial”, a *ratio decidendi*, a “norma jurídica geral” construída a partir de casos concretos.

Se as reiteradas decisões dos tribunais no mesmo sentido se tornam jurisprudência e se este conjunto de enunciados jurisprudenciais tem a capacidade de se transformar em norma, está-se diante de uma súmula.

Conforme ensina Silva Neto, 2013:

A súmula, desta forma, é um enunciado normativo, enumerado e publicado por um dado tribunal, que retrata o seu posicionamento predominante acerca de um determinado tema, pois extraído da *ratio decidendi* de casos anteriormente julgados.

Também as súmulas não se tomam pelos precedentes, mas com eles se relacionam. Os precedentes encerram decisões de situações concretas, com a possibilidade de influenciar julgamentos que se seguirem. Já as súmulas não tratam de casos específicos, ao revés, ditam uma proposição de forma genérica, a fim de que ponham fim a casos vindouros.

Observe o entendimento do mestre STRECK (2008), ao diferenciar precedente de súmula, que assim sintetiza:

[...] precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas, ao contrário são enunciados gerais e abstratos - características presentes na lei - que são editados visando à solução de casos futuros.

Não obstante, as súmulas podem ter, ainda, caráter vinculante, ou seja, quando obrigam o seu cumprimento. Nota-se que neste caso, um enunciado partido do Poder Judiciário (criador) ganha *status* de norma (geral e abstrata) e passa a ser exigido no julgamento de questões cujo assunto seja por ela tratado. A polêmica em torno do tema será objeto de item próprio do quarto capítulo. Por ora, basta ater-se ao seu conceito para diferenciá-lo de precedente e de jurisprudência.

No Brasil, por exemplo, a súmula é um enunciado formado pelo texto da jurisprudência dominante depois de submetido a um procedimento próprio do Tribunal (art. 476 e seguintes do CPC).

Feitas as diferenciações entre precedentes judiciais, jurisprudência e súmula, passa-se a analisar de que forma os precedentes são aplicados.

2.3 Técnicas de confronto dos precedentes judiciais

Para lidar com os precedentes exige-se muito mais do que a simples assunção do caso concreto a ele, não se trata tampouco de encontrar uma jurisprudência de uma Corte, um acórdão atinente ao assunto. Em países de tradição da *common law* os precedentes judiciais são aplicados a partir de trechos inteiros dos julgados e não só por meio da menção do nome das partes ou do número identificador dos autos.

Para se utilizar da forma correta o *stare decisis* é preciso valer-se de ferramentas hábeis para se aplicar um precedente, tais ferramentas nada mais são do que técnicas de confronto e de superação. Caberá ao julgador identificar a *ratio decidendi* do caso anterior e chegar a uma conclusão sobre sua vinculação ou não à situação em cotejo.

Dessarte, é a identidade da *ratio* que será observada nas técnicas de confronto, que se dividem em *restrictive* e *ampliative distinguishing*.

2.3.1 *Distinguishing*

Por *distinguishing*, ou distinção, entende-se a técnica característica da *common law*, consistente na não aplicação do precedente nas situações em que houver uma particularidade que permite o afastamento da regra e nas quais a decisão possa ser proferida mesmo sem aquela. É certo que nenhum caso é igual ao outro, mas mesmo nos casos semelhantes, em havendo uma característica peculiar no caso concreto que o diferencia em especial do precedente, este último não deve ser aplicado.

Consiste, nas palavras Didier (2009), em um método de comparação através do qual o magistrado vai confrontar os elementos objetivos da demanda com os elementos caracterizadores das demandas precedentes.

Por esta técnica, o magistrado analisa os fatos fundamentais ou *material facts* (SOUZA, 2008) e verifica se há ou não identidade entre o caso posto e o paradigma que permita a adoção da *ratio decidendi* do precedente.

O fato de possibilitar maior dinamicidade ao sistema e atender à justiça na situação específica revela que a *distinguishing* não imobiliza o direito, uma vez que não

será possível a aplicação do precedente em caso de não correspondência com a *ratio decidendi*. Assim, na lição de Ataíde Júnior (2012):

A essa técnica de confronto e diferenciação entre os fatos relevantes de dois casos dá-se o nome de *Distinguishing*. Ela revela a inadequação da aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento, em virtude da diversidade fática entre os mesmos. Assim dá flexibilidade ao sistema não o engessando e faz justiça no caso concreto

No dizer de Nogueira (2011, p. 200), ocorre a *distinguishing* quando um precedente tem tudo para ser aplicado e somente não o é em razão de diferenças significativa com o caso em apreço:

Quando um tribunal reconhece a existência do precedente mas encontra significativas diferenças que justificam a não adesão ao caso anterior, ele está dizendo que, explícita ou implicitamente, que se não fossem essas diferenças, a solução do caso atual seria a mesma do precedente, posto que é reconhecido algum valor a esse precedente. O maior problema está no processo de busca e identificação das diferenças e semelhanças, que não é tarefa das mais fáceis.

TUCCI (2004, p. 183) lembra que a ferramenta do *Distinguishing* apresenta uma dinâmica que sai do particular para o geral na aferição se há ou não identificação do caso concreto com o precedente:

O juiz inglês, portanto, após examinar o mérito (assim entendido o *thema decidendum*) da questão que lhe é submetida, parte de um processo mental indutivo e empírico, cotejando (*distinguishing*) o caso a ser julgado com a *ratio decidendi* de casos já solucionados. Raciocina-se, portanto, do particular para o geral.

Essa técnica, então, tem a função de ressaltar a *ratio decidendi* do precedente, dando a ela sua real destinação, conforme bem exemplifica Nogueira (2011, p. 201):

Quando o caso 2 é virtualmente igual ao caso 1 (precedente), a tarefa do juiz é facilitada, bastando transplantar a *ratio* para o caso que está sendo julgado. Não há fórmula para se proceder dessa forma, mas sim a aplicação de um método comparativo, que permite ao juiz chegar à conclusão de que a simples transferência da *ratio* do precedente é suficiente para resolver o caso 2, virtualmente igual ao 1. O problema é que o caso 2 não é exatamente igual ao caso 1, até porque se fosse, o mérito do caso 2 não poderia ser julgado. A identificação dessas diferenças pode fazer com que o caso 2 seja semelhante ao caso 1 é inadequada para o caso 2, fazendo com que a *ratio* seja ampliada ou reduzida para abraçar o caso 2.

TUCCI (2004) e DIDIER (2011) estabelecem duas formas de *distinguishing*: distinguishing/método, que enumera a comparação entre o caso analisado e o paradigma e o distinguishing/resultado, que indica o produto desse embate, ocasião em que as situações possuem alguma distinção ou similitude que por sua vez, afastarão ou não *ratio decidendi*.

José Rogério Cruz e Tucci, citado por Jesus (2014, p. 55), resume com propriedade o conceito de *distinguishing*:

Partindo-se das acepções de *distinguishing* apresentadas, pode-se concluir que o *distinguishing* consiste no processo mental indutivo e empírico do magistrado, baseado no cotejo entre as circunstâncias fáticas e a *ratio decidendi* do caso a ser julgado e as circunstâncias fáticas e a *ratio decidendi* dos casos julgados em momento precedente.

Essa técnica busca encontrar o fundamento jurídico para o afastamento do precedente firmado anteriormente, pelo fato de que outra tese jurídica deve ser aplicada e não porque os fatos da situação em análise são distintos dos fatos do caso que serve de guia. Ocorre sobretudo quando o juiz ou tribunal estabelecem outra norma para a decisão do caso, excluindo o precedente judicial.

Por meio do *distinguishing*, o operador verifica as circunstâncias de fato (elementos objetivos) do caso que serve de guia e as compara com o caso em apreço. Feita a comparação e, existindo semelhanças, haverá o julgamento com a aplicação do precedente, se houver diferenças, afasta-se o precedente e procede-se ao julgamento sem ele, é o que acontece no Brasil quando esta técnica é utilizada pelos órgãos colegiados dos tribunais superiores (STF e STJ), como se verá no capítulo seguinte.

Confirmada a divergência dos casos em confronto, o julgador poderá escolher entre duas modalidades desta técnica, que demonstram, duas maneiras de interpretar o precedente: restritiva ou ampliativa.

2.3.2 *Restrictive Distinguishing*

A modalidade ocorre quando o juiz ou tribunal emprega uma interpretação restritiva do precedente ao verificar que há diferenças entre o caso que serve de guia e o

caso em análise, desta forma, poderá proceder ao julgamento do caso concreto de forma independente.

No dizer de Haroldo Lourenço (2011):

Assim, percebendo o magistrado que há distinção entre o caso em análise e aquele que ensejou o precedente, pode restringi-lo, dando uma interpretação restritiva, por entender que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da tese jurídica consagrada no precedente, julgando o caso concreto livremente. Há, nessa hipótese, *restrictive distinguishing*.

O órgão julgador fará interpretação restritiva do precedente judicial, excluindo sua incidência por ausência de semelhança entre o caso em análise e os precedentes existentes.

2.3.3 *Ampliative Distinguishing*

A modalidade ocorre quando o juiz ou tribunal emprega uma interpretação extensiva do precedente ao verificar que há diferenças entre o caso que serve de guia e o caso em apreço, desta forma, poderá proceder ao julgamento do caso concreto de forma independente.

Lourenço (2011) complementa que:

De igual modo, mesmo percebendo que no caso concreto há peculiaridades em relação aos casos anteriores, pode o magistrado estender à hipótese *sub judice* a mesma solução conferida aos casos anteriores, por lhe entender aplicável. Há, nessa hipótese, *ampliative distinguishing*.

Assim, o magistrado poderá fazer uma interpretação ampliativa, estendendo a abrangência do princípio contido no precedente, de modo que consiga abarcar outros casos parecidos.

2.4 Técnicas de superação dos precedentes judiciais

Essa é a técnica por meio da qual a Corte supera o precedente, isto é, põe fim à aplicação de uma regra de direito dada por um precedente e a substitui por outra

totalmente diferente. Ocorre quando o julgador muda de ideia e não encontra razões (*ratio*) para a manutenção do antigo julgado.

A superação do precedente pode ser feita por meio do *overruling* e do *overriding*, técnicas que impossibilitam o engessamento do direito, ventilando o sistema e o mantendo atual.

2.4.1 Overruling

O *overruling* é uma técnica de superação, na qual um precedente perde a sua obrigatoriedade sendo novo precedente utilizado. No dizer de Didier (2009, p. 395) um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente, ou seja, é revogado por julgado posterior. O mesmo autor ainda aponta (DIDIER, 2009, 395):

Trata-se de método em que os tribunais, depois da reavaliação dos fundamentos que levaram à formação de um precedente que ordinariamente se aplicaria ao caso em julgamento, decidem cancelar a fórmula anterior e atribuir uma interpretação, total ou parcialmente, diferente da antecedente.

O *overruling* pode ser equiparado com a revogação de uma lei por outra, pois acarreta a troca de precedente judicial por outro, por meio do julgamento realizado pelo próprio órgão jurisdicional que o estabeleceu. Esta técnica fundamenta-se no pensamento de que os precedentes judiciais podem ser submetidos alterações desde que haja razões ou especificidades a serem analisadas pelo Poder Judiciário.

A revogação de precedentes ocorre tanto no plano horizontal (revogação pelo próprio órgão julgador) como no plano vertical (revogação feita por órgão hierarquicamente superior).

Na lição de Ataíde Júnior (2012), os requisitos básicos para a revogação de um precedente são a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica.

Marinoni (2011) lembra quando ocorre a perda da congruência:

Há a perda da congruência social quando um precedente passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. As proposições morais determinam uma conduta como certa e errada

a partir do consenso geral da comunidade, as políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona.

Já o surgimento da inconsistência sistêmica se dá quando o precedente não tem mais coerência com outras decisões, isto é, o que se entendia a respeito de um determinado assunto não prevalece nas decisões de um modo geral, haja vista uma nova concepção, teoria ou dogmática jurídica.

É certo dizer que a revogação de um precedente tem que ser justificada por séria argumentação, uma vez que pode causar perda da estabilidade, confiança e redução na possibilidade de previsão, conforme bem ressalta Ataíde Júnior (2012).

Como bem pontuado por Marcelo Souza (2008, p. 150), ao se revogar um precedente em função do *overruling*, deve-se estar atento para o fato de que não é somente um ajuste de correções para se aplicar um novo entendimento. Deve-se, sobretudo, considerar que deste novo precedente dependerão as decisões futuras e a segurança do sistema:

[...] a opção de revogação do precedente deve levar em conta não só a incorreção do precedente a ser superado, como também as consequências para a “estabilidade e predicabilidade do sistema, que, sem dúvida, provoca, em maior ou menor grau, qualquer alteração do direito.

Desta monta, analisando os desdobramentos práticos de uma decisão que supera um precedente, é inegável que a mesma deverá ser extremamente motivada e fundamentada a fim de que opere uma justificativa para essa revogação. E essas razões ou circunstâncias condicionam a existência da regra de direito. Se as razões não mais existem, também não existirá a norma. Portanto, para que haja o *overrruling* é preciso, repita-se, maior fundamentação, expondo as razões ainda não combatidas, além da justificativa para esta superação.

Consoante leciona SOUZA (2008):

Alguns fatores podem influenciar na opção pela superação do precedente, como, por exemplo a alteração das circunstâncias. Baseada na máxima latina *cessante ratione, cessat ipsa lex*, a ideia é que, cessando as razões para a existência da norma

jurídica, ou seja, mudadas as circunstâncias, ela deixa de existir por si só, o que implica em sua superação.

No ordenamento jurídico brasileiro é possível identificar a técnica de superação de precedentes no processo para revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes (art. 103-A, § 2º da Constituição Federal), conforme será tratado no último capítulo deste trabalho.

Além disso, a superação do precedente pode ser expressa ou implícita. Será expressa (*express overruling*) quando por meio de um julgado, houver menção manifesta da revogação do paradigma, o tribunal passa a adotar, expressamente, uma nova orientação, abandonando a anterior. Será implícita (*implied overruling*) quando no julgamento for adotado um posicionamento divergente, sem, no entanto, mencionar de forma literal esta superação no corpo do texto, ou seja, uma orientação é adotada em confronto com a posição anterior, embora sem expressa substituição desta última.

Se por um lado a tese da incongruência sistemática sozinha não tem a capacidade de superar um precedente, por outro ela atua como justificativa para não o aplicar se for o caso.

Dado relevante é a possibilidade de atribuir efeitos temporais à aplicação de um precedente, assim como ocorre no Brasil na modulação dos efeitos (nas ações do controle concentrado de constitucionalidade), essa superação poder ser aplicada de forma retroativa (*ex tunc*) ou prospectiva (*ex nunc*).

A primeira se dá quando há a superação do precedente com a possibilidade de se atingir fatos pretéritos, tendo em vista tratar-se de precedente recente, ainda não consolidado. É a chamada *retrospective overruling*, quando ainda não houve tempo suficiente para gerar confiança no enunciado e a decisão é proferida com base na regra nova, ainda que inexistente no momento do fato que deu ensejo à demanda. O entendimento novo, portanto, é aplicado em fatos e situações havidos no passado, mas ainda não julgados e também aos casos futuros. No dizer de JESUS (2014):

O *retrospective overruling* ou revogação retrospectiva, pode ser puro ou clássico. No overruling retrospectivo puro, o novo precedente é aplicado aos fatos ocorridos tanto antes quanto depois de sua publicação, inclusive os que já foram objeto de sentença transitada em julgado e também aos fatos do caso que o gerou. [...] no *overruling* retrospectivo clássico, o novo precedente se aplica aos fatos ocorridos antes e depois de sua

publicação, excluindo aqueles que já foram objeto de sentença transitada em julgado e também aos fatos do caso que o gerou. [...] Significa que, ocorrendo mudança na valoração das circunstâncias relevantes de casos similares, o julgador está autorizado a adotar entendimento diverso, desde que assumida a devida carga de fundamentação.

Já na segunda, a superação do precedente aplica-se apenas para fatos futuros, ou seja, valerá da data da decisão em diante, haja vista tratar-se de fundamento já cristalizado no mundo jurídico. Lembra Didier (2011) que quando ocorre o *overruling* de um precedente que já está bastante consolidado, firmado há tempos, é necessário conciliar a possibilidade de sua superação com a boa-fé objetiva e a confiança depositada neste precedente, assim, não deve ter eficácia retroativa de modo a preservar as situações consolidadas. É o chamado *prospective overruling*.

Alguns fatores favorecem o *prospective overruling* (JESUS, 2014):

- a) a ideia de que a revogação importa estabelecimento de nova norma, que não pode ser aplicada de imediato; b) a verificação de que se faz necessário tempo para que haja a promoção da operação da norma; c) o fato de que a revogação poderá produzir desigualdades, caso o novo precedente seja aplicado retroativamente; d) o desestímulo para as partes buscarem a modificação do precedente, já que não serão atingidas pela razão de decidir, ao menos, no caso presente e; e) a lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e a coisa julga ocasionada pela revogação retrospectiva.

A autora (JESUS, 2014) ainda destaca os momentos em que se aplica o *prospective overruling*, para fatos ocorridos depois da superação do precedente, seja em ações já distribuídas ou que ainda o serão e para fatos havidos antes da superação do precedente, seja para ações ainda não levadas ao Judiciário ou se já o foram, que ainda não transitaram em julgado:

Ou seja, o novo precedente somente se aplica aos casos futuros. Trata-se de instituto desenvolvido nos Estados Unidos. O precedente novo pode ser aplicado prospectivamente em diferentes momentos e circunstâncias. Pode ser aplicado a fatos que ocorreram após a publicação do precedente, no bojo de demanda já ajuizada ou a ser ajuizada (aplicação prospectiva pura), a fatos que ocorreram antes da publicação do precedente e cuja demanda ainda não foi ajuizada e a fatos que ocorreram antes da publicação do precedente, mas cuja demanda já foi ajuizada e ainda não transitou em julgado.

Em síntese, é possível afirmar (JESUS, 2014) que o precedente judicial será superado (*overruled*) quando o mesmo se tornar inexequível ou obsoleto; deixar de

corresponder aos padrões de congruência social ou consistência sistêmica; surgir nova concepção do direito ou constatar-se que o precedente judicial foi substancialmente errado ou mal concebido desde o início, sendo que basta uma dessas razões para se fundamentar a revogação.

