



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Denise Maria Rodríguez Moraes

**A vinculação dos precedentes judiciais como decorrência da racionalidade
do discurso jurídico**

Rio de Janeiro

2013

Denise Maria Rodríguez Moraes

**A vinculação dos precedentes judiciais como decorrência da racionalidade do discurso
jurídico**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fux

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M827 Moraes, Denise Maria Rodríguez.

A vinculação dos precedentes judiciais como decorrência da racionalidade do discurso jurídico / Denise Maria Rodríguez Moraes. – 2013. 135 f.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fux.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Precedentes judiciais - Teses. 2. Direito processual - Teses. 3. Pareceres jurídicos – Teses. I. Fux, Luiz. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 340.142

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Denise Maria Rodríguez Moraes

**A vinculação dos precedentes judiciais como decorrência da racionalidade do discurso
jurídico**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional.

Aprovada em: _____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luiz Fux (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dra. Carolina Tupinambá

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Rio de Janeiro

2013

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me concedido a bênção de ser aprovada no curso de pós-graduação *stricto sensu* desta Universidade.

A Pedro Paulo Barros pelo apoio incondicional à realização e à conclusão deste curso.

Aos meus pais, por tudo.

À Ana Carolina Squadri por ter me recebido como amiga e tornado mais leve a minha adaptação ao Rio.

Posso não concordar com uma só palavra do que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso
direito de dizê-las.

Atribuída a Voltaire.

RESUMO

MORAES, Denise Maria Rodríguez. **A vinculação dos precedentes judiciais como decorrência da racionalidade do discurso jurídico.** 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

O sistema jurídico brasileiro está pautado em regras que, aparentemente, permitem aos órgãos judiciários proferir suas decisões com base, exclusivamente, em suas compreensões individuais acerca do significado do texto constitucional e das leis infraconstitucionais, sem que, amparados pela garantia da independência dos juízes e no princípio do livre convencimento motivado, devam respeitar os precedentes judiciais fixados pelas instâncias que lhes são superiores.

O desenvolvimento dessa postura individualista impede que o Poder Judiciário seja considerado um todo unitário, de modo que, ao invés de os juízes atuarem em conjunto para oferecerem uma solução jurídica adequada ao jurisdicionado, cada um deles se preocupe em lhe oferecer uma resposta que, em sua particular concepção, seja a mais correta, ainda que saiba que o seu sentido provavelmente virá a ser revisto em grau de recurso. Referida postura, a nosso sentir, equivocada, levou os nossos tribunais ao congestionamento e ao estado absoluto de caos jurisprudencial.

Neste ensaio, nos propomos a discutir as razões por que essa postura, comum aos sistemas jurídicos de tradição *civil law*, foi desenvolvida, bem como a demonstrar os esforços da doutrina para efetuar uma releitura dessa liberdade concedida aos juízes, e dos legisladores para incutir no ordenamento uma cultura de respeito aos precedentes judiciais, a fim de que, em conjunto, possam tornar o sistema de prestação de justiça coerente.

Palavras-chave: Princípio do livre convencimento motivado. Divergência jurisprudencial. Isonomia. Coerência. Racionalidade. Precedentes judiciais vinculantes. Função nomofilática das cortes superiores de justiça.

RESUMEN

MORAES, Denise Maria Rodríguez. **Los precedentes judiciales como resultado de la racionalidad del discurso jurídico**. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

El sistema jurídico brasileiro está pautado en reglas que, aparentemente, permiten a los órganos judiciales pronunciar sus decisiones, basándose en sus pensamientos individuales acerca de la interpretación de la Constitución y de las leyes, amparados en la garantía de independencia de los jueces y en el principio de la libre convicción motivada, sin deber respecto a los precedentes judiciales establecidos por los tribunales superiores de justicia.

El desarrollo de esa postura individualista impide el Poder Judicial sea considerado como un todo unitario, por lo que, en vez de que los jueces actúen en conjunto para ofrecer una solución jurídica adecuada a los ciudadanos, cada uno de ellos se preocupa de ofrecer a ellos una respuesta que, en su percepción particular, sea la más correcta, a pesar de saber que su sentido probablemente será revisado en apelación. Esta postura, en nuestra forma de ver, es equivocada, pues no ha llevado nuestros tribunales a la congestión y a un absoluto caos jurisprudencial.

En este ensayo, nos proponemos analizar las razones por las que esta postura, común en los sistemas jurídicos de tradición *civil law*, se ha desarrollado, así como demostrar los esfuerzos de la doctrina para lograr una re-lectura de esa libertad otorgada a los jueces, y, aún, de los legisladores para inculcar una cultura de respeto a los precedentes judiciales en nuestro ordenado jurídico, con la finalidad de que, en conjunto, puedan contribuir a la reanudación de la coherencia del sistema judicial.

Palabras clave: Princípio de la libre convicción motivada. Divergencia jurisprudencial. Igualdad. Coherencia. Racionalidad. Precedentes judiciales vinculantes. Función nomofilática de los tribunales superiores de justicia.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ALEXY: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RAZÃO	14
1.1	A teoria do discurso prático racional geral	14
1.2	A teoria da argumentação jurídica propriamente dita	19
1.3	A necessidade de respeito aos precedentes judiciais como decorrência da racionalização do discurso jurídico	25
2	O RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INERENTE AOS SISTEMAS JURÍDICOS ANGLO-AMERICANO – DE TRADIÇÃO <i>COMMON LAW</i> – E CONTINENTAL-EUROPEU – DE TRADIÇÃO <i>CIVIL LAW</i>	31
2.1	O sistema jurídico anglo-americano – de tradição <i>common law</i>	31
2.1.1	<u>A técnica de julgamento com base em precedentes</u>	36
2.1.1.1	A formação dos precedentes judiciais	36
2.1.1.2	Definição de precedente judicial e de seus componentes: <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dicta</i>	39
2.1.1.3	A direção e a eficácia dos precedentes judiciais	44
2.1.1.4	Os principais métodos de superação e afastamento dos precedentes	49
2.1.1.4.1	O principal método dos precedentes judiciais – <i>overruling</i> – e a modulação de seus efeitos – eficácia retroativa e eficácia prospectiva.	49
2.1.1.4.2	O método de afastamento dos precedentes judiciais – <i>distinguishing</i>	53
2.2	O sistema jurídico continental-europeu – de tradição <i>civil law</i>	54
2.2.1	<u>A função nomofilática das cortes superiores de justiça</u>	65
2.2.1.1	O modelo franco-italiano	65
2.2.1.2	O modelo alemão	69
2.2.2	<u>A utilização dos precedentes judiciais nos julgamentos proferidos nos sistemas jurídicos de origem continental-europeia – de tradição <i>civil law</i> – em geral</u>	71
2.2.2.1	Precedente e jurisprudência	71
2.2.2.2	A eficácia da jurisprudência	74

3	O DESENVOLVIMENTO DA TÉCNICA DE JULGAMENTO COM BASE EM PRECEDENTES NO BRASIL	78
3.1	O Supremo Tribunal Federal e o efeito vinculante de suas decisões	78
3.1.1	<u>Composição</u>	78
3.1.2	<u>A seleção dos casos que serão submetidos ao julgamento do Supremo Tribunal Federal</u>	80
3.1.3	<u>Os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal</u>	83
3.1.3.1	Os efeitos decorrentes das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade	83
3.1.3.2	Os efeitos decorrentes das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade	85
3.1.3.3	Os efeitos decorrentes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal como instância recursal ordinária	95
3.1.3.4	A extensão do efeito vinculante às decisões proferidas pelos tribunais superiores e pelos tribunais de segunda instância	96
3.1.3.5	Outras evidências do efeito vinculante atribuído pelo ordenamento aos precedentes judiciais	99
3.1.3.5.1	A inadmissibilidade de recurso e o julgamento monocrático pelo relator	99
3.1.3.5.2	Dispensa de reexame necessário	102
3.1.3.5.3	Cabimento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal e as sanções impostas aos operadores do direito em face do descumprimento de sua decisão	102
3.1.3.5.4	Presunção absoluta de existência de repercussão geral	103
4	O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	106
4.1	A opção do projeto do Novo Código de Processo Civil pela uniformização da jurisprudência por meio da imposição do respeito aos precedentes judiciais	106
4.1.1	<u>A criação de um capítulo próprio para regulamentar a incidência dos precedentes judiciais</u>	107
4.1.2	<u>A criação de um incidente de resolução de demandas repetitivas</u>	113
4.1.3	<u>A contribuição do projeto do Novo Código de Processo Civil com o estabelecimento de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais ...</u>	116

4.2	A proposta de inserção de um novo requisito da petição inicial como forma de racionalizar a utilização da técnica de julgamento com base em precedentes	119
	CONCLUSÃO	127
	REFERÊNCIAS	133

INTRODUÇÃO

A prestação jurisdicional brasileira vive uma grave crise de coerência: apesar de o próprio texto constitucional atribuir ao Supremo Tribunal Federal a função de guarda da Constituição, incumbindo-lhe da função de uniformizar a interpretação de suas normas, e de atribuir, por outro lado, ao Superior Tribunal de Justiça, a função de uniformização da interpretação das leis infraconstitucionais, as teses jurídicas afirmadas em seus julgamentos não são consideradas, pela maior parte da doutrina, de observância obrigatória pelos demais órgãos que compõem o Poder Judiciário.

Os juízes, amparados pela garantia constitucional que lhes confere independência para julgar, e, ainda, pelo princípio processual do livre convencimento motivado, não se sentem obrigados a observar as teses jurídicas afirmadas pelas cortes que lhe são superiores, na apreciação de casos idênticos ou análogos aos que já foram julgados por elas.

A maior parte dos doutrinadores considera, ao conferir essa interpretação aos princípios mencionados, admissível, a atribuição de resultados diversos a demandas idênticas, pelo simples fato de essas serem distribuídas à apreciação de juízes que interpretam o mesmo dispositivo do texto constitucional ou legal de forma distinta. Essa é a razão pela qual, atualmente, não é possível ao jurisdicionado prever o resultado de seu processo.

O problema é relevante tanto do ponto de vista teórico quanto do prático.

No que se refere à questão teórica, temos que o desrespeito reiterado ao princípio da isonomia compromete, de forma patente, a coerência da prestação jurisdicional e a racionalidade do discurso jurídico.

A lei existe para que seja possível ao jurisdicionado saber, de antemão, se a conduta por ele praticada está de acordo ou não com o direito e, caso não esteja, quais as consequências jurídicas dela decorrentes. Em outras palavras, a lei existe para conferir segurança aos jurisdicionados.

Sendo o texto normativo constituído de linguagem polissêmica, porém, é possível que dele seja extraída mais de uma conclusão discursivamente possível, o que coloca em risco o bom desempenho de sua função de conferir uniformidade aos julgamentos.

Diante desse fato, é preciso que outra regra seja estabelecida para selecionar, dentre esse resultados discursivamente possíveis, aquele que deve ser considerado, pelo ordenamento jurídico, o único correto. E é justamente essa regra que nos dispomos a estudar.

No que se refere à questão prática, a atribuição de soluções jurídicas diversas, muitas vezes contraditórias entre si, a casos análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais, não

gera apenas grave insegurança jurídica, como, também, conduz o Poder Judiciário ao descrédito.

É inconcebível que no interior de um mesmo sistema jurídico, demandas idênticas, ajuizadas em uma mesma data, tenham, em uma, o direito do autor reconhecido e, em outra, negado, simplesmente por terem sido distribuídas a juízes diferentes, com entendimentos diversos a respeito do sentido dos dispositivos legais aplicáveis.

A insegurança jurídica decorrente dessa constante violação dos princípios da isonomia e da proteção à confiança provoca prejuízos muito maiores do que a insatisfação dos jurisdicionados, considerados em sua individualidade, com o sistema de prestação de justiça.

Os prejuízos decorrentes dessa incerteza são muitos, podendo-se elencar dentre eles: a não realização de determinadas atividades comerciais, por não ser possível identificar, com precisão, os riscos do negócio; o estímulo à litigiosidade; o comprometimento da credibilidade da justiça; a sensação geral de constante insegurança.

A respeito da necessidade de essa prática ser combatida, chegou-se a afirmar, há mais de um século atrás, que “quando o direito é incerto, o governo é dos homens e não da lei”¹.

A divergência jurisprudencial incentiva a litigiosidade e conduz o problema a um ciclo vicioso: O excessivo número de demandas que ingressam anualmente no Poder Judiciário reflete um excessivo número de pronunciamentos, pelos mais diversos órgãos que o compõe. Esse excessivo número de pronunciamentos, inevitavelmente, resulta no proferimento de decisões contraditórias, que, por sua vez, provoca o aumento da recorribilidade e a sobrecarga das instâncias superiores, que incorrem no mesmo mal.

A parte sucumbente, irresignada, sempre buscará reverter o sentido da decisão nas instâncias superiores, diante da grande probabilidade de encontrar, dentre os inúmeros e diversos pronunciamentos do tribunal, um precedente que lhe seja favorável.

Se os juízes e tribunais inferiores observassem as teses jurídicas fixadas pelos órgãos de cúpula, seriam menos os recursos interpostos, pois não seria vantajoso às partes arcar com os seus custos sem que existisse razoável probabilidade de que a decisão fosse revista. E o menor número de recursos direcionados para os órgãos de cúpula, por sua vez, resultaria na menor probabilidade de que fossem proferidos julgamentos díspares sobre a mesma questão de direito.

¹ KOCOUREK, Albert, *apud* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 33.

Pretendemos demonstrar, neste trabalho, que a existência de decisões divergentes acerca de uma mesma questão jurídica rompe com o postulado da isonomia e compromete a racionalidade da argumentação utilizada como fundamento da decisão.

Partindo da premissa de que da observância do direito fundamental à igualdade decorre, necessariamente, o respeito aos precedentes judiciais, buscaremos analisar se, mediante a introdução de um mecanismo processual que o torne obrigatório para todos os juízes e tribunais, será possível retomar a racionalidade da argumentação e a coerência do sistema de prestação de justiça.

Uma resposta positiva a essa questão provocará, inevitavelmente, a releitura de algumas normas processuais, motivo pelo qual passaremos, nesse caso, a identificar se seria possível ao operador do direito afirmar, *de lege lata*, que todas as decisões proferidas pelas cortes superiores de justiça são revestidas de caráter vinculante, devendo as teses jurídicas nelas afirmadas ser obrigatoriamente observadas por todos os órgãos do Poder Judiciário, inclusive por elas próprias.

A importância do estudo decorre do absoluto caos jurisprudencial que estamos vivendo, não sendo possível, a qualquer operador do direito, determinar, com segurança, e de antemão, o resultado de um processo. A busca da racionalidade da argumentação e da uniformidade do Direito deve se tornar prioritária para os processualistas.

No primeiro capítulo desta dissertação, trabalharemos a teoria da argumentação jurídica, de Robert Alexy, que afirma que a racionalidade da decisão jurídica somente pode ser obtida mediante a conjugação de três elementos: a criação estatal de normas jurídicas, o procedimento argumentativo jurídico propriamente dito e o processo judicial. Procuraremos identificar se o respeito aos precedentes judiciais está incluído dentre eles.

No segundo capítulo, discorreremos sobre a evolução dos sistemas jurídicos anglo-americano, de tradição *common law*, e continental-europeu, de tradição *civil law*, a fim de identificar a razão pela qual o respeito aos precedentes judiciais, em regra, não é obrigatória nesses sistemas que se filiam a essa segunda tradição. Ato contínuo, passaremos a questionar se a adoção de uma política voltada para vinculação dos precedentes seria compatível com as suas matrizes.

No terceiro capítulo, procuraremos demonstrar se já é possível afirmar, *de lege lata*, que todas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal são revestidas de efeito vinculante, e, caso a resposta seja positiva, se o raciocínio pode ser estendido aos demais órgãos judiciários de acordo com a disposição hierárquica que se encontram, tornando as suas decisões vinculantes para os que lhes são inferiores.

No quarto capítulo, por fim, analisaremos o tratamento dado à matéria pelo projeto do Novo Código de Processo Civil, a fim de identificar se o crescente desenvolvimento de uma cultura de precedentes, pelo que a doutrina tem se empenhado a impor, foi tutelada pela nova ordem processual.

1 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ALEXY: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RAZÃO

1.1 A teoria do discurso prático racional geral

Robert Alexy desenvolve a sua teoria da argumentação jurídica a partir da teoria do discurso prático racional, consistente, em poucas palavras, na ideia de que é possível, mediante o estabelecimento de alguns critérios, tornar racional a decisão fundada em juízo de valor, tida, comumente, como arbitrária. As regras da razão prática, como são denominados esses critérios, não são nada mais do que regras de procedimento que asseguram, quando observadas, a racionalidade das conclusões obtidas pelo falante.

A teoria do discurso de Alexy, em suas próprias palavras, “é uma teoria procedimental da correção prática”², sendo uma assertiva considerada correta quando resultante de um procedimento de argumentação preestabelecido que assegure a imparcialidade do discurso por meio da liberdade de participação e da igualdade na argumentação. O que torna a afirmação racional é a capacidade de essa ser justificada por meio de um procedimento argumentativo.

Antes de adentrarmos em cada uma das regras fundamentais da razão prática, é preciso afirmar o pressuposto de qualquer discussão racional: todos os que podem falar podem tomar parte no discurso, podendo problematizar qualquer assertiva e introduzir suas opiniões, desde que fundamente o que afirma – ou que justifique a negativa de fundamentação.

O pressuposto de participação é afirmado por Alexy mediante a formulação de uma regra básica que se divide em três outras, senão vejamos: (1) todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação: (1.1) quem pode falar, pode tomar parte no discurso; (1.2) todos podem problematizar as afirmações feitas no discurso, nele introduzir novas afirmações e manifestar suas opiniões, desejos e carências; e (1.3) nenhum participante pode, por coerção externa ou interna ao discurso, ser impedido de se manifestar³.

Dito isso, passamos a uma análise sucinta das regras fundamentais do discurso prático racional geral: (1) nenhum falante pode se contradizer; (2) todo falante só pode afirmar aquilo

² ALEXY, *Constitucionalismo discursivo*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25.

³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 191.

em que ele mesmo acredita; (3) todo falante que aplicar um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes; e (4) diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados⁴.

Conforme se nota, as regras fundamentais da razão prática estão baseadas na necessidade de observância da coerência e da isonomia no discurso. A primeira delas afirma que nenhum falante pode se contradizer, preocupando-se com o desenvolvimento de um discurso lógico⁵. A segunda, segundo a qual o falante só pode afirmar aquilo que acredita, visa assegurar a sinceridade da discussão. A terceira impõe coerência ao discurso indicando que os juízos de valor afirmados por um falante em determinada situação devem ser por ele afirmados também em todas aquelas que se apresentarem semelhantes, ou seja, idênticas em todos os aspectos relevantes. Por fim, a quarta regra fundamental determina que os falantes não podem fazer uso de termos iguais com diferentes significados, primando pela precisão linguística do discurso. O uso de uma linguagem comum consubstancia-se em pressuposto indispensável da argumentação.

Em que pese a importância de todas essas regras fundamentais, merece relevo a atenção conferida por Alexy à terceira delas, referente à necessidade de respeito à isonomia para assegurar a coerência – e a racionalidade – do discurso. Também denominado *princípio da universalidade*, o dever de respeito à igualdade impõe que todos os juízos de valor afirmados na análise de determinado caso sejam também aplicados a todos os outros que lhe sejam iguais em relação aos seus aspectos relevantes. Em outras palavras, não havendo uma diferença relevante o suficiente para distinguir o primeiro caso do segundo, devem ambos ser submetidos ao mesmo juízo de valor, sob pena de quebra da coerência do discurso.

Essa percepção é de extrema importância para o estudo da teoria do discurso racional. É a partir dela que deve ser compreendida a distribuição da carga da argumentação ou do dever de fundamentar entre os falantes. Do *princípio da universalidade*, segundo o qual, conforme descrito, determinado juízo de valor aplicado a uma situação específica deve ser estendido a todas aquelas que lhe sejam semelhantes em seus aspectos essenciais, derivam o *princípio da generalização*, que afirma que para que uma pessoa seja tratada de maneira distinta de outra deve haver uma razão que, necessariamente, deve ser explicitada, e o *princípio da inércia*, de Perelman, segundo o qual uma opinião ou uma prática aceita não pode ser abandonada sem que exista um motivo para tanto, o qual também deve ser

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 187.

⁵ Alexy afirma que “a remissão expressa às regras da lógica não se refere só à lógica clássica, mas sobretudo à lógica deontica...” (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 188).

explicitado⁶⁻⁷. Desse modo, impõe-se como garantia da racionalidade do discurso que qualquer desvio do dever de igualdade seja obrigatoriamente acompanhado do dever de fundamentação⁸.

Essa é a essência das regras sobre a carga da argumentação definidas por Alexy: (1) quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente de uma pessoa *B* está obrigado a fundamentá-lo; (2) quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso; (3) quem aduz um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos; e (4) quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades, que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior, tem, se lhe for pedido, de fundamentar o porque de essa manifestação ser introduzida na afirmação⁹.

Porém, para que um discurso seja considerado racional, não basta que essas regras sejam aceitas e que as suas exceções sejam justificadas, devendo o próprio dever de fundamentação estar adequado ao procedimento que assegura a coerência do discurso. Para tanto, o autor destaca três outras importantes regras que devem ser seguidas: (1) quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve aceitar as consequências dessa regra também para si quando se encontrar na mesma situação daquelas pessoas; (2) as consequências das regras que satisfazem os interesses de cada um devem ser aceitas por todos; e (3) toda regra deve ser exposta de forma aberta e geral. Os três enunciados constituem as denominadas *regras de fundamentação* e apontam para uma mesma direção: cada falante deve estar de acordo com cada regra de razão para que cada uma delas seja considerada ideal¹⁰.

No entanto, ainda que essas regras sejam seguidas, conforme alerta o autor, não é possível assegurar que cada caso submetido à discussão alcance um acordo racional se não forem observados, também, dois outros preceitos: (1) as regras morais que servem de base

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 193.

⁷ Ao discorrer sobre o denominado princípio da inércia, Perelman afirma: “A técnica da coisa julgada tende a estabilizar certos julgamentos, a vedar o questionamento de certas decisões. [...] Pode-se presumir, até prova em contrário, que a atitude adotada anteriormente – opinião expressa, conduta preferida – continuará no futuro, seja por desejo de coerência, seja em virtude da força do hábito. [...] De fato, a *inércia* permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual e valorizá-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de desenvolvimento contínuo e regular. A mudança, em compensação, deve ser justificada; uma decisão, uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes. [...] Este [o estado de coisas existente] só deve ser modificado se houver razões a favor da reforma” (grifo nosso) (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 119-121).

⁸ Nas palavras do autor, “segundo as regras de razão, todos são iguais e por isso devem apresentar-se razões para justificar um desvio dessa situação. As regras de razão fundamentam uma presunção em favor da igualdade” (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 194).

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 194-195.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 200-201.

para as concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica; e (2) essas mesmas regras morais devem resistir, também, à comprovação da formação histórico-individual do falante.

Isso porque as regras procedimentais do discurso não expressam nada mais do que ideias de liberdade e igualdade universais, podendo cada participante decidir, livremente e em patamar de igualdade com todos os demais, aquilo que entende ou não como correto. A partir daí, somente poderá ser considerada correta aquela norma que, em um discurso ideal, tiver sido formulada por meio de um procedimento racional e for aceita por todos os participantes, o que requererá que suas consequências de cumprimento satisfaçam os interesses de todos e, ao mesmo tempo, de cada um deles.

É certo que as regras transcritas ao longo deste introito aumentam a possibilidade de se alcançar a racionalidade nos discursos práticos, porém, não servem de garantia de que será obtido um acordo para cada questão prática submetida ao debate. Isso porque embora algumas questões possam ser classificadas como *impossíveis discursivamente*, a exemplo da escravidão, e outras como *necessárias discursivamente*, a exemplo da democracia, em que há a anuência de todos os participantes em suas conclusões, a grande maioria é classificada pelo autor como *meramente possível discursivamente*, o que implica a possibilidade de conclusões positivas e negativas a seu respeito, podendo-se, de modo racional – seguindo as normas de procedimento da razão prática, portanto –, chegar a resultados diversos, em que não há unanimidade na adesão de todos os participantes do discurso. É nesse ponto que, segundo Alexy, a teoria do discurso prático chega a um limite que não pode exceder¹¹.

Ademais, importa destacar que ainda que seja possível a obtenção de acordo em alguns casos, conforme reconhece o próprio autor, não se pode afirmar que esse seja definitivo e irrevogável, pois todo discurso – mesmo o discurso ideal – parte de concepções normativas historicamente consideradas e, portanto, mutáveis¹².

Atienza, ao tratar dessas limitações reconhecidas por Alexy, afirma que o discurso prático geral apresenta dois problemas: um problema de conhecimento e um problema de cumprimento. O primeiro constitui-se da impossibilidade de o acordo ser alcançado em todas as questões práticas e o segundo refere-se ao fato de que mesmo nas situações em que o

¹¹ ALEXY, *Constitucionalismo discursivo*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 29-30.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 202-203. Em outras palavras, é o que expõe Cláudia Toledo na apresentação da edição brasileira da referida obra de Alexy: “Evidentemente, os consensos têm *conteúdo substancial* em que se adentra a esfera *semântica* das assertivas, mas seus *critérios* são *formais*, donde a relevância da teoria da argumentação como *ideia reguladora* do discurso real, em que não há sempre consensos, mas também incontáveis *dissensos*, justamente em virtude de o *resultado* do discurso pertencer apenas à esfera do apenas *discursivamente possível* e não do *necessariamente correto*” (*ibidem*, p. 2) (grifos no original).

acordo é obtido, nem todos os participantes podem estar dispostos a segui-lo. Importa notar que essa conclusão é trazida por Alexy por meio da distinção entre a formação do juízo e a formação da vontade: “saber o que é certo não significa necessariamente estar disposto a agir nesse sentido”¹³.

A constatação de que esses problemas existentes no discurso prático racional não podem ser resolvidos com base unicamente na argumentação prática levou Alexy a formular as três últimas regras de sua teoria geral, a fim de permitir que, diante de um impasse, os falantes pudessem migrar de uma discussão prática para uma discussão teórica, pudessem analisar os termos linguísticos utilizados no discurso ou, até mesmo, pudessem discutir os fundamentos da própria teoria do discurso. São elas as regras por ele denominadas de *regras de transição*: (1) para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico; (2) para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso da análise da linguagem; e (3) para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso da teoria do discurso¹⁴.

Conforme demonstra o autor, a primeira dessas regras é de particular importância, pois embora os falantes estejam, normalmente, de acordo com as premissas normativas, em muitos casos divergem em relação aos fatos, mostrando-se a formulação de regras de presunção racional, nessa hipótese, estritamente necessária.

É preciso reconhecer, diante disso, a limitação do discurso prático racional geral e encontrar uma maneira que lhe sirva de auxílio para o alcance do almejado acordo entre os falantes em qualquer situação. A proposta de Alexy para a aproximação do discurso real do discurso ideal é a transição do modelo do discurso prático racional geral para o do discurso racional jurídico, afirmando que o instrumento apto para a solução do impasse – e, portanto, para a afirmação/imposição do acordo – é o Direito, é a formulação de regras jurídicas¹⁵.

O sistema jurídico é tido como necessário para suprir essa lacuna porque dispõe de meios tanto para limitar a possibilidade de argumentação, facilitando a resolução das questões práticas por meio da fixação de normas gerais e abstratas que devem ser seguidas por todos, quanto para impor o respeito ao acordo obtido, dispondo de um aparato legítimo de coerção para tanto.

Afirma-se, quanto a isso, que o Direito é justificado em termos discursivos tanto em sua dimensão propriamente normativa – como um conjunto de normas que aumenta a

¹³ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 170-171.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 203.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 203-204.

possibilidade de obtenção de acordo dentro do campo do discursivamente possível –, quanto em sua dimensão coativa (ou coercitiva) – como aparato legitimado a impor o cumprimento de suas normas a quem não estiver disposto a observá-las voluntariamente¹⁶.

Mais detalhadamente, Alexy afirma ser necessária a concretização de três procedimentos para que o discurso jurídico preencha a mencionada lacuna e seja considerado um caso especial derivado do discurso prático geral: a criação estatal de normas jurídicas, o desenvolvimento de uma argumentação propriamente jurídica e o estabelecimento de um processo judicial.

A criação estatal de normas jurídicas tem a finalidade de diminuir a margem do que é considerado, no discurso prático geral, discursivamente possível, selecionando dentre as premissas que sejam incompatíveis entre si, aquelas que devem ser consideradas válidas sob a ótica do Direito.

O desenvolvimento de uma argumentação propriamente jurídica mostra-se necessário pelo fato de as normas jurídicas serem, incontestavelmente, formadas muitas vezes por uma linguagem indefinida ou, até mesmo, ambígua, bem como pelo fato também incontestável de que não é possível prever e regulamentar todos os acontecimentos do mundo da vida, sendo imprescindível a interpretação analógica, extensiva, *a contrario sensu*, dentre outras modalidades, para a apreciação de todos os casos possíveis de serem jurisdicionados.

Justifica-se o desenvolvimento de um processo judicial, por fim, porque a argumentação jurídica, embora necessária para a perfeita escolha das normas aplicáveis aos casos submetidos à jurisdição, nem sempre indica uma única solução possível para cada caso, devendo essa lacuna de racionalidade ser suprida por um procedimento específico preestabelecido.

A teoria da argumentação jurídica, nessa perspectiva, consiste na utilização da teoria do discurso prático racional geral como base teórica do discurso racional jurídico, o qual passaremos a expor mais propriamente a seguir.

1.2 A teoria da argumentação jurídica propriamente dita

A teoria do discurso jurídico é considerada por Alexy um caso especial derivado da teoria do discurso prático racional geral¹⁷, encontrando-se a sua particularidade no quesito

¹⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 171.

pretensão de correção, que impõe, no discurso jurídico, além da racionalidade da fundamentação, que esta se apresente em conformidade com as leis e com os precedentes judiciais¹⁸.

É a partir do procedimento estabelecido pela teoria da razão prática que se avalia a correção de uma decisão fundamentada no Direito, pois sendo esta construída com base em critérios racionais, reduz-se a margem de arbitrariedade nela contida e garante-se a sua correção¹⁹.

Em outras palavras, a teoria do discurso jurídico é constituída, em parte, pelas regras e formas do discurso prático geral e, em parte, por regras próprias, as quais sujeitam as conclusões obtidas pelo julgador aos ditames estabelecidos nas leis e nos precedentes judiciais.

Alexy afirma ser a fundamentação das decisões judiciais subdividida em duas partes: uma fundamentação interna e uma fundamentação externa. Denominando-as *justificação*, o autor aduz que na justificação interna verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação, utilizando-se, para tanto, da clássica fórmula do silogismo jurídico, sendo o objeto da justificação externa a correção dessas premissas²⁰.

No que tange à justificação interna, a primeira regra a ser observada está contida no princípio da universalidade de Perelman, já descrito, segundo o qual situações idênticas em seus aspectos relevantes devem ser tratadas da mesma maneira, devendo a conclusão do discurso decorrer de normas universais aplicáveis a ambos os casos.

A concretização desse princípio é dada pela teoria de Alexy mediante a formulação de duas regras, quais sejam: (1) para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se

¹⁷ Diante da limitação deste trabalho não adentraremos nas críticas formuladas à tese do caso especial e, tampouco, nas respostas a elas fornecidas por Alexy. Partiremos apenas da aceitação de sua tese, a qual nos filiamos, como marco teórico para o desenvolvimento desta dissertação.

¹⁸ “A tese do caso especial diz que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Na argumentação jurídica, trata-se, como na argumentação prática geral, em último lugar, sempre disto, o que é ordenado, proibido e permitido, portanto, de questões práticas. Tanto no discurso prático geral como no jurídico é promovida uma pretensão de correção. A particularidade consiste nisto, que a pretensão de correção no discurso jurídico, de outra forma como no discurso prático geral, não se refere a isto, o que absolutamente é correto, mas a isto, o que, no quadro de um determinado sistema jurídico, é correto. O que em um sistema jurídico é correto, depende, essencialmente, daquilo que foi determinado fundado (sic) em autoridade ou institucionalmente (sic) e cabe no sistema. Se se quer formular isso em uma fórmula concisa, então se pode dizer que a argumentação jurídica está vinculada à lei e ao precedente e deve observar o sistema de direito aprofundado pela dogmática jurídica. Se lei, precedente ou dogmática determinam, inequivocamente, a decisão e se, sob o aspecto da correção quanto ao conteúdo, não existem objeções sérias, o caso é decidido somente pelo fundado em autoridade e institucional (sic)” (ALEXY, *Constitucionalismo discursivo*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 39).

¹⁹ “Uma coisa, porém, caracteriza a pretensão de correção em todos os contextos: ela abarca uma pretensão de fundamentabilidade. No direito, trata-se, nisto, sempre imediata ou mediata da fundamentação de normas gerais ou individuais, portanto, de questões normativas ou práticas” (Ibidem, 2011, p. 25).

²⁰ ALEXEY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 219.

apresentar pelo menos uma norma universal, e (2) a decisão jurídica deve seguir-se logicamente de pelo menos uma norma universal somada a outras proposições²¹.

Importa esclarecer que a justificação interna corresponde a uma pretensão de justiça meramente formal, motivo pelo qual, do dever de observância do princípio da universalidade não decorre que a norma geral não possa ser alterada e, tampouco, que sobre ela não possam recair exceções. O que o princípio impõe é que também os novos sentidos atribuídos à norma, bem como as exceções imputadas a ela, devam ser válidos universalmente.

Significa que no caso de o Judiciário excepcionar a aplicação de uma norma contida em lei, essa exceção deve ser válida para todas as situações idênticas – ou potencialmente semelhantes – que forem submetidas à sua apreciação. Do mesmo modo, na ausência de preceito legal aplicável, a construção jurídica realizada pelo magistrado deve ser aplicada universalmente, ou seja, a todas as situações que, posteriormente, se apresentarem análogas ou idênticas em seus aspectos essenciais²².

O silogismo jurídico, ou a aplicação pura e simples de normas universais a situações particulares, apresenta-se, muitas vezes, insuficiente para decidir – fundamentar – racionalmente um caso concreto, como ocorre, por exemplo, quando a norma contém diversas propriedades alternativas do fato hipotético, quando exige que sua aplicação seja complementada por outras normas explicativas, limitativas ou extensivas, quando dela é possível extrair mais de uma consequência jurídica, ou quando seu texto admitir diversas interpretações. Nesses casos, em que há dúvida acerca da aplicabilidade da norma, é preciso que outra regra defina a questão, tornando indiscutível a subsunção ou não do caso concreto a ela.

Conforme se nota, a justificação interna visa assegurar a racionalidade das premissas, mas não a racionalidade da decisão, cujos fundamentos, muitas vezes, são extraídos não apenas dessas premissas normativas, mas, também, de outras não constantes expressamente no direito positivo. É sobre a racionalização dessas últimas que trata a justificação externa.

De forma sistemática, pode-se afirmar que são três os tipos de premissas que consubstanciam a justificação interna: (1) regras de direito positivo, (2) enunciados empíricos e (3) aquelas que não são consideradas enunciados empíricos e, tampouco, regras de direito positivo²³. A cada um desses tipos corresponde um método específico de racionalização – fundamentação –, sendo os dois primeiros os mais simples. A necessidade de observância das

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 221.

²² *Ibidem*.

²³ Essas últimas são denominadas pela doutrina de “reformulação de normas” (ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 174).

regras de direito positivo é demonstrada pelos próprios critérios de validade constantes no ordenamento jurídico acerca do teor e da vigência das normas. Os enunciados empíricos são considerados válidos quando suas conclusões são resultantes dos próprios procedimentos científicos de que derivam, das máximas de presunção racional ou da regulamentação da instrução probatória. A fundamentação do terceiro tipo de premissas, porém, é mais complexa, correspondendo à argumentação jurídica propriamente dita ou, em outras palavras, às formas e regras da *justificação externa*.

Importa esclarecer, somente para afastar qualquer dúvida a respeito, que esses métodos de fundamentação não se excluem, mas, ao contrário, se complementam. E a razão é simples: Se todas as normas de direito positivo e, dentre elas, todo o regramento relativo à distribuição do ônus da prova, devem estar em consonância com as prescrições constitucionais e, sobretudo, com os direitos e garantias fundamentais, a simples subsunção do fato à norma mostra-se insuficiente, haja vista que a própria validade dos dispositivos normativos pode ser questionada, de modo que a argumentação jurídica propriamente dita – ou a *justificação externa* – alcança grau de destaque na racionalização de qualquer dos três tipos de premissas descritos.

Alexy trabalha a justificação externa de seis maneiras distintas, de acordo com o tipo de premissa que se pretende fundamentar, ou, utilizando-se de sua própria nomenclatura, de acordo com a referência do conteúdo das premissas à interpretação, à argumentação dogmática, ao uso dos precedentes, à argumentação prática geral, à argumentação empírica ou às formas especiais de argumentos jurídicos. A seguir, descreveremos, de forma bem sucinta, cada um desses grupos, nos aprofundando, em tópico próprio, somente, na apreciação das regras e formas referentes ao uso dos precedentes, por constituírem, apenas elas, o objeto específico deste trabalho.

A teoria da justificação externa, segundo o autor, nada mais é do que uma análise lógica das formas dos argumentos reunidas nesses grupos e da possibilidade – e necessidade – de as teses neles sustentadas vincularem decisões posteriores.

Em primeiro lugar, consideraremos o grupo das premissas correspondentes à interpretação, o qual é subdividido em seis classes, quais sejam: interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica, possuindo todas elas um objetivo único: fundamentar racionalmente as interpretações conferidas aos textos normativos.

Os argumentos semânticos são utilizados para justificar, criticar ou mostrar uma interpretação admissível do texto posto. Por meio deles chega-se a conclusão de que a norma *deve, pode* ou *não pode* ser interpretada em determinado sentido.

Com fulcro no argumento genético, busca-se alcançar a *vontade do legislador*, ou seja, a intenção de seu órgão criador ao prescrever determinada norma, seja pela sua afirmação direta, seja pela determinação de um objetivo a ser alcançado por meio dela.

No argumento histórico são feitas referências à história do problema jurídico discutido com o intuito de, fazendo-se uso da experiência já vivenciada, demonstrar as razões pelas quais a norma deve ser interpretada em um ou em outro sentido, levantando-se as consequências favoráveis e desfavoráveis de cada um deles.

Os argumentos comparativos, por sua vez, ao contrário do que ordinariamente se pensa, não fazem menção a fatos já vivenciados e discutidos, mas às soluções jurídicas conferidas ao caso por outras sociedades.

Com base nos argumentos sistemáticos, busca-se estabelecer uma relação lógica entre as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico, de modo a identificar quais delas devem ser eliminadas na interpretação de determinado caso concreto, quando duas ou mais se apresentarem em contradição.

Por fim, por meio dos argumentos teleológicos, objetiva-se alcançar a finalidade da norma. Esses argumentos diferem-se dos argumentos genéticos porque não se referem à vontade de quem a editou, ou seja, à vontade do legislador, considerado como pessoa, mas às próprias finalidades prescritas objetivamente no ordenamento jurídico, a exemplo da garantia dos direitos fundamentais e dos próprios princípios constitucionais sobre os quais todo o ordenamento está pautado.

O grupo das premissas correspondentes à argumentação dogmática, em segundo lugar, é considerado, por Alexy, da mais alta importância, haja vista as funções por ela desempenhadas: função de estabilização, responsável pela fixação do sentido das decisões por um longo intervalo de tempo; função de progresso, responsável pela intensificação das discussões jurídicas; função de descarga, de modo que uma vez discutido e decidido um caso, não seja necessária a retomada de sua discussão; função técnica, no sentido de que a apresentação sistemática da matéria sirva de meio informativo para decisões futuras; função de controle, por permitir que a análise dos casos concretos seja feita com base em casos idênticos ou semelhantes decididos anteriormente, respeitando-se, dessa forma, os princípios da universalidade e da isonomia; e, por fim, função heurística, por meio da apresentação de teses que sugerem novas perguntas e redundam em novas respostas²⁴.

²⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 177.

Qualquer que seja a forma do argumento utilizado, o que importa para a atribuição de racionalidade ao discurso jurídico, é que as premissas e as conclusões neles sustentadas sejam consideradas vinculantes para as decisões posteriores. O argumento considerado correto para a resolução de determinado caso concreto deve ser o mesmo utilizado na resolução de demandas futuras, que com a primeira se apresentarem análogas ou idênticas em seus aspectos essenciais, para que seja respeitado o postulado da isonomia, introduzido na teoria da argumentação por meio dos princípios da universalidade e da generalização já descritos.

As premissas relativas ao uso obrigatório dos precedentes judiciais na argumentação jurídica, em terceiro lugar, tem por finalidade diminuir a margem das conclusões discursivamente possíveis de serem obtidas pelo julgador e, conseqüentemente, o número de decisões judiciais incompatíveis entre si. Por isso, para Alexy, quem pretende afastar um precedente ou vê-lo superado deve apresentar razões para tanto, pois a fragilização de sua força vinculativa pode resultar na quebra da racionalidade do sistema.

Ao trabalhar a argumentação com base no uso dos precedentes, o autor formula duas regras fundamentais: (1) quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo; e (2) quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação, devendo justificar o motivo de, naquele caso concreto em específico, não dever ele ser aplicado²⁵. As razões pelas quais os precedentes judiciais devem ser respeitados na argumentação jurídica serão expostas mais detalhadamente no tópico a seguir.

Em quarto lugar, temos a argumentação prática geral, cujas regras já foram expostas neste trabalho, constitui o fundamento da argumentação jurídica e elemento necessário para a fundamentação das premissas normativas, para a escolha das formas argumentativas a serem utilizadas no discurso, para a sustentação dos enunciados dogmáticos e, também, para a justificação das hipóteses de afastamento ou de superação dos precedentes fixados.

Em quinto lugar, é importante considerar a premissa referente à argumentação empírica, que pressupõe que o Direito deve admitir como válida a fundamentação interdisciplinar das soluções atribuídas aos casos concretos submetidos à sua análise. Argumenta-se que apenas a própria ciência de que a premissa seja extraída é capaz de afirmar a sua validade, ou seja, o grau de confiabilidade ou segurança que deve ser atribuído a ela pelo operador do Direito.

Nesse ponto, destaca-se a importância das regras de presunção racional, pois grande parte dos casos submetidos à jurisdição não são compostos exclusivamente por discussão de

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 270.

teses jurídicas *in abstracto*, requerendo a sua resolução uma análise minuciosa dos fatos que deram origem à causa.

Conforme alerta o autor, nos casos em que houver acordo sobre os enunciados normativos aplicáveis, a decisão dependerá unicamente da comprovação dos fatos considerados relevantes para que sobre eles seja proferido um julgamento, o que põe em relevo, sobremaneira, as regras de instrução probatória e o valor conferido a cada meio de prova pelo Direito²⁶, que será maior ou menor a depender dos elementos trazidos na argumentação empírica.