Conforme assevera Marcelo Souza (2008):

A escolha pela aplicação retroativa ou prospectiva deve sopesar o fim almejado pela nova regra, qual tipo de aplicação se mostra mais correta e justa, como também o grau de confiança que o Estado e os cidadãos depositaram no precedente a ser superado.

O julgador escolherá entre o *prospective overruling ou retrospective overruling* a depender da situação que se mostrar mais acertada, levando sempre em consideração o precedente que será revogado e a confiança nele depositado.

2.4.2 Antecipatory Overruling

Se acaso um órgão judicial tiver conhecimento de que um precedente será revogado pelas Cortes Superiores, existe a possibilidade de aquele passar a não aplicar este precedente, como uma forma de antecipar uma decisão que está para ser publicada. É o chamado *anticipatory overruling*.

Na lição de NASCIMENTO (2014):

Pode ocorrer, ainda, o *anticipatory overruling*, que é uma espécie de não aplicação preventiva por órgãos inferiores do precedente das cortes superiores, justamente por essa, em recentes decisões, ter sinalizado que irá superar os seus precedentes.

Nesse sentido, conceitua também MARINONI (2011):

Entenda-se por *anticipatory overruling* a atuação antecipada das Cortes de Apelação estadunidenses em relação ao overruling dos precedentes da Suprema Corte. Trata-se, em outros termos, de fenômeno identificado como antecipação a provável revogação de precedente por parte da Suprema Corte.

Desde 1981, as Cortes de Apelação vêm, excepcionalmente, considerando circunstâncias que indicam que um precedente da Suprema Corte - em princípio aplicável ao caso sob julgamento - provavelmente será revogado. Isso para deixar de adotá-lo. A

doutrina americana fala em revogação antecipada, mas, em verdade, o correto seria aludir a não aplicação de precedente em vias de revogação pela Suprema Corte.

O processualista (MARINONI, 2011) ainda salienta para as situações que ocorrerá a antecipação da revogação, quais sejam: precedentes desgastados e entendimento da Corte de que tende à revogação, apenas aguardando um caso específico para fazê-lo:

As Cortes de Apelação utilizam como fundamentos para a antecipação: 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 à 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.

A polêmica se dá quando se questiona se é possível harmonizar o *stare decisis* com o *anticipatory overruling*, haja vista que o primeiro prescreve exatamente a obediência aos ditames das Cortes superiores e neste caso, há um adiantamento de uma decisão que ainda não foi tomada pelo órgão definidor do precedente, muito embora sinalize tendência de superá-lo. Luiz Guilherme Marinoni (2011) responde a esse questionamento afirmando que é possível, de acordo com a doutrina, muito embora tal legitimidade ainda não ter sido objeto de análise judicial:

Está em jogo, em face do *anticipatory overruling*, questão de grande importância. Trata-se de saber se o *stare decisis* ou o sistema de precedentes obrigatórios, sustentado na submissão da Corte inferior diante das decisões da Corte que lhe é superior, pode se conciliar com a revogação antecipada ou com a não aplicação dos precedentes que, apesar de não revogados, provavelmente deixarão de ser aplicados pela Suprema Corte. Embora a questão seja altamente polêmica, admite-se, em sede doutrinária, que a revogação antecipada possa conviver com o *stare decisis* americano, ou melhor, que está atenuação na autoridade de imposição dos precedentes é saudável à própria lógica do sistema de precedentes obrigatórios. Não obstante, a Suprema Corte americana, ao se deparar com casos em que as Cortes de Apelação realizaram o *anticipatory overruling*, não tratou da legitimidade do instrumento. Afirma-se que isso talvez decorra não só do fato de a questão nunca ter sido posta diretamente para decisão. Talvez a Corte tenha preferido não ter de optar entre proibir e liberar a antecipação. Assim, o instrumento permaneceria disponível às Cortes inferiores, mas

sem uma chancela explícita, que, perigosamente, poderia inspirar a sua disseminação e utilização indiscriminada. Ou seja, parece que a Suprema Corte apostou no silêncio para limitar o overruling antecipatório a circunstâncias particularmente apropriadas.

Vista técnica de superação total, vislumbra-se a técnica de superação parcial do precedente judicial.

2.4.3 Overriding

Essa técnica de superação acarreta a revogação parcial do precedente, já que o julgador restringe o âmbito de atuação da decisão anterior, muito embora não a revogue inteiramente. Ocorre apenas uma limitação do precedente, em razão de nova regra de direito. De fato, há uma superação parcial, semelhante ao que ocorre quando da revogação parcial de uma lei.

Na lição de EISENBERG (1988), o *overriding* consiste no ato da corte em restringir o âmbito de aplicação de determinada doutrina em decorrência de uma nova regra surgida após o estabelecimento da doutrina no precedente, tratando-se de uma espécie de revogação parcial. O autor aponta também para o fato de que se trata de uma maneira de verificar, de forma independente, uma questão não tratada pelo precedente. Desta forma, leva-se em conta as condições sociais da doutrina do precedente ainda que, na prática, às vezes a Corte supere parcialmente uma doutrina pelas mesmas razões que se encontrava o precedente.

Segundo DIDIER (2011, p. 397):

Há *overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de precedente, em função de superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial.

Contudo, feita a distinção entre as técnicas de confronto e superação dos precedentes judiciais com suas respectivas classificações, é possível introduzir o estudo dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro a começar pelas vantagens apontadas pela doutrina.

3 ASPECTOS POSITIVOS DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em meio às manifestas alterações que têm sido observadas no sistema jurídico do Brasil, sobretudo a influência de traços da tradição da *common law*, como o direito judicial, o sistema de precedentes ganha importância cada vez maior na prática do direito.

Morosidade, excesso de processos, recursos em demasia, carestia da ação, falta de pessoal são exemplos de obstáculos enfrentados pelo Poder Judiciário não só no Brasil, mas em todos os países de tradição *civil law*.

O crescimento do acesso à justiça é inegável na contemporaneidade, todavia, junto com esse benefício, vieram também os dissabores acima listados que impedem uma prestação jurisdicional ágil e isonômica.

Se de um lado a *civil law* estabelece uma série de direitos e garantias ao jurisdicionado, por outro, o sistema processual inviabiliza a concretização desses mesmos direitos ante um sistema burocrático obsoleto.

Se os precedentes judiciais são atualmente uma realidade no sistema pátrio, necessária se faz uma apuração das vantagens de seu emprego na solução de conflitos a fim de se buscar alternativas ao volume invencível de causas levadas ao Poder Judiciário.

Essas vantagens ou pontos positivos estão presentes sobretudo na eficácia dos precedentes, isto é, na sua capacidade de produzir efeitos no mundo jurídico, conforme se verificará adiante.

3.1 Norma e eficácia jurídica do precedente

Antes de mais nada é preciso que se tenha em mente que o precedente pode ser encarado como fonte do direito. Sim, fonte, pois dá origem a outros direitos e garantias em casos presentes a partir da sua equivalência em casos pretéritos. Explica-se: se uma determinada decisão serviu de referência ou mesmo passou a ser obrigatória na aplicação

de casos futuros semelhantes, isso nada mais é do que a descrição de uma fonte do direito, assim como o é a lei, a doutrina, a jurisprudência e os costumes.

Considerando que o precedente é fonte e, portanto, cria uma norma, não é demais afirmar que, conforme dizer de BUSTAMANTE (2014, p. 364) *a norma em que se constitui um precedente é uma regra*. Assim, a *ratio decidendi* é o fundamento normativo para solver uma questão, o que se leva a crer tratar-se de regra. Deste modo, pode-se observar que a norma constante do precedente é aplicável por subsunção.

Sabe-se que o precedente é uma decisão judicial baseada em um fato, cuja relevância pode variar de acordo com a ordem jurídica a que pertence, ou seja, há países que ignoram os precedentes judiciais, outros atribuem-lhes a máxima importância e há ainda, países como o Brasil, que lhes impingem diversos efeitos jurídicos.

Os efeitos dos precedentes judiciais no Brasil podem ser meramente persuasivos, o que é comum a todo precedente, como também podem ser vinculantes, como por exemplo os precedentes que dão origem à elaboração de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir desses efeitos é possível identificar aspectos positivos na aplicação dos precedentes, já que são eles o produto da decisão que se observará na prática judicial.

A depender do que dispõe o ordenamento, a eficácia jurídica de um precedente poderá sofrer variações, sendo certo que alguns podem produzir mais de um efeito sem se excluir.

Identificam-se na doutrina pelo menos seis modalidades de efeitos jurídicos que um precedente pode apresentar no Brasil, são eles: efeito vinculante (obrigatório); efeito persuasivo; efeito obstativo da revisão de decisões; efeito autorizante; efeito rescindente (desfincitante) e efeito de revisão da sentença.

A eficácia vinculante ou obrigatória ocorre quando o precedente tiver eficácia vinculativa em relação aos casos que ocorrem posteriormente em situações semelhantes. Desta maneira, o efeito vinculante do precedente, impõe a decisões posteriores a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação do julgado anterior, obrigando os órgãos jurisdicionais a adotar a mesma tese jurídica.

O novo ordenamento processual civil brasileiro prevê precedentes com força vinculante, isto é, casos em a *ratio decidendi* presente na fundamentação de uma decisão tem força obrigatória:

Art. 927. 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 Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º 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.

§ 4º 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.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Desta maneira, justamente por ser obrigatório seu cumprimento, juízes e tribunais, independentemente de provocação, deverão conhecê-los de ofício, sob pena de omissão e denegação da justiça, devendo, contudo, ouvir as partes a seu respeito.

Assim, é devido o disposto no art. 1022, parágrafo único, inciso I, do novo CPC, de que é omissa a decisão que deixe de se manifestar sobre tese firmada em

julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento, que são precedentes obrigatórios na forma do art. 927, inciso III, do CPC:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

- I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;
- II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;
- III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

A interpretação aplicável a este dispositivo deve ser feita de forma extensa a fim de se concluir como omissa a decisão que se recuse a levar em consideração algum dos precedentes obrigatórios nos termos do art. 927, do novo CPC. Ademais, é válido lembrar que os precedentes obrigatórios listados no art. 927 do novo CPC, tem o poder de obrigar o cumprimento também para o tribunal que o proferiu, incluindo seus órgãos fracionários.

A eficácia persuasiva é observada quando o precedente não tem eficácia vinculante; possui apenas força de convencimento, já que indica uma possível solução adequada. Destarte, nenhum juiz ou tribunal está compelido a segui-lo, e se o faz é porque se convenceu de seus argumentos. Esta é a eficácia mínima de qualquer precedente.

Abaixo verificam-se situações em que o legislador mesmo declara a autoridade do precedente persuasivo, o que repercute em processos posteriores.

É o que se dá no art. 1043, do novo CPC, quando admite a interposição de recursos que têm por objetivo uniformizar a jurisprudência com base em precedentes judiciais.

Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:

I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito;

II - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade;

III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;

IV - nos processos de competência originária, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal.

§ 1º Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária.

§ 2º A divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual.

§ 3º Cabem embargos de divergência quando 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.

§ 4º O recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

§ 5º É vedado ao tribunal inadmitir o recurso com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção.

Ocorre também no recurso especial fundado em divergência, disposto no art. 105, III, “c”, CF e 1029, CPC.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Situações em que a existência de precedentes em sentido diverso é utilizada como mecanismo de convencimento e persuasão do juiz no sentido de alterar seu julgamento, adotando outro entendimento.

Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

I - a exposição do fato e do direito;

II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;

III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida.

§ 1º Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

§ 2º Quando o recurso estiver fundado em dissídio jurisprudencial, é vedado ao tribunal inadmiti-lo com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção.

§ 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

§ 4º Quando, por ocasião do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto.

§ 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:

I - ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a interposição do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo;

II - ao relator, se já distribuído o recurso;

III - ao presidente ou vice-presidente do tribunal local, no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.

A eficácia de obstar a revisão de decisões se dá em precedentes que têm a finalidade de obstar a revisão de decisões judiciais, por recurso ou por remessa necessária.

Pode ocorrer tanto para não permitir o ingresso da ação, a interposição de recurso ou a remessa necessária, como para negar, no mérito, de plano, a postulação.

Essa eficácia obstativa pode ser considerada uma repercussão do efeito vinculante de determinados precedentes. Em certos casos, o legislador autoriza que o julgador negue provimento (ou seguimento) a alguns recursos ou libere a remessa necessária desde que haja conflito com precedentes judiciais (jurisprudência ou súmula), principalmente aqueles que têm origem nas Cortes superiores.

Nessas situações, existe uma vinculação do órgão competente aos ditames aplicados em precedentes anteriores, seja no momento da apreciação recursal, seja na verificação da possibilidade do duplo grau de jurisdição, assim, a este órgão fica permitido não prover tais recursos ou dispensar a remessa necessária, gerando um obstáculo à revisão da decisão.

São exemplos os arts. 496 e 932, ambos do novo CPC:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

É possível, ainda, a denegação de plano pelo precedente. Ocorre nos casos de precedentes formados no julgamento de casos repetitivos ou de assunção de competência e enunciados de súmula (qualquer tribunal) que determinam, liminarmente, a improcedência da demanda (art. 332, novo CPC):

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;

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.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

Ou ainda em casos de previsão de negativa de provimento a recurso que contrarie precedente ou enunciado de súmula, nos termos do art. 932, IV, novo CPC, quando o precedente ou súmula são simultaneamente obstativos.

Por fim, ocorre quando a aplicação da tese firmada no julgamento de recursos repetitivos leva a inadmissibilidade dos demais recursos paralisados pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, que prejudicados se o acórdão recorrido coincidir com orientação do tribunal superior.

Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência

Diz-se que a eficácia é autorizante quando é determinante para a admissão ou acolhimento de ato (recurso, demanda ou incidente processual). Desdobram-se no acolhimento de postulações por exemplo a existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, ao autorizar a concessão de tutela de evidência documentada, nos termos do art. 311, II, novo CPC:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Ocorre também com o precedente ou enunciado de súmula contrariados pela decisão recorrida, ao implicar o provimento do recurso por decisão monocrática do relator, na exata dicção do art. 932, inciso V do novo CPC:

Art. 932. Incumbe ao relator:

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

Para a interposição de recurso especial no sistema do Brasil, é preciso que se demonstre a interpretação divergente conferida por outro tribunal, consoante dispõe o art. 105, III, c, CF/88 e, para isso, é suficiente mencionar apenas um precedente.

Ademais, no caso de recurso extraordinário, deve demonstrar repercussão geral, ou seja, indicar que a decisão recorrida contraria súmula ou precedente do STF, ou tese firmada no julgamento de casos repetitivos, além da decisão recorrida reconhecer a constitucionalidade de tratado ou lei federal, tudo de acordo com o art. 97, da CF e art. 1035, § 3º, do novo CPC.

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

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 3º 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;

III - tenha reconhecido a constitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do **art. 97 da Constituição Federal**.

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

A eficácia rescindente ou deseficacizante ocorre nos casos em que o precedente é apto a rescindir ou retirar a eficácia de uma decisão judicial transitada em julgado.

Tem-se como exemplo, os parágrafos 12, 13 e 14 do art. 525, e 5º, 6º e 7º do art. 535, novo CPC, que consideram inexigível decisão judicial baseada em lei ou em ato normativo que STF tem como constitucional.

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

No mencionado caso, o precedente do STF deve ter sido proferido antes da decisão transitada em julgado a fim de produzir o efeito de deseficacizar a decisão judicial.

Caso seja posterior ao trânsito em julgado, a saída jurídica é a ação rescisória, conforme está disposto no art. 966, V, e art. 525, § 15, novo CPC:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

V - violar manifestamente norma jurídica;

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, tem-se o precedente que autoriza revisão de coisa julgada, como nos casos previsto pelo art. 505, I, novo CPC, que aborda relação jurídica sucessiva (trato continuado):

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

Desta maneira, um precedente do STF poderia permitir a revisão, *ex nunc*, de uma sentença que tratasse de uma relação jurídica tributária, exemplo de relação sucessiva.

3.2. Precedentes obrigatórios no direito brasileiro

Conforme já demonstrado, o novo ordenamento processual civil brasileiro, em seu art. 927 do CPC introduz no sistema um rol de precedentes obrigatórios, diferentes em seu procedimento de formação, haja vista sua identificação no processo de controle

concentrado de constitucionalidade, em julgamento pelo tribunal ou na produção de enunciado de súmula.

Ocorre que não se trata de rol taxativo, uma vez que embora não conste da enumeração da lei, não se pode deixar de mencionar os precedentes cujo entendimento foi cristalizado nas súmulas de cada tribunal, mesmo que não seja corte superior, pois possuem eficácia vinculante em relação ao próprio colegiado e órgãos a ele vinculados.

Disso se pode concluir o que dispõe o art. 926 do novo CPC que prevê o dever genérico de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, o que autoriza a edição de súmula caso a jurisprudência se torne dominante:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

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

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Por seu turno, o parágrafo único do art. 955, do novo CPC, permite o julgamento unipessoal de conflito de competência, desde que se baseie em enunciado de súmula do próprio tribunal onde se formou a divergência.

Art. 955. O relator poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, o sobrerestamento do processo e, nesse caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

Parágrafo único. O relator poderá julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em:

Já o art. 332, IV, do novo CPC admite, liminarmente, a improcedência do pedido que contrariar enunciado de súmula do tribunal de justiça sobre o direito local:

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;

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.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

Ademais, na forma do art. 927, I, CPC, juízes e tribunais deverão observar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, o que atribui caráter vinculante aos precedentes do STF quando assim produzidos:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

Dispõe o art. 927, II e IV, do novo CPC, que os juízes e tribunais deverão observar os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional. Nestes casos, o que se respeita é justamente a *ratio decidendi* dos precedentes que deram origem às súmulas.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

II - os enunciados de súmula vinculante;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

Assim, a rigor, todos estes enunciados demonstram força obrigatória, de modo a se tornar mais um instrumento para a solução do inchaço dos tribunais.

3.3 Precedentes e princípios

Verificou-se que a importância do precedente judicial no Brasil se dá em razão de sua eficácia no sistema jurídico de modo que para se adaptar à nova realidade, será preciso repensar determinados princípios e regras, respeitando-se o método da interpretação conforme a Constituição.

3.3.1 Princípio da legalidade

O art. 8º do CPC determina que o juiz deve observar o princípio da legalidade.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

A lei é uma ferramenta de regulação das relações jurídicas e sociais e se manifesta como um documento escrito resultante da função típica do Poder Legislativo, após cumprimento do procedimento previsto pela norma constitucional e corresponde ao ato normativo que submete tantos os cidadãos quanto os administradores (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

A legalidade corresponde a preceito multifuncional, cujo núcleo central se espalha e se especifica pelo ordenamento jurídico (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 180):

[...] dando origem a múltiplas expressões – processo legislativo, devido processo legal, supremacia da lei, perante a lei, reserva de lei, repristinação da lei, lacunas da lei, legalidade administrativa, legalidade penal e legalidade tributária, entre outras – as quais, embora distintas em sua configuração formal, substancialmente traduzem uma só e mesma ideia, a de que a lei é o instrumento por excelência de conformação jurídica das relações sociais.

Numa análise estritamente legalista, os mandamentos de obrigação e de proibição são veiculados somente por meio de lei, que pode ter sentido amplo e sentido estrito, sendo a primeira toda a produção normativa (de qualquer função ou poder da República) e a última a lei em sentido formal, isto é, emanada pelo Poder Legislativo (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 323).

Como bem observa Tucci (2011, p. 233):

“[...] no ditame da legalidade se afirma o Estado de Direito”. No Estado Democrático de Direito a única fonte a que se reconhece legitimidade é aquela constituída pelos representantes políticos do povo, que operam soberanamente, subordinados apenas à Constituição.

Não obstante, no atual contexto do ordenamento jurídico brasileiro, é inegável que este princípio impõe ao juiz que decida em consonância com o direito, ou seja, com todo o sistema jurídico e não apenas com base na lei, que é somente uma de suas fontes.

Por seu turno, o dever de integridade, que decorre do art. 926 do novo CPC, é, sobremaneira, o dever de decidir em conformidade com o direito.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Destarte, pode-se afirmar que o direito não é apenas o legal, (Constituição, atos administrativos, precedentes judiciais e jurisprudência também são fontes do direito), nem tampouco somente o que está escrito (costume também é fonte do direito) e também não só o que tem origem no Estado (negócio jurídico também é fonte do direito).

Portanto, o princípio da legalidade deve estar em consonância com esta nova visão do que se entende por fontes do direito a fim de se respeitar o disposto no novo CPC em que precedentes judiciais e jurisprudência dos tribunais são institutos de grande importância para a sistemática processual, atendo, sobretudo ao método hermenêutico da interpretação conforme a Constituição.

3.3.2 Princípio da igualdade

A igualdade é elemento inafastável do Estado Democrático de Direito, considerado como núcleo da cidadania, de observância obrigatória pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário, sendo imposto ao administrador que regule sua atuação pela igualdade, ao legislador que não edite leis que estabeleçam distinções infundadas e ao Judiciário para que de tratamento de forma igualitária as partes no interior do processo, devendo também observar a igualdade ao tempo de proferir suas decisões (MARINONI, 2013).

Pode ser compreendido no seu aspecto formal e no aspecto material, sendo o formal a ideia de que todos são iguais perante a lei e o material o ideal de justiça social distributiva e justiça enquanto ideal de identidades. A igualdade não possui apenas um

conteúdo negativo impedindo que pessoas sejam tratadas de forma desigual pela lei, possuindo também um conteúdo positivo que seria um direito à diferença, que seria um direito a igualdade considerando-se a diversidade (PIOVESAN, 2008).

No dizer de TUCCI (2011, p. 126):

[...] em paridade de situações, ninguém deve ser tratado excepcionalmente. Todavia, evidenciada a desigualdade entre as pessoas – sejam físicas, sejam jurídicas ou formais, deverão ser consideradas as condições desiguais, para que possa haver igualdade.

Também pode ser entendida igualdade no sentido de um dever de igualdade na aplicação do direito, o que corresponde a uma das dimensões do Estado de Direito. Isso porque: “*a igualdade perante a lei, declarada em nossa Constituição (art. 5º, I), significa uma limitação ao legislador e uma regra de interpretação*” (CARVALHO, 2008, p. 733).

Como lembra Carneiro Júnior (2012, p. 334):

A desigualdade profunda e persistente verificada na sociedade brasileira esgarça laços sociais, causa invisibilidade, demonização e imunidade, prejudicando o respeito aos parâmetros do Estado de Direito. Estará potencializada se for levada para o processo, oferecendo decisões desiguais para situações iguais.

De igual forma, o princípio da igualdade merece ser entendido como ideal de isonomia frente ao direito como um todo e não somente perante a lei. Faz-se necessário que, na leitura do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, a expressão lei seja vista como norma jurídica, considerando-se que todos são iguais (ou que devem ser tratados como iguais), perante a norma jurídica.

Verifica-se que o princípio da igualdade é imposto ao poder público e aos particulares, aos julgadores e aos jurisdicionados, de modo que sua atuação se manifesta na Administração Pública e na função jurisdicional, garantindo igual tratamento aos que buscam o Poder Judiciário.

Nesse descortino, bem apontado por Guilherme Marinoni (2010, p. 228):

A igualdade não pode limitar-se no âmbito do exercício da função jurisdicional, ao tratamento isonômico das partes, com garantia de participação em igualdade de armas, ou à igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de acesso a determinados procedimentos e técnicas processuais; é necessário pensar também no princípio isonômico visto sob o viés da igualdade perante as decisões judiciais.

Inquestionável, portanto, a relevância da uniformização da sua jurisprudência promovida pelos tribunais, de maneira a garantir sua estabilidade, integridade e coerência, na forma do já mencionado art. 926, do novo CPC.

Esta obrigatoriedade está alinhada com a ideia de igualdade e justiça e fundamenta o respeito aos precedentes, que, se bem usado, serve para solver questões futuras semelhantes.

No dizer de DIDIER (2015, p. 468):

Não se pode admitir como isonômica a postura de órgão do Estado que, diante de uma situação concreta, chega a um determinado resultado e, diante de outra situação concreta, em tudo semelhante à primeira, chega à conclusão distinta.

Foi dito “bem usado”, pois, conforme se verá em capítulo seguinte, existe a possibilidade da utilização descontextualizada do precedente, sem que se faça a devida análise das circunstâncias fáticas que o motivaram com as razões de fato observadas no caso presente, dando origem a manifesta violação do princípio da igualdade.

Nunca é demais lembrar que tal princípio engloba também o direito a tratamento distinto em caso de sujeitos ou circunstâncias diversas. Assim, também é contrário à igualdade o julgamento que apenas aplica um precedente sem observar que as circunstâncias concretas não autorizariam seu emprego, tratando como semelhantes situações substancialmente diversas.

Desta forma, vale considerar o disposto nos arts. 489, § 1º, V e VI e art. 927, § 1º, CPC:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

Esses dispositivos nada mais são do que freios para o emprego desmedido e descontextualizado dos precedentes com o fim de reduzir processos a qualquer custo, sem critério na elaboração da decisão. Eles exigem do julgador, na aplicação ou afastamento de um precedente, que seja considerado se ele se adapta ou não às particularidades de fato da questão posta em julgamento, ou seja, obriga que seja observada a semelhança fática entre o caso precedente e o caso presente, mediante a técnica já esclarecida, da distinção (*distinguishing*).

3.3.3 Princípio da segurança jurídica

A Constituição Federal de 1988 assegura o princípio da segurança jurídica, afirmindo que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI), de modo que fica garantido que nenhum ato normativo do Estado atingirá situações consolidadas no passado.

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

Merece destaque o fato de que não é somente em relação ao passado que se faz necessária esta estabilidade.

Neste sentido, DIDIER (2015, p. 470) explica:

É exatamente nesse contexto que a segurança jurídica precisa ser repensada. Trata-se de princípio que assegura o respeito não apenas a situações consolidadas, mas também às legítimas expectativas surgidas e às condutas adotadas a partir de um comportamento presente.

Diretamente ligada com Estado de Direito, a segurança jurídica corresponde à estabilidade e continuidade da ordem jurídica, com a previsibilidade das consequências jurídicas de determinadas condutas (MARINONI, 2013).

De acordo com Canotilho (2014) o indivíduo necessita de segurança para conduzir e planejar sua vida de forma responsável. Por isso, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança são considerados elementos constitutivos do Estado do Direito. Muito esclarecedoras suas palavras (CANOTILHO, 2014, p. 264) quanto à segurança jurídica da perspectiva das decisões judiciais:

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

Pode-se também extrair deste princípio, a proteção da confiança, que se desdobra no direito processual, acarretando nas obrigações de uniformização da jurisprudência e sua manutenção estável, íntegra e coerente, consoante dispõe o art. 926, do novo CPC.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

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

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Neste sentido, o princípio da segurança jurídica obriga não só o dever de respeito aos precedentes judiciais e seus vários efeitos, mas também o dever de o tribunal uniformizar a jurisprudência, evitando a multiplicação teses jurídicas diversas mesmo em se tratando de fatos similares.

Outrossim, o respeito aos precedentes assegura ao jurisdicionado a segurança de que o seu comportamento baseado na jurisprudência já consolidada não será juridicamente considerado de modo diverso do que se vem praticando. Ademais, a uniformização da jurisprudência assevera ao jurisdicionado um modelo eficaz de conduta presente, garantindo que não terá surpresas no julgamento de casos semelhantes.

3.3.4 Princípio da motivação das decisões

O trabalho já mencionou e ainda não cessou o tema da motivação das decisões, recebendo especial tratamento no próximo capítulo.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 93, IX, estabelece que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Este princípio também deve ser redimensionado, do mesmo modo que se precisa repensar a relevância da motivação de uma decisão.

A fundamentação deve, no ordenamento contemporâneo, receber ainda mais importância tendo em vista o sistema de precedentes. Não é demais afirmar que a motivação é a pedra de toque, cerne da aplicação dos precedentes, conforme expõe o processualista (DIDIER, 2015, p. 470):

Não há mais como reputar suficiente a fundamentação de um ato decisório que se limita a repetir os termos postos na lei ou de ementas e excertos jurisprudenciais ou doutrinários. É preciso (e exigível) que a decisão judicial identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delineie, também de forma explícita, a tese jurídica adotada para a sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. É também preciso (e igualmente exigível) que ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as

circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o caso em julgamento.

É isso o que impõe expressamente o dever judicial de fundamentação conforme arts. 489, § 1º e 927, § 1º, do novo CPC:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

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.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

Deste modo, é preciso enaltecer a função extraprocessual da fundamentação, ciente de que ela não serve somente à justificação para as partes envolvidas naquele processo, mas sim como modelo de comportamento para outros indivíduos que não participam da relação processual.

Desta maneira, a norma segundo a qual as decisões judiciais precisam ser fundamentadas deve ser considerada de modo mais categórico, considerando-se como apropriado não qualquer fundamento posto pelo órgão jurisdicional, mas sim o que for proveitoso para solver o caso, com a perfeita identificação do precedente.

3.3.5 Princípio do contraditório

Por último, é preciso repensar igualmente o princípio do contraditório, pois tem sido visto como garantia de que a solução final de uma situação concreta deve ser alcançada mediante a participação efetiva daqueles atores diretamente relacionados com a causa.

Todavia, não se pode perder de vista que num mesmo ato decisório que resolve um conflito específico, pode-se identificar uma norma geral exatamente porque pode desprender-se daquele caso e ser empregada em outras questões futuras, cujas circunstâncias de fato sejam similares às que desenharam a situação original.

Neste descortino, ensina DIDIER (2015, p. 471):

A partir do momento em que percebemos isso, que mesmo em processos específicos, é possível construir-se uma norma geral, aplicável a situações futuras, o princípio do contraditório, visto como direito de participação na construção da norma jurídica, precisa ser repensado. Isso porque ele não mais pode ser visto apenas como sendo um direito de participação na construção da norma jurídica individualizada (aquela estabelecida no dispositivo da decisão); há de ser visto também como um direito de participação na construção da norma jurídica geral (*a ratio decidendi*), a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado).

Isso tem importância prática, conforme leciona Fredie Didier Jr (2015, p. 472):

Repercute na ampliação das possibilidades de intervenção de *amicus curiae* (arts. 138, 927 § 2º, 983, 1.038, I e II, CPC e art. 896-C, § 8º, CLT).

Tem determinado a necessidade de redefinição do que se entende por interesse recursal, reconhecendo-se também a sua existência para definição do precedente, ainda que não se discuta a norma do caso concreto, como se observa ao admitir-se que *amicus curiae* possa recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, § 3º, CPC).

Além disso, impõe-se repensar as hipóteses e os critérios de permissão da intervenção de terceiro. Parece-nos possível e útil pensar a intervenção de terceiro como forma de ajudar na formação do precedente (interesse jurídico reflexo na criação da possibilidade de o *amicus curiae* recorrer da decisão que fixa o precedente em julgamento de casos repetitivos reforça essa tendência.

Diante disso, convencionou-se que para a formação do precedente, apenas podem ser utilizados argumentos sob o crivo do contraditório.

3.4 Deveres gerais dos tribunais no sistema de precedentes judiciais

De acordo com o que já foi exposto, o novo sistema processual civil brasileiro trará uma série de obrigações para juízes e tribunais. Neste sentido, o art. 926, do novo CPC, inova o ordenamento ao dispor que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Desta maneira, prevê deveres gerais para os tribunais neste contexto de edificação e manutenção de um sistema de precedentes (jurisprudência e súmula), sejam eles de eficácia persuasiva ou vinculante, quais sejam: dever de uniformizar sua jurisprudência; dever de manter essa jurisprudência estável; dever de integridade; dever de coerência e dever de dar publicidade adequada aos seus precedentes.

3.4.1 Dever de uniformização da jurisprudência

Essa obrigação de uniformizar a jurisprudência faz crer que o tribunal não se omitirá ante uma divergência interna de seus órgãos fracionários, sobre o mesmo fato.

Antes de tudo, deve o tribunal solver o conflito, uniformizando seu entendimento sobre a matéria.

Assim, conforme demonstra o art. 926, §1º, do novo CPC, o dever de uniformizar se desdobra no dever de sintetizar sua jurisprudência dominante, editando súmulas, enquanto que o §2º do mesmo dispositivo legal enfatiza que na edição dos enunciados, os tribunais devem restringir-se às circunstâncias de fato constantes dos precedentes que o motivaram.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

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

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

A finalidade é deixar claro que a forma correta do exercício deste dever de sumular pressupõe a lealdade do tribunal aos fatos a partir dos quais a jurisprudência foi construída. Contudo, mantém-se o aspecto de concretude do direito judicial que se edifica. É evidente a construção de norma geral a partir de casos concretos, de modo que o

legislador busca neutralizar a polêmica das súmulas criadas de forma abstrata, sem referência aos precedentes, conforme se apurará no quarto capítulo.

3.4.2 Dever de manter a jurisprudência estável

Essa obrigação diz respeito ao fato de que o tribunal deve justificar qualquer mudança de posicionamento (já mencionada no segundo capítulo a técnica de superação de precedente ou *overruling*) a fim de que se mantenha a jurisprudência estável.

Esse fundamento deve ser tão ou mais contundente que a argumentação que levou à criação do precedente, uma vez que a estrutura do ordenamento de um sistema de precedentes não pode ser abalada.

Se um tribunal tinha um posicionamento e fundamentava suas decisões com base nele e, num segundo momento, alterou seu modo de enxergar a questão, isso deve ser muito bem exposto. É o que DIDIER (2015, p. 475) chama de princípio da inércia argumentativa, como norma que:

- a) estabelece a necessidade de uma forte carga argumentativa para aquele que pretende afastar (por distinção ou superação) o precedente diante do caso que se assemelhe àquele que ensejou sua formação, exigindo-se não apenas a fundamentação ordinária nos termos do art. 489, caput e § 1º, CPC, como também uma fundamentação qualificada que justifique o *overruling* ou *distinguishing* nos moldes do art. 489, §1º, VI, CPC e
- b) Facilita a elaboração da fundamentação (carga argumentativa mais fraca) para aquele que pretende aplicar o precedente à resolução de caso semelhante, mas sem que se abra mão de, ao menos, identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, §1º, V, CPC).
- c) A inércia argumentativa vem em prol da preservação do *status quo*, cuja modificação pressupõe razões extras até então não cogitadas ou enfrentadas. Mais do que norma infraconstitucional (art. 489, §1º, V e VI, CPC), a inércia argumentativa encontra-se implicitamente consagrada na Constituição como exigência de uniformidade jurisprudencial que garanta: igualdade de tratamento para casos afins (art. 5º, caput, CF); motivação adequada tanto para a decisão que aplica como aquela que afasta o precedente (art. 93, IX, CF) e de contraditório, que pressupõe o direito de conhecer essa motivação para questioná-la por meios de impugnação cabíveis (art. 5º LV, CF).

Por fim, vale lembrar que a estabilidade da jurisprudência do tribunal precisa também ser observada em seus próprios precedentes, inclusive nos órgãos a ele vinculados.

3.4.3 Dever de dar publicidade aos precedentes

Não obstante uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, o novo ordenamento processual civil previu ainda que os tribunais cumprissem com o dever de dar publicidade aos precedentes.

Tudo isso para dar efetividade ao sistema de precedentes judiciais, o que vale a ressalva de que o princípio da publicidade merece nova interpretação, haja vista que não é suficiente garantir que as decisões judiciais sejam públicas, é preciso que se ateste que esses julgados se tornem fonte de precedentes com força jurídica, a fim de que recebam a publicidade conveniente.

É o que dispõem os art. 927, §5º e art. 979, do novo CPC que prevê que os tribunais organizarão seus precedentes por matéria para divulgá-los na internet por meio de seus sítios eletrônicos:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

Esse último também enaltece a publicidade, no entanto, na seara do julgamento de casos repetitivos.

3.4.4 Dever de coerência e integridade

Conforme já mencionado, é atribuição do tribunal manter íntegra e coerente a sua jurisprudência, nos termos do art. 926 do novo CPC:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

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

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Em que pese a dificuldade de compreensão dos termos em razão de sua vaguezza semântica, a doutrina tem entendido que ambos (coerência e integridade) remetem à ideia de que o precedente deve ter a maior eficácia possível, ao que se chamou de consistência da jurisprudência.