Em sexto e último lugar, por fim, as formas especiais de argumentos referem-se àquelas utilizadas especialmente na metodologia jurídica, a exemplo da analogia, do argumento *a contrario sensu*, do argumento *a fortiori* e do argumento *ad absurdum*.

Passar-se-á, como conclusão deste capítulo, a tecer algumas observações acerca do uso dos precedentes judiciais na argumentação jurídica, bem como da necessidade de serem eles considerados vinculantes para as decisões futuras, como único meio de se assegurar a racionalidade do discurso, tema central desta dissertação.

1.3 A necessidade de respeito aos precedentes judiciais como decorrência da racionalização do discurso jurídico

“Uma teoria da argumentação jurídica que não considere o papel dos precedentes omite seus aspectos essenciais”²⁷. São com essas palavras que Robert Alexy inicia sua explanação a respeito do uso dos precedentes como regra fundamental da argumentação jurídica, afirmando que a isonomia é imprescindível para assegurar a coerência e para conferir racionalidade ao discurso.

No caso especial do discurso jurídico, importa rememorar, a racionalidade do resultado da decisão é obtida mediante a conjugação de três elementos: (1) a criação estatal de normas jurídicas, (2) o procedimento argumentativo jurídico propriamente dito e (3) o processo judicial.

O primeiro deles se justifica pelo fato de o estabelecimento de normas jurídicas diminuir a margem das conclusões possíveis de serem obtidas discursivamente, limitando as

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 231.

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 267.

hipóteses argumentativas e evitando que uma proposição seja justificada por outra proposição infinitamente²⁸. A existência de normas jurídicas limita a atividade de justificação na medida em que, em determinado momento do discurso, a premissa levantada pelo falante deverá ser considerada válida – e, portanto, verdadeira –, por estar contida em um texto normativo preestabelecido.

O aumento contínuo do número de normas, porém, conforme se sabe, mostra-se insuficiente para determinar a existência de apenas uma conclusão racional para cada fato concreto possível de ser submetido à apreciação do Judiciário, pois além de não ser viável prever – e positivar – todas as questões práticas potencialmente judicializáveis, o texto normativo é constituído de palavras, revestidas, por sua própria natureza, de ambiguidade e de imprecisões, o que impossibilita, em muitos casos, a simples subsunção do fato à norma para a obtenção de uma conclusão racional, tornando impositiva a necessidade de interpretação do texto posto para que seja possível extrair dele o seu significado, ampliando ou restringindo a sua margem de incidência.

Da superação da teoria positivista pura de Kelsen²⁹, restou consagrada a necessidade de desenvolvimento de um segundo elemento apto a conferir racionalidade à decisão jurídica, haja vista que a literalidade da norma passou a ser, comprovadamente, insuficiente para se atribuir certeza ao Direito e tornar as argumentações travadas em seu âmbito racionais.

O procedimento argumentativo propriamente dito, segundo elemento indicado por Alexy como necessário à atribuição de racionalidade ao discurso jurídico, tem por objetivo selecionar, dentre as possíveis interpretações da norma, aquela que deverá ser considerada correta, servindo de norte para a atividade argumentativa.

Ocorre que esse procedimento argumentativo propriamente dito também apresenta uma limitação semelhante à descrita acima: muitas vezes é incapaz de apresentar ao intérprete uma única interpretação correta para o texto normativo incidente ao caso concreto em apreço, sendo-lhe oferecida mais de uma resposta discursivamente possível. Essa lacuna de racionalidade acaba por admitir que, no âmbito de um mesmo ordenamento jurídico, possam ser atribuídas soluções jurídicas diversas e, até mesmo, opostas, a casos análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais.

O terceiro elemento necessário ao discurso jurídico, apto a suprir essa lacuna de racionalidade, refere-se à criação do processo judicial, ou seja, de um conjunto de

²⁸ Essa situação é denominada “Dilema ou Trilema de Münchhausen”. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 179.

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 427 p.

procedimentos capaz de encaminhar a argumentação para uma única conclusão que, sendo considerada correta, deverá ser definitiva e de observância obrigatória nos julgamentos futuros. As regras processuais, ao menos teoricamente, devem estabelecer critérios para que apenas uma conclusão dentre as discursivamente possíveis seja admitida. E um desses critérios, sem dúvida, conforme amplamente demonstrado por Alexy, constitui-se justamente na imposição do respeito aos precedentes judiciais.

Resta evidente que cada um desses elementos, individualmente, não é capaz de conferir racionalidade ao discurso jurídico, sendo necessária a interconexão entre eles. De sua conjugação pode-se extrair que a única maneira de a argumentação jurídica atingir a sua finalidade de diminuir a margem das interpretações – e conclusões – discursivamente possíveis e, por consequência, o número de decisões incompatíveis entre si, é tornando obrigatória, nos atos de julgamento, a observância dos precedentes judiciais.

A decisão jurídica, para Alexy, constitui, nessa perspectiva, o resultado de um processo argumentativo regulado pelas regras da razão prática, cujo acordo é necessariamente obtido a partir da fixação de parâmetros que devem ser obrigatoriamente observados: as leis e os precedentes judiciais.

A necessidade de respeito aos precedentes, aliás, está presente como um dos fundamentos da própria teoria da argumentação prática geral, consubstanciando-se na terceira regra fundamental do discurso racional, qual seja, a de que “todo falante que aplicar um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes”³⁰.

Essa regra, conforme já demonstrado em tópico próprio, refere-se ao *princípio da universalidade*, que indica que todos os juízos de valor afirmados na análise de determinado caso devem ser aplicados a todos os outros que se lhe apresentarem idênticos em seus aspectos relevantes³¹.

Atribuir soluções diversas a casos essencialmente idênticos, sem que haja entre eles uma diferença relevante o suficiente para distingui-los, significa não apenas o rompimento da racionalidade do discurso, tornando-o desprovido de sentido, como, também, a quebra da regra de justiça, enunciada como decorrência do postulado da igualdade³².

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 187.

³¹ A dificuldade de se estabelecer a identidade entre casos diversos, já apontada por Perelman em seu tratado da argumentação, não será discutida nesse capítulo, sendo matéria reservada às disposições acerca da teoria dos precedentes judiciais, trazidas posteriormente.

³² “A regra de justiça requer a aplicação de um tratamento idêntico a seres ou a situações que são integrados numa mesma categoria. A racionalidade dessa regra e a validade que lhe reconhecem se reportam ao princípio da inércia, do qual resulta, notadamente, a importância conferida ao precedente” (PERELMAN, Chaïm;

A existência da pretensão de correção no discurso jurídico, porém, exige que exceções a esse princípio possam ser feitas, de modo que o respeito pela igualdade formal por ele indicada não signifique o engessamento do Direito ou a paralisação do processo de evolução da justiça.

A superação de um precedente faz-se necessária, por exemplo, quando os valores em que a decisão estiver pautada restarem socialmente ultrapassados ou, ainda, quando a sua aplicação a um caso concreto específico mostrar-se patentemente injusta. Do mesmo modo, se for demonstrado que o caso em apreço se distingue do caso paradigma em algum ponto essencial, a aplicação do precedente deve ser afastada pontualmente, devendo ser proferido sobre o novo caso um julgamento diferenciado.

Apesar de, em um primeiro momento, poder parecer que essas exceções violam o postulado da igualdade, isso não ocorre. O que o princípio da universalidade orienta não é que a conclusão obtida em um discurso não possa ser alterada ou afastada em determinado caso, mas apenas que essa alteração ou esse afastamento, por força do próprio postulado da isonomia, seja estendido a todos os casos subsequentes que com esse segundo se apresentarem análogos ou idênticos em seus aspectos relevantes, mantendo-se, dessa forma, o respeito ao postulado da isonomia.

Desse modo, embora seja admissível que o julgador determine a superação ou o afastamento de um precedente, lhe é exigido, nesses casos, que a exceção realizada por ele seja estendida a todos os casos que, no futuro, se lhe apresentarem análogos ou essencialmente idênticos, de modo que o novo sentido atribuído à lei, ou o raciocínio jurídico utilizado na ausência de uma norma expressa, seja, também, considerado universalmente válido³³.

Tecnicamente, pode-se afirmar que o princípio da universalidade institui o que é denominado pela doutrina de igualdade formal, não havendo que se falar em violação do postulado da isonomia pela utilização de mecanismos que visam ampliar o sentido da norma em prol de uma igualdade material, desde que esses também sejam revestidos de um regramento apto a lhes conferir racionalidade.

Como já visto, do *princípio da universalidade*, derivam o *princípio da generalização*, que determina que para que uma pessoa seja tratada de maneira distinta de outra deve haver uma razão que, necessariamente, deve ser explicitada, e o *princípio da inércia*, de Perelman,

OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 248).

³³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 221.

segundo o qual uma opinião ou uma prática aceita não pode ser abandonada sem que exista um motivo para tanto, que também deve ser explicitado³⁴.

Impõe-se, desse modo, como garantia da racionalidade do discurso, que qualquer desvio do dever de igualdade seja, obrigatoriamente, acompanhado do dever de fundamentação³⁵.

No que tange à aplicação dessa regra no discurso judicial, tem-se que quem se opõe a uma decisão já tomada – a um precedente, portanto – assume o ônus de provar as razões da necessidade de sua superação ou de seu afastamento em um caso concreto específico³⁶.

E a razão é simples. A necessidade de interpretação do texto posto trouxe consigo o receio de que os juízes, não mais vinculados exclusivamente à literalidade da lei, pudessem proferir decisões arbitrárias em todas as situações em que lhes fosse exigida uma valoração, não havendo qualquer meio de controlar, nesses casos, o sentido de suas decisões³⁷. A regra de que os juízes devem observância às decisões proferidas anteriormente sobre casos essencialmente idênticos, tem por objetivo reduzir essa margem de arbitrariedade, na medida em que qualquer desvio do dever de igualdade deve ser, obrigatoriamente, seguido do dever de fundamentação.

Partindo da corrente filosófica em que está baseada a teoria da argumentação jurídica de Alexy e reconhecendo a necessidade de respeito aos precedentes judiciais como um de seus pilares, passaremos a tecer algumas considerações a respeito de sua aplicação nos sistemas jurídicos ocidentais e, posteriormente, a estudar a aplicação da teoria do precedente

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 193.

³⁵ Nas palavras do autor, “segundo as regras de razão, todos são iguais e por isso devem apresentar-se razões para justificar um desvio dessa situação. As regras de razão fundamentam uma presunção em favor da igualdade”. É essa, aliás, a primeira regra sobre a carga da argumentação instituída por Alexy, senão vejamos: “quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente de uma pessoa *B* está obrigado a fundamentá-lo” (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 194-195).

³⁶ “É graças à *inércia* que a técnica da coisa julgada é prolongada, por assim dizer, pela técnica do precedente. A repetição do precedente só difere da continuação de um estado existente porque os fatos são encarados como algo descontínuo. Por essa óptica ligeiramente diferente, continuamos a ver a *inércia* em atividade: assim como é preciso dar a prova da utilidade de mudar um estado de coisas, é preciso dar a prova da oportunidade de mudar de conduta diante de uma situação que se repete. Nos países tradicionalistas, o precedente se torna, assim, parte integrante do sistema jurídico, um modelo do qual podemos nos prevalecer, contanto que mostremos que o caso novo se parece suficientemente com o antigo... Com efeito, o fato de praticar certos atos, trate-se de apreciações ou de decisões, é considerado um consentimento implícito para a utilização deles a título de precedentes, como uma espécie de compromisso de comportar-se da mesma maneira em situações análogas (grifo nosso) (PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 121-122).

³⁷ Existe uma discussão na doutrina acerca de o juiz criar o direito ao decidir, como decorrência de sua atividade interpretativa – valorativa, não sendo o ato decisório meramente cognitivo. Alexy é partidário dessa corrente e propõe a teoria da argumentação jurídica como instrumento de determinação da melhor interpretação dentre as possíveis e de controle da atividade jurisdicional, impondo ao juiz o dever de fundamentar racionalmente cada conclusão obtida. Não se adentrará, neste trabalho, na discussão de constituir ou não a atividade decisória ato de criação e de ser ou não o precedente judicial fonte de direito. Para aprofundamento do tema indica-se a obra de José Rogério Cruz e Tucci intitulada *Precedente judicial como fonte do Direito*.

judicial no ordenamento jurídico brasileiro, sem perder de vista as duas regras fundamentais formuladas pelo autor para conferir racionalidade ao discurso: (1) quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo; e (2) quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.

2 O RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INERENTE AOS SISTEMAS JURÍDICOS ANGLO-AMERICANO – DE TRADIÇÃO *COMMON LAW* – E CONTINENTAL-EUROPEU – DE TRADIÇÃO *CIVIL LAW*

Partindo-se da premissa de que toda e qualquer argumentação jurídica, para ser considerada racional, deve respeitar não apenas as leis, mas, também, os precedentes judiciais, passamos a analisar como os dois grandes sistemas de jurisdição do mundo ocidental, quais sejam, o anglo-americano, de tradição *common law*, e o continental-europeu, de tradição *civil law*, se desenvolveram e passaram a trabalhar o respeito aos precedentes emanados de suas cortes superiores de justiça.

Não se pretende, diante da limitação do tema deste trabalho, proceder a uma análise comparativa profunda entre os sistemas, mas apenas indicar como as diferenças no desenvolvimento de cada um deles contribuiu de forma significativa e direta com o papel desempenhado pelos órgãos de cúpula de seus respectivos poderes judiciários, bem como pela postura da magistratura como um todo em relação ao acatamento das decisões por eles emanadas.

Analisar os inúmeros modelos de organização judicial existentes no ocidente estaria completamente fora de nosso alcance, motivo pelo qual nos limitaremos a algumas considerações acerca dos modelos inglês e norte-americano, em representação ao sistema de tradição *common law*, e aos modelos francês, italiano e alemão, em representação ao sistema de tradição *civil law*, principalmente no que concerne ao funcionamento de suas supremas cortes, nos aprofundando, ato contínuo, no modelo de jurisdição brasileiro, objeto principal desta investigação.

2.1 O sistema jurídico anglo-americano – de tradição *common law*

O direito anglo-americano, de origem inglesa, nem sempre se diferenciou tanto do direito do restante da Europa ocidental. Originariamente, em todo o continente europeu predominou um sistema de regras não escritas, baseadas nos costumes das respectivas sociedades.

Os tribunais compostos por juristas profissionais somente surgiram na Europa continental nos séculos XII e XIII, a partir da organização do *Corpus Iuris Civilis*, que serviu de base para o desenvolvimento do direito romano-canônico. Nessa época, a fonte de produção do direito, no Reino Unido, já estava estabelecida e pautada na prática cotidiana e nos costumes locais, não sofrendo influência do *ius romanorum*. O direito anglicano, ao contrário do romano-canônico, não era reduzido a um conjunto de textos escritos, sendo a sua essência retirada da interpretação conferida aos costumes pelos reis e pelos juizes, sem que existisse um critério firme preestabelecido para tanto³⁸.

Foi somente a partir desse momento, em que a Europa continental passou a se utilizar das regras e procedimentos do direito romano e que a antiga Britânia resistiu à sua aceitação, que passou a existir uma diferença considerável entre seus respectivos sistemas jurídicos³⁹.

A diferença existente entre essas duas regiões a respeito da aceitação de se submeterem ao *corpus iuris* se justifica historicamente pela centralização judiciária anterior às suas formações e pela própria configuração geográfica de cada uma delas: enquanto na França, na Itália e na Alemanha, “a divisão territorial em comunas e pequenos reinos tornava indispensável recorrer ao direito romano como fonte jurídica mais aperfeiçoada, a Grã-Bretanha já tinha o seu próprio direito comum”⁴⁰.

O *common law*, como é denominado, passou a se organizar como sistema jurídico pelo registro das decisões judiciais nos *statute books*, de forma que os costumes pudessem ser reafirmados mediante a sua consulta na resolução de casos futuros, servindo de norte para a interpretação dos juizes diante de uma questão ainda não posta em juízo⁴¹.

É importante notar que cada julgamento proferido sobre um caso novo correspondia, nesse sistema, em última análise, à expressão de uma norma, haja vista que a ordem judicial contida na decisão e, portanto, as suas consequências, passariam a ser imputadas, em regra, a todos os casos idênticos ou análogos que surgissem e fossem submetidos à jurisdição. O

³⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 150-152.

³⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 150. Destaca, ainda, o autor, uma importante curiosidade que demonstra a resistência dos ingleses à utilização do direito romano na organização de sua sociedade: “Vacario, glosador civilista que imigrou para a Inglaterra, teve a ideia de fundar em Oxford uma escola de direito para estudar a compilação de Justiniano, que inclusive acabou granjeando relativo prestígio. Todavia, o rei Estéfano I (1151-1154) ordenou seu fechamento e, mais tarde, em 1234, seguindo a mesma política, um *writ* de Henrique III (1216-1272) proibiu o ensino das *leges*, isto é, do direito romano” (ibidem).

⁴⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 151.

⁴¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 152.

direito, consistente na interpretação judicial dos costumes era construído, desde o início, pelos precedentes judiciais e, ao mesmo tempo, estabelecido a partir dos mesmos.

Essa percepção, porém, levou, inicialmente, à divisão dos doutrinadores ingleses em dois grupos: aquele que acreditava ser a atividade jurídica meramente declaratória de um direito preexistente, representado por William Blackstone, e aquele que afirmava ser a decisão judicial, de fato, constitutiva de direito, liderado por Bentham e John Austin.

Em linhas gerais, a teoria declaratória afirma que o direito é anterior a qualquer decisão judicial, devendo preexistir para que um fato seja analisado juridicamente à sua luz, ou seja, para que qualquer situação fática seja apreciada juridicamente. A decisão judicial é concebida, nessa teoria, como a mera declaração, por meio do exercício da função jurisdicional, dos costumes do povo inglês. E são eles, os costumes, que constituem, essencialmente, a fonte primordial do direito, o direito natural afirmado na decisão judicial.

A teoria constitutiva, por sua vez, afirma que apesar da existência dos costumes, eles não constituem, por si mesmos, normas. Para que sua observância seja considerada obrigatória é necessária a sua afirmação por meio de uma decisão judicial, esta, sim, revestida de força cogente. Desse modo, a fonte primordial do direito é considerada a própria decisão que, fundamentada nos costumes, constitui uma norma a ser seguida.

Em que pese a divergência doutrinária existente no direito inglês, a discussão a respeito da natureza da decisão judicial não afetará o deslinde deste estudo, motivo pelo qual não nos posicionaremos a respeito de ela constituir ou não fonte de direito. É apenas a título informativo que trazemos a ideia central da teoria declaratória e da teoria constitutiva, esta preponderante nos países que seguem o sistema jurídico de tradição *common law*.

Adotando-se a teoria declaratória ou constitutiva do direito, o que importa é perceber que a observância das decisões jurídicas já prolatadas no momento de apreciação dos casos futuros é impositiva em ambas.

Isso porque se para a teoria declaratória, o direito preexiste ao ato de julgar, esse constitui norma geral e abstrata que deve ser observada por todos, não podendo sobre uns produzir determinado efeito e sobre outros efeito diverso quando, em desconformidade com os costumes – e, portanto, com o direito, – adotam a mesma conduta.

Em que pese a existência da afirmação comum de que não é possível, com base na teoria declaratória, afirmar a necessidade de observância dos precedentes judiciais, pelo fato de os costumes poderem ser interpretados em sentidos diversos pelos juízes, com ela não concordamos, pois se o direito preexiste à decisão, deve ser assegurado a todos de forma

igualitária, sendo a interpretação uniforme de seu conteúdo imprescindível para assegurar a racionalidade do sistema.

De outro lado, se para a teoria constitutiva, a própria decisão judicial consubstancia-se em lei, sendo considerada a fonte primordial do direito, essa deve ser considerada válida para todos os que estão submetidos àquela jurisdição, de modo que a regra jurídica, nela afirmada, não seja de aplicação restrita às partes do processo, ainda que os seus efeitos, em um primeiro momento, incidam somente sobre suas esferas jurídicas.

A norma construída pela sentença judicial, por sua própria natureza normativa, deve estender seus efeitos a todos os casos posteriores que com o primeiro se apresentarem idênticos em seus aspectos essenciais. É por esse motivo que a técnica de julgamento utilizada nesse sistema está pautada na necessidade de se observar os julgamentos proferidos anteriormente sobre a mesma sociedade.

O respeito aos precedentes, além de tutelar a isonomia inerente à racionalidade do sistema, assegura a manutenção dos costumes originários do povo inglês, costumes esses que constituem a base de seu direito, bem como do direito de todos os países que adotam o sistema jurídico anglo-americano, motivo pelo qual se apresenta impositivo independentemente da natureza atribuída à decisão judicial, se declaratória ou constitutiva de direito⁴².

O desenvolvimento do direito, na tradição *common law*, ocorre mediante as associações e as distinções estabelecidas entre os casos submetidos à apreciação do Judiciário, que levam à obtenção de resultados idênticos, reafirmando a regra jurídica outrora formulada, ou à atribuição de consequências distintas, dando origem a um novo precedente a ser

⁴² A percepção de que o respeito aos precedentes judiciais é ínsito ao sistema jurídico de tradição *common law*, independentemente da adoção da teoria declaratória ou constitutiva de direito, também é trazida por Marinoni sob outro ângulo: "... a verdade é que a criação judicial do direito não constitui um pressuposto para o *stare decisis*. O respeito ao passado é peculiar à teoria declaratória, com a diferença de que o precedente, ao invés de constituir, declara o direito costumeiro ou representa o próprio desenvolvimento dos costumes gerais, ou seja, o *common law*. De modo que, ainda que se admitisse a função judicial meramente declaratória, nada poderia indicar que o juiz estivesse menos disposto a respeitar o passado, assim como, mesmo que se aceitasse a criação judicial do direito, nada poderia assegurar que o juiz estaria obrigado a respeitar os precedentes. Esclareça-se que tanto a teoria declaratória quanto a teoria constitutiva foram obrigadas a admitir a revogação do precedente cujo conteúdo não pudesse ser reprisado sem gerar injustiça no caso concreto. [...] Reafirme-se que não interessa, aqui, saber qual das teorias estava certa. Os próprios partidários da teoria de que o juiz cria o direito, ao considerarem a revogação do precedente, anunciaram que, nesta hipótese, ocorreria um *remaking*. Não importa se o juiz reconstrói o direito ou declara o equívoco da primeira declaração quando uma ou outra explicação serve para justificar a revogação do precedente. De qualquer forma, ao justificarem a revogação do precedente, ambas as teorias estavam cientes do dever judicial de respeito aos precedentes. [...] Conclua-se, assim, neste tópico, que tanto a teoria declaratória quanto a teoria constitutiva se adaptam a um sistema de respeito obrigatório aos precedentes (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 49, p. 14-17, 2009).

seguido⁴³ – cujo fundamento decisório, revestido de generalidade e abstração, constitui uma nova norma jurídica propriamente dita.

O respeito ao sentido das decisões anteriores, no sistema anglo-americano, ocorreu, desde o início da organização da justiça, de forma natural, justamente por ser inerente – e imprescindível – ao seu objetivo de construir o direito a partir das decisões judiciais que afirmam, reiteradamente, a manutenção dos costumes⁴⁴.

Tanto é assim que originariamente não havia na tradição *common law* uma regra que impusesse, de forma expressa, a vinculação dos magistrados aos precedentes judiciais – tal como prevê, atualmente, a doutrina do *stare decisis* – abreviação da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”⁴⁵ –, e, apesar disso, em suas decisões frequentemente constava a ressalva de que o sentido das decisões proferidas anteriormente deveria ser seguido a fim de conferir certeza e continuidade ao direito⁴⁶.

A regra do *stare decisis*, que afirma que os juízes estão vinculados aos precedentes, embora inerente ao sistema de jurisdição tal como desenvolvido⁴⁷, somente passou a ser prevista, de forma expressa, no século XIX⁴⁸, a fim de “imprimir certeza a uma prática que durante três séculos encontrava-se ainda desordenada”: Do início da organização do sistema jurídico *common law* até o século XVIII, as coletâneas de julgados eram organizadas de forma particular pelos juízes, de modo que lhes era possível ignorar, propositadamente, a

⁴³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12.

⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 21.

⁴⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 160.

⁴⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 154. Conforme destaca o autor, “é interessante notar que na obra dos primeiros comentadores da *common law* já se manifesta preocupação com o problema de julgamentos contraditórios. Sobretudo, ‘na obra de Bracton começa a delinear-se a importância de ater-se, na decisão de casos similares, àqueles que já tinham sido antes decididos’. Chega-se mesmo a suscitar a questão da certeza do direito, quando colocada em perigo pelos juízes que decidiam desprezando o direito elaborado nos *vetera iudicia*” (ibidem, p. 153).

⁴⁷ “Esta política, designada *stare decisis*, constituiu um desenvolvimento natural do sistema inglês: já vinha se insinuando desde os primórdios do *common law*, primeiramente, quando se buscou limitar a expansão da jurisdição dos Tribunais Reais, através do Estatuto de Westminster II, de 1285, e, na sequência, quando se tentou conter o desenvolvimento da *equity*, vinculando-se a Chancelaria a (sic) suas decisões anteriores (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 21).

⁴⁸ “Ela se estabeleceu definitivamente na Inglaterra no século XIX, pela decisão do caso *London Tramways Company v. London County Council*, proferida em 1898, tendo sido atenuada em 1966, quando se admitiu que a *House of Lords*, tribunal britânico de maior hierarquia, modificasse e revogasse seus precedentes, nos termos da declaração designada *Practise Statement*, proferida pelo Lord Chancellor Gardiner” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 21-22).

existência de um julgamento anterior e proferir decisão em sentido diverso, não acolhendo o precedente⁴⁹.

A previsão expressa da regra do *stare decisis et non quieta movere* foi necessária para retomar e garantir a integridade originária do sistema, que já previa, antecipadamente, de forma implícita, o respeito aos precedentes judiciais como critério de racionalidade.

Sendo certo que os precedentes judiciais devem ser respeitados na jurisdição *common law*, passamos a descrever como esses são desenvolvidos pelas supremas cortes dos países que a adotam e, ato contínuo, como são utilizados pelos demais magistrados no ato de julgamento.

2.1.1 A técnica de julgamento com base em precedentes

2.1.1.1 A formação dos precedentes judiciais

No sistema anglo-americano, os precedentes judiciais são estabelecidos pelas cortes superiores de justiça, a *Supreme Court of the United Kingdom* – antecedida pela *House of Lords*⁵⁰ –, na Inglaterra, e a *Supreme Court*, nos Estados Unidos. Essas cortes desempenham duas funções fundamentais: o controle de legalidade das decisões proferidas pelos magistrados de seus países e, por consequência, a uniformização de suas jurisprudências.

O controle da legalidade das decisões dos magistrados é exercido por meio da análise da ocorrência de algum erro de direito no conteúdo de seus julgamentos, que, se verificado, leva à anulação ou reforma da decisão pela própria corte, que profere, em seu lugar, uma nova sentença, ou que determina que outra seja proferida em seu lugar pelo juízo de origem. Nesse caso, a função nomofilática da corte também ganha destaque, pois a partir da formulação de um novo julgamento, ocorre a definição de qual, dentre as possíveis interpretações da norma, deverá ser a considerada correta e, portanto, aplicável nas decisões posteriores.

Nesse sentido, importa destacar que as cortes superiores de justiça não apenas identificam a correta solução jurídica a ser atribuída ao caso concreto sob análise, como

⁴⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 156-157.

⁵⁰ ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta corte britânica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 186, p. 299-306, 2010.

também identifica, no mesmo ato, o sentido em que a norma deverá ser interpretada e aplicada nos casos posteriores, estabelecendo, desde logo, os critérios que os juízes deverão utilizar para o julgamento dos casos futuros que, posteriormente, se apresentarem idênticos ou análogos⁵¹.

Essa função atribuída à corte de projetar o sentido dos julgamentos futuros é denominada de *controle da legalidade futura*, sendo desempenhada por meio da técnica do *prospective overruling*. E se o seu objetivo se concretiza, a consequência não pode ser outra senão a uniformização da jurisprudência obtida pela aplicação constante dos mesmos critérios de decisão⁵².

A doutrina destaca que a legitimidade das supremas cortes desses países para estabelecer precedentes a serem seguidos por todos os membros da magistratura deriva de duas de suas características: (1) o poder que lhe é concedido para escolher os casos que serão submetidos a julgamento e (2) o número reduzido de ações selecionadas.

A primeira delas reflete-se na discricionariedade conferida a essas cortes para decidir quais os casos são considerados realmente importantes para que sobre o seu objeto seja estabelecido um precedente. A decisão acerca de a ação merecer ou não ser analisada pela Suprema Corte dos Estados Unidos – procedimento denominado *certiorari*⁵³ – não é, nem mesmo, fundamentada, o que significa que ainda que a apreciação de um caso seja negada por não ser o seu objeto considerado de repercussão nacional, ou por já existir um precedente firmado sobre sua *quaestio iuris*, entendendo a corte, no futuro, que a matéria merece ser uniformizada ou reavaliada, poderá concordar com o julgamento de um caso idêntico ou análogo, fixando sobre ele o seu entendimento.

É interessante notar que apesar de a decisão sobre quais casos serão ou não submetidos a julgamento ser discricionária e de não exigir fundamentação, as pesquisas indiciam que são três os critérios de escolha utilizados pelos *judges*: (1) necessidade de se estabelecer qual a solução correta para uma questão jurídica nova; (2) necessidade de se

⁵¹ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 94.

⁵² TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 94.

⁵³ “El *certiorari* es entonces el instrumento del cual se sirve la corte para confirmar, aclarar o modificar la interpretación de las normas del ordenamiento: si se niega el reexamen de una cuestión, significa que la corte no quiere cambiar la orientación interpretativa preexistente; si se admite, significa que la corte pretende ‘decir lo suyo’, fijando un nuevo precedente” (TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 95).

solucionar um conflito de jurisprudência travado entre tribunais inferiores; e (3) necessidade de se modificar a orientação de um precedente preexistente⁵⁴.

Conforme se nota, todos os três critérios utilizados estão voltados para a necessidade de se uniformizar o sentido dos julgamentos proferidos pelos juízos inferiores e pelas cortes de apelação, o que põe em destaque a função nomofilática da corte, que não mais se restringe ao controle de legalidade individual dos atos dos magistrados⁵⁵.

A segunda característica dessas cortes superiores de justiça, concernente ao número reduzido⁵⁶ de ações selecionadas, reflete-se na importância atribuída por toda a sociedade a esses pronunciamentos – inclusive pelos membros do próprio Poder Judiciário. A premissa de que se parte é que se a suprema corte considerou o objeto de um caso concreto específico de interesse nacional e sobre ele estabeleceu um precedente, este deve ser efetivamente respeitado e seguido por todos os juízes inferiores, que deverão aplicar a orientação firmada em todos os casos posteriores que se lhe apresentarem idênticos ou análogos.

Uma outra característica destacada pela doutrina que contribui com a legitimidade das cortes superiores de justiça dos países que seguem a tradição jurídica *common law*, para fixar os precedentes a serem seguidos por toda a magistratura é o pequeno número de juízes que as compõem. Nos Estados Unidos da América, a *Supreme Court* conta apenas com nove juízes, enquanto a *Supreme Court of the United Kingdom*, na Inglaterra, com somente doze.

Afirma-se que a composição restrita facilita a administração dos julgamentos, diminuindo o risco de conflito de entendimentos. Ademais, quando o corpo de juristas não é alterado com frequência, sendo os membros considerados vitalícios, em regra os precedentes são mantidos por longos períodos, não sendo modificados senão diante de uma razão de extrema relevância. Acredita-se que o reduzido número de juízes e de casos julgados reflete-se em uma jurisprudência acessível, estável, coerente, uniforme e, por essa razão, legítima, autorizada a exigir que seja respeitada.

⁵⁴ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 95.

⁵⁵ “As cortes britânicas, sob tal perspectiva, pautam-se sempre ‘by a consequentialist reasoning’, valorando, na fundamentação, qual solução ‘faz melhor sentido como um comando legal de abrangência geral’” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 176).

⁵⁶ “La experiencia de las cortes supremas del *common law* demuestra además que la eficacia del precedente, y por tanto su efectiva capacidad de orientar de modo uniforme las decisiones posteriores, es inversamente proporcional al número de precedentes establecidos por las mismas cortes dupremas. [...] Entonces, si el precedente es realmente eficaz, no hay necesidad alguna de decidir la misma cuestión decenas o centenares de veces: en tanto el precedente ‘vincula’, no es necesario volver continuamente sobre la misma cuestión; cuando el precedente es superado, para hacerlo basta una única decisión, ya que una única decisión es suficiente para determinar el cambio de jurisprudencia” (TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 95).

Diante do exposto, pode-se concluir que no sistema anglo-americano as cortes superiores de justiça exercem duas funções primordiais que se inter-relacionam: a de controle da legalidade das decisões dos juízes, fixando a correta aplicação da lei, e, a partir desse mesmo ato, a de uniformização dos julgamentos futuros a serem proferidos pelas instâncias inferiores.

Essa segunda função da corte é denominada *função nomofilática por precedentes* ou *função nomofilática orientada para o futuro*⁵⁷, em referência ao fato de a decisão do caso concreto sob sua análise consistir na oportunidade de ela determinar como deverão ser as normas interpretadas e aplicadas aos casos idênticos ou análogos que forem submetidos à jurisdição a partir daquele momento.

2.1.1.2 Definição de precedente judicial e de seus componentes: *ratio decidendi* e *obiter dicta*

Entende-se por precedente judicial, em sentido amplo, toda e qualquer decisão que, independentemente de um efeito vinculante impositivo, tem potencial para influenciar a solução de casos jurídicos posteriores⁵⁸.

Em sentido estrito, afirma-se que precedente é a decisão que, em razão de sua autoridade e consistência, deve ser obrigatoriamente considerada pelos demais juízes como padrão decisório de casos jurídicos futuros. Sua força impositiva assemelha-se a de uma norma jurídica, cujo comando é tipicamente geral e abstrato⁵⁹.

Pode-se dizer, a partir da unificação dos dois conceitos, que, na jurisdição *common law*, define-se precedente como toda e qualquer decisão judicial cuja essência possa – e deva – ser utilizada como tese vinculante ou como reforço argumentativo em decisões futuras de casos que a ele se apresentarem análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais.

Estabelecido o sentido em que deve ser compreendido o termo *precedente*, cumpre determinar qual dentre os seus elementos integrativos deverá ser revestido de força vinculativa, servindo de paradigma para o julgamento dos casos posteriores.

⁵⁷ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 97.

⁵⁸ “Precedent are prior decisions that function as models for later decisions” (MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: _____. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 1.

⁵⁹ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 144.

O precedente judicial é composto por duas partes: (1) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia e (2) a tese ou o princípio jurídico utilizado como fundamento da decisão⁶⁰.

A regra de direito, no sistema de tradição *common law*, é extraída da decisão judicial em concreto, por indução, a partir do afastamento das informações consideradas irrelevantes na apreciação do caso jurídico e da análise dos fatos considerados relevantes e imprescindíveis para se chegar a uma solução.

O procedimento pode ser simplificado da seguinte forma: A questão jurídica fixada no julgamento de um caso concreto, em regra, passa a constituir, imediatamente, norma jurídica geral e abstrata que, por ser revestida dessas características, deve ser observada pelas cortes de justiça inferiores e, também, pelo próprio órgão prolator da decisão, nos casos subsequentes que se apresentarem idênticos ou semelhantes com o que a originou.

Ao iniciar a apreciação do caso concreto que se lhe apresenta, o magistrado deverá identificar os fatos relevantes e a questão jurídica a ser enfrentada. Em seguida, deverá verificar se existe nas instâncias superiores algum precedente sobre o mesmo assunto. Havendo, e sendo a mesma a questão jurídica colocada, torna-se obrigatória, diante do reconhecimento da relação de identidade total, parcial ou analógica, a imposição do mesmo resultado e, portanto, das mesmas consequências jurídicas ao caso⁶¹.

Um exemplo de utilização da técnica de julgamento com base em precedentes no sistema de tradição *common law* é extraído dos casos *Donoghue v. Stevenson* e *Haseldine v. Daw*⁶². No primeiro deles, duas amigas se dirigiram a um café e pediram bebidas. Uma delas, ao entornar o restante do conteúdo de uma garrafa opaca, industrializada, no recipiente em que encontrava sua bebida, foi surpreendida pela existência de restos de cobra em decomposição no interior da garrafa, o que lhe ocasionou estado de choque e gastroenterite. Da ação ajuizada em face da companhia resultou o entendimento de que apesar da inexistência de contrato entre ela e a consumidora final, a empresa era responsável pelos defeitos existentes em seus produtos, devendo indenizá-la.

No segundo caso, um indivíduo foi prejudicado pela queda de um elevador recém reparado por uma empresa de engenharia. Embora a situação fática fosse bem diversa, sua essência era a mesma do caso anterior, consistente em dano causado em decorrência de um

⁶⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

⁶¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 23.

⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 61-62.

serviço defeituoso prestado por uma empresa. A coincidência entre o núcleo fático essencial entre as duas causas impôs que a regra jurídica fixada na primeira fosse utilizada na segunda, o que resultou na imputação ao responsável do dever de indenizar.

O resultado jurídico foi o mesmo porque, em relação ao primeiro caso, o fato de se tratar de uma fabricante de bebidas, de envolver garrafas opacas que impedem a visualização de seu conteúdo, de ter sido o produto consumido em um café, etc., era absolutamente irrelevante para a obtenção da conclusão final. O fato que merecia relevância em toda a narrativa era o de que o consumidor foi lesado pela existência de defeito no produto de determinada empresa. O raciocínio jurídico extraído do caso, que restou revestido de generalidade e abstração, foi o de que o fabricante de bens deve tomar precauções para evitar danos ao consumidor final sob pena de ter que indenizá-lo, sendo essa a regra jurídica formulada que deveria ser aplicada aos casos subsequentes que lhe fossem idênticos ou análogos.

Note-se que o raciocínio analógico foi utilizado para equiparar, no julgamento do segundo caso, o fornecimento de um produto – e a responsabilidade do fornecedor – à prestação de um serviço – e à responsabilidade do prestador, tendo sido os casos, embora distintos, considerados idênticos em seus aspectos essenciais.

A técnica de julgamento com base em precedentes do sistema anglo-americano, conforme se nota, impõe uma profunda análise fática de ambos os processos, de modo que seja possível ao magistrado realizar uma abstração progressiva da questão submetida a seu julgamento, identificando quais fatos devem ser considerados relevantes para a fixação da tese jurídica e quais não⁶³.

É o próprio magistrado que exerce o juízo de valor acerca de quais fatos devem ser considerados essenciais para que sobre eles seja proferido um julgamento. A tese jurídica afirmada com base nesses fatos selecionados constituem o que se denomina *ratio decidendi* – ou *holding* –, sendo todo o restante do conteúdo do julgamento considerado *obiter dicta*, meros dizeres de passagem.

Embora seja comum encontrar na doutrina a repetição de que a *ratio decidendi* – a parte do precedente considerada vinculante – constitui uma norma jurídica genérica e, portanto, extensível aos casos subsequentes que se apresentarem idênticos ou potencialmente semelhantes, é importante ter em mente que essa norma não é revestida de abstração

⁶³ “Fatos não falam por si. Quem os qualifica como relevantes (e, portanto, capaz de gerar consequências jurídicas) é o juiz” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 48).

suficiente para que seja considerada desvinculada dos fatos que lhe deram origem, tal como um dispositivo de lei.

A aplicação da *ratio decidendi* de um julgado a um caso subsequente impõe uma análise pormenorizada da situação fática em que cada um dos casos concretos está baseado, devendo-se rejeitar a rígida separação entre as suas questões de fato e as suas questões de direito⁶⁴, que se confundem no momento da formulação da regra jurídica a eles aplicável.

Não se quer com isso dizer, em sentido contrário ao que apregoa a maior parte da doutrina, que a parte vinculante dos precedentes não versa questões de direito, mas apenas que a regra jurídica deles extraída somente pode ser compreendida à luz dos fatos que os constituem⁶⁵.

É a partir da comparação da realidade fática do caso concreto originário com a situação que, posteriormente, for submetida à apreciação do Poder Judiciário, que o juiz determinará se o precedente – e, portanto, a regra jurídica dele extraída – deve ser ou não a ele estendida, fundamentando a sua aplicação ou o seu afastamento.

Isso porque se depois de realizar a comparação dos fatos que ensejaram o ajuizamento da demanda, o juiz perceber que existe entre eles uma diferença fundamental, que, ainda que pequena, seja relevante o suficiente para distinguir essencialmente os extratos fáticos em comparação, não deve aplicar o precedente, mas, ao contrário, deve afastá-lo.

E a razão é simples: se entre os casos existe uma diferença relevante o suficiente para ensejar uma diferença essencial entre ambos, é porque o precedente selecionado não é a ele aplicável, não podendo ser considerado, na hipótese, nem mesmo um precedente.

Nesse caso, o juiz deverá buscar nos julgamentos anteriores outra construção fático-jurídica que lhe sirva de parâmetro ou deverá aplicar a técnica de afastamento do precedente, por eles denominada de *distinguishing*, por meio da qual se destacará a diferença essencial existente entre ambos os casos e, fundamentadamente, dará início à construção de uma nova

⁶⁴ “Em primeiro lugar, deve-se rejeitar a rígida separação entre questões de fato e questões de direito. O processo judicial recai sobre o julgamento de *condutas humanas concretas*. A decisão se impõe sobre ‘determinado’ direito e não sobre uma prescrição geral e abstrata, a não ser quando se trate do controle concentrado da constitucionalidade de leis ou de atos normativos. O critério distintivo entre a *quaestio iuris* e a *quaestio facti* não é *qualitativo*, mas *quantitativo*, vale dizer, há graus de predominância de um aspecto sobre o outro, devendo-se pesar qual é o fator, jurídico ou fático, predominante sobre a questão, para então se aplicar a técnica processual relacionada à agilização da prestação jurisdicional” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 148).

⁶⁵ “Parece que os ingleses também encontram certa dificuldade em lidar com a distinção entre questões de fato e questões de direito. Tanto é assim que afirmam que um precedente é uma proposição *de direito*, não a integrando as questões de fato. Mas, de rigor, decisões precisam ser compreendidas à luz dos fatos: assim, fatos tratados como relevantes (*material*) pelo juiz são, de certo modo, parte da *ratio decidendi* (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 893, p. 37, mar. 2010).

norma jurídica aplicável, a qual será estendida a todos os casos posteriores que lhe forem essencialmente idênticos, dando origem, portanto, a um novo precedente.

Na tradição *common law*, conforme se verifica no exemplo supracitado, a vinculação de um novo caso ao precedente ocorre pela existência de uma *identidade essencial* entre eles, prescindindo da existência de uma *identidade absoluta*. No sistema anglo-americano, busca-se, na apreciação de um caso concreto, a correlação de seu núcleo jurídico com o de outro processo já julgado, em que já tenha sido firmado um precedente, ou seja, busca-se a identificação de “um núcleo pequeno, mas *fortemente significativo*, em torno do qual podem estar *atos completamente diferentes*”⁶⁶, que lhes seja comum.