Fredie Didier (2015, p. 476) cita Ronald Dworkin para melhor compreensão das expressões:

Para se ter uma dimensão do problema, há quem veja no tema integridade, no sentido utilizado por Dworkin, sinonímia com o termo coerência. E, como se verá nos exemplos de concretização desses deveres, há clara interseção entre as duas zonas de aplicação.

Salienta-se que a ideia básica da ordem jurídica é de um sistema jurídico como um corpo coerente e coeso de normas cuja observância garante certos objetivos valorizados que podem todos ser buscados em conjunto de modo inteligível.

Deste modo, pouco importa a vontade do julgador em aplicar uma norma ou um precedente de acordo com suas convicções, caso estes estejam em contradição com alguma norma válida e de caráter obrigatório do sistema. Essa é a exigência da coerência, que no entender de Neil MacCormick (2006, p. 135), assim pode ser resumido:

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

O mesmo autor (MACCORMICK, 2006, p. 178) ainda distingue as formas de coerência entre normativa e narrativa:

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

Assim, é necessário tornar concreto o conteúdo do dispositivo legal que informa estes deveres a fim de solidificar o iniciante sistema de precedentes do direito brasileiro. Mesmo autor prossegue na explicação (DIDIER, 2015, p. 477):

A interpretação do dispositivo deve ser no sentido de dar-lhe máxima efetividade; não parece adequada qualquer interpretação que compreenda o dever de integridade como continente do qual o dever de coerência é conteúdo, ou vice-versa. A depender da concepção teórica a que se filie o intérprete, uma ou outra opção poderia revelar-se [...] Pode-se dizer sobre eles o que Canaris disse sobre os princípios: não possuem pretensão de exclusividade como fonte de deveres dos tribunais na formação dos precedentes judiciais. No final das contas, o relevante será a soma dos deveres atribuídos ao tribunal a partir dos postulados da coerência e da integridade. A essa soma, a pode-se dar o nome de consistência.

Desta maneira, é certo afirmar que a integridade e a coerência de uma jurisprudência são aferidas por meio de juízo de ponderação, a fim de que alcançar o equilíbrio do sistema.

Dessarte, os julgadores, mesmo quando não puderem decidir exclusivamente a partir de normas válidas e estabelecidas, não podem optar pela deliberação, se esta não for autorizada pela lei.

Por último, feitas as considerações das inúmeras vantagens (ou pontos positivos) da aplicação dos precedentes judiciais na ordem jurídica nacional, resta ponderar as críticas (ou pontos negativos) que a doutrina tem identificado na prática processual, no que diz respeito ao chamado direito judicial, conforme se verá no capítulo seguinte.

4 CRÍTICAS À APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo, ao revés do anterior, abordar-se-ão alguns pontos pelos quais a aplicação dos precedentes judiciais merece ser questionada, sobretudo pela forma como se tem feito no Brasil.

Fenômeno da contemporaneidade no direito brasileiro, o debate e estudo jurídico dos doutrinadores têm dado lugar às pesquisas de palavras-chave nos bancos de dados dos sítios eletrônicos dos tribunais nacionais, dando ênfase aos precedentes judiciais muitas vezes engessados pelos verbetes da jurisprudência.

Carlos Maximiliano (1993, p. 181) também já expunha essa crítica, na década de 1990, quando ainda nem se falava em rede mundial de computadores e as consultas da jurisprudência eram feitas em calhamaços da Revista dos Tribunais, feita por ordem alfabética.

“[...] em virtude da lei do menor esforço e também para assegurarem os advogados o êxito e os juízes inferiores a manutenção de suas sentenças, do que muitos se vangloriam, preferem causídicos, e magistrados, às exposições sistemáticas de doutrina jurídica os repositórios de jurisprudência. Basta a consulta rápida a um índice alfabético para ficar um caso liquidado, com as razões na aparência documentadas cientificamente. Por isso, os repositórios de decisões em resumo, simples ou compilações, obtém êxito esplêndido de livraria. [...]”

É fácil perceber que se vivencia uma aglutinação das tradições *common law* e *civil law*, na medida em que ações são processadas e julgadas de acordo com decisões passadas, sem, todavia, haver alicerce em uma teoria de precedentes pátria.

O improviso se nota quando se adapta um instituto tipicamente do direito anglo-saxão para a prática do direito de tradição romano-germânica. Ao contrário dos países da *common law*, os aplicadores do direito no Brasil muitas vezes se valem da falta de critério e arbitrariedade na escolha do precedente a ser seguido, fazendo com que as decisões brasileiras ocultem a real questão pretendida na causa, conforme alguns exemplos que serão observados nos tópicos seguintes.

Por vezes, os precedentes são forçados a se encaixar em moldes aos quais não se ajustam, mas como as vantagens da sua aplicação, descritas no capítulo anterior, ganharam mais destaque que as desvantagens, sob o ponto de vista de boa parte dos julgadores, o que se tem visto é algumas decisões que simplesmente desobrigam o magistrado de interpretar aquilo que foi pleiteado.

Ficou bem mais simples: uma ação difícil é proposta; o intérprete não se dá mais ao trabalho de debater os vários ângulos que envolvem a questão; procura pelo verbete no repositório de jurisprudência; encontra um julgado que contém um enunciado genérico e pronto! Encontrou a resposta para o *hard case*, ainda que não seja lá tão semelhante assim ao caso pretérito, mas julgou. Com sorte, ainda não terá a decisão cassada ou reformada se eventual recurso for destinado ao mesmo colegiado que proferiu o precedente. Isso, é claro, se for caso de admissão de recurso, e não os impedimentos vistos no capítulo antecedente.

4.1 Precedentes e fundamentação

Fundamentar uma decisão é princípio constitucional atinente ao Poder Judiciário, eivado de nulidade o julgamento que assim não proceder, nos termos do art. 93, inciso IX da CF/88, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

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

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

Quando se fala em dever, obviamente está se impondo uma obrigatoriedade, algo imposto aos magistrados e de que não podem se eximir. É essa imposição que garante que o julgador não se valerá de decisões arbitrárias e desamparadas de fundamento jurídico, o que nem sempre foi uma realidade no direito, sendo uma conquista recente, datada da segunda metade do século XX, com o neoconstitucionalismo.

Foi nesse contexto histórico que a democracia ganhou novo sentido já que não só a vontade da maioria foi suficiente para legitimar o Estado, conforme os tristes exemplos do nazismo e do fascismo, que tinham a vontade da maioria como pano de fundo.

Lenio Streck (2007, p. 39) destaca que a experiência negativa da legitimação do nazifascismo pela vontade da maioria *fez com que o novo constitucionalismo confiasse à justiça constitucional a guarda da vontade geral*. Menciona ainda, o autor, que *a democratização, fruto do desabamento de variados regimes autoritários/ditatoriais, trouxe à luz, Constituições cujo texto positiva os direitos fundamentais e sociais*. O autor sugere que essas Constituições *redimensionaram a relação entre os poderes de Estado, e conferiram um novo papel ao Poder Judiciário, agora sob uma nova perspectiva*.

Desta maneira, inegável que a finalidade de se constar essa norma no texto constitucional é eliminar o cunho subjetivo e voluntarista da função judicial. Não se trata de um zelo do julgador, mas de uma garantia do jurisdicionado, saber quais foram as razões que motivaram aquele determinado julgamento. Na verdade, é um limite à arbitrariedade, garantindo julgados responsáveis e transparentes.

Visto isso, não se pode deixar de levantar a questão da simulação do fundamento, muito comum no ordenamento pátrio.

Por vezes, é possível identificar sentenças enormes, muito bem escritas e que não fazem outra coisa, senão explicar a decisão. Fundamentar é diferente de explicar, sendo exemplo corriqueiro de explicação, a decisão que justifica o veredito com base na aplicação do dispositivo legal ou o julgado anterior tal, o que atribui ao julgamento um falso aspecto de validade.

Desta forma, o juiz explica quando diz que assim decidiu porque neste caso aplica-se a norma legal tal, o que desperta a crítica de Streck (2006, p. 167) de que *jamais uma decisão pode ser do tipo defiro com base na lei X ou na súmula Y*.

Mas se isso não é fundamentar, o que seria? O juiz, equidistante que está das partes em contenda, deve prestar-lhes a mesma deferência, de modo que não basta afirmar que a parte A é vencedora em razão da norma X (ou precedente Y), deve também mencionar por quais razões a parte B foi vencida. Isso é fundamentar.

Nesse sentido, RAMIRES (2010, p. 42):

É por isso que se diz que a exigência de fundamentação nem precisaria estar expressa no texto constitucional para configurar uma inarredável garantia política contra o arbítrio judicial, uma vez que ela, corretamente compreendida, decorre de forma direta do princípio do contraditório. Isso porque o contraditório, por óbvio, não pode ser entendido como o direito apenas de alegar e provar em juízo, mas também de obter respostas a estas alegações ou provas. E tal direito deve ser necessariamente assegurado a ambas as partes, vencedor e vencido.

Portanto, do ponto de vista constitucional, grande parte dos julgados brasileiros, sobretudo das instâncias inferiores, são nulos em razão da ausência de fundamentação.

Sem querer achar um único responsável pelo avanço desordenado da aplicação dos precedentes judiciais no Brasil, ou mesmo fugir da temática que se propõe o presente trabalho, mas já chamando à responsabilidade, a verdade é que o estudo da hermenêutica jurídica ainda é superficial, a começar pelos cursos jurídicos que declinam a matéria à categoria de disciplina optativa e deixam de formar intérpretes do direito, para formar repetidores de dispositivos legais.

É sabido que inúmeros são os métodos de interpretação na dogmática jurídica, com destaque para o gramatical, sistemático, teleológico, histórico, axiológico, etc. Mas não há critério para a escolha daquele que será utilizado e desta forma, está-se diante, novamente de outra arbitrariedade.

Dito de outra forma: não se pode decidir sem antes fundamentar a decisão, sob pena de ser uma decisão arbitrária. Todavia, no momento da aplicação da norma não há como escapar da arbitrariedade de se escolher o método de interpretação dessa mesma norma a ser fundamentada.

De acordo com Streck (2007, p. 312), isso ocorre porque *não existe e não pode existir um metacritério, como regra que estabeleça qual método a ser utilizado.*

O mesmo autor ainda esclarece (STRECK, 2007, p. 312):

O direito assim retoma de certo modo, o caminho da ontologia clássica, fazendo a subsunção de um significado a um significante, onde o significante é o elemento universal, e o significado é o elemento singular.

Porém, uma decisão que seria nula do ponto de vista constitucional, por ausência de fundamentação, passa a ter aspecto de válida quando se demonstra essa sequência: escolha do método hermenêutico, formação do convencimento a partir das teses apresentadas pelas partes, adequação da norma a uma das teses e explicação da decisão (aqui vista como fundamentação) com base em um precedente (aqui visto como verbete de repositório de jurisprudência).

O que se aponta como crítica, repita-se, não é a aplicação dos precedentes, mas sim, a forma (arbitrária) como têm sido usados, ou seja, situações em que não há qualquer atenção aos fatos apresentados no caso presente, mas em que prontamente se tem uma decisão expondo as razões empregadas para julgar um caso passado.

Não se pretende aqui questionar se os precedentes são ou não fontes do direito, até porque descartando-se o caráter meramente persuasivo e levando-se em conta o caráter vinculativo, não há como negar a obrigatoriedade de aplicação de alguns precedentes (lê-se súmulas vinculantes), elevando-os ao mesmo patamar da lei, da jurisprudência, dos costumes e dos princípios gerais.

O grande problema talvez seja ter ementas e verbetes retirados de julgamentos anteriores como universais. Se o precedente não tem caráter vinculativo, caso o julgador vá utilizar-se do mesmo para justificar uma decisão presente, é seu dever fundamentar o julgado com base nos fatos narrados no caso presente, sendo a decisão do caso pretérito apenas *obter dictum*, já que a *ratio decidendi* do caso atual é outra.

Não sendo assim, criar-se-ia um novíssimo método de hermenêutica jurídica, a que Maurício Ramires (2010, p. 45) batizou de “método jurisprudencial”, no qual *basta amarrar o particular em um desses universais e se tem a aparência de uma conclusão científica*.

O mesmo juiz ainda aponta (RAMIRES, 2010, p. 45):

E, se a menção isolada de texto de lei é uma fundamentação deficiente, pouco há a dizer da decisão que simplesmente se ancora em um ou mais verbetes jurisprudenciais, citando-os como se trouxessem a solução invencível do caso jurídico presente. Tanto mais quando se trabalha em um sistema jurídico que conhece precedentes diretamente contrários entre si, não raro no mesmo tribunal.

O centro nevrálgico da arbitrariedade da aplicação dos precedentes pode ser sintetizado com a disposição de um lado, considerar um julgado (pelo simples fato de ter sido publicado antes) como uma norma geral e abstrata e de outro lado, existir julgados contrários entre si.

Está resumida a má aplicação dos precedentes: a uma, pois julgado anterior, que não tem caráter vinculativo, não pode ser considerado como fonte do direito, já que não se assemelha a uma lei, haja vista que foi criado para um determinado caso concreto e não para fins de aplicação geral e futura; a duas, pois o fato de haver julgado anterior no sentido que o julgador deseja reaplicar no caso presente (na maior parte das vezes vai haver), não implica na inexistência de precedentes em sentido exatamente oposto.

De que adiantaria julgar sob o fundamento de que há julgado anterior no mesmo sentido, sendo que há também julgado anterior em sentido contrário? Se a resposta for negativa, significa que a fundamentação está errada. Deve sim, repita-se, fundamentar expondo as razões pelas quais um julgado teve a capacidade de persuadir o juiz e um outro (ou outros) assim não o fizeram.

Fundamentar é expor por quais razões (*ratio decidendi*) o juiz se inspira no julgado X e não no julgado Y, posicionando-se com relação aos dois (ou mais) aspectos controversos. De outro modo, indicar apenas a versão que agrada ao pensamento do que formou sua convicção é o que Michele Taruffo (2015) chama de *confirmatio bias*, isto é, *uma distorção do raciocínio pela qual, separada uma versão dos fatos, tem em conta somente aquilo que a confirma e a negligencia tudo o que a contradiz, sequer a menciona*.

Assim, na lição do professor italiano (TARUFFO, 2015, p. 26):

“[...] é oportuno tornar ainda mais preciso o discurso: não é suficiente, como ao contrário, frequentemente se verifica, que o juiz indique quais são as provas que justificam a versão dos fatos que adotou como verdadeira. Isso é necessário, mas não é suficiente para fornecer uma motivação adequada da decisão sobre os fatos. Se existiam provas contrárias à versão dos fatos que o juiz adota, ele deve explicar por quais razões entendeu desnecessário levar em consideração essas provas ao formular seu juízo. As razões pelas quais não é levada em consideração a prova contrária, são, de fato, uma confirmação indispensável da validade da solução diversa que é adotada e da credibilidade das provas que a sustentam. Por outro lado, o juiz deve evitar cair no *confirmation bias*, ou seja, no erro típico daquele que devendo justificar uma determinada escolha, seleciona todos os fatores, que confirmam a sua correção mas sistematicamente não leva em

consideração os fatores contrários, introduzindo, assim, uma distorção substancial no seu próprio raciocínio [...]”

Essa estratégia, por sua vez, não fundamenta a decisão, mas sim acarreta em um julgamento nulo sob o prisma constitucional.

4.1.1 Fato vs. Norma: não há case no Brasil

A tradição jurídica do Brasil, em grande medida, separa direito e realidade social e histórica. Não se tem por costume, no ensino jurídico pátrio, uma preocupação com os fatos, mas sim com a norma. Ao intérprete do direito cabe a análise da norma e não dos fatos para os quais as normas são destinadas, de modo que o objeto de investigação jurídica é o produto da função legislativa.

Ademais, a prevalência das normas sobre os fatos também é notada quando se observam as regras que dispõem sobre a reapreciação de fatos alegados e provados, restringindo os julgamentos às questões de direito, principalmente nos recursos dirigidos ao STJ e STF em que estão em discussão a vigência de lei federal e a Constituição respectivamente.

Pode-se afirmar que a consequência crucial desse modelo é considerar a decisão proferida pelos órgãos colegiados superiores como a mais importante, muito embora os fatos que embasaram a aplicação da norma tenham sido apreciados lá no juiz singular, que tomou contato direto com o caso, com as provas, etc.

Dito de outra maneira: o juiz singular identifica a norma a ser aplicada ao caso concreto em razão da apreciação imediata do fato (*case*) e julga o pedido; entretanto, caso uma das partes saia insatisfeita do julgamento, interpõe recurso (especial ou extraordinário) para fins de reclamar a vigência da norma (ignoram-se os fatos) e os tribunais superiores determinam seu entendimento com base na análise da norma e não dos fatos (que estão impedidos de reapreciação) e este julgado passa a ser um precedente, já que servirá de fundamento para a decisão de casos análogos futuros.

A partir daí o que ocorre muitas vezes é o emprego do precedente em julgados futuros que têm fatos não necessariamente semelhantes àquele que deu origem ao enunciado com força persuasiva ou vinculativa.

Saindo da esfera teórica, partindo para a prática observe os exemplos a seguir que demonstram claramente o equívoco na aplicação de precedentes judiciais, sem se atentar para o risco de se proferir uma decisão totalmente descontextualizada:

Assim expõe Lenio Luiz (2006, p. 170):

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

A noção de que casos semelhantes devem ter tratamentos semelhantes fez com que o julgador reduzisse todo o arcabouço fático apenas ao enunciado contido na ementa. Identificou apenas um conectivo entre o caso pretérito e o presente (furto de cem reais).

Do mesmo modo, observe-se a situação a seguir:

Um contribuinte alega que a lei estadual que estabelece alíquotas progressivas do ITCD é inconstitucional e o juiz lhe dá razão, declarando que a única alíquota aplicável é a menor de todas as previstas na lei. Para fundamentar sua decisão, o juiz se apoia em uma decisão monocrática do Ministro Sepúlveda Pertence, do STF (Agravo de Instrumento 581154/PE), perfeitamente de acordo com a situação presente. Todavia, o juiz deixa de mencionar que outro ministro, Eros Roberto Grau (Recurso Extraordinário 411943/RS) também se manifestou a esse respeito e seu entendimento é exatamente o oposto, ou seja, declarou que a progressividade das alíquotas do ITCD não fere a Constituição Federal, de forma que se trata de uma questão ainda não consolidada pela

Corte, pelo que não há que se falar em preferência da instância inferior por um dos precedentes isolados da Corte (como fundamentação única de sua posição), relegando-se aquele que afirma seu contrário.