E é nesse ponto que reside a dificuldade de se identificar quais os fatos do precedente deverão ser considerados relevantes para a formação da razão de decidir – *ratio decidendi* –, que será revestida de força vinculativa, e quais deverão ser considerados irrelevantes, que apenas constarão nos meros dizeres de passagem – nos *obiter dicta*.

No primeiro exemplo, do caso *Donoghue v. Stevenson*, o fato de a consumidora ser do sexo feminino, frequentar um café e tomar bebidas, assim como o de a garrafa ser opaca, de o mal ter sido provocado pela presença de restos mortais de um animal no interior do recipiente e ter resultado em estado de choque e gastroenterite, foram considerados absolutamente irrelevantes. A essência extraída de toda a narrativa foi a de que, em uma relação de consumo, o produto foi oferecido com defeito e que esse defeito provocou danos ao consumidor. A partir dessa abstração dos fatos é que foi fixada a tese jurídica aplicável ao caso: aquele que, em uma relação de consumo, oferece um produto defeituoso, deve ser responsabilizado pela composição dos danos causados ao consumidor.

No segundo exemplo, do caso *Holsedine v. Daw*, o mesmo raciocínio foi desenvolvido para selecionar que apresentavam relevância para o deslinde da causa. O fato de o consumidor ser do sexo masculino e de o dano ter sido provocado pela prestação de um serviço defeituoso por parte de uma empresa de engenharia, foi considerado irrelevante. O que foi considerado importante foi o fato de, em uma relação de consumo, o serviço ter sido prestado de forma inapropriada, com defeito, e de este ter provocado danos ao seu usuário. Sendo a essência deste caso concreto análoga a do anteriormente narrado, tornou-se impositiva a aplicação da mesma *ratio decidendi* outrora fixada, qual seja, a de que aquele que, em uma relação de consumo, presta um serviço defeituoso, deve ser responsabilizado pela composição dos danos causados ao consumidor.

⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 58.

A *ratio decidendi*, sob seu aspecto analítico, é integrada por três elementos: (1) a indicação dos fatos relevantes, (2) o raciocínio-lógico jurídico da decisão e (3) o juízo decisório⁶⁷.

Extraindo-se essa essência do julgamento – fatos relevantes, raciocínio lógico-jurídico e juízo decisório –, todos os demais elementos que compõem o precedente deverão ser considerados *obiter dicta*.

Para facilitar esse exercício seletivo pelos juízes, Eugene Wambaugh propôs, na forma de um teste – *teste de Wambaugh*⁶⁸ – que se a exclusão de determinada proposição contida no precedente não alterar a solução jurídica aplicada ao caso, deverá ser considerada *obiter dicta*, mas, se alterar, deverá ser considerada *ratio decidendi*.

Embora pareça simples, na prática, a delimitação de cada um desses elementos constitui-se em atividade complexa, haja vista que, em julgamentos não unânimes, permanecem registrados nas razões de decidir, além da tese jurídica fixada por maioria, algumas argumentações marginais, posições minoritárias de alguns juízes ou, até mesmo, algumas de suas opiniões.

Importa esclarecer que apesar desses elementos serem considerados *obiter dicta*, podem ser invocados na resolução de casos futuros como argumentos de persuasão, e, de certo modo, podem até sinalizar possível mudança de paradigma em decisões futuras⁶⁹.

2.1.1.3 A direção e a eficácia dos precedentes judiciais

A direção dos precedentes judiciais indica para quem a sua força impositiva está voltada, se para todo o corpo da magistratura ou se para apenas um grupo de juízes inferiores. A eficácia dos precedentes, em continuidade, diz respeito à capacidade que eles tem de influenciar as decisões posteriores a serem proferidas pela própria corte ou magistrado que o

⁶⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 918, abr. 2012, p. 357-358.

⁶⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 177-178.

emitiu, bem como pelos demais juízes, apresentando em alguns casos eficácia vinculante e em outros meramente persuasiva⁷⁰.

A doutrina do *stare decisis* estipula que, uma vez decidida uma questão jurídica pela suprema corte ou por um tribunal de apelação, os casos subsequentes que a ela se apresentarem análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais devem ser decididos, pelos juízes a ela ou a ele vinculados, de maneira consentânea com a decisão anterior⁷¹, respeitando-se, desse modo, a incidência vertical dos precedentes.

A direção vertical dos precedentes está diretamente relacionada com a divisão hierárquica do sistema de jurisdição em instâncias superiores e inferiores. A título ilustrativo, podemos utilizar a divisão da jurisdição federal estadunidense em três níveis: os juízos de primeira instância ou inferiores (*US District Courts*), localizados na base da pirâmide, os tribunais intermediários de apelação (*US Courts of Appeal*), em seu corpo, e a Suprema Corte (*US Supreme Court*), em seu vértice. Nessa disposição, a observância dos precedentes emanados da suprema corte são vinculantes para todos os magistrados do país, compõem eles os tribunais intermediários de apelação ou os juízos inferiores. Do mesmo modo, as decisões proferidas pelos tribunais intermediários de apelação são de observância obrigatória para os juízos de primeira instância que a eles estiverem vinculados.

Ao juiz vinculado ao órgão prolator da decisão não é indicado julgar em sentido diverso do que foi estabelecido no precedente, a fim de que prevaleça, no caso concreto sob análise, o seu próprio entendimento sobre a matéria, a não ser que nele estejam contidas peculiaridades de tamanha relevância que justifique o afastamento do precedente, ou, ainda, que o caso reflita patente necessidade de a norma jurídica ser reinterpretada de acordo com os novos valores e padrões estabelecidos socialmente⁷², hipótese esta em que, segundo entendemos, o tribunal prolator da decisão originária deveria ser instado a se manifestar.

⁷⁰ Importa observar que a doutrina mais tradicional afirma não haver sentido nessa classificação pelo fato de apenas poder ser considerado precedente, em sentido estrito, a decisão cujos fundamentos obrigatoriamente devem ser observados como paradigma nos julgamentos posteriores: “En la perspectiva de la doctrina más tradicional y rigurosa del precedente, un problema de este tipo ni siquiera se plantea: el precedente tiene eficacia jurídica vinculante para las decisiones posteriores de casos idénticos o análogos, y desde este punto de vista tiene un perfil que opera de manera igual a una norma legal; lo que no tiene esta eficacia, no es un precedente en sentido estricto” (TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 551).

⁷¹ FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 782, dez. 2000, p. 90.

⁷² TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 218, p. 100.

De outro lado, a doutrina do *common law* determina que também entre os juízes de mesmo grau de jurisdição deve haver uma espécie de vinculação, colocando em destaque a direção horizontal dos precedentes.

Afirma-se que se um juiz ou tribunal já fixou entendimento sobre a matéria em determinado sentido, os próximos magistrados a analisarem casos essencialmente idênticos devem seguir o precedente já firmado, aplicando a norma jurídica já enunciada, ainda que o tribunal prolator da decisão não represente a instância superior a que esteja vinculado.

Essa regra não é absoluta, mas, apenas, indicativa. Pretende-se compelir os juízes a optarem pela uniformidade no tratamento da matéria, atribuindo o mesmo resultado jurídico às causas que se apresentarem essencialmente idênticas ou análogas com a primeira, ainda que a decisão nela proferida não tenha sido originária de um órgão que lhe seja hierarquicamente superior. Entendendo o magistrado, porém, que a solução jurídica aplicada à questão deve ser outra, admite-se que, fundamentadamente, adote tese jurídica diversa, expressando, na decisão do caso concreto em apreço, o seu próprio entendimento sobre a matéria⁷³.

Afirma-se, genericamente, que a direção vertical dos precedentes está relacionada à sua eficácia vinculante, enquanto a direção horizontal está relacionada à sua eficácia persuasiva⁷⁴.

Há quem sustente, entretanto, que a simples redução da eficácia dos precedentes em vinculantes e não vinculantes – persuasivos – não mais se sustenta⁷⁵, haja vista que atualmente não é possível afirmar, de forma absoluta, sem que sejam ressalvadas algumas exceções, que um precedente judicial é sempre vinculante e que, por esse motivo, deve ser, em qualquer hipótese, obrigatoriamente seguido. Essa é a razão pela qual se afirma ser mais apropriado referir-se à força do precedente para indicar o grau ou a intensidade da influência que exerce na fundamentação de decisões futuras.

Ainda que a incidência do precedente seja vertical e que a sua aplicação seja impositiva, pode ser afastada pelo juiz da causa em determinadas situações, quais sejam: (1) a matéria tratada no precedente for distinta da do caso em apreciação; (2) o objeto do

⁷³ TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 218, p. 100.

⁷⁴ “Ademais, o *precedente vertical*, que vincula ou que potencia maior persuasão, é aquele que provém de corte superior em relação aos tribunais inferiores, e se distingue do *precedente horizontal*, emanado de órgão jurisdicional postado no mesmo grau hierárquico do tribunal em que se pretende fazê-lo valer. Este geralmente se delinea menos influente” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 16).

⁷⁵ TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 551-552.

precedente for limitado e não se aplicar ao caso em pauta; (3) existir no caso concreto sob análise uma peculiaridade relevante o suficiente para distingui-lo essencialmente do que constitui o precedente; (4) a rejeição do precedente ser também obrigatória em razão da regra ou do princípio em que está baseado ter sido revogado, ou pelo fato de o seu excerto, por equívoco, referir-se à *obiter dicta* e não à *ratio decidendi*⁷⁶.

Ademais, até mesmo as cortes superiores de justiça já se desobrigaram formalmente de seguir, a qualquer custo, os seus próprios precedentes, declarando estar deles desvinculadas quando se mostrarem ultrapassados⁷⁷.

De um lado, costuma-se afirmar que os juízes e os tribunais devem estar vinculados aos seus próprios precedentes para se assegurar que os casos iguais sejam tratados do mesmo modo pelos mesmos juízes. Um tribunal que sobre a mesma questão mudasse de entendimento em intervalos curtos de tempo perderia a sua autoridade e violaria, de forma patente, a garantia constitucional da igualdade concedida aos jurisdicionados.

De outro lado, é preciso admitir que em determinadas situações a mudança de orientação apresenta-se impositiva aos juízes ou aos tribunais, quando, por exemplo, a tese jurídica firmada no precedente mostra-se indiscutivelmente ultrapassada, quando são outras as condições históricas, econômicas ou sociais que influenciarem a resolução do caso concreto sob sua análise, ou, ainda, quando o caso posterior apresentar alguma peculiaridade que o distinga do paradigma e exija o afastamento da regra de direito nele prefixada sob pena de cometimento de uma injustiça⁷⁸.

Foi a ponderação dessas razões que levou à flexibilização da regra que impunha a vinculação estrita dos magistrados – ou das cortes – aos seus próprios precedentes, tendo sido mantida a ressalva de que, em razão da necessidade de se tutelar a isonomia e a segurança

⁷⁶ FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 782, dez. 2000, p. 92-93.

⁷⁷ O maior exemplo dessa desvinculação ocorreu na Inglaterra, em 1966, tendo a *House of Lords* se desincumbido do dever de aplicar um precedente seu quando entendesse que o mesmo deveria ser revisto: “*Even in England it seems that the doctrine of binding precedent is not accepted as wholeheartedly as it was some years ago. Indeed, the most objectionable part of the doctrine, the rule that the House of Lords was strictly bound by its own previous decisions, was abandoned in 1966. This did not, as one might have expected, occur by Act of Parliament or in the course of a judicial decision; instead the Lord Chancellor simply made a declaration (‘Practise Statement’) in open court in the name of all the Law Lords*” (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. Introduction to comparative law. In: VARANO, Vincenzo (org.). *Civil litigation in comparative context*. Thompson West. p. 155). “Análogamente, la Corte Suprema de los Estados Unidos selecciona rigurosamente los casos de los que quiere ocuparse, esencialmente com base en la oportunidad de crear nuevos precedentes o de proceder al *overruling* de aquellos que ya no considera válidos” (TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 565).

⁷⁸ TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 565.

jurídica, esse afastamento ou essa superação autorizada do precedente deveria ser excepcional.

É bem verdade que mesmo depois da vinculação da própria corte aos seus precedentes ter sido derogada, foram poucos os casos em que os seus posicionamentos foram revistos, mas isso ocorreu por uma questão de política, para assegurar a previsibilidade dos julgamentos aos jurisdicionados, tendo a possibilidade de revisão permanecido aberta para que a corte pudesse adequar sua jurisprudência às mutações da realidade, procedendo à evolução do direito quando entendesse ser essa necessária⁷⁹.

Desse modo, apesar de em um primeiro momento poder parecer que o autopercedente apresenta eficácia meramente persuasiva até mesmo para as cortes superiores de justiça, uma análise mais detida do tema demonstra que, ao menos nos países que seguem a tradição jurídica do *common law*, a posição assumida em relação a eles é de respeito, sendo uma preocupação constante dos operadores do direito o dever de observância da orientação de que os precedentes não devem ser frequentemente revistos.

Foi a partir da constatação de que nenhum precedente é absolutamente vinculante, apenas apresentando alguns deles maior força persuasiva do que outros, que se passou a defender a existência de uma escala composta por vários graus de eficácia atribuída a eles.

No ponto mais alto da escala, encontra-se a hipótese meramente teórica de que o juiz, ao se deparar com um caso análogo ou essencialmente idêntico a outro anteriormente julgado por uma instância superior, está absolutamente obrigado a aplicar, em seu julgamento, a tese jurídica outrora fixada, não havendo qualquer possibilidade de se desincumbir desse dever. No lado oposto, encontra-se a hipótese de que o juiz, nessa mesma situação, dispõe de total discricionariedade para decidir se aplica ou não a regra de direito firmada na decisão precedente. Entre esses dois extremos, apresentam-se três graus intermediários de eficácia⁸⁰.

O primeiro deles, mais próximo do polo que impõe com maior veemência a obrigatoriedade de o precedente ser observado, encontra-se o denominado *binding precedent*, hipótese em que o juiz se apresenta verdadeiramente vinculado ao precedente, devendo aplicar a tese jurídica nele fixada em todos os casos que se lhe apresentarem análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais, a não ser que, fundamentadamente, apresente razões de

⁷⁹ “Fala-se, na Inglaterra, que os precedentes têm uma eficácia horizontal particular diante da *House of Lords* – a partir de 1º de outubro de 2009, da *Supreme Court of the United Kingdom* –, em virtude de estes serem formalmente vinculantes, porém sujeitos ao *overruling*. Nas últimas décadas, a *House of Lords* não revogou mais de um precedente ao ano, embora tenha exercido o poder de *overruling* em casos muito importantes, tanto no âmbito do direito privado quanto no domínio do direito público” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 388-389).

⁸⁰ TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 552.

alta relevância para não segui-lo e que, além disso, o argumento utilizado por ele para afastar ou superar o precedente tenha autorização prevista no ordenamento.

O segundo grau de eficácia, denominado *defeasibly binding*, assemelha-se ao anterior pelo fato de considerar, como regra geral, a obrigatoriedade de o juiz observar o precedente, mas dele se diferencia por permitir que dele se afaste quando encontrar razões relevantes para fazê-lo, quaisquer que sejam elas, desde que fundamentadamente.

O terceiro ponto intermediário, mais próximo do que admite a discricionariedade do juiz para livremente seguir ou não o precedente, com ele quase se confunde: constitui-se na regra que considera conveniente que o juiz siga o precedente, mas, apresentando-se apenas como uma expectativa genérica, não traz qualquer consequência se não for observada, ainda que injustificadamente.

Restando demonstrado que qualquer que seja o grau de eficácia do precedente e qualquer que seja a sua direção, diante de situações excepcionais é sempre possível ao magistrado ou a corte afastá-lo ou, ainda, a essa última, superá-lo, passamos à análise dos métodos de superação e afastamento dos precedentes judiciais tais como desenvolvidos nos sistemas de tradição *common law*.

2.1.1.4 Os principais métodos de superação e afastamento dos precedentes judiciais: o *overruling* e o *distinguishing*

2.1.1.4.1 O principal método de superação dos precedentes judiciais – *overruling* – e a modulação de seus efeitos – eficácia retroativa e eficácia prospectiva

O *overruling* corresponde ao cancelamento ou à revogação total de um precedente pelo órgão que o fixou. Apesar de em um primeiro momento poder parecer que a superação de um precedente vai de encontro com os principais valores que informam a doutrina do *stare decisis*, quais sejam, a segurança jurídica e a isonomia, é preciso perceber que se a técnica for desenvolvida de forma criteriosa e embasada em razões relevantes, não representa um retrocesso, mas, ao contrário, uma contribuição com o desenvolvimento do direito.

São duas as principais razões que autorizam a superação de um precedente judicial: a existência de incongruência social e a existência de inconsistência sistêmica⁸¹. Ao lado delas deve ser perceptível, ainda, que os valores que sustentam a estabilidade da jurisdição – isonomia, proteção da confiança e vedação da surpresa injusta – justificam mais a sua revogação do que a sua preservação⁸².

A incongruência social constitui-se na incompatibilidade entre a interpretação conferida à norma jurídica e a expectativa da sociedade, não mais refletindo, nos posicionamentos adotados pelo Poder Judiciário, os padrões morais, políticos e de experiência da sociedade.

Trata-se de uma razão relevante porque ainda que a preservação dos escopos de estabilidade, regularidade e previsibilidade da técnica do *stare decisis*, clame pela manutenção do precedente e, portanto, do entendimento firmado pela corte, a grave incongruência representa uma afronta à evolução do direito e ao desenvolvimento da própria sociedade, que poderá passar a não enxergar os seus padrões morais de conduta refletidos nas decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário. Ademais, é preciso lembrar que a própria credibilidade do Poder Judiciário é dada pela “correspondência razoável entre as normas jurídicas e as normas da vida real”⁸³.

A inconsistência sistêmica, por sua vez, refere-se à grave desarmonia existente dentro de um mesmo ordenamento jurídico, em hipóteses em que o precedente está sendo afastado reiteradamente e discricionariamente pelos juízes como forma de demonstrar que o consideram injusto; em que a regra jurídica afirmada por conceitos vagos e indeterminados não oferece uma orientação segura, tornando-se inexecutável; em que há lei superveniente em sentido contrário; ou mesmo em que há alteração na filosofia jurídica da própria corte que deu origem ao precedente.

Diz-se que a inconsistência deve ser grave porque para que seja possível de ser considerada, deve assumir um relevante grau de destaque na ponderação realizada entre os elementos que constituem as razões de justiça – *substantive reasons* –, que primam pela evolução do direito, e os que integram as razões de segurança jurídica (*authority reasons*), que dão amparo à manutenção dos precedentes.

⁸¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 237.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 390.

⁸³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 237.

Referida ponderação considera pelo menos quatro indicadores⁸⁴: (1) a segurança dos jurisdicionados que confiaram na normatividade do julgamento anterior, (2) a quebra da isonomia, (3) as consequências que a medida provocará na administração da justiça e (4) o seu impacto sobre a credibilidade do tribunal. Verificado que os benefícios sociais trazidos pela mudança de entendimento são prevaletes, autorizado está o *overruling*, a superação do precedente; restando, porém, demonstrada a preponderância dos prejuízos, impositiva será a manutenção do precedente obsoleto, por ser essa a solução menos onerosa socialmente.

Desse modo, a superação de um precedente dependerá da adequada confrontação entre as razões que dão ensejo ao *overruling* e os critérios que fundamentam a estabilidade e a preservação do entendimento consolidado.

A técnica de superação dos precedentes judiciais permite à corte modular os efeitos de incidência da nova tese jurídica formulada, atribuindo à decisão eficácia temporal retroativa ou prospectiva.

A *eficácia retroativa* pode ser de dois tipos: plena ou parcial. A retroatividade *plena* determina a incidência do novo entendimento sobre todos os casos jurídicos que tratam de questões idênticas ou análogas, ou seja, tanto sobre o caso presente, quanto sobre os casos passados, inclusive aqueles que já foram definitivamente julgados, e sobre os que vierem a surgir. A retroatividade *parcial*, por sua vez, apesar de também incidir sobre os casos passados e futuros, ressalva a imutabilidade das questões já estabilizadas, ou seja, das decisões que já são consideradas definitivas pelo ordenamento ou cuja reapreciação seja vedada por alguma disposição normativa.

A *eficácia prospectiva*, por outro lado, como a própria denominação indica, determina a incidência dos efeitos do novo entendimento da corte somente para o futuro. Se a eficácia atribuída ao julgamento for *pura*, a nova norma jurídica fixada incidirá apenas sobre as novas situações fáticas que surgirem e que forem submetidas à análise do Poder Judiciário a partir da data de sua afirmação ou de determinado evento futuro prefixado, não vindo a atingir nem mesmo o caso concreto presente que levou à sua formulação. Este e todos os casos que lhe forem anteriores permanecerão regidos pelo entendimento consolidado à época. Se a eficácia prospectiva for determinada com incidência *parcial*, porém, além de a nova orientação atingir todos os casos que futuramente se apresentarem análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais com o caso jurídico sob apreço, também incidirá sobre ele⁸⁵.

⁸⁴ Ibidem, p. 238.

⁸⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 259-260.

São distintas as razões que levam a corte a optar pela realização de um *overruling* com efeitos retroativos ou com efeitos prospectivos.

A opção pela *eficácia retroativa* está fundamentada em três argumentos⁸⁶:

O primeiro deles afirma que a adoção de uma eficácia prospectiva pura, em que o novo entendimento fixado não é aplicado ao caso concreto sob a apreciação da corte, desestimula os jurisdicionados a buscar a modificação da interpretação da norma, haja vista que o acesso às instâncias recursais não lhes seria proveitoso nem mesmo se lograssem a revisão do precedente.

O segundo argumento é o de que, considerando igualmente a eficácia prospectiva pura, se os fundamentos utilizados pela corte para superar o seu próprio precedente não são extensíveis ao caso presente, não integram as suas razões de decidir, ou seja, a sua *ratio decidendi*, motivo pelo qual sua observância nas decisões futuras não seria impositiva.

O terceiro argumento utilizado é o de que a projeção dos efeitos da decisão para o futuro provoca maior instabilidade jurídica do que a sua projeção para o passado, haja vista que, por não colocarem em risco o princípio da proteção da confiança – um dos escopos da doutrina do *stare decisis* que deveriam ser sempre sopesados ao se pensar na revisão de um precedente –, abriria margem para que um maior número de revisão de precedentes fosse feito.

A opção pela *eficácia prospectiva*, por sua vez, está fundamentada em três outros argumentos que, em seu conjunto, servem para neutralizar ou, pelo menos, diminuir, a força dos que foram supratranscritos⁸⁷:

O primeiro deles afirma que é justamente pelo fato de a revisão do precedente com eficácia prospectiva não atingir os casos anteriormente julgados ou em curso que deve ser considerada mais segura, mais condizente com a doutrina do *stare decisis*, e não o contrário. Afirma-se que em casos de modificação do entendimento em razão de mutação social ou jurídica, a eficácia prospectiva possibilita a renovação da norma que se tornou obsoleta sem que essa retroaja irrestritamente, atingindo casos surgidos durante o período em que ela era adequada aos *standards* vigentes.

O segundo, por sua vez, alerta para um grave impacto possível de ser causado na administração da justiça pela reabertura dos casos julgados, se for atribuída eficácia retroativa aos novos entendimentos firmados pela corte se os casos já julgados puderem ser reabertos.

⁸⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263-264.

⁸⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 265.

O terceiro argumento, por fim, rebate a tese de que a eficácia prospectiva tem o condão de desestimular as partes a buscar a modificação de um precedente por prever que, ainda que tenha êxito em seu recurso, a nova solução jurídica não seria aplicada ao seu caso, afirmando que, ao lado da eficácia prospectiva plena está a eficácia prospectiva parcial, que impõe a aplicação do novo entendimento jurídico no julgamento da ação em que foi a necessidade da revisão foi suscitada.

Em que pese a existência dessas quatro possibilidades de modulação dos efeitos das decisões que procedem ao *overruling*, a regra geral adotada pelas supremas cortes dos países que seguem a tradição jurídica *common law* é a de que a esses julgamentos deve ser conferida a eficácia retroativa parcial, devendo a opção por qualquer outro efeito ser devidamente fundamentada na ponderação entre os fins perseguidos pela revisão do entendimento consolidado e o seu impacto sobre a segurança jurídica, isonomia e credibilidade das cortes, interesses esses tutelados pela doutrina do *stare decisis*⁸⁸.

2.1.1.4.2 O método de afastamento dos precedentes judiciais – *distinguishing*

Para que o direito possa ser desenvolvido a partir de uma cultura de precedentes, é preciso que a razão de decidir de um caso paradigma seja aplicada na solução de todos aqueles casos posteriores que a ele se mostrarem análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais. Para que essa atividade seja desenvolvida é imprescindível que as circunstâncias fáticas que deram origem ao caso paradigma e ao caso em julgamento sejam comparadas, de modo que seja possível determinar se entre eles há identidade, sendo impositiva a aplicação da regra jurídica firmada, ou não.

O método distintivo – ou *distinguishing* – corresponde à técnica de distinção entre os casos jurídicos que visa identificar se a sua subordinação a determinado precedente é impositiva. Utiliza-se o *distinguishing* para afastar um precedente vinculante ou de grande força persuasiva que à primeira vista parecia tratar fatos análogos ou essencialmente idênticos aos do caso em julgamento, mas que uma análise um pouco mais atenta demonstra a existência de peculiaridades fáticas relevantes entre um e outro, tornando inadequada a utilização do precedente como padrão de julgamento.

⁸⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 272.

A peculiaridade a que se faz referência, importa destacar, é aquela que exige a aplicação de uma tese jurídica diversa da do caso em que está contida, sob pena de cometimento de grave injustiça. Deve ser demonstrado que a relevância da peculiaridade é tamanha que permite o seu isolamento em face do precedente.

A técnica do *distinguishing*, apesar de afastar a aplicação do precedente, na verdade, atua no sentido de preservá-lo. A sua não aplicação não se fundamenta em qualquer juízo negativo acerca de seu conteúdo, mas apenas na sua inadequação para direcionar o julgamento do caso presente.

Uma observação, porém, é necessária: essa leitura de que o precedente não constitui uma *bad law*, mas, apenas, uma *inapplicable law*, deve ser revista quando seu afastamento pela comunidade jurídica se torna constante, pois essa postura revela que o seu conteúdo não está sendo aceito, perdendo naturalmente sua autoridade e credibilidade. Portanto, embora a aplicação do método distintivo, por si só, não seja capaz de revelar a fragilidade do precedente, a sua utilização reiterada pode ser indicativa de que este deve ser revisto⁸⁹.

Apesar de promover o afastamento do precedente, o *distinguishing* constitui-se somente na declaração fundamentada de que a regra jurídica nele enunciada não deve ser aplicada ao caso sob julgamento, não se prestando à posterior criação ou declaração da solução jurídica adequada pelo juiz. Após afastar a incidência do precedente, o magistrado deverá buscar no repertório de jurisprudência se algum outro caso semelhante ao que está sob sua apreciação foi julgado a fim de proceder uma nova comparação. Apenas na ausência de precedente aplicável é que passará a exercer sua própria interpretação acerca do significado dos textos constitucionais e legais e, ato contínuo, à construção da tese jurídica que servirá de base para a sua decisão.

2.2 O sistema jurídico continental-europeu - de tradição *civil law*

O sistema de jurisdição de origem continental-europeia, de tradição *civil law*, passou a se diferenciar do sistema anglo-americano inicialmente pela adoção do direito romano-canônico, cujas regras prevaleciam sobre as ditadas pelos costumes locais da época.

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 327-328.

Em um primeiro momento, tentou-se solucionar os conflitos sociais com base nos costumes da própria sociedade, orais e fundados em consensos, buscando-se garantir uma estabilidade nos processos próxima a das relações travadas entre os indivíduos.

Percebeu-se, porém, que o conflito somente passava a existir quando não mais havia consenso entre o costume aplicado, o que invalidava a própria regra de solução dos conflitos. A partir daí, foi-se afastando o conceito de costume relacionado à repetição do passado e atribuindo-se a ele o sentido afirmado pela autoridade judiciária, que passou a determinar quais as regras, de fato, deveriam ser observadas por toda a sociedade. Chegou-se a afirmar, “que uma sentença poderia ‘criar’ um costume, que se aplicaria como um verdadeiro direito a todos os habitantes, mesmo que esses pudessem ser ignorantes quanto à sua existência”⁹⁰.

A partir da centralização do poder, as sentenças passaram a ser proferidas por seu detentor, representado inicialmente pelo monarca, partindo-se dele a formulação das regras que seriam ditadas como direito, as quais passaram a ser baseadas não mais no que era concebido como costume, como moral ou como imoral pela sociedade, mas em sua própria convicção.

Essas sentenças e os demais documentos jurídicos existentes até essa época, tais como excertos de leis e textos doutrinários, passaram a ser organizados por um grupo de estudiosos da Universidade de Bolonha, no século XI, a fim de que fosse conferida coerência e harmonia a esse conjunto composto de diversas decisões sobre um mesmo assunto, as quais se mostravam, muitas vezes, contraditórias entre si.

À organização desse material foi atribuída a tão conhecida denominação de *Corpus Iuris Civilis* que, embora não compusesse, de fato, um código, apresentava a mesma intenção deste: organizar em um só documento as normas aplicáveis à sociedade a fim de conferir coerência e segurança ao primeiro esboço de um sistema jurídico⁹¹.

Até o final do século XVIII era essa a concepção de direito existente na Europa continental: um conjunto de normas ditadas pelo poder central, coincidente com a figura do monarca, que determinava, discricionariamente, que conduta estava ou não de acordo com o direito. O cenário era de insegurança, não sendo possível ao povo prever as consequências jurídicas de seus atos e, tampouco, agir com base em leis predeterminadas, pois a interpretação da norma – ou do costume – poderia ser dada em um sentido ou em outro, dependendo exclusivamente da vontade do rei.

⁹⁰ SERVERIN, Evelyne, *apud* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 22.

⁹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 24.

Com o passar do tempo, os intelectuais passaram a se debruçar sobre o *Corpus Iuris Civilis* a fim de estudá-lo e de encontrar formas de aprimorar o sistema jurídico, algumas vezes questionando a sua própria autoridade e outras desenvolvendo correntes doutrinárias sobre a aplicação de suas normas.

Apesar das tentativas de sistematização, era notória a desorganização da atividade forense desenvolvida na Europa continental, bem como a insegurança jurídica decorrente do excesso de correntes doutrinárias que serviam de fundamento das decisões, sendo possível que situações fáticas fossem julgadas de forma distintas, sendo-lhes imputadas consequências diversas e até mesmo contraditórias, a depender da vontade do julgador.

A morosidade na tramitação dos processos e a complicada organização interna dos tribunais, somadas a essa variedade de juízos, ensejava tamanho descrédito no Poder Judiciário e na prestação de justiça, que passou a ser comum, entre os intelectuais, a utilização do termo “despotismo dos tribunais” para realçar a necessidade de se promover uma profunda reforma no sistema. Buscava-se encontrar uma forma de conferir exclusivamente a uma espécie de poder legislativo popular a função de criar e interpretar as leis, que passariam a ser formuladas pelo próprio povo e não mais ditadas por um poder soberano⁹².

Desde a origem do sistema e durante a maior parte de seu desenvolvimento, o Poder Judiciário foi visto com muita desconfiança pelos jurisdicionados, tendo sido sempre taxado de arbitrário e acusado de não respeitar a isonomia, mas foi apenas no final do século XVIII que as ideias iluministas assumiram uma postura drástica frente aos abusos da monarquia, deixando de lado a postura intelectual e pacífica em relação ao arbítrio dos juízes e às demais questões políticas e passando a dar início a uma revolução propriamente dita.

O Iluminismo determinou que somente os princípios emanados do direito natural mereceriam ser consagrados em um código na forma de lei, devendo sobre eles estar pautado todo o ordenamento jurídico. Além disso, percebeu que a pluralidade de jurisdições regionais tornava o ambiente propício para a existência de interpretações divergentes sobre as mesmas disposições do direito comum, das leis, dos costumes gerais e dos estatutos particulares, sendo necessária a instituição de tribunais centralizados para a unificação do direito. O lema da revolução, no que se refere ao âmbito jurídico, era o de “um Estado, um único direito”⁹³.

No que tange especificamente à França, país sede da revolução responsável pelo momento de maior importância na história da afirmação do *civil law*, a fonte primordial do

⁹² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 190.

⁹³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 192.

direito, conforme já mencionado, não era os costumes inerentes à sociedade francesa, sendo direito considerado qualquer imposição formulada pelo centro de poder, concentrado na nobreza e no clero, a fim de proteger seus interesses e suas convicções.

Por meio da Revolução, buscou-se, de forma intensa, a transferência desse centro de poder, concentrado nas mãos do monarca – que se confundia com o Estado –, para o povo, de modo que não apenas se combateu a abusividade do direito ditado pelo rei, mas, sobretudo, transferiu-se, de forma brusca, a formulação das leis para uma espécie de assembleia legislativa, desprovendo a monarquia de qualquer poder normativo, bem como de qualquer poder jurisdicional, não mais lhe sendo possível ditar e, tampouco, afirmar, o direito.

Inspirada nas ideias de Hobbes, Rousseau e Montesquieu, a burguesia idealizou a divisão do poder, até então concentrado nas mãos da nobreza e do clero, em três funções a serem atribuídas a três diferentes órgãos: administrativa, a ser desenvolvida pelo executivo; a legislativa, a ser desempenhada por órgão de mesma nomenclatura, o legislativo; e a jurisdicional, que ficaria a cargo do Judiciário. Ocorre que apesar de se demonstrar convencida pela teoria de que essa seria a distribuição ideal das funções, a burguesia não depositava qualquer confiança no Poder Judiciário, motivo pelo qual o concebeu, de fato, sem reais poderes.

Apesar de ser conferida aos juízes a função de afirmar o direito, não lhes era permitido interpretar a lei posta conferindo-lhe qualquer juízo de valor. Com o intuito de fazer prevalecer a vontade popular – única investida de legitimidade⁹⁴ –, determinou-se que o texto de lei deveria ser aplicado às questões jurídicas em sua literalidade, de modo que a função jurisdicional ficasse restrita à delimitação do fato e a sua simples subsunção à norma, acreditando-se que essa seria a melhor maneira de se tutelar a vontade do povo transcrita na lei. Foi essa concepção de um Judiciário enrijecido que levou os juízes a serem designados tradicionalmente como *la bouche de la loi*⁹⁵.

⁹⁴ “Diante dos dogmas democráticos então consagrados ‘deveriam curvar-se todas as antigas formas de legitimidade, desde a legitimidade do direito divino à oriunda da tradição’. Assim, ‘no plano das fontes de direito, esse paradigma elevava a lei parlamentar – expressão da ‘vontade geral’ – à dignidade de fonte primeira, se não única, de direito’. Perante a lei, a jurisprudência deveria ceder, certamente para evitar qualquer dúvida quanto ao monopólio da função legislativa que deveria ser exercitada exclusivamente pelo poder legislativo, sem ingerência de qualquer outro, em particular do poder judicial” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 197).

⁹⁵ A esse respeito merecem destaque as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier: “Foi neste momento histórico, em que, como numa traição à ideia originária de dividir-se em três as funções ao poder, concebeu-se um Judiciário sem reais poderes, por desconfiança. Concebeu-se a figura do juiz como um ser inanimado, que seria “a boca da lei”. Robespierre dizia: “a palavra jurisprudência deve ser apagada da nossa língua”. Acreditava-se que, na lei, estava contida a vontade do povo e que, sendo esta literalmente respeitada, a vontade do povo seria também respeitada. As pretensões decisionistas dos tribunais, influenciadas pelo clero e pela nobreza, não deveriam mais ter lugar. Com certeza, isso foi o que Montesquieu quis dizer com a afirmação de que o terceiro

O direito positivado pela assembleia soberana pós-revolucionária rompeu com as tradições do passado e com os costumes do *Ancien Régime*, substituindo o *ius commune* por um direito nacional. A fonte primordial do direito passou a ser o texto escrito, a lei, relegando à jurisprudência, aos costumes e ao direito natural importância secundária e buscando, na anulação da atividade interpretativa do Judiciário, a garantia da previsibilidade de suas decisões e, como consequência, a segurança jurídica.

Acreditando-se que os ideais consagrados na revolução somente poderiam ser assegurados por meio das novas leis elaboradas pela assembleia, estabeleceu-se que essas deveriam ser detalhadas o suficiente para não permitir qualquer margem de interpretação aos juízes, que deveriam aplicá-las tais como estivessem escritas, afastando-se o risco de distorção de seus enunciados⁹⁶. A atividade jurisdicional deveria consistir, portanto, na simples subsunção do fato narrado à norma posta, não sendo admitido o exercício de qualquer valoração por parte dos juízes⁹⁷.

A redução – ou quase anulação – dos poderes dos juízes tornou-se necessária porque no período pré-revolucionário a magistratura demonstrou se preocupar mais em assegurar os interesses dos soberanos do que em afirmar a justiça, negando-se, muitas vezes, a aplicar as leis tais como estivessem dispostas quando essas se apresentassem desfavoráveis à situação de seus protegidos.

A fundamentação dos julgamentos, quando havia, estava na convicção pessoal dos juízes, não existindo maneira de o jurisdicionado prever e, tampouco, controlar, o sentido das decisões por eles proferidas, restando-lhe apenas o dever de cumprir as consequências que fossem imputadas às suas condutas, ainda que essas se apresentassem contraditórias com as que fossem atribuídas, em casos idênticos, a pessoas de outras classes. Pode-se dizer que os julgamentos, nessa época, recaíam mais sobre as pessoas do que sobre as suas condutas, dependendo o seu resultado do *status* de quem as tivesse praticado.

poder seria *en quelque façon nulle*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 25).

⁹⁶ “Antes da Revolução Francesa, os membros do judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade – mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 52).

⁹⁷ “A teoria de Montesquieu, no sentido de que o poder não deveria estar na mão de um só homem, somada à visão de Rousseau, no sentido de que a lei é capaz de expressar a vontade geral de uma Nação, resultaram num sistema fortemente alicerçado em bases racionais lógico-sistemáticas, cujo objetivo era conter abusos. Assim, a lei passou a ser vista como expressão legítima da vontade do povo e o juiz devia decidir com base nos textos do direito positivo e nada mais. Não se falava em interpretação. Esta palavra devia ser, como se dizia, *‘effacé de nos dictionnaires’*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 893, p. 36, mar. 2010).

Não havia, nessa época, isenção nos julgamentos. Os cargos de juiz eram comprados ou herdados⁹⁸ e eram os nobres quem lhes conferia o poder de julgar, de forma que lhes era recomendável que proferissem seus julgamentos de acordo com os interesses da classe aristocrática, interpretando as normas sempre no sentido de se manter o *status quo*, devendo as ideias progressistas ou voltadas para o desenvolvimento social trazidas pelos legisladores serem nulificadas⁹⁹.

A partir do momento em que o direito passou a ser considerado tão somente aquilo que estivesse escrito nos diplomas expedidos pelo órgão legislativo¹⁰⁰, cabendo somente a ele a interpretação da lei posta, qualquer tentativa de interpretação da norma pelos juízes passou a ser anulada pela *Cour de Cassation*¹⁰¹ com o claro objetivo de assegurar o distanciamento entre as funções desempenhadas pelos poderes legislativo e judiciário.

E se houvesse alguma dúvida a respeito da aplicabilidade da norma a determinado fato ou se essa se mostrasse obscura ou insuficiente para o julgamento do caso concreto, a jurisdição deveria reconhecer a limitação de sua atividade, remetendo a questão ao legislativo, a fim de que ele, órgão competente, pudesse exercer a *interpretação autorizada*, indicando o sentido interpretativo da norma ou suprindo a omissão legislativa.

É importante notar que toda a preocupação existente nesse momento histórico de abarcar na legislação todas as situações possíveis de ocorrerem e de serem submetidas à apreciação do Judiciário, de modo que não fosse necessário aos juízes proceder a qualquer atividade interpretativa, reflete-se no desejo de conferir uniformidade e segurança ao sistema.

O método racional concernente à subsunção lógica dos fatos à literalidade da norma – tido como suficiente à época – buscava claramente controlar o sentido das decisões proferidas pelos juízes permitindo que o resultado do julgamento fosse, de fato, extraído da norma elaborada pelos representantes do povo e, fosse, sobretudo, previsível ao jurisdicionado.

Ocorre que a ideia dos revolucionários de que seria possível positivizar todas as regras necessárias para o desenvolvimento da sociedade e para a resolução de todos os conflitos nela potencialmente existentes, mostrou-se impossível de ser concretizada.

⁹⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 149.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 49, p. 28, 2009.

¹⁰⁰ “A *jurisprudence française*, construída pelas *décisions* dos tribunais, passa a representar uma visão superada do direito. A única fonte do direito que restava era a legislação” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 202).

¹⁰¹ Órgão originariamente despidido de função jurisdicional, criado em 1790 junto ao *Code Napoleon*, para cassar as decisões dos juízes que de alguma forma interpretassem a lei posta. As hipóteses de omissão, obscuridade ou dubiedade legislativa deveriam ser submetidas à “interpretação autorizada” do parlamento.

O tempo demonstrou que a atividade legiferante seria sempre insuficiente, não sendo possível à assembleia regulamentar todos os atos do mundo da vida e, menos ainda, aos juízes oferecer uma resposta quando a situação concreta apresentada contivesse qualquer peculiaridade não prevista na literalidade do texto normativo¹⁰², pois não haveria elementos com os quais pudessem fundamentar as suas decisões. Também em caso de existência de ambiguidade, obscuridade ou omissão no texto legal, somente o poder legislativo poderia suprir a dúvida suscitada pelo magistrado.

Importa observar, aliás, que essas hipóteses em que o texto legislativo mostrava-se insuficiente, por requerer o envio da questão para a análise do legislativo, ocasionou um grave problema de morosidade no sistema de prestação de justiça, não sendo, muitas vezes, oferecida pelo Estado uma resposta à sociedade em tempo hábil¹⁰³.

A necessidade de se expandir o alcance do texto jurídico a todas questões sociais passíveis de serem jurisdicionalizadas contribuiu com o desenvolvimento da técnica de inclusão de conceitos vagos, indeterminados e cláusulas gerais na redação das leis, de forma que fosse possível ao juiz adaptá-las às situações fáticas ainda não previstas ao seu comando.

A fim de justificar as ampliações e as limitações conferidas ao texto legal, foram, ainda, introduzidos no ordenamento, por essa técnica, princípios jurídicos que, embora não previstos de forma expressa, teriam o condão de nortear o raciocínio jurídico¹⁰⁴.