Em análise dos julgados:

STF: Agravo de Instrumento 581154/PE: CONSTITUCIONAL e TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO (ICD). NATUREZA. COBRANÇA. PROGRESSIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. DECISÃO INDISCREPANTE.

STF: Recurso Extraordinário 411943/RS: DECISÃO: Discute-se no presente recurso extraordinário a constitucionalidade da progressividade da alíquota do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação - ICD. 2. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul afirmou ser constitucional a legislação estadual que fixa alíquotas progressivas para o aludido tributo. 3. O recorrente alega violação do disposto nos artigos 145, § 1º, e 52, da Constituição do Brasil. 4. O Ministro Carlos Velloso, no julgamento do RE n. 234.105, Pleno, DJ de 31.3.00, ressaltou que "enquanto na transmissão causa mortis, ou no imposto sucessorial, realiza-se o princípio da capacidade contributiva mediante alíquotas progressivas, na transmissão inter vivos aquele princípio realiza-se proporcionalmente ao preço da venda" [RE n. 234.105, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 31.3.00]. 5. Nesse recurso extraordinário, o Ministro Marco Aurélio consignou: "Leio o preceito para minha reflexão, para minha tranquilidade maior quanto à conclusão a que vou chegar acerca do tema: 'Art. 145 (...) § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte'. A meu ver não temos, no teor do dispositivo, qualquer distinção, qualquer limitação quanto ao alcance do que nele se contém. O alvo do preceito é único, a estabelecer uma graduação que leve à justiça tributária, ou seja, onerando aqueles com maior capacidade para o pagamento do imposto". 6. No que respeita à violação ao disposto no artigo 52 da CB/88, dada a ausência de preceitos normativos de caráter geral --- editados pela União --- os Estados-membros possuem competência legislativa plena para disciplinar o ICD [artigo 24, § 3º, da CB/88]. 7. O artigo 34 do ADCT prevê que "[p]romulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto". 8. Ademais, o acórdão recorrido firmou que o Estado-membro observou a alíquota máxima fixada pelo Senado Federal [artigo 155, § 1º, IV, da CB/88]. Nego provimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 15 de maio de 2006. Ministro Eros Grau - Relator - (RE 411943, Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 15/05/2006, publicado em DJ 31/05/2006 PP-00072).

Aqui se identifica a chamada *confirmation bias*, já mencionada, conforme entendimento de Michele Taruffo. Não há posicionamento consolidado do tribunal sobre a questão e se toma apenas um entendimento isolado para fundamentar a decisão, ignorando aquela em sentido contrário.

No mesmo sentido, o uso indevido de precedente criminal:

Tribunal do júri, réu acusado de homicídio consumado, alega ter sido agredido com socos e pontapés pela vítima, muito maior e mais forte que ele, não havendo alternativas para cessar a agressão, senão puxando uma faca que portava, atingindo seu abdômen, o que causou sua morte. Para embasar o pedido de condenação, o promotor toma um verbete de um código penal comentado que diz: *TJSP: Não se configura a legítima defesa se a agressão do ofendido foi a mãos limpas, não correndo risco a vida do réu, de molde a justificar sua violenta reação, aquele eliminado com uma faca (RT 548/308)*.

Neste caso, mais uma vez, sem a devida contextualização, o enunciado acabou por tolher o direito de legítima defesa do indivíduo, caso a injusta agressão seja cometida por um agressor com “mãos limpas”, já que ignorou o fato de o réu, indivíduo que sofreu primeiro a injusta agressão, ser bem menor e mais fraco que a vítima do homicídio.

As circunstâncias do fato para o qual o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu essa acusação, a pequena frase, retirada do seu contexto original, torna-se um conceito primordial apto a revogar o direito de alguém se defender com uma faca contra um agressor desarmado, em qualquer circunstância, tornando-se irrelevante apreciar as especificidades do caso concreto.

Na esfera cível, o equívoco também pode ocorrer:

Um juiz sempre foi adepto da possibilidade da prisão civil do depositário infiel que tenha recebido o bem em alienação fiduciária. Ainda que houvesse reiteradas decisões do STJ sustentando sua impossibilidade no ordenamento jurídico brasileiro (*e.g.* REsp 7943/RS e REsp 2320/RS):

STJ: Recurso Especial 7943/RS: ALINEAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BENS NÃO ADQUIRIDOS COM O PRODUTO DO FINANCIAMENTO. A lei admite a possibilidade de serem fiduciariamente alienados bens já antes pertencentes ao devedor, e portanto, não adquiridos com o produto do financiamento. Exclusão, todavia, da cominação de prisão civil, não essencial à natureza mesma de ação de depósito e excluída do permissivo do art. 5º, LXVII, da Constituição federal que pertine não somente aos depósitos clássicos, previstos no Código Civil, sem possíveis ampliações que ponham em risco a liberdade dos devedores em geral. Recurso especial conhecido e provido em parte, com exclusão da cominação de prisão civil.

STJ: Recurso Especial 2320/RS: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Financiamento para obtenção de capital de giro, com emissão de cédula de crédito industrial. Bens infungíveis, instrumentos de trabalho da empresa, possibilidade de sua alienação em garantia, mesmo já anteriormente integrados ao patrimônio do devedor. Não cabe estabelecer distinção onde a lei não distingue a natureza do pacto não a impõe. Prisão civil. Sua impossibilidade nos casos de depósitos atípicos, instituídos por “equiparação” para reforço às garantias em favor de credores. Prevalência da norma constitucional, tutelar do direito maior à liberdade, e imune a leis ordinárias ampliativas do conceito de depositário infiel. Recurso especial conhecido e provido, com a ressalva da possibilidade de prisão civil.

O mesmo juiz reiteradamente fundava suas decisões no entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, no sentido da possibilidade da segregação (*e.g.* HC 81319/SP e RE 206482/GO):

STF: HC 81319/SP: "HABEAS CORPUS" - IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO, QUE, PROFERIDA POR MINISTRO-RELATOR, NÃO FOI SUBMETIDA À APRECIAÇÃO DE ÓRGÃO COLEGIADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADMISSIBILIDADE - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA

RICA (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS) - CONCESSÃO DE "HABEAS CORPUS" DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR QUE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, AFASTADA A PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DO DECRETO-LEI Nº 911/69, ANALISE AS DEMAIS ALEGAÇÕES DE DEFESA SUSCITADAS PELO PACIENTE. LEGITIMIDADE. CONSTITUCIONAL DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE.

STF: HC 206482/GO: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA SUSCITADA SOMENTE NESTA VIA MANDAMENTAL. IMPOSSIBILIDADE, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

O julgador era constantemente confrontado com argumentos de caráter constitucional contra as prisões que decretava, como os de que os tratados constitucionais assinados e ratificados pelo Brasil haviam restringido o alcance da prisão civil à do devedor de alimentos (Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil em 1992; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das nações Unidas, ao qual o Brasil aderiu em 1990 (Decreto nº 592/92); Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana, firmada ainda em 1948, em Bogotá, Colômbia) e que tais normas tinham o mesmo *status* de norma constitucional e aplicação imediata (art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal):

Pacto de São José da Costa Rica:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

[...]

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das nações Unidas:

Art. 11. Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana:

Artigo XXV. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes.

Ninguém pode ser preso por deixar de cumprir obrigações de natureza claramente civil.

Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º 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.

Entretanto, continuava firme no seu propósito: se a maioria do STF decidia que a legislação ordinária que previa a prisão civil do depositário infiel não era inconstitucional, era porque estavam certos. Até que em 03/12/2008, o plenário do STF concluiu o julgamento dos Recursos Extraordinários 349703/RS e 466343/SP, alterando sua jurisprudência e finalmente ampliando a garantia da proibição da prisão civil por dívida a depositários infieis, o referido juiz também passou a indeferir os pedidos de prisão feitos pelos bancos. Tudo baseado na simples menção aos novos julgados do STF:

STF: Recurso Extraordinário 349703/RS: PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas

internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N° 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

STF: Recurso Extraordinário 466343/SP: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Desta maneira, a prática judiciária brasileira de alguma forma se aproxima de daquela da *common law*, tradição jurídica baseada na produção judicial. Consoante se buscou explicar com os *cases* acima, a invocação de precedentes, no Brasil, tem cumprido uma lógica aleatória e estranha a qualquer sistema de *case law* conhecido, especialmente o inglês e estadunidense, o que resulta em um improviso entre duas tradições distintas.

A cada situação descrita alhures, existe um componente simbólico relevante, e aponta para um dos principais problemas que se enfrenta com esse estado de coisas.

Observe que a rejeição da denúncia pelo delito de furto qualificado tentado simboliza o risco do mascaramento do caso presente na ementa vaga do caso precedente. Já o uso do enunciado do Tribunal do Júri representa a tentativa de se tornar objetivos conceitos totalmente subjetivos a fim que haja a maior abrangência de casos possíveis. No caso da decisão sobre a progressividade do tributo demonstra a validação da arbitrariedade judicial no uso da *confirmation bias*. Por último, a modificação do entendimento do juiz de primeira instância a partir das variações da jurisprudência do Supremo sobre a prisão civil revela a subordinação aos tribunais superiores, eximindo o julgador *a quo* de fazer a análise do caso concreto em virtude do discurso de fundamentação pronto e acabado das Cortes superiores.

Neste descortino, encontra-se a aplicação da hermenêutica jurídica. Diferentemente de se propor aos juristas que ignorem o que é dito pelos tribunais, é preciso que se tenha cuidado na aplicação dos precedentes. Estes podem ser extremamente úteis para a compreensão do fenômeno do direito, já que representam textos jurídicos datados e contextualizados.

Direito não é ciência exata. Não é possível separar, de forma simétrica, o caso concreto e o direito, ou seja, o fato e a norma. Por outro lado, em razão da má interpretação da teoria dos precedentes no Brasil, ao se tentar fazer isso, tem-se como resultado a criação de conceitos universais que ignoram a realidade específica dos fatos postos em discussão, impondo uma solução única para casos que apesar de algum traço de semelhança, detém características peculiares que exigiriam um tratamento individualizado em seu julgamento.

Nesse sentido (RAMIRES, 2010, p. 47):

“[...] a pretensa separação cirúrgica entre o fato e o direito, como esquecimento ou encobrimento da realidade, quando se insiste em trabalhar apenas com os institutos ou *standarts* jurídicos como se fossem categorias abstratas da matemática. Por isso, outra grande consequência da má compreensão da teoria dos precedentes no Brasil é a reprimirização involuntária e inconsistente da jurisprudência dos conceitos, escola de positivismo normativista fundada por Georg Friedrich Putcha nos anos 1830, que preconizava que a atividade judicial criasse conceitos gerais através do obscurecimento dos dados singulares de cada problema concreto até chegar, por abstração, a um conceito universal e apto a compreender todas as situações individuais que lhes deram origem [...]”

A esse fenômeno Maurício Ramires chamou de *jurisprudência dos conceitos à brasileira*, em referência à teoria de Putcha, que nos moldes da matemática, procurava trazer para o direito, a certeza e abstração daquela ciência, a fim de que a lógica empregada na estrutura de conceitos que se originam de outros a eles superiores, possibilasse uma aplicação ideal do direito.

4.1.2 Ementas: verdades absolutas

Diante dos casos expostos anteriormente, pergunta-se: o que são as ementas dos julgados e os verbetes jurisprudenciais senão o descarte dos fatos frente a norma? Ao se deparar com um destes enunciados, que vale ressaltar não costumam passar de três linhas, está-se diante de um resumo de rasíssimo aprofundamento, para não dizer nulo, que pretende solver casos específicos, a partir de assertivas universais. Não se tratam de situações isoladas na prática jurídica. Está-se falando de obras campeãs de vendas nas livrarias especializadas. Códigos comentados são coletâneas de verbetes e ementas jurisprudenciais que sintetizam a *ratio decidendi* a poucas palavras e reduzem os casos concretos a decisões com pretensões gerais.

Mais uma vez é importante salientar que a crítica não se dirige à publicação de códigos comentados, ou na confecção de ementas. Essas são ferramentas importantes para a pesquisa e referência do operador do direito seja na elaboração de petições, pareceres ou na prolação de sentenças.

A crítica está, sobretudo, na alocação desses enunciados como sendo verdades absolutas, de caráter vinculante e que se prestam à necessária aplicação para casos futuros semelhantes.

É o que RAMIRES (2010, p. 49) chama a atenção, apontando que *a ementa de julgado deve ser vista como não mais que um instrumento para proporcionar a catalogação da decisão nos repertórios jurisprudenciais, facilitando o acesso à informação nela contida*. Os livros de doutrina e os códigos comentados estão repletos de verbetes e ementas jurisprudenciais eivados de conceitos. A questão se agrava quando estas publicações se destinam à validade universal, recebendo completo aval da comunidade jurídica.

O destaque para o caráter de ferramenta de pesquisa exercido pela ementa é dado por José Augusto Chaves Guimarães (2001, p. 61) que sustenta que a ementa é exterior ao conteúdo do caso em apreço, já que serve para tirar as notas gerais da decisão servindo de catálogo para buscas futuras:

A função precípua da ementa reside em servir de apoio à pesquisa, ou, melhor dizendo, atuar como produto documentário facilitador do processo de recuperação da informação. A ementa deve ser inteligível por si só, sem depender do cabeçalho ou do acórdão, mormente pelo fato de que, dado o prestígio que a ementa jurisprudencial goza no meio jurídico, será ela, via de regra, transcrita em peças processuais e pareceres para representar um determinado acórdão, seguida de referência bibliográfica do mesmo. [...] por serem questões única e exclusivamente relativas àquele acórdão, interessando apenas às partes, ao passo que o cabeçalho da ementa visa a atender, como já exposto, a um interesse de pesquisa, em que se procuram entendimentos, teses jurídicas, raciocínios, que possam ser aplicados como elementos de argumentação em outros documentos da área.

O fato é que muitas ementas são preparadas justamente para formar uma resposta geral a todos os casos futuros com algum conectivo de semelhança e não para servir de ferramenta de pesquisa, tudo com vistas a padronizar as decisões, evitar recursos desnecessários, reduzir o número de demandas e todas as demais vantagens já expostas no capítulo anterior.

Todavia, subestima-se o intérprete que pretende, com uma só resposta, solver todo e qualquer caso que com ele se assemelhe. É querer reduzir uma infinidade de peculiaridades de um caso a uma frase que deve se amoldar a todas as situações. O perigo dessas decisões padronizadas por ementas jurisprudenciais e verbetes é justamente a má aplicação do direito e o cometimento de injustiças.

Voltando ao exemplo dado pela situação 3, acima, que aborda a legítima defesa, RAMIRES (2010, p. 50) trata da questão quando questiona a universalidade de casos tão diversos aplicados a um mesmo instituto:

O tratamento dado à legítima defesa, aliás, é especialmente pródigo de casos assim. O mesmo Código Penal comentado por Mirabete traz a seguinte lição: “TJSP: ‘não age em legítima defesa o provocador da cena delituosa’ (RT 528/339)”. Quem poderá saber qual foi a provocação da cena delituosa que levou o Tribunal a afastar a excludente de ilicitude para este réu, em fato do qual nada se conhece? E a coisa se complica realmente, quando na mesma página o autor cita o seguinte verbete:

“TAMG: ‘Age em legítima defesa o provocador que reage diante de uma agressão iminente do provocado’ (RT 492/392). É notável como um conceito assim construído facilmente encontra seu contrário”.

Na casuística adaptada da *common law* para o Brasil, o que se observa é uma tentativa de se criar um verdadeiro tutorial de aplicação de precedentes. Para isso, os atores envolvidos nos casos em concreto desaparecem para dar lugar a conceitos genéricos. As características personificadas dos sujeitos descritos na tradição anglo-saxã cedem espaço para a subjetividade dos adjetivos a eles fornecidos.

Observe que na demonstração dada pelo jurista alhures, ao invés de descrever uma disputa entre sujeitos específicos, como é tão comum no direito estadunidense, *v.g.*, *Madison vs Marbury*, *John vs Kate*, etc., o que se vê é a generalidade do sujeito como “provocador e provocado”, a fim de que o *decisum* não só seja aplicado ao presente caso, mas também a casos que envolvam futuramente Tício, Caio, Mévio e qualquer outra pessoa que se ajuste àquela situação.

A ideia é exatamente essa: transcender a ação do sujeito específico para a todas as situações futuras que guardem alguma similitude com a situação original. Quando se diz alguma similitude, quer dizer que se deve abstrair todo e qualquer caráter particular do caso, deixando apenas a sua essência, a fim de que seja apto a amoldar-se a casos futuros.

RAMIRES (2010, p. 51) indica, ainda, um outro exemplo esdrúxulo de ementa jurisprudencial que evidencia uma verdadeira criação legislativa pelo poder judiciário quando, num julgamento de lesão corporal, inova-se no ordenamento, ao apontar uma causa excludente de ilicitude não trazida pelo legislador no Código Penal.

Um exemplo extremo a que se chega ao tentar objetivar as hipóteses da vida, no seguinte enunciado jurisprudencial, mais uma vez extraído da obra de Mirabete: TACRSP: quem surpreende a própria esposa, no recesso de seu lar, nos braços de outro homem e simplesmente o agride, age com prudência e moderação, sendo justo que se reconheça a seu favor a justificativa da legítima defesa da honra (RT 403/300). Note-se, primeiro, que este verbete não trata de qualquer dos requisitos do art. 25 do Código Penal (existência de agressão injusta a direito, a atualidade ou a iminência dessa agressão, a moderação e a necessidade dos meios usados para repeli-la): apenas apresenta uma hipótese vaga (“surpreende a esposa”, “agride”) e declara que “é justo” que se reconheça a excludente de ilicitude. Poderá alguém alegar que basta para absolver um réu uma mera

invocação desse verbete, sem o enfrentamento dos requisitos que a lei estabelece para tanto?