O adstrição dos juízes à legalidade estrita tornou-se, ao longo do tempo, cada vez mais relativa. A fundamentação das decisões, que antes deveria fazer referência apenas ao que

¹⁰² “Se podría decir, y con razón, que esta representación de la función del juez es puramente ideológica y no corresponde a la realidad, dado que en la práctica también los jueces de sistemas de *civil law* realizan con frecuencia elecciones importantes en la interpretación y la aplicación de la ley, posiblemente en medida similar a lo que ocurre con los jueces del *common law*. En realidad, no puede negarse que esto es así, entre otras cosas porque en muchos casos es imposible decidir controversias sin una interpretación marcadamente creativa de las normas que deben ser aplicadas” (TARUFFO, Michele. Los sistemas judiciales en las tradiciones jurídicas de *civil law* e *common law*. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 88).

¹⁰³ Mas não apenas isso. A própria história demonstrou a necessidade da superação do positivismo jurídico estrito e do desenvolvimento da atividade integrativa como forma de se controlar a validade das decisões judiciais e das próprias normas contidas no ordenamento com base em um critério de justiça, sendo um bom exemplo a importância da utilização dos princípios jurídicos na consolidação da jurisprudência: “Na Alemanha, a partir dessa nova orientação, costuma-se individualizar três momentos, na história moderna do pensamento alemão, nos quais a jurisprudência passa a ser concebida como fonte originária de direito, a saber: [...] c) o derradeiro período coincide com o fim da II Guerra Mundial, e liga-se ao novo momento jus-naturalístico que caracteriza as primeiras tentativas do ideário jurídico alemão de superar a experiência fatídica advinda da ‘injustiça legal’, da ‘perversão’ do ordenamento jurídico” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 203). O Estado nazista, conforme se sabe, pautou as suas condutas, fossem elas injustas ou não, com base na lei, não havendo que se falar em antijuridicidade se analisados os textos normativos tais como dispostos.

¹⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, p. 137, jun. 2009.

estivesse expressamente disposto nas leis, passou a conter o entendimento pessoal dos juízes acerca do conteúdo delas, o que provocou grave desequilíbrio em alguns sistemas jurídicos¹⁰⁵.

A superação do positivismo estrito, ao mesmo tempo que permitiu a absorção da complexidade das sociedades modernas, não ofereceu um critério para se determinar, racionalmente, qual das interpretações possíveis de serem conferidas ao texto de lei deveria ser considerada correta, afastando-se as demais. A admissão de mais de uma conclusão possível acerca de um mesmo caso retirou do *civil law* a sua função primordial: a de conferir segurança jurídica ao jurisdicionado.

A partir desse momento, os próprios franceses foram obrigados a reconhecer que atribuir à corte de cassação a função única de anular as decisões judiciais proferidas em desconformidade com o sentido literal do texto da lei, sem que lhe fosse permitido alterar a referida decisão proferindo outra em seu lugar, era de pouca utilidade. Foi essa a razão pela qual, com o passar do tempo, sua natureza sofreu uma mutação, passando de órgão legislativo a órgão judiciário e assumindo a posição de órgão de cúpula do sistema de prestação de justiça.

Buscou-se aprimorar o sistema tornando-o mais efetivo na medida em que, além de afirmar a incorreção na interpretação da lei, permitiu-se à corte de cassação determinar, no mesmo ato, qual o dispositivo legal aplicável ou, em caso de omissão legislativa, qual a decisão a ser tomada, proferindo-a de uma vez, sem que fosse necessário remeter os autos novamente ao juiz que solicitou a sua intervenção.

A assunção da natureza jurisdicional colocou esse órgão em um patamar hierárquico diferenciado no sistema judiciário, tornando-o responsável pela correção do sentido das decisões judiciais proferidas pelos juízes ordinários. Mas não apenas isso. O reconhecimento de que todo ato de julgamento constitui, em última análise, um juízo de valor – e, portanto, uma atividade interpretativa, abriu margem para que os juízes pudessem, livremente, interpretar, por si mesmos, a norma posta, identificando o sentido de seu enunciado quando esse não se mostrasse suficiente para a realização da simples subsunção lógica do fato à norma.

Essa percepção tornou a corte de cassação também responsável por uma função ainda mais importante: a de uniformizar as interpretações conferidas aos dispositivos legais pelos

¹⁰⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, p. 137, jun. 2009.

juízes, quando não lhes fosse possível encontrar, na literalidade do texto normativo, a solução adequada para os casos concretos sob julgamento¹⁰⁶.

A partir desse momento, a corte de cassação francesa passou a desempenhar duas funções: a de controle da legalidade das decisões proferidas pelos juízes e, como consequência, ainda que primitivamente e de forma individual, a de uniformização da jurisprudência.

Conforme se nota, o novo papel atribuído à corte de conferir uniformidade às decisões judiciais somente foi possível porque se adquiriu a consciência de que mesmo a simples leitura do texto da norma implica um ato de compreensão e, portanto, abre margem para que seja interpretado em mais de um sentido, tornando-se inquestionável que o controle dessa atividade deveria ser incumbência de um órgão do próprio poder judiciário e não mais do poder legislativo¹⁰⁷.

A percepção de que impossibilitar a atividade interpretativa do juiz foi um erro e de que o direito positivo, por si só, não é suficiente para a resolução das questões que são submetidas à apreciação do Judiciário, levou os juristas ao desenvolvimento dos métodos integrativos. Atualmente, e desde há algum tempo, não é mais possível considerar a vinculação do juiz exclusivamente à letra da lei, influenciando em sua interpretação os princípios jurídicos contidos no ordenamento, os sentidos atribuídos ao seu texto pela jurisprudência, bem como o desenvolvimento da questão posta pela doutrina¹⁰⁸.

O problema é que, nos países em que não foi desenvolvido o respeito à função uniformizadora dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, ao lado da percepção de que, nos casos em que se mostrasse insuficiente, a lei deveria ceder lugar à livre interpretação judicial, desenvolveu-se o entendimento de que o juiz teria a liberdade de decidir ‘conforme sua convicção pessoal’, a respeito do sentido da regra jurídica aplicável ao caso concreto¹⁰⁹, sem que lhe fosse imputado concomitantemente o dever de observar a ciência e a técnica jurídica, que impõem, como critério de racionalidade, o respeito à isonomia, que somente pode ser concretizada mediante à observância dos precedentes judiciais¹¹⁰.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 49, p. 33, 2009.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 49, p. 33, 2009.

¹⁰⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 26-27.

¹⁰⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 27.

¹¹⁰ ALEXY, *Constitucionalismo discursivo*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 39.

A liberdade interpretativa conferida aos juízes, embora necessária, lhes foi concedida de forma desmedida, o que permitiu não apenas que juízes diferentes interpretassem um mesmo dispositivo de lei de maneira distinta, aplicando, muitas vezes, em situações idênticas, decisões diferentes com consequências completamente opostas, como, também, que mudassem de opinião sem qualquer justificativa plausível e proferissem, eles mesmos, decisões divergentes sobre a mesma questão jurídica.

A abertura do sistema, criado para ser previsível e, portanto, seguro e igualitário, levou à sua deformação, tornando-o inseguro, desigual e, sobretudo, arbitrário. Passou-se a não mais ser possível, apesar da existência da lei, prever o resultado do julgamento, dependendo o seu sentido mais da concepção pessoal do juiz a respeito do tema do que da intenção do legislador transcrita na lei.

Desse modo, se o sistema de *civil law* foi concebido justamente com o objetivo declarado de gerar segurança ao jurisdicionado, na medida em que as suas decisões seriam a eles previsíveis a partir da simples leitura do texto da lei, a partir do momento em que foi reconhecido que da lei posta poderiam ser inferidas diversas interpretações, indicando, cada uma delas, pautas de conduta diversas para os indivíduos, o próprio princípio da legalidade, que embasava a segurança do sistema, perdeu a sua razão de existir. Isso porque a legalidade estrita só tem sentido prático quando concretizada à luz da isonomia¹¹¹.

Admitir interpretações diversas de um mesmo dispositivo de lei e a imputação de consequências distintas a condutas idênticas não só compromete o princípio da igualdade, como rompe com a racionalidade e com a segurança do sistema. “É inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpretá-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados”¹¹².

A mitigação do princípio da legalidade, sem que fosse estabelecido um procedimento interpretativo racional a que os juízes estivessem obrigados a observar, significou para o sistema de tradição *civil law*, em linguagem ordinária, *um tiro no pé*. Concedeu-se aos juízes o direito de interpretar o direito posto, incutindo no ordenamento o princípio do livre convencimento motivado, sem que fosse estabelecido um procedimento interpretativo específico para tanto que fosse capaz de manter essa liberdade dentro dos limites do discurso racional.

¹¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

¹¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

Não é outra a razão pela qual Alexy estabeleceu como regra fundamental da racionalização do discurso jurídico o respeito às leis e aos precedentes judiciais: admitir a existência de mais de uma conclusão possível acerca do significado de um mesmo dispositivo de lei inserido no ordenamento afasta a racionalidade do sistema na medida em que permite o desrespeito ao postulado da isonomia. Aceitar que os juízes, amparados pelo princípio do livre convencimento motivado, não estejam obrigados a observar os precedentes judiciais, corresponde à deformação da racionalidade do discurso e a deturpação do sistema de jurisdição¹¹³, pautado no ideal da isonomia.

Ademais, somente a partir da implementação da teoria da argumentação jurídica – da teoria do discurso racional aplicada ao âmbito jurídico – é possível assegurar, por meio da regra de vinculação dos juízes aos precedentes judiciais, que lhe é inerente, a previsibilidade dos julgamentos, preocupação originária e fundamental do sistema jurídico de tradição *civil law*.

É preciso ter em mente que essa insegurança foi um, se não o principal, dos elementos que contribuíram com a mutação da natureza da corte de cassação francesa de órgão legislativo para órgão jurisdicional. Se no início do período pós-revolucionário acreditou-se que a intensa produção legislativa e a previsão expressa do maior número de situações possíveis nos dispositivos de lei era suficiente para assegurar que os julgamentos seriam proferidos conforme a vontade do povo e que esses seriam, ainda, previsíveis aos jurisdicionados, o tempo demonstrou que essa conclusão não era tão correta e, tampouco, tão óbvia assim.

Passou a ser necessário que a algum órgão fosse atribuída a função de determinar qual dentre as possíveis conclusões a respeito de uma norma deveria ser considerada correta e, ainda, a de substituir todas as decisões proferidas em sentido contrário acerca da mesma questão, primando pela uniformidade do direito, um dos principais objetivos da Revolução.

Somente a partir da percepção de que os precedentes judiciais devem ser obrigatoriamente observados é que será possível retomar a racionalidade do sistema de jurisdição. É esse o ponto a partir do qual deve-se partir a discussão a respeito da necessidade de vinculação dos juízes aos precedentes judiciais também no sistema jurídico de tradição *civil law*.

¹¹³ “O juiz deve ter como pano de fundo a regra de que só há uma decisão correta para aquele caso: trata-se de um pressuposto operativo de funcionamento ou de operabilidade do sistema” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 30).

2.2.1 A função nomofilática das cortes superiores de justiça

A função nomofilática das cortes superiores de justiça, embora hodiernamente seja frequentemente suscitada, já era enunciada, em 1920, por Calamandrei. Afirmava o autor que as cortes superiores de justiça deveriam desempenhar duas funções fundamentais: a realização do controle de legalidade das decisões proferidas pelos juízos inferiores que, pela própria distribuição do sistema de jurisdição, lhe são hierarquicamente subordinados, e, além disso – quase como consequência do desenvolvimento dessa primeira função –, o desenvolvimento de uma relativa uniformização da jurisprudência¹¹⁴.

2.2.1.1 O modelo franco-italiano

O modelo francês, adotado por grande parte dos países que seguem a tradição jurídica do *civil law*, e, em especial pela Itália, está baseado no funcionamento de sua corte de cassação. Essa corte, conforme já amplamente exposto neste trabalho, desde a sua criação, como componente do poder legislativo e, posteriormente, como órgão judiciário, desempenha, primordialmente, a função de controle da legalidade das decisões proferidas pelos magistrados, tendo procedido, no início, apenas a sua cassação e, já há algum tempo, também a sua reforma.

Ao estudar profundamente a corte de cassação, Calamandrei concluiu que a função de controle de legalidade por ela desempenhada deve resultar em dois efeitos: o de controle de legalidade propriamente dito e o de uniformização da jurisprudência dos tribunais que lhe são inferiores¹¹⁵.

¹¹⁴ “Como se sabe, Calamandrei se ocupó principalmente de la casación, pero esta definición de las funciones de una corte suprema puede extenderse no sólo a las demás cortes supremas que siguen el modelo de la casación, sino también a todas las otras cortes supremas de los ordenamientos de *civil law*” (TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 93).

¹¹⁵ “De acuerdo con una tradición que se remonta esencialmente a Calamandrei y su imprescindible estudio sobre la casación, una corte suprema desarrolla dos funciones fundamentales: en primer lugar, efectúa un control de legalidad sobre las decisiones pronunciadas por los jueces inferiores, y además opera asegurando una relativa uniformidad de la jurisprudencia, tanto la propia como la de los órganos judiciales de nivel inferior” (TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 93).

Este último efeito pode ser obtido de duas maneiras: (1) por meio da anulação e reforma das decisões individualmente, hipótese em que se considera a tese jurídica afirmada pela corte eficaz apenas para as partes do processo – eficácia *inter partes*; e (2) por meio da anulação e reforma da decisão de um caso representativo da controvérsia, selecionado pela própria corte superior, hipótese em que a tese jurídica fixada é considerada eficaz não apenas para as partes do processo, como, também, para todos os casos que se apresentarem, posteriormente, análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais com o caso paradigma – eficácia *erga omnes*.

É importante lembrar, a respeito da extensão dos efeitos da decisão proferida pela suprema corte aos casos anteriores – ou mesmo às partes do próprio caso paradigma em análise –, que essa poderá ser modulada no ato de afirmação do precedente, utilizando-se, para tanto, de técnicas semelhantes às do *prospective* e *retrospective overruling*, desenvolvidas nos sistemas de tradição *common law*.

As cortes de cassação desses da França e da Itália, porém, são marcadas por algumas características que se não impedem ao menos dificultam a produção do efeito de uniformização da jurisprudência em maior escala: o número excessivo de recursos enfrentados, o número elevado de magistrados que os apreciam e, sobretudo, os efeitos conferidos às suas decisões.

A respeito dessas duas primeiras características, cumpre estabelecer a existência de uma relação direta entre elas: Se é excessivo o número de recursos que exigem o pronunciamento da corte, também é excessivo o número de decisões por ela proferidas, o que exige, em regra, também um elevado número de magistrados para que seja possível cumprir essa função.

Na França, em cuja corte de cassação estão presentes cerca de duzentos juízes, e na Itália, cuja corte suprema conta com aproximadamente quinhentos¹¹⁶, não há nenhum filtro para o recebimento dos recursos, o que significa que anualmente adentram essas cortes milhares de processos, tornando a sua função de controle de legalidade e, sobretudo, a de uniformização da jurisprudência, penosa de serem exercidas.

Chegou-se a pensar, nesse país, em algumas soluções para tornar a atuação da corte de cassação mais efetiva, como a introdução de medidas que facilitaríamos a apreciação das questões mais simples, a exemplo do julgamento monocrático pelo relator e do julgamento por turmas formadas por três juízes. Apesar de essas medidas não servirem para resolver o

¹¹⁶ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 101-102.

problema relacionado a sua função de uniformização da jurisprudência, haja vista que nenhum efeito vinculante foi conferido a essas decisões, demonstraram ser uma tentativa de agilização do procedimento.

A situação da Itália, porém, apresenta-se mais grave, pois o direito de acesso irrestrito à sua corte de cassação decorre de norma constitucional expressa¹¹⁷, o que impossibilita a criação legal de restrições ao direito de recorrer e impede a evolução do sistema por meio de alterações na sua legislação processual.

O elevado número de juízes reflete, ainda, no maior número de opiniões exaradas nos julgamentos, abrindo margem para a fixação de teses jurídicas divergentes e de resultados distintos sobre questões semelhantes, agravando o risco de a jurisprudência se tornar ainda mais instável e incoerente.

É importante lembrar o resultado da comparação realizada pela doutrina entre a quantidade de pronunciamentos da corte em determinado período de tempo e a qualidade dos mesmos: quanto mais alto o número, mais baixa a qualidade. O argumento é o de que o número excessivo de decisões favorece a ocorrência de contradições, mudanças repentinas de orientação e graves incoerências¹¹⁸. Afirma-se que a eficácia dos precedentes é inversamente proporcional ao seu número e que é a sua quantidade limitada, que garante, nos países que seguem a tradição jurídica *common law*, a autoridade, a estabilidade e a coerência de sua jurisprudência¹¹⁹.

No que concerne à terceira característica que dificulta, quando não impede, o exercício pleno da função de uniformização da jurisprudência por essas cortes, tem-se que a extensão da tese jurídica firmada pelo órgão de cúpula somente às partes do processo merece uma releitura. O efeito *inter partes* e a análise estrita do ponto controvertido evidencia a função essencialmente privatista dessas cortes, no sentido de que sua preocupação demonstra ser

¹¹⁷ “... debe recordarse que el actual art. 111 párrafo 7 de la Constitución prevé la posibilidad de que toda sentencia sea impugnada con el recurso de casación. De allí se deriva una especie de derecho subjetivo individual, constitucionalmente garantizado, a obtener de la corte una decisión sobre cada impugnación que se proponga debidamente ante ella” (TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 102).

¹¹⁸ “Por otra parte, el número incontrolado de decisiones favorece una degeneración adicional, es decir, encontrar frecuentemente incoherencias, y a menudo evidentes contradicciones y cambios repentinos de orientación en el ámbito de la misma jurisprudencia de casación. Se trata, desafortunadamente, de fenómenos muy conocidos y frecuentes... De un lado, en realidad, no se sabe casi nunca si de verdad se ha llegado a conocer toda la jurisprudencia relevante sobre una cuestión determinada. De otro lado, con frecuencia se descubre que la jurisprudencia es incoherente y contradictoria: se tratará, entonces, de establecer si hay o no hay jurisprudencia conforme, si hay una jurisprudencia *prevaleciente*, si la jurisprudencia es *incierto*, o incluso si hay una situación de caos jurisprudencial. Estos problemas no existen, o surgen sólo en pocos casos límites, en los ordenamientos que están realmente fundados en el uso del precedente” (TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 561).

¹¹⁹ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 101.

apenas a de oferecer uma resposta às partes, encontrando uma solução jurídica exclusivamente para a controvérsia travada entre elas, enquanto o papel de um órgão de cúpula deve ser outro.

As cortes superiores de justiça, órgãos de maior hierarquia do Poder Judiciário, devem exercer as suas funções sempre no sentido mais apto para solucionar os problemas de administração da justiça. Analisar os casos individualmente, considerando que as questões jurídicas neles tratadas interessam apenas às partes neles envolvidas, representa a adoção de uma postura de órgão meramente recursal, de órgão que, na qualidade de última instância, confirmará ou proferirá a decisão definitiva acerca de uma questão já julgada sobre a qual uma das partes ainda se mostra irresignada.

A postura que se espera de uma suprema corte de justiça não é essa. É imprescindível que as suas funções sejam exercidas com viés publicista e que, pelo fato de o resultado do processo ser do interesse de todos, que a tese jurídica fixada seja considerada eficaz não apenas para as partes, mas que também sirva para influenciar a decisão de todos aqueles casos que estiverem pautados em situações fáticas análogas ou idênticas às do caso paradigma¹²⁰.

Ademais, espera-se que ela se dedique à apreciação de casos cujas matérias sejam de relevância nacional, preocupando-se em enfrentar, com tempo, todas as questões suscitadas em suas implicações jurídicas, sociais, políticas e econômicas, haja vista o impacto que a decisão causará nessas esferas quando for estendida a todos os casos subsequentes que se lhe apresentarem análogos ou idênticos.

É a análise completa e pormenorizada dos fatos e a construção de uma tese jurídica sólida que irá conferir credibilidade e legitimidade ao precedente, porém, essa análise criteriosa não será possível considerando-se o número excessivo de ações que é submetido anualmente à apreciação dessas cortes.

A realidade francesa, apesar dos problemas mencionados, apresenta-se melhor do que a italiana. Ainda que os juízes e tribunais inferiores estejam desobrigados a seguir os precedentes, atribui-se grande autoridade à decisão da corte de cassação, o que faz com que, em geral, seu sentido seja observado. Esse fato comprova a sua capacidade de, independentemente de uma prescrição normativa específica, influenciar decisões posteriores e

¹²⁰ “... o prestígio de uma corte de justiça superior sobre os tribunais que lhe são subordinados é devido a um importante fator intimamente relacionado com a atividade decisória. Não é apenas a posição hierárquica que conta, mas, sobretudo, o poder que é atribuído ao tribunal superior de fazer triunfar as próprias convicções no reexame das sentenças. Quando o tribunal inferior se submete à opinião contrária, não significa que se curva a uma força externa, mas, sim, que acata o espírito benéfico da hierarquia judiciária” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 213-214).

permite a afirmação do desempenho de uma relativa função nomofilática também por ela, que merece – e necessita de – ser desenvolvida¹²¹.

Mostra-se urgente a necessidade de o papel dessas cortes ser revisto, sendo imprescindível o desenvolvimento de uma técnica de julgamento com base em precedentes, tal como ocorreu em outros países que seguem a tradição jurídica *civil law*, a exemplo da Alemanha, como será a seguir descrito.

Não se defende a importação do modelo adotado pelo sistema jurídico anglo-americano por nenhum sistema de justiça que não tenha se desenvolvido a partir de suas matrizes, mas apenas a retomada da racionalidade por meio da evolução de seus próprios sistemas no sentido de afirmação de uma técnica de julgamento em que seja impositivo o respeito aos precedentes, tal como apregoa a teoria do discurso racional jurídico já descrita no primeiro capítulo deste trabalho.