Se considerar-se a hipótese do exemplo acima, como sendo precedente judicial de caráter vinculativo (como têm sido reconhecidos os precedentes no Brasil), pouco importa se a norma não trouxe esta hipótese excludente na legislação, basta que o tribunal assim o reconheça e pronto: está criada a legítima defesa da honra, porque assim entenderam os membros daquele colegiado, garantiu-se o direito de agressão contra quem não tenha lhe agredido injustamente; não interessa também quem sejam os sujeitos do caso, se o homem nos braços de quem a mulher é surpreendida é na verdade o seu pai, irmão, filho ou qualquer que o valha, não importa, está criado o direito de agredir o referido homem; não importam as circunstâncias em que se deram os fatos, se a mulher teve um mal súbito e foi socorrida, se tropeçou e caiu no sujeito que lá estava prestando um serviço, não importa, nasce o direito de agredi-lo simplesmente em razão da imaginação fértil do agressor.

O exemplo é absurdo, mas bastante ilustrativo! Situações menos óbvias ocorrem diuturnamente e, *mutatis mutandis*, servem para expor a fragilidade da aplicação da teoria dos precedentes que vem ganhando proporções inimagináveis e causando consequências igualmente insensatas, quando se proferem decisões com base em situações anteriores que de fato em nada se equivalem a situações em apreço.

Se no direito penal causa espanto esse tipo de enunciado jurisprudencial, no direito civil também não é diferente. Um outro grande temor, muito embora se queira confiar na imparcialidade (imposta pela Constituição) do poder judiciário, é quando as decisões por ele tomadas distanciam-se da equidade para pesar para um dos lados da contenda, especialmente quando esse lado é o economicamente mais favorecido. Trata-se de uma manobra perigosíssima, principalmente com o risco do acatamento do precedente sem qualquer critério, como se tem observado atualmente.

Analise o exemplo de julgado trazido por RAMIRES (2010, p. 53) para ilustrar um julgado manifestamente ilegal e tendencioso que favorece nada mais, nada menos do que as instituições bancárias. O conceito de hipossuficiência por certo restou ignorado pelo Tribunal quando da prolação do acórdão. Apesar de ser inegável a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, o tribunal entendeu por bem que o instituto deva ser relativizado quando se tratar de bancos, ou seja, considerou como dever do

consumidor produzir as provas quando se tratar de relação de consumo que envolva instituições bancárias, dando interpretação completamente oposta ao que diz a lei.

O Código de Processo Civil anotado por Theotônio Negrão, no bojo dos comentários ao art. 333, traz o seguinte trecho de uma decisão do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (RAMIRES, 2010, p. 53): Admite-se a aplicabilidade do CDC às relações bancárias; no entanto, a regra do art. 6º, VIII, relativa à inversão do ônus da prova, não há de ser considerada aplicável *a priori*, ou utilizada sem análise individual e pormenorizada da *quaestio* (TJAERGS 100/381). Não se vai sequer dedicar muito espaço ao fato de que o verbete acima não vai além do óbvio, no que se refere à aplicabilidade do CDC às relações bancárias que está expressa no art. 3º, §2º, do próprio código (e, portanto, dispensaria que alguém a citasse como contribuição jurisprudencial). O mais importante é a orientação do tribunal no sentido de que a regra da inversão do ônus da prova não é aplicável *a priori*, nem dispensa a análise individual da questão. Ora, é claro que não! Como é que uma regra vai ter aplicação que se antecipa ao caso? Qual é a regra que pode ser aplicada sem que o juiz analise a questão que lhe é trazida a exame?

Não se trata, infelizmente, de um caso isolado de um julgado, trata-se da interpretação dada ao dispositivo de lei federal que preconiza o princípio da hipossuficiência do consumidor, publicado em um dos códigos comentados mais vendidos do país. A tendenciosa e ilegal interpretação que é dada se propaga cada vez que é preciso pesquisar o referido artigo para fundamentar uma peça processual.

4.1.3 Precedente: uma escolha difícil

Em que pese toda a dificuldade que enfrenta o sistema judiciário pátrio, com a hipertrofia, carência de recursos, de pessoal e de infraestrutura, não se pode admitir que a pretexto de se enxugar o volume de processos ou mesmo reduzir demandas ou recursos, se aceitem decisões *contra legem* apenas para se cumprir metas de julgamentos. Encaixar situações presentes a casos pretéritos não é tarefa a ser feita de qualquer forma. Existe um labor mental para se identificar o precedente.

O ideal seria que esse labor fosse feito com mais acuidade para se evitar tamanhos absurdos. Se houver maior trato na escolha do precedente, talvez maior tempo seja tomado na tomada da primeira decisão, mas num segundo momento, casos realmente semelhantes poderão ter solução mais rápida e fácil.

No entender de RAMIRES (2011, p. 93):

O fundamento de toda uma teoria dos precedentes é o de que o direito rejeita os casuismos, e tende à integração e coerência. Ainda que um julgador histórico tenha pretendido decidir fora da história, produzindo uma decisão com ambição expressa de absoluta individualidade e unicidade, que não tenha história, que não faça época e que fique no presente, sem atravessar o futuro, sua tarefa será frustrada, porque ele está desde já sempre jogado no mundo.

Precedentes não podem ter sentidos prontos, de enunciados prontos, formando *decisões prontas*, como afirma STRECK (2009). Os precedentes têm ganhado muita importância e sua má aplicação ao invés de auxiliar, podem atrapalhar o sistema jurídico já em crise.

É preciso repensar esse sistema no qual os operadores se acostumaram com os sentidos acabados, que atuam como estruturas para adequação dos fatos, o que STRECK chama de “significantes primordiais-fundantes” (STRECK, 2009):

Insista-se: quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípio e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da “comunidade jurídica” como enunciados assertóricos ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc.; ele deve decidir por princípios). É preciso compreender que essa “blindagem” contra discricionarismos é uma defesa candente da democracia, uma vez que Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – que não tem sentido, em um Estado Democrático, que os juízes tenham discricionariedade para decidir os “casos difíceis”.

Contudo, é incontestável que o atual modelo jurídico brasileiro é incapaz de se afastar dos conceitos abstratos. Desta maneira, os precedentes judiciais têm representado um duplo papel: ora como discursos de fundamentação prévios (quando empregados com caráter meramente persuasivo) ora como juízos de ponderação prontos e acabados para resolver futuros casos difíceis (quando empregados com caráter vinculativo, ainda que não seja essa sua função).

4.2 Precedentes e Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988, trouxe, em seu art. 5º, inciso II, a máxima do sistema jurídico de tradição romano-germânica, baseado na *civil law*, na medida em que desenhou o modelo legicêntrico do ordenamento brasileiro, ao assegurar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Como bem esclarece RAMIREZ (2010, p. 61) ao conceituar a expressão:

Parece claro, mas não custa deixar expresso, que quando se fala em legicentrismo, aqui, não se está a tratar do pretenso “império da lei”, pré-constitucionalista, do positivismo. A expressão está no sentido de vinculação do direito inserido na tradição da *civil law* à produção legislativa (inclusive, e primordialmente, à Constituição), em oposição à doutrina de produção judicial, típica do modelo da *common law*.

Não obstante, o instituto da súmula vinculante, ao contrário do que possa parecer, vem confirmar a regra do legicentrismo no Brasil, tendo em vista seu caráter excepcional de aplicação. Em outras palavras, a súmula vinculante, prevista pelo art. 103-A da CF (introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/04), pode ser considerada uma exceção ao art. 5º, II, haja vista a restrição da sua aplicabilidade.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Portanto, a regra é a norma posta pela lei, elaborada pelo Poder Legislativo, enquanto que a exceção é a norma criada pelo Poder Judiciário, por meio de decisões reiteradas em matéria constitucional que originaram uma súmula vinculante.

4.3 Precedentes e súmulas

Conforme já exaustivamente dito neste trabalho, não se pode ter os precedentes judiciais como enunciados abstratos e genéricos e, no caso do Brasil, tampouco como vinculantes. Repita-se: precedentes judiciais são decisões baseadas em um caso concreto e que servirão de diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

Em contrapartida, a súmula, é exatamente o contrário, uma declaração judicial que aspira a abstração e a generalidade (e, em alguns casos, pode ser vinculante).

À vista disso, a despeito de se creditar uma aproximação da *civil law* com a *common law* em face do emprego de súmulas no ordenamento brasileiro, a verdade é que não é esse o caso.

A aproximação existe sim, mas de forma conturbada, porquanto na *common law*, a criação da norma pelo Judiciário se dá na forma de precedentes judiciais, decisões concretas e específicas dirigidas a um caso e com probabilidade de aplicação em casos futuros e semelhantes.

Já no Brasil, a criação da norma pelo Judiciário tem se avolumado com a edição de súmulas, que são decisões judiciais de caráter geral e abstrato, o que na *common law* é vedado. Juiz, naquela tradição jurídica, não pode lançar regras gerais e abstratas, sendo essa uma função exclusiva do Poder Legislativo. Na *common law*, juiz julga casos concretos. No dizer de RAMIRES (2010, p. 62), *as súmulas são uma invenção luso-brasileira*.

Ao abordar o tema, Roberto Luchi Demo citado por TEIXEIRA (1998, p. 152) defende a súmula vinculante, argumentando que:

“[...] se no passado havia razões, como de segurança jurídica e isonomia, para fundamentar a edição de assentos, hoje se pode acrescer a celeridade processual para a edição de súmulas, constituindo uma plataforma procedural que catalisa o ritmo do processo de nossa vida e torna nossas expectativas mais urgentes. Não está na filosofia da súmula, portanto, ser uma superestrutura de dominação intelectual. Nessa toada, a aprovação das súmulas empresa que Maurício José Correa se comprometeu a lançar assim que assumisse a presidência do Supremo Tribunal Federal [foi presidente entre 2003-2004] e lançou efetivamente, foi um êxito verdadeiro para o Supremo Tribunal Federal mesmo. [...]”

Ainda que manifesta a natureza constitucional do legicentrismo do Brasil é corriqueiro deparar-se com julgados que nem mesmo fazem menção a algum dispositivo legal ou da Carta Magna, prendendo seus argumentos apenas e somente a ementas e verbetes jurisprudenciais, conforme já explicitado outrora. Cuida-se do que Lênio Streck denomina de *perigoso ecletismo* do ordenamento pátrio. A grande questão é que precedentes não são obrigatórios no Brasil, mas algumas súmulas são.

A principal oposição que parte da doutrina faz com relação às súmulas com efeito vinculante se dá em razão de atribuir função típica do Legislativo ao Judiciário, contrariando o princípio da separação dos poderes. Ademais, o instituto é por vezes desaprovado por ser autoritário; por agir contra o princípio da independência jurídica do julgador; por restringir a origem do direito à jurisprudência; por centralizar poder órgãos colegiados superiores e por reduzir o princípio constitucional do direito de ação.

Conforme explica Odelmir Bilhalva Teixeira (2008, p. 167), nem mesmo o órgão representativo dos juízes deixou de manifestar sua insatisfação frente às súmulas vinculantes, que conferem poder de decisão tão-somente à cúpula do Poder Judiciário brasileiro, de modo a engessar a Justiça e produzir injustiças, já que os juízes de primeira instância são quem tem contato direto com a realidade das pessoas:

A Associação dos Magistrados Brasileiros posicionou-se francamente contrária à súmula vinculante, por concentrar o poder das decisões jurídicas nas mãos dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal, que, segundo seu entendimento, não conhecem as várias realidades do país. Além disso, concebe que a súmula termina por afastar pessoas do Judiciário.

Apesar de reconhecer nas súmulas vinculantes algumas inovações dignas de aplauso, parte da doutrina e aí incluem membros do próprio Judiciário, criticam sua aplicação por provocar uma verticalização do poder, ou seja, concentra-se na figura da Corte Suprema o entendimento que deve ser aplicado, havendo retirada de poder da base da pirâmide judiciária. A grande questão, salientam os julgadores, é que é nesta posição em que estão situados os juízes, atores que estão mais perto da realidade social e mais afastados do comando político do Estado. Desta maneira, o dissabor da categoria se dá em razão do desprestígio dos julgados de primeira instância.

A justificativa para a concentração de poder na cúpula do judiciário brasileiro, conforme visto no capítulo anterior, ocorre em virtude de que os tribunais superiores

acumulam uma quantidade infinidável de processos, muitas vezes fundada em causas idênticas, com recursos sobre entendimentos já firmados pelos tribunais.

Outra importante crítica que merece ser mencionada é o fato de já haver dispositivo legal que obsta a interposição de recursos desnecessários, como por exemplo, a Lei nº 11.276, de 07/02/2006, na qual foi adotada a súmula impeditiva de recurso e, desde esta data, os tribunais podem, de ofício ou por provocação, em havendo dois terços de seus membros e reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que terá efeito de impedimento à interposição de quaisquer recursos contra decisão que houver aplicado.

Há ainda a cláusula de repercussão geral, trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e pela Lei nº 11.418/2006 como um tipo de filtro das matérias que chegam ao Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários, em que o STF está autorizado a só conhecer de recursos que apresentem questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (§1º art. 543-A do CPC).

Ademais, entende-se que a súmula vinculante implica em grave perda de expressão política ao Poder Legislativo, já que entrega ao Poder Judiciário parcela de função constitucional de editar normas de caráter geral e abstrato.

4.4 Coerência e integridade na aplicação do precedente

Ao contrário do que se possa supor, a integridade não facilita, mas sim torna mais difícil a vida do julgador. Desta forma, quando se afirma que o juiz tem obrigação de respeitar a integridade e a coerência do direito, não denota que ele está obrigado a reproduzir a jurisprudência, ementas e trechos de julgamentos anteriores.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que o respeito à integridade do direito proíbe que o julgador profira uma decisão sem fundamento, baseando-se apenas em julgados anteriores para solver a questão.

O julgador é antes de tudo um intérprete, e para tanto a busca por precedentes deve possibilitar ao juiz uma visão geral do que se tem entendido da questão posta em julgamento até aquele momento. É preciso que o julgador não se contente com o que

decidiram juízes anteriores, até porque o que eles decidiram não é lei e nem tem caráter vinculante.

Se por um lado a decisão judicial deve ser coerente com o conjunto da prática jurídica, por outro lado, não se pode deixar de levar em consideração as particularidades de casos específicos que necessitam de respostas individualizadas. Desta maneira, a integração do direito não pode ser confundida com apatia ante às decisões já estabelecidas, ou com ignorância às exigências distintivas dos casos concretos.

Diferentemente dos países em que se adota a doutrina do *stare decisis*, em que o número de casos reapreciados pelos tribunais é limitado, no Brasil, verifica-se uma grande possibilidade de recursos, examinados por uma também grande quantidade de órgãos colegiados. Assim, não é difícil se identificar inúmeras divergências no entendimento jurisprudencial, não raro dentro de um mesmo tribunal.

Tal fato se dá quando ocorrem as chamadas questões polêmicas ou controvertidas. Diante desse cenário, incorre em erro o julgador que escolhe uma dessas correntes e a utiliza como fundamento de sua decisão.

Conforme mencionado alhures, esta decisão é nula sob o ponto de vista constitucional, a uma pois questão não pacificada não pode ter eficácia vinculante e a duas, porque consoante exaustivamente dito nesta pesquisa, fundamentar uma decisão não significa explicá-la, mas sim expor as razões pelas quais adotou um posicionamento e deixou de aplicar outros. Para se buscar um padrão de coerência e integridade na prática do direito, havendo entendimentos divergentes na jurisprudência, é necessário que todas as tendências jurisprudenciais alicerçem a decisão.

Desta maneira, vale salientar que em havendo precedentes antagônicos é inimaginável a discricionariedade do intérprete na realização de suas escolhas. A questão posta possui uma resposta correta, cabe ao intérprete descobri-la.

4.5 Interpretação e aplicação dos precedentes: resposta correta

Para se descobrir a resposta correta, o caminho, no dizer de STRECK (2009, p. 365), é a hermenêutica filosófica, *pois é possível alcançar aquilo que pode ser denominado de “a resposta hermenêutica adequada à Constituição”*, senão, veja-se:

Em Dworkin, a garantia contra a arbitrariedade está no acesso a uma moralidade institucional; em Gadamer, essa blindagem se dá através da consciência da história efeitual, representada pela suspensão de todo o juízo e o questionamento dos próprios pré-juízos por parte do outro e pelo texto. Em Dworkin, há uma única resposta correta; na hermenêutica, a partir de seus dois teoremas fundamentais (círculo hermenêutico e diferença ontológica) e na leitura que faço de Gadamer, há uma resposta verdadeira, correta; nem a única nem um entre várias corretas; apenas “a” resposta, que se dá na coisa mesma.

Ao se constatar que no mundo contemporâneo existem tantas divergências sobre os mais variados assuntos, causa estranheza cogitar que haja apenas uma única resposta correta em cada controvérsia.

Todavia, não é prudente defender a ideia ingênua e simplista de que as respostas corretas estejam prontas e disponíveis, ao contrário, a resposta correta está relacionada ao esforço de descobrir os direitos relativos às partes envolvidas na contenda, fazendo perguntas ao caso concreto e ao direito, respondendo-as da melhor maneira possível.

O pensamento de GADAMER (1997, p. 473) destaca a importância da pergunta sobre a resposta. Aduz que a primazia é o fundamento do saber, já que todo saber passa por perguntas, alegando que perguntar é mais difícil que responder:

É essencial que toda pergunta tenha um sentido. Sentido quer dizer ponto de orientação: o sentido da pergunta é a única direção que a resposta pode adotar se quiser ter sentido (significado) pertinente.

Não é demais afirmar que as perguntas determinam as respostas. Mas o que se entende por perguntar? Por certo não é apenas pesquisar num conjunto de julgados à procura apenas de respostas convenientes. Trata-se do já mencionado *confirmation bias* em que o operador do direito (juiz, promotor, advogado, etc.) já tem uma convicção a respeito de determinada questão e apenas busca confirmação de seu pensamento em julgados anteriores.

Esclarece GADAMER (1997, p. 597) que a verdadeira pergunta sempre tem uma abertura:

Perguntar significa colocar no aberto. A abertura daquilo sobre o que se pergunta consiste no fato de não possuir uma resposta fixa. Aquilo que se interroga deve permanecer em suspenso na espera da sentença que fixa e decide. O sentido do perguntar consiste

em colocar em aberto aquilo sobre o que se pergunta, em sua questionabilidade. O sentido de qualquer pergunta só se realiza na passagem por essa suspensão, onde se converte numa pergunta aberta. Toda verdadeira pergunta requer essa abertura, e quando essa falta, ela é no fundo, uma pergunta aparente que não tem o sentido autêntico da pergunta.

Como nem só de críticas vivem os compilados de jurisprudência, ao inverso, podem ser de grande valia para a aplicação do direito, RAMIRES (2010, p. 124/125) indica quais as condições para que isso ocorra:

- a) Que a pesquisa por precedentes não seja viciada ab ovo pelo *confirmation bias*, o julgador deverá estar sinceramente interessado em encontrar a resposta correta e, caso se depare com precedentes antagônicos, deverá lidar com eles na sua decisão, fundamentando a preferência de uns e a preterição de outros que pareciam igualmente aplicáveis prima facie;
- b) Que essa pesquisa não seja fragmentária (e ela costuma ser porque a análise de uma pequena porção de casos isolados tende a ignorar o todo da figura);
- c) Que os julgadores não se esqueçam de questionar as especificidades do caso presente e as do caso previamente julgado ao invocarem um precedente como fundamento da decisão;
- d) Que a invocação de precedentes não seja substituta de um estudo sincero e aprofundado da doutrina e da evolução das práticas judiciais, pois esse estudo é que pode conferir ao jurista a noção completa e integradora do direito.
- e) E assim se chega, finalmente, à forma hermeneuticamente adequada de se compreender e aplicar os precedentes judiciais. A lógica da pergunta e resposta exige a formulação de perguntas ao caso diante do intérprete e também aos precedentes, como condição para o alcance da resposta adequada.

Ao analisar um precedente, indagando sua aplicabilidade ao caso em apreço, o juiz deve considerar que o que está diante de si não passa de um texto, haja vista que a situação fática já ocorreu, o julgamento foi proferido e o processo foi arquivado. Esse texto não pode ser considerado, como critica Lenio Streck, uma decisão pronta e acabada a ser aplicada em outro caso, já que uma resposta a uma pergunta nunca é a resposta a outra pergunta.

Assim, para se concluir pela aplicação ou não de um precedente o julgador deve buscar a pergunta que deu origem àquela resposta contida no texto. Daí a importância de se conhecer os fatos que deram origem às decisões que servem de precedentes. Se a pergunta for a mesma, ou seja, se para alcançar determinada resposta é preciso fazer a mesma pergunta que fora feita no caso precedente, está diante de uma

situação análoga, caso contrário, se a pergunta encontrada for diversa, o precedente não se aplica.

Maurício Ramires (2010, p. 134) bem sintetiza a linha de aplicação do precedente:

Na prática vulgar, a coisa funciona assim. Toma-se uma regra geral (como a de que matar alguém é crime) e outras que parecem excepcioná-las (como a de que matar em legítima defesa não ilícito). Os casos concretos são tomados por exemplos de subsunções perfeitas do caso à regra (vale recordar: “não se configura a legítima defesa se agressão do ofendido foi a mãos limpas”) ou à exceção (“Age em legítima defesa da honra o agente que, ao surpreender sua mulher em adultério com o amante, etc.”). Essas subsunções e exceções têm por característica serem realizadas *ad hoc* e, a partir daí, passarem a integrar um catálogo de aplicações e exceções prontas (e também de balanceamentos, ponderações, etc.). Sem preocupação alguma com a integridade ou com a coerência, a catalogação de conceitos (sob a forma de verbetes e ementas) invariavelmente contempla enunciados desconexos e autoexcludentes.

Dito de outra forma, a pergunta a ser feita no caso presente, não é quanto a subsunção ao texto de determinado julgado pretérito, mas sim a identificação de aplicação principiológica, a partir da semelhança das perguntas e das respostas. A verdadeira pergunta se dá em relação à problemática do caso presente e o que ficou decidido no caso precedente. Busca-se, na verdade, não um conceito, mas uma aplicação.

A crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro está ligada ao abstracionismo conceitual do ordenamento, em que se pretende extrair e manter a essência de decisões anteriores. A partir daí, opta-se por um verbete jurisprudencial qualquer procura reduzi-lo a ponto se tornar um enunciado que representa o cerne do julgado.

Essa maneira de utilização do precedente é absolutamente equivocada, já que a força do precedente se perde quando respeitá-lo passa a ser equivalente a citar o número ou transcrever a ementa. Não é raro ver julgados do STJ e STF que não fazem a comparação do caso em julgamento com o precedente. Remove-se para o interessado o ônus de, após a decisão de seu caso, buscar o precedente e tentar compreender por qual razão ele foi utilizado.

Contudo, uma crítica final apontada na doutrina diz respeito ao risco de se “abrir precedentes” em determinado sentido. Observe-se que ao mesmo tempo em que se

busca uma homogeneidade nas decisões de casos semelhantes, existe uma preocupação na padronização das mesmas pelo risco de violação de direitos ou interesses.

Ora, seguindo a lógica da corrente favorável a aplicação dos precedentes nos moldes como tem sido feito no Brasil, não se pode dizer que abrir um precedente seja propriamente um problema. Senão, veja-se. Ao proferir uma nova decisão, parte-se do pressuposto de que o juiz considerou novos entendimentos, baseados em direitos que já existiam, certo? Caso esta nova decisão se baseie em um princípio indicado como resposta correta, não há razões para se ter medo de aplicar o mesmo princípio em casos futuros, uma vez que ela será sempre correta.

Ademais, a função dos precedentes na tradição *commom law* é diferente da *civil law* brasileira, pois aqui os precedentes, sumulados ou não, são usados principalmente para adiantar o tempo necessário para o julgamento de um recurso, através da decisão monocrática.

No dizer de Cândido Dinamarco (1999, p. 128):

O notório e angustiante congestionamento do Poder Judiciário vem conduzindo o processo civil brasileiro por tentativas e caminhos novos que incluem o reforço dos poderes do relator, em associação com meios e modos de valorizar os precedentes judiciários consolidados.

De outro lado, ao se verificar uma situação futura na qual a solução idêntica não seria a melhor resposta, estar-se-ia diante de uma questão cuja pergunta feita não guarda, de forma alguma, identificação com aquela respondida pelo caso anterior. Significa que o precedente não será aplicável ao caso futuro, pois este não tem a mesma identidade principiológica.

Desta maneira, mesmo que haja perfeita sequência da linha de precedentes, que a interpretação não esteja contaminada por conceitos, comparações e reducionismos, a baliza de aplicação do direito tem sempre que ser a Constituição. Não se tem um ordenamento de tradição de *common law* de modo que não seria possível simplesmente substituir toda uma hermenêutica jurídica eminentemente legislativa pelo direito judicial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi exposto, é importante que se esclareça que o Brasil passa inegavelmente por um período de mudanças e que essas transformações geram efeitos no ordenamento jurídico, em especial no âmbito processual civil, objeto deste trabalho.

Diante disso, parece certo que no contexto jurídico brasileiro atual, o maior problema enfrentado pelo Poder Judiciário é a lentidão processual, que acarreta violação dos princípios constitucionais da tutela jurisdicional e do acesso à justiça. O veredito dos estudiosos do direito é sempre o mesmo, afirmando que o Judiciário brasileiro tem processos, burocracia e recursos demais.

É nesse pano de fundo que sobressai o maior argumento em defesa da instituição dos precedentes judiciais, isto é, a morosidade da Justiça, verificada na prática pelo imenso volume de processos que acumulam nas Cortes superiores.

O fato de se tratar de um país em desenvolvimento, sujeito a influências externas, deixou clara a intenção de atingir os resultados que países desenvolvidos já alcançaram, e na seara do direito isso não pode ser diferente.

Um repertório de direitos e garantias típicos de Estados bem estruturados, mas um sistema ineficiente para a sua concretização leva os estudiosos da área jurídica a buscarem alternativas para se consolidar um projeto que, na teoria, é extremamente viável.

A introdução dos precedentes judiciais no ordenamento brasileiro ilustra bem essa tentativa de acerto. Observa-se com bastante otimismo os caminhos trilhados pelo direito do Brasil na contemporaneidade, ainda mais quando se pensa em uma democracia tão jovem, ainda carente de referências e se ajustando para consolidar um modelo em evolução.

Deste modo, precedentes não são, de forma alguma, um mal. Ao contrário, são vantajosos ao direito e ao seu desenvolvimento, haja vista que oferecem concreção ao que antes estava apenas no campo principiológico, motivo pelo qual são tão valiosos para neoconstitucionalismo. Ao aplicar princípios constitucionais em suas decisões, os tribunais inspiram novas aplicações por outras Cortes.

Se de um lado existem dissabores apontados como pontos negativos ou desvantagens da aplicação do incipiente sistema de precedentes judiciais no Brasil, de outro existe a expectativa de tempos melhores com o estabelecimento do novo ordenamento processual civil que regulará o sistema.

Ainda é cedo para se atestar o sucesso ou fracasso do novel *codex* e sua aplicação prática. Por ora, o que se tem são perspectivas de êxito em razão da normatização do sistema de precedentes.

Todavia, o receio do agigantamento ainda maior do Poder Judiciário persiste quando se verifica a existência ou insistência nos julgamentos eivados de discurso de fundamentação descontextualizado, e que somente poderá ser contido com muito esforço dos aplicadores do direito.

O perigo existe, pois, a possível tarefa de fazer juízos de ponderação de princípios seduzem muitos juristas a se valerem de ponderações já confeccionadas por julgadores no passado. Assim, a análise das decisões para fins de recurso deverá ser feita de forma extremamente técnica a fim de que direitos não sejam violados e o apelo não morra no seu nascedouro.

As razões para esta possibilidade não são poucas, uma vez que as comodidades eletrônicas da era cibernetica; a elevação da complexidade e abrangência de questões jurídicas levadas ao Judiciário e a cultura da acomodação do pensamento daquilo que já foi dito anteriormente pelos tribunais podem contaminar o sucesso do novo sistema.

A aplicação malfeita ou o abuso dos precedentes traz para a prática jurídica brasileira, o uso descontextualizado dos julgados (como conceitos ou como discursos prévios de fundamentação) e o sincretismo improvisado e descuidado entre os sistemas jurídicos.

Juízes, promotores, advogados, servidores e estudiosos terão a missão de não transformar os tribunais em gráficas repetidoras de decisões. O sistema a ser implantado deverá servir para o aperfeiçoamento e não retrocesso da ordem jurídica. Não se admitirão recursos protelatórios, mas também não será possível a manutenção de decisões em desacordo com os fatos.

Dito de outra forma, a incursão do direito em *cases* impõe ao intérprete a tarefa de pensar o direito como fato, já que não pode apenas copiar e colar o texto da situação concreta que lhe originou. De igual modo, ementas e verbetes de casos passados são enunciados generalizantes, não podem ser usados como moldes em busca de um conteúdo que lhes sirva, provocando encaixes artificiais. A consequência disso são aplicações de precedentes sem qualquer identificação entre o caso precedente e o caso presente.

O computador, hoje, deu lugar às bibliotecas jurídicas; a leitura da doutrina e a tarefa de pensar o direito foram trocadas pela consulta por palavra-chave em repositórios eletrônicos de jurisprudência e qualquer questão, parece ser perfeitamente solucionável a partir da similitude com um caso anteriormente julgado.

Perícia deverá ser a palavra de ordem para se atingir o resultado pretendido com a nova sistemática. É necessário saber como fazer a aplicação dos precedentes. O uso indiscriminado de enunciados descontextualizados oriundos de julgados passados cujos fatos são totalmente desconhecidos e o simples juízo de identificação entre casos, não são suficientes para fundamentar a aplicação de um precedente, na medida em que não há a separação entre a questão de fato e a de direito.

Não se pode deixar de entender o precedente como sendo a aplicação feita por um julgador a uma situação concreta, pois o precedente não é uma regra abstrata, mas sim uma regra totalmente ligada aos fatos que lhe originaram, motivo pelo qual o conhecimento das razões é inafastável.

Os precedentes não foram criados para solucionar todos os casos futuros, ao contrário, sua função é solucionar um caso em específico. Ocorre que situações semelhantes podem ocorrer e para isso não há como ignorar os fatos que deram origem ao precedente a fim de que haja identificação com o caso presente e por fim sua aplicação.

Desta forma, a imposição do precedente advém do princípio de justiça de tratar casos iguais de maneira igual, de modo que se respeite a questão da identificação dos padrões de similitude principiológica entre o caso precedente e o presente.

Todavia, diante de precedentes com vários efeitos como os identificados no Brasil, não se pode confundir a eficácia de uma decisão sobre um caso decidido, com a imposição dessa mesma decisão aos juízes provocados a julgar casos idênticos e futuros,

uma vez que a decisão de um caso não serve, por si só, como julgamento de outro caso. Contudo, pode-se dizer que deixar de seguir um precedente não significa descumprir uma decisão, como se fosse uma violação à coisa julgada.

Se o precedente não tiver caráter vinculante (como as súmulas), não há que se falar em obrigatoriedade no respeito ao precedente, haja vista tratar-se tão-somente de um entendimento judicial que pode ou não ter efeito persuasivo em decisões futuras semelhantes.

Desta maneira, é preciso deixar claro que a tradição brasileira não é *common law*, em que se seguem os precedentes por motivos de costume ou tradição baseada no *stare decisis*, mas sim, *civil law*. Não se seguem os precedentes pelas mesmas razões que nos países de tradição anglo-saxã, haja vista que aqui a motivação das decisões judiciais anteriores tem o condão de interpretar o direito, devendo-se estabelecer o valor hermenêutico dos precedentes judiciais.

As decisões judiciais no Brasil não são tomadas para solver questões futuras, mas somente com vistas à resolução do caso presente, portanto, é difícil a concepção de as mesmas venham a ser consideradas no futuro. Ocorre que o que se tem observado é justamente o risco dessa abstração e generalidade nos julgamentos com base em decisões passadas a fim de que haja o maior encaixe possível nas questões futuras.

Por óbvio não se está a se mencionar as súmulas vinculantes, que, muito embora editadas pelo STF, são de fato proposições gerais e abstratas, assim como o produto da função legislativa. A crítica se faz em relação aos julgamentos de questões específicas, de casos concretos e que por vezes recebem tratamento generalizante, sob pena de se comprometer a particularidade do caso e violar uma série de direitos, dentre eles os preconizados pelos princípios da legalidade, motivação, contraditório, entre outros.

É sabido que a todo brasileiro é garantida tutela jurisdicional de qualidade, oriunda da função do Estado de dizer o direito para o caso concreto. Implica afirmar que o exercício da jurisdição se direciona ao acesso à justiça e à prestação jurisdicional de qualidade. O processo judicial só será efetivo se for instrumento de concretização da tutela jurisdicional, se possibilitar a prestação jurisdicional no tempo e na forma mais justas possíveis.

Retira-se daqui duas consequências do bom aproveitamento dos precedentes judiciais, a uma, pois poupará tempo para o jurisdicionado que terá seu provimento com mais brevidade a partir da redução dos processos nos tribunais em razão dos obstáculos para a interposição de recursos impertinentes e a duas, de forma justa, pois em havendo adequação do caso precedente ao caso presente, evitar-se-á a disparidade de decisões para casos semelhantes.

Restou claro, portanto, que o cerne da adequada aplicação dos precedentes judiciais repousa no binômio pergunta e resposta corretas a fim de que sejam mantidas a coerência e integridade do sistema. As perguntas certas levarão às respostas que deram origem à decisão do caso precedente, por meio da *ratio decidendi*. A partir daí, caso a resposta não atenda àquilo que foi decidido no caso precedente, não há que se falar em adoção do mesmo, garantindo-se que não haverá discurso de fundamentação descontextualizado.

A adoção de uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil deve estar ancorada a uma exigência democrática do Estado de Direito, haja vista que justificar uma decisão acarreta em oferecer razões que justifiquem a mesma decisão em casos futuros. Assim, observar os precedentes equivale a afirmar que a decisão passada foi devidamente justificada, ao ponto de que as razões existentes não são aplicáveis somente ao caso presente, mas também aos casos futuros.

De toda sorte, ainda que exista perfeita sequência da linha de precedentes, elaboração da pergunta correta, descoberta da resposta correta e devida aplicação hermenêutica sem contaminação por conceitos, comparações e reducionismos generalizantes, o guia da interpretação do direito jamais poderá fugir da Constituição e consequente efetivação dos direitos fundamentais, em especial a igualdade, a segurança jurídica e a legalidade. O ordenamento jurídico brasileiro é de tradição *civil law* e por esta razão, não é possível simplesmente substituir a interpretação do direito fundado na legislação pelo aplicado no exercício da judicatura.

6 REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO E DOCUMENTAL

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Carlos Alberto dos Santos. **Commonlawlização no controle difuso de constitucionalidade.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20940/commonlawlizacao-no-controle-difuso-de-constitucionalidade/2>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. **Ativismo Judicial.** Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/19512/ativismo-judicial/6>>. Acesso em 21 mai. 2015.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil brasileiro:** formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro:** os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Processo e ideologia: O paradigma Racionalista.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, número 23, setembro, outubro, novembro 2010, Salvador, Bahia, ISSN 1981-1888. Disponível em: <http://www.fac.br/multiplosarquivos/Revista_juridica_da_presid%EAncia_N%BA_96.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito compiladas por Nello Morra.** São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social.** 7^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de Bustamante. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília-DF: Rideel, 2015.

_____. Executivo. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942.

_____. Judiciário. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Originária (ACO) 304/MT. Autores: Estado de Mato Grosso e Agropecuária Serra Negra Ltda. Ré: União Federal e Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Relator: Min. Imar Galvão. Tribunal Pleno. Não julgado até o momento que esta dissertação foi escrita.

_____. Ação Cível Ordinária (ACO) 312/BA. Autora: Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Réus: Ananias Monteiro da Costa e outros. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Tribunal Pleno. Não julgado até o momento que esta dissertação foi escrita.

_____. Ação Cível Ordinária (ACO) 469/RS. Autora: Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Réus: Estado do Rio Grande do Sul e outros. Relator: Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno. Não julgado até o momento que esta dissertação foi escrita.