2.2.1.2 O modelo alemão

Como indica a regra geral, a suprema corte alemã desempenha duas funções primordiais: a de controlar a legalidade das decisões dos juízes e a de unificar a jurisprudência das instâncias inferiores. Destaca-se que o desempenho dessa função uniformizadora é tido como de grande importância pela corte, ainda que sua função principal considerada pela lei seja a de última instância revisora¹²².

A corte revisora alemã, ao contrário da maior parte das cortes de justiça dos países que seguem a tradição jurídica do *civil law*, desenvolveu algumas características semelhantes às das cortes supremas dos países que seguem a tradição jurídica do *common law*, em especial a dos Estados Unidos.

Atualmente, o seu funcionamento é marcado por uma característica que contribui muito e diretamente com a sua função de unificar a jurisprudência: a corte dispõe de amplo poder discricionário para selecionar os recursos que considera importantes de serem

¹²¹ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 101.

¹²² “El *Revisiongericht* alemán era realmente – y así sigue siendo – una corte de tercera instancia, pero no hay duda de que se trata de una corte que ejerce esencialmente un control de legitimidad, sustancial y procesal, sobre la sentencia impugnada de una manera que no se diferencia en lo esencial de lo que sucede en otras cortes supremas” (TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 98).

decididos, a fim de que sobre a matéria neles tratada seja firmado um precedente. Ainda que essa discricionariedade não seja total, tal como a do *certiorari* estadunidense, sendo limitada por algumas hipóteses normativas, sua importância merece ser ressaltada diante do fato de essas terem sido formuladas com o uso de expressões elásticas, a fim de permitir a efetiva seleção de casos pela corte revisora.

Apesar de sempre ter existido uma espécie de filtro no acesso dos recursos a essa corte, a partir do ano de 2001, as hipóteses de cabimento da revisão foi racionalizada e simplificada, restando fixado que a impugnação somente seria por ela admitida em três hipóteses: (1) quando a questão jurídica controvertida fosse de fundamental importância, (2) quando a sua apreciação do caso fosse essencial para a evolução do direito, e (3) quando fosse necessário uniformizar a jurisprudência¹²³.

É importante notar que a partir da criação desse filtro, a suprema corte assumiu uma função publicista, não mais se prestando ao papel de última instância revisora acessível a todos os jurisdicionados. Não sendo mais estendido a eles um direito incondicionado de acesso à corte revisora, a verificação da correta aplicação da lei, casuisticamente, passou a representar uma função eminentemente secundária, ganhando relevo a sua atuação voltada para o interesse público: a administração global da legalidade, por meio da prolação de decisões cujos sentidos devem ser obrigatoriamente observados pelas instâncias inferiores – decisões essas que constituem, inquestionavelmente, precedentes judiciais em sentido estrito¹²⁴.

A natureza da função desempenhada pela corte suprema alemã em nenhum momento foi modificada. A corte continua responsável pelo controle de legalidade das decisões dos juízes e apenas modificou a forma de exercê-lo: ao invés de reformar cada decisão de forma isolada, ainda que tratassem da mesma matéria, passou a reformar apenas uma delas, fixando a aplicação da tese jurídica que deveria ser seguida, a partir daquele momento, por todos os demais magistrados¹²⁵.

¹²³ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 98.

¹²⁴ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 98-99.

¹²⁵ “Ya en 1920, en límpidas páginas de la *Casazione Civile*, Piero Calamandrei subrayaba que la función de nomofilaxis de la Corte de Casación había tenido que desarrollarse en conexión con la función de garantizar la uniformidad de la jurisprudencia, a través de la emanación de sentencias capaces no sólo de asegurar la interpretación exacta del Derecho, sino también de imponer esta interpretación como canon de decisión de los casos posteriores” (TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 567).

Conforme se nota, as funções atualmente exercidas por essa corte em muito se aproximam da função nomofilática por precedentes típicas das supremas cortes dos países que seguem a tradição do *common law*.

De todo o exposto, extrai-se que as cortes superiores de justiça, sejam elas de países que seguem a tradição jurídica *common law* ou de países que seguem a tradição jurídica *civil law*, estão voltadas para o controle de legalidade das decisões dos juízes e tribunais que lhes são inferiores, estando muitas delas em contínua evolução para, a partir desse controle, melhor exercerem a outra função que lhes é atribuída, a de uniformização da jurisprudência.

Reconhece-se em alguns ordenamentos de tradição *civil law*, uma tendência ao afastamento do clássico sistema franco-italiano e à aproximação do anglo-americano com vistas à racionalização das funções de suas cortes, a exemplo do promovido pelo modelo alemão, caracterizado pelo desenvolvimento da função nomofilática de sua corte, atualmente considerada uma verdadeira corte de precedentes¹²⁶.

2.2.2 A utilização dos precedentes judiciais nos julgamentos proferidos nos sistemas jurídicos de origem continental-europeia – de tradição *civil law* – em geral

2.2.2.1 Precedente e jurisprudência

A exigência de que os precedentes judiciais devem ser observados pelos magistrados também é representativa nos países de tradição *civil law*, e se há divergência acerca de sua aplicação é porque os termos da discussão estão mal colocados.

Apesar de a utilização do termo *precedente judicial* ser muito comum nos países que seguem a tradição jurídica *common law*, não trazendo os operadores do direito grandes divergências acerca de seu significado, nos países que seguem a tradição jurídica *civil law*, o ponto merece maior atenção, haja vista que muitas vezes é utilizado para fazer referência a um conjunto de julgamentos proferidos em um mesmo sentido, para referir-se a apenas um posicionamento isolado ou não de um tribunal, e outras vezes, ainda, para se fazer menção a vários julgamentos em conflito ou mesmo a uma situação de caos jurisprudencial. Diante da

¹²⁶ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 105.

existência de confusão terminológica, identificaremos a seguir em qual sentido utilizamos os termos *precedente judicial* e *jurisprudência* neste trabalho¹²⁷.

Na concepção da doutrina do *civil law*, o precedente judicial diferencia-se da jurisprudência em dois aspectos: um quantitativo e outro qualitativo¹²⁸. No que se refere ao aspecto quantitativo, o precedente está relacionado a apenas uma decisão judicial, relativa a um caso concreto específico, enquanto a jurisprudência está relacionada a um conjunto de decisões, de número incerto, relativas a várias e distintas demandas. No que se refere ao aspecto qualitativo, um único precedente judicial, por si só, apresenta-se suficiente para fundamentar a decisão a ser proferida em uma demanda posterior, enquanto se essa for fundamentada na jurisprudência, haverá a necessidade de vários julgados serem citados, não bastando ao juiz colacionar apenas um ou alguns de seus extratos.

Isso porque para o magistrado identificar se o caso concreto sob sua análise é essencialmente semelhante ao anteriormente julgado, deve proceder a uma comparação fática pormenorizada de ambos os casos a fim de determinar se a regra de direito afirmada no primeiro deve ser ou não aplicada ao segundo, caso os seus elementos essenciais se identifiquem ou se diferenciem. Se os casos concretos submetidos à comparação foram idênticos em seus aspectos essenciais, não haverá a necessidade de outros precedentes serem analisados para corroborar a extensão da conclusão jurídica obtida no primeiro caso concreto ao segundo, devendo o magistrado aplicar, de imediato, em sua decisão, a *ratio decidendi* afirmada no precedente.

A utilização da jurisprudência na fundamentação de um julgamento, ao contrário, não se dá, em sua maior parte, por meio da comparação minuciosa dos fatos do caso concreto sob a análise do magistrado com os outros já decididos, como ocorre na aplicação da técnica de julgamento com base em precedentes judiciais, mas faz referência apenas às sinopses das teses jurídicas levantadas no ato do julgamento, sem que seja realizada qualquer diferenciação entre o que foi considerado *ratio decidendi* e o que foi considerado mero *obiter dicta*.

¹²⁷ “Una primera consideración que vale la pena hacer a este propósito es que el paso de la referencia a la ‘jurisprudencia’ – la cual se da por descontada y es poco significativa para los juristas – al análisis del ‘precedente’, no implica sólo una mutación en las actitudes lingüísticas. Ocuparse del precedente en lugar de la jurisprudencia implica realmente la asunción de una orientación más analítica, interesada en profundizar los mecanismos mediante los cuales la decisión de un caso influye sobre la decisión de un caso posterior, y en indagar sus razones y justificaciones” (TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 541).

¹²⁸ TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 559.

Ademais, importa destacar que a referência ao extrato do que foi julgado é realizada de forma completamente desvinculada dos fatos afirmados no processo¹²⁹, haja vista que as ementas das decisões – que compõem, na prática, a jurisprudência –, não se prestam a trazê-los à tona, mas apenas a indicar, sucintamente, e no formato de enunciados gerais, a interpretação conferida à norma pelos magistrados¹³⁰.

Tem-se, portanto, que o precedente judicial é constituído pela integralidade da própria sentença ou do próprio acórdão judicial, enquanto a jurisprudência é formada por extratos mais ou menos sintéticos da fundamentação jurídica¹³¹, sendo essa a grande diferença qualitativa entre eles.

Essa diferenciação, conforme se nota, tem importância prática: Sendo a decisão assumida como precedente apenas uma, a sua referência permite a qualquer operador do direito identificar, com precisão, quais fatos ocorridos no mundo da vida ensejaram a aplicação da tese jurídica nele afirmada, sendo-lhes possível prever a sua reafirmação ou não em demandas futuras. A referência à jurisprudência, por sua vez, não traz ao jurista essa mesma segurança, pois o grande número de decisões compiladas – dezenas ou, até mesmo, centenas – não lhes permite identificar qual o caso concreto em específico que levou a afirmação da *ratio decidendi* que se pretende estender ao julgamento presente e aos casos futuros.

E é por isso que acreditamos que se há divergência acerca da necessidade de se incluir a análise dos precedentes na técnica de julgamento dos países de tradição *civil law* é porque os termos estão mal colocados. Dificilmente alguma voz se levantaria contra a afirmação do

¹²⁹ “These headnotes present a very brief and abstract version of the essential legal proposition basic to the court decision but they omit the underlying facts or only hint at them and never give the reasoning on which the decision was founded. Common Law countries also have these ‘headnotes’ but they serve the judge only as a preliminary indication of the probable content of the decision which follows and never as a substitute for its investigation in detail. On the Continent, on the other hand, these headnotes, pried loose from their roots in the facts, are often treated as independent polished formulas and used in legal practise much as if they were statutory rules” (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. Introduction to comparative law. In: VARANO, Vincenzo (org.). *Civil litigation in comparative context*. Thompson West. p. 159).

¹³⁰ A respeito da forma como as ementas são formuladas e da repercussão do problema na utilização da jurisprudência na fundamentação dos julgamentos, importa a leitura da crítica formulada por Michele Taruffo: “Además, y se trata tal vez del inconveniente más importante, usualmente se formulan como máximas todas las enunciaciones jurídicas de principio que se contienen en lamotivación de la sentencia, con independencia de que se trate de *rationes decidendi* o de *obiter dicta*. Ésta es la razón por la cual existen miles de máximas repetitivas y transmitidas acriticamente. Pero ésta es, sobre todo, la vía mediante la cual los *obiter dicta* pueden adquirir la misma eficacia de precedente que se reconoce a las *rationes decidendi*. En realidad, es la máxima en cuanto enuncie la efectiva *ratio* de la decisión precedente. *La conclusión paradójica es que quien define el precedente no es la Corte de Casación, y ni siquiera el juez del caso posterior, sino el Ufficio del Massimario*” (grifo nosso) (TARUFFO, Michele, TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 549).

¹³¹ TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 560.

princípio da igualdade, defendendo que a casos comprovadamente análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais deveriam ser atribuídas consequências jurídicas distintas ou, até mesmo, opostas.

O que se critica é que as regras de direito aplicadas a um conjunto de casos seja estendida a um caso posterior sem que haja a necessária comparação dos fatos que ensejaram o ajuizamento de cada uma dessas ações, ou seja, sem que haja certeza de que os casos em apreço são realmente análogos ou idênticos. O que se critica, em outras palavras, é a forma como a jurisprudência vem sendo utilizada nos julgamentos e não a correta utilização do precedente judicial propriamente dito.

2.2.2.2 A eficácia da jurisprudência

Entende-se por eficácia da jurisprudência a intensidade de seu poder de influência sobre as decisões posteriores a serem proferidas pela própria corte bem como pelos demais magistrados em casos análogos ou idênticos com os presentes nesse conjunto de julgados.

É comum encontrar na doutrina a afirmação de que nos países de tradição jurídica *civil law* os precedentes judiciais apresentam eficácia meramente persuasiva, enquanto nos países de tradição jurídica *common law*, os precedentes judiciais apresentam eficácia vinculante.

Essa clássica diferenciação, conforme já mencionado neste trabalho, encontra-se superada¹³² pelo fato de não ser possível identificar nos ordenamentos ou em suas práticas jurídicas algum precedente que seja absolutamente vinculante, cuja aplicação, em qualquer hipótese, seja obrigatória, não comportando exceções.

Afirma-se, por essa razão, ser mais correta a utilização de expressões relacionadas aos diferentes graus de influência exercidos pelos precedentes do que a sua simples diferenciação entre vinculantes e persuasivos, haja vista que, ainda que exercendo graus de influência diversos, todos se enquadrariam nessa segunda classificação.

Nesses termos, ao considerar uma decisão judicial, a doutrina majoritária afirma que essa pode apresentar diversos graus de intensidade persuasiva – ou de vinculatividade – a depender do sistema jurídico de que fizer parte, da matéria por ela tratada, do nível hierárquico de seu órgão prolator e da necessidade de se promover a unificação da

¹³² TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 551-552.

jurisprudência, podendo ser agrupadas em três categorias principais: (1) precedentes com eficácia normativa, (2) precedentes com eficácia impositiva intermediária e (3) precedentes com eficácia meramente persuasiva¹³³.

Importa destacar que essa classificação mais simplificada em três categorias é trazida pela doutrina da tradição *civil law*, existindo na doutrina do *common law* algumas outras categorias intermediárias dentre essas, a exemplo das descritas no tópico anterior dedicado à eficácia dos precedentes nos sistemas anglo-americanos, em que estes são trabalhados de forma mais aprofundada e detalhada por constituírem a fonte primordial de desenvolvimento de seu direito.

A primeira das categorias supracitadas, referente aos precedentes com eficácia normativa, comporta aquelas decisões cujo sentido deverá ser obrigatoriamente observado pelos demais juízos em todas os casos posteriores que se apresentarem idênticos ou análogos. Os efeitos dessas decisões transcendem, pois, ao caso concreto, incidindo sobre todas as situações jurídicas que apresentarem o mesmo substrato fático.

Afirma-se que possuem eficácia normativa pelo fato de se assemelharem à lei em dois aspectos: seu comando é revestido de generalidade, devendo ser estendido a outros casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, e a sua não observância pelos operadores do direito pode sujeitá-los a sanções.

Em extremo oposto, a terceira das categorias, concernente aos precedentes com eficácia meramente persuasiva, é composta por aquelas decisões utilizadas nas peças jurídicas apenas para alertar o magistrado da existência de um precedente, persuadindo-o a adotar o mesmo entendimento nele fixado, ou para o próprio magistrado reforçar a tese jurídica aplicada em seu julgamento, sem que exista, porém, para os operadores do direito, qualquer obrigação de segui-lo. O precedente, nesse caso, constitui apenas um meio de persuasão, sendo completamente despido de vinculatividade. Essa é a regra nos sistemas jurídicos de tradição *civil law*.

Afirma-se que quando o precedente meramente persuasivo é constantemente reiterado, dá origem à formação de uma *jurisprudência dominante*, que apesar de não constituir, no sistema de tradição *civil law*, fonte formal do direito, no entendimento de alguns constitui fonte real¹³⁴. Com a devida vênia, ousamos discordar. Acreditamos que para que seja admitida a

¹³³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 62.

¹³⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 64.

consideração jurídica de um *precedente de facto*, deve-se, antes, admitir o costume como fonte primária do direito.

Por fim, no que tange à segunda categoria, que diz respeito aos precedentes com eficácia impositiva intermediária, tem-se a conformação de um conjunto residual de precedentes, que não apresenta força persuasiva suficiente para que sua eficácia seja considerada normativa, mas que, tampouco, mostram-se frágeis a ponto de ser afastada a obrigação de que sejam observados.

Nessa hipótese, ainda que não exista uma norma que imponha a observância desses precedentes, existe uma indicação de que o seu respeito é válido, de modo que, se ignorado e proferida decisão diversa em caso cuja matéria seja a mesma nele tratada, provavelmente essa decisão será revista, bastando, para tanto, a interposição de recurso.

Aduz-se, ainda, que a eficácia impositiva intermediária dessas decisões pode ser demonstrada pelo fato de o próprio ordenamento autorizar, em caso de aplicação da tese jurídica nelas afirmadas, que a fundamentação do julgado seja sucinta, bastando citá-las para enriquecê-lo, e em caso de não aplicação, que a interposição de recurso seja facilitada.

É o que ocorre em relação à jurisprudência dominante, por exemplo, em alguns países, que reconhecem uma certa força impositiva nos entendimentos consagrados pelos tribunais, seja pelo fato desse ter alcançado um alto grau de estabilidade, seja pela necessidade de se promover a uniformização das decisões judiciais¹³⁵.

A nosso sentir, em que pese a autoridade das vozes que se levantam em sentido contrário, é possível – e necessário – simplificar o debate, adotando-se, para tanto, a classificação originária dos precedentes em *vinculantes* e *persuasivos*.

Entendemos que o fato de um precedente considerado por essa classificação como vinculante poder, em algum momento, ser afastado ou revisto, não lhe retira a obrigatoriedade de ser observado por todos os juízos – inclusive pelo que o emitiu –, constituindo essa apenas uma exceção que para que seja levada a termo deva ser amplamente fundamentada. Admitir o *overruling*, pois, não seria uma razão suficiente para descaracterizar a sua vinculatividade¹³⁶.

Por essa razão, consideraremos, para fins deste trabalho, que o precedente judicial é vinculante quando sua observância for obrigatória para os juízos que se encontram em patamar hierárquico inferior ao do órgão que o emitiu, equiparando-se na classificação

¹³⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 65.

¹³⁶ “Essa ideia de ‘*qualified doctrine of horizontal bindingness*’ decorre da circunstância de não se ter claro que a eficácia vinculante ou obrigatória não é incompatível com o *overruling*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 389).

tripartite acima descrita aos precedentes com eficácia normativa. De outro lado, consideraremos o precedente judicial persuasivo quando for permitido aos juízos dele se afastarem, ainda que se encontrarem vinculados ao tribunal que o emitiu, comportando as outras duas categorias descritas na referida classificação, quais sejam, a dos precedentes com eficácia impositiva intermediária e a dos precedentes com eficácia meramente persuasiva.

Feitas essas considerações, passamos a análise do atual funcionamento da suprema corte do Brasil a fim de demonstrar como o sistema tem evoluído para a implantação de uma técnica de julgamento com base em precedentes em nosso país.

3 O DESENVOLVIMENTO DA TÉCNICA DE JULGAMENTO COM BASE EM PRECEDENTES NO BRASIL

3.1 O Supremo Tribunal Federal e o efeito vinculante de suas decisões

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, é marcado por algumas características que ora o aproximam mais dos modelos das supremas cortes dos países que seguem a tradição jurídica do *common law*, ora das supremas cortes que, apesar de estarem inseridas no sistema jurídico *civil law*, em certa medida já se afastaram da clássica forma estabelecida pelas cortes de cassação típicas do modelo franco-italiano¹³⁷. São elas: o número reduzido de juízes em sua composição; a seleção discricionária dos casos que serão por ela admitidos e, ato contínuo, submetidos ao seu julgamento; e o efeito vinculante conferido às suas decisões.

Cada uma dessas características será tratada, a seguir, individualmente.

3.1.1 Composição

No que concerne à primeira característica elencada, a composição da Suprema Corte apresenta-se bem restrita, sendo ela composta por apenas onze ministros¹³⁸, que permanecem atuantes no órgão até completarem a idade de setenta anos, em que são aposentados compulsoriamente.

¹³⁷ “... debe tenerse en cuenta que en los ordenamientos del *civil law* surge una tendencia bastante evidente a la cual son ajenos los ordenamientos francés e italiano, pero que está presente en otros muchos ordenamientos. Esta tendencia se expresa de manera muy interesante – como se ha dicho más arriba – en el sistema alemán, en el que el *Revisiongericht* desempeña una función de nomofilaxis ciertamente comparable a la que desempeñan las otras cortes supremas constitucionales, pero se configura también, sin duda, como una verdadera ‘corte del precedente’” (TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 104-105).

¹³⁸ Art. 101, *caput*, CF. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Conforme já descrito neste trabalho, nos tópicos específicos sobre a composição e atuação das cortes superiores de justiça anglo-americana e franco-italiana, a corte francesa conta com, aproximadamente, duzentos juízes, a corte italiana com, aproximadamente, quinhentos, enquanto a corte americana conta com apenas nove.

Importa notar que o número de magistrados que compõe a Suprema Corte está normalmente relacionado à quantidade de ações e recursos que são submetidos à sua apreciação. Uma maior quantidade de ações e recursos, para que seja julgada em tempo hábil – ou para que seja possível de ser julgada –, depende de um maior número de magistrados com essa atribuição. A experiência demonstrou, porém, que o aumento do número de magistrados na Suprema Corte de um país, apesar de aparentemente acelerar a prestação da justiça, constitui medida mais desfavorável do que benéfica, pois aumenta a possibilidade de divergência nos julgamentos. O aumento do número de juízes é inversamente proporcional à estabilidade da jurisprudência da corte.

Além do número reduzido de juízes, a vitaliciedade conferida aos ministros pelo ordenamento brasileiro também demonstra