_____. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)144. Argente: Associação de Magistrados Brasileiros. Arguido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 06/08/2008. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 18/08/2008.

_____. Agravo de Instrumento (AI) 581154/PE. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: Espólio de Terezinha de Jesus Figueiredo da Silva. Relator: min. Sepúlveda Pertence. Decisão Monocrática. Julgado em 16/03/2006. Publicado no Diário da Justiça (DJ) de 06/04/2006, p. 78.

_____. Habeas Corpus (HC) 81319/GO. Paciente: Nilo Lottici Júnior. Impetrante: Nilo Lottici Júnior. Coator: Relator do Recurso Extraordinário (RE) 299401/GO. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 24/04/2002. Publicado no Diário do Judiciário (DJ) de 19/08/2005, p. 05.

_____. Habeas Corpus (HC) 81632/SP. Paciente: José Alves Brito Filho. Impetrante: Paulo Sérgio Leite Fernandes. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para Acórdão: Min. Maurício Corrêa. 2ª Turma. Julgado em 20/08/2002. Publicado no Diário do Judiciário (DJ) de 21/03/2003.

_____. Habeas Corpus (HC) 82424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantálicio João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Relator para Acórdão: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em 17/09/2003. Publicado no Diário do Judiciário (DJ) de 19/03/2004, p. 17.

_____. Habeas Corpus (HC) 82959/SP. Paciente: Oséas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 23/02/2003. Publicado no Diário do Judiciário (DJ) de 01/09/2006, p. 18.

_____. Habeas Corpus (HC) 93157/sp. Paciente: Manoel Missias de Oliveira. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Relator para Acórdão: Min. Menezes Direito. 1ª Turma. Julgado em 23/09/2008. Publicado no Diário do Judiciário Eletrônico (DJe) de 14/11/2008. Publicado no Diário do Judiciário Eletrônico (DJe) de 30/04/2009.

_____. Habeas Corpus (HC) 95332/RJ. Paciente: Roberta Lioli Vieira. Impetrante: Matusalmé Lopes de Souza. Coator: Relator do Habeas Corpus (HC) 108212/RJ, do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min Cármem Lúcia. 1ª Turma. Julgado em 31/03/2009.

_____. Mandado de Segurança (MS) 24268/MG. Impetrante: Fernanda Fiúza Brito. Impetrados: Presidente do Tribunal de Contas da União e outro. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 31/03/2009. Publicado no Diário do Judiciário Eletrônico (DJe) de 17/09/2004, p. 53.

_____. Petição (Pet) 3388. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerida: União Federal. Relator: Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 23/10/2013. Publicado no Diário do Judiciário Eletrônico (DJe) de 04/02/2014.

_____. Reclamação (Rcl) 4335/AC. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 21/03/2014. Publicado no Diário do Judiciário Eletrônico (DJe) de 22/10/2014.

_____. Recurso Extraordinário (RE) 206482/SP. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Pedro Luiz de Oliveira. Relator: min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em 27/05/1998. Publicado no Diário do Judiciário (DJ) de 05/09/2003.

_____. Recurso Extraordinário (RE) 349703/RS. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz SEgabinazzi. Relator: Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 03/12/2008. Publicado no Diário do Judiciário Eletrônico (DJe) de 12/12/2008.

_____. Recurso Extraordinário (RE) 411943/RS. Recorrente: Verônica Ely Moreira. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Eros Grau. Decisão Monocrática. Julgado em 15/05/2006. Publicado no Diário do Judiciário (DJ) de 31/05/2006.

_____. Recurso Extraordinário (RE) 418376/MS. Recorrente: José Adélio Franco de Moraes. Recorrido: Ministério do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgado em 09/02/2006. Publicado no Diário do Judiciário (DJ) de 23/03/2007, p. 72.

_____. Recurso Extraordinário (RE) 466343/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cesar Peluzo. Tribunal Pleno. Julgado em 03/12/2008. Publicado no Diário do Judiciário Eletrônico (DJe) de 13/12/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Habeas Corpus (HC) 38269/MG. Paciente: Adilson Francisco Pereira. Impetrante: Adilson Francisco Pereira. Coator: 2ª Câmara Criminal Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. 5ª Turma. Julgado em 02/12/2004. Publicado no Diário do Judiciário Eletrônico (DJe) de 01/02/2005.

_____. Recurso Especial (REsp) 2320/RS. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrida: Indústria e Comércio de Joias Núbia Ltda. Relator: Min. Athos Carneiro. 4ª Turma. Julgado em 25/06/1991. Publicado no Diário do Judiciário (DJ) de 02/09/1991, p. 11814.

_____. Recurso Especial (REsp) 7943/RS. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Juarez Giron. Relator: Min. Athos Carneiro. 4ª Turma. Julgado em 30/04/1991. Publicado no Diário do Judiciário (DJ) de 10/06/1991, p. 7854.

_____. Questão de Ordem (QO) no Recurso especial (REsp) 1063343/RS. Recorrente: Banco Volkswagen S/A. recorrida: Luciana Maluche. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 3ª Turma. Julgado em 17/12/2008. Publicado no Diário do Judiciário (DJ) de 04/06/2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Apelação Cível (AC) 70000111674. Apelante: Maria Etelvina Sampaio Bilibio. Apelado: Honorato Bilibio. Relator: Des. Osvaldo Stefanello. 6ª Câmara Cível. Julgado em 11/10/2000.

_____. Apelação Cível (AC) 70006975197. Apelante: Sucessão de Gertrudes Elfrida Grimm Drews. Apelado: Walter Carlos Weber. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. 7ª Câmara Cível. Julgado em 22/10/2003.

_____. Apelação Cível (AC) 700109468. Apelante: Henrique da Silva Salcedo. Apelado: Banco Itaú S/A. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. 20ª Câmara Cível. Julgado em 01/02/2005.

_____. Apelação Crime (ACrim) 699291050. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Amilton Barbosa. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. 5ª Câmara Cível. Julgado em 11/08/2006.

_____. Apelação Crime (ACrim) 70012674883. Apelante: Marcelo Fontes dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Aramis Nassif. Revisor e Redator: Des. Luís Gonzaga da Silva Moura. 5ª Câmara Criminal. Julgado em 17/05/2006.

_____. Apelação Crime (ACrim) 70025968611. Apelante/Apelado: Vladimir da Silva. Apelante/Apelado: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Luís Gonzaga da Silva Moura. 5ª Câmara Cível. Julgado em 08/10/2008.

_____. Apelação Crime (ACrim) 70029175668. Apelante: Rafael Santos de Jesus. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. 5ª Câmara Criminal. Julgado em 15/04/2009.

_____. Correição Parcial (CP) 70000193532. Requerente: Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul. Requerida: Juíza de Direito da Comarca de Tenente Portela. Relator: Des. Paulo Moacir Aguiar Vieira. 5ª Câmara Criminal. Julgado em 24/05/2000.

_____. Habeas Corpus (HC) 70030496830. Paciente: Calvin Farias Camargo. Impetrante: Vicente Wilson Leite. Coator: Juiz de Direito da Vara Criminal de Cachoeirinha. Relator: Des. Luís Gonzaga da Silva Moura. 5ª Câmara Criminal. Julgado em 24/06/2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Recurso em Sentido Estrito (RSE) 1858483/1. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: não divulgado. Relator: Christiano Gomes dos Reis Kuntz (Juiz de Direito Substituto de 2º Grau). 5ª Câmara Criminal. Julgado em 18/07/1995.

_____. Legislativo. Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004.

_____. Legislativo. Lei nº 11.276, de 07 de fevereiro de 2006.

_____. Legislativo. Lei nº 11.418 de 19 de dezembro de 2006.

_____. Legislativo. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Livraria do Advogado, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1984, pág. 80.

CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar. **A contribuição dos precedentes judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CARUSO, Viviane Remondes. **A mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos mandados de injunção e nas ações diretas de constitucionalidade por omissão**. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11184&revista_caderno=9>. Acesso em 21 mai. 2015.

CARVALHO, Ivan Lira de. **Decisões vinculantes**. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br>>. Acesso em 20 jan. 2015.

CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista de Ciências Sociais, São Paulo, n. 34, v. 12, 1997.

CITADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. In: *Jornal Folha de São Paulo*, de 17 de julho de 2004. Disponível em:http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2004/75/. Acesso em: 05 mai. 2015.

COSTA, Silvio Nazareno. **Súmula vinculante e reforma do Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 1995.

CUNHA, Marco Túlio Ribeiro. **A legitimidade democrática da judicialização na efetivação do direito à saúde e os reflexos no orçamento público**. 2012. [141f]. Dissertação. (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2012.

DAVID, René. **Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **O direito inglês**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

_____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIDIER JR, Freddie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. V. 2. 4^a ed. Salvador: Juspodvm, 2009.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. V. 2. 6^a ed. Salvador: Juspodvm, 2011.

_____. **Decisão em controle concentrado de constitucionalidade. Reclamação por desrespeito ao dispositivo e ao precedente**. Disponível em:<<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-168/>>. Acesso em 10 mai. 2015.

_____. **Overruling incidental e concentrado**. Editorial 166. Disponível em:<<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-166/>>. Acesso em 10 mai. 2015.

_____. **Sobre a fundamentação da decisão judicial.** Disponível em:<<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **O relator, a jurisprudência e os recursos. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** Coord. De Teres Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Junior. São Paulo: RT, 1999.

_____. Processo civil comparado. Revista de Processo, n. 90, ano 23, abri-junho, São Paulo: RT, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the common law.** 1988. Disponível em:<http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/rutherglen/76va_1_rev1441_1990.pdf>. Acesso em 10 jun. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais.** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Fernando Amâncio. **Manual dos recursos em processo civil.** 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Adoção de um sistema de precedentes no Brasil como reflexo da atual ordem constitucional.** Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/13487/adocao-de-um-sistema-de-precedentes-no-brasil-como-reflexo-da-atual-ordem-constitucional/2>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

FRAGA, Vitor Galvão. **O sistema do common law.** In Jus Navigandi. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/22816/o-sistema-do-common-law>>. Acesso em: 03 jul. 2015.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I.** Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. **Verdade e método II.** 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado de Direito,** São Paulo, RT, 1997.

_____. **Súmulas vinculantes e independência judicial.** Disponível em:<https://www.researchgate.net/publication/28782604_Sumulas_vinculantes_e_independencia_judicial>. Acesso em 05 mai 2015.

GUIMARÃES, José Augusto Chaves. **Elaboração de Ementas jurisprudenciais: Elementos Teóricos-Metodológicos.** Série Monografias do CEJ, vol. 9. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2001, p. 61. Disponível em:<<http://daleth.cjf.jus.br/revista/monografia09.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2015.

GROTE, Rainer. **Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat – The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments.** Disponível em <www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html>. Acesso em: 09 jul. 2015.

JESUS, Priscilla Silva de. **Teoria do Precedente Judicial e o Novo Código de Processo Civil.** In Unifacs Revistas. 2014. Disponível em:<file:///C:/Users/usuario/Downloads/3240-12426-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2015.

KARNAL, Leandro *et al.* **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI.** São Paulo: Contexto, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3^a ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. **Common law à brasileira.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20262/common-law-a-brasileira>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.** 1^a ed. Fortaleza: Editora Juspodivm, 2014.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC.** In Temas atuais de processo civil. Disponível em:<<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 04 jul. 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial. Fundamentos de Direito.** Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito. Do século XX à pós-modernidade.** v. 3. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

MACEDO, Gabriela Silva. **A eficácia vinculante do precedente judicial no Direito brasileiro e sua importância para atuação do Poder Judiciário.** Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/21528/a-eficacia-vinculante-do-precedente-judicial-no-direito-brasileiro-e-sua-importancia-para-atuacao-do-poder-judiciario>>. Acesso em: 13 mai. 2015.

MACHADO, Clara Cardoso. **Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno.** Disponível em: <http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf>. Acessado em: 23 mai. 2015.

MALLET, Estevão. **Algumas linhas sobre o tema das súmulas vinculantes.** Revista Consulex, nº 11, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. _____. **A Ética dos Precedentes. Justificativa do novo CPC.** 1^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Coisa julgada inconstitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Curso de processo civil: teoria geral do processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo**, v. 1, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão**. 2012. Disponível em:<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cp6CclmJcSwJ:marinoni.adv.br/baixar.php%3Farquivo%3Dfiles/_ARTIGO%2520-%2520RT%25202012.docx+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 mai. 2015.

MARINS, Lucas Belloc. **A sistemática da teoria do precedente judicial e a gradual introdução de princípios da common law no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21528/a-eficacia-vinculante-do-precedente-judicial-no-direito-brasileiro-e-sua-importancia-para-atuacao-do-poder-judiciario>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

MACCORMICK, Neil. **The significance of precedent**. In: Acta Juridica, v. 174, 1998. Disponível em:<[http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/actj1998&div=18&id=&page](http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/actj1998&div=18&id=&page=)>. Acesso em: 25 jun. 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 13^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

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

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES, Inocêncio e BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstrato de Normas**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm>. Acesso em: 07 jul. 2015.

_____. **O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um Caso Clássico de Mutação Constitucional**. Revista de Informação Legislativa, n.^o 162, abr/jun. 2004.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Guilherme Peña de. **Súmula Vinculante no direito brasileiro**. In Revista Diálogo Jurídico. Disponível em:<http://www.direitopublico.com.br/revistas/12172906/sumula_vinc_guilherme_peña.pdf>. Acessado em: 10 mai. 2015.

MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NASCIMENTO, Márgara Bezerra do. **O precedente judicial como norma e fonte do direito no brasil à luz do novo CPC**. 2014. In Conteúdo Jurídico. Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj049494.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Das súmulas vinculantes: uma primeira análise. Reforma do Judiciário**. Coord. De Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Stare Decisis et Non Quieta Movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o stare decisis. In **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Luiz Guilherme Mariononi (coordenador). Salvador: Juspodvm, 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. A importância do Poder Judiciário para a democracia e seus atuais desafios. In Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, [s.d]. Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista1/artigo9.htm>. Acesso em 05 mai. 2015.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Jurisprudência – da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. Trad. por Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes judiciais no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional**. In: **Igualdade, diferença e direitos humanos**. SARMENTO, Daniel, IKAWA; Daniela; PIOVESAN, Flávia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. In Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em:<<http://www.abdpc.org.br/abdpca/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em 20 mai. 2015.

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

SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SECONDAT, Charles-Louis de (Barão de Montesquieu). **Do espírito das leis**. 1973. Disponível em:<http://www.escolapresidentevargas.com.br/base/www/escolapresidentevargas.com.br/media/attachments/331/331/539ef6ac8641be2d6b331d74d2ecf96bc0ab67efa1c59_montesquieu.-o-espírito-das-leis.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2015.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Uma palavra sobre a súmula vinculante.** Disponível em:<http://r.search.yahoo.com/_ylt=A0LEVvXDbZ5V8X0AeYMF7At.;_ylu=X3oDMTByMG04Z2o2BHNIYwNzcgRwb3MDMQRjb2xvA2JmMQR2dGlkAw--/RV=2/RE=1436474948/RO=10/RU=http%3a%2f%2fwww.jfrn.jus.br%2finstitucional%2fbiblioteca%2fdoutrina%2fdoutrina120.doc/RK=0/RS=w4IZ_SwweZxb1dqjv30bA9he534->. Acesso em: 13 mai. 2015.

SILVA NETO, Oldack Alves da. **Conceitos básicos inerentes à teoria dos precedentes judiciais.** In Conteúdo Jurídico. Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/conceitos-basicos-inerentes-a-teoria-dos-precedentes-judiciais,44054.html>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** 1^a ed. 5^a reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Obter dictum.** In Tribuna do Norte. 2013. Disponível em:<<http://tribunadonorte.com.br/noticia/obiter-dicum/264881>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Alexandre Garrido da; Vieira, José Ribas. **Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil.** Revista da Faculdade Mineira de Direito Disponível em: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Uma palavra sobre a súmula vinculante.** Disponível em:<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1eDqaIYHUysJ:https://www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina120.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 03 jul 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **As Súmulas Vinculantes e o Controle Panóptico da Justiça Brasileira.** Disponível em:<<http://www.leniostreck.com.br>

. Acesso em 20/01/2005.

_____. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.** Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre, 2006.

_____. **Devemos nos importar, sim, com que a doutrina diz.** 2006. Consultor Jurídico. Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina>. Acesso em: 25 jun. 2015.

_____. **Direito Sumular.** 2008. In Jornal Carta Forense. Disponível em:<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sumular/3120>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** 7^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas.** 2009. Disponível em:<<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1766/1406>>. Acesso em: 06 out. 2015.

_____. **Súmulas, Vaguezas e Ambiguidades: Necessitamos de uma “Teoria Geral dos Precedentes”?** 2008. Direitos Fundamentais & Justiça. Disponível em: <http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/5_Doutrina_7.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2015.

_____. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Mutações na Corte a nova perspectiva do STF sobre controle difuso.** 2007. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em: 25 jun. 2015.

TARANTO, Caio Mário Guetterres. **Precedente Judicial:** Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência.** 2014. Disponível em:<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

_____. **A motivação da sentença civil.** Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TEIXEIRA, Odelmir Bilhalva. **Súmula Vinculante: perigo ou solução.** 1º ed. Campinas: Russel Editores, 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A súmula e a sua evolução no Brasil.** Disponível em:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15739-15740-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

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

RADBACH, Gustav. Filosofia do direito. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. **Teoria dos Precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual.** In Jus Navigandi. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Juruá, 2009.

VERMEULE, Adrian. **Constitutional Conventions.** Disponível em: <<http://www.newrepublic.com/book/review/power-precedent-michael-gerhardt>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

VIVEIROS, Mauro. **O Precedente no Controle de Constitucionalidade Brasileiro: visita ao modelo Norte Americano.** Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso. Ano 4, n. 6, p. 135-151, jan./jun. 2009.

VONG, David. **Binding precedent and english judicial law-making,** 2013. Disponível em<<https://www.law.kuleuven.be/jura/art/21n3/vong.pdf>>. Acessado em: 10/05/2015.

XIMENES, Mariana Pereira. **Dos precedentes judiciais e da sua manifestação no direito processual civil brasileiro.** In Unifacs Revistas. Disponível em:<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0siFiBtR4OsJ:www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1265/972+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acessado em 02/06/2015.

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

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e direito.** 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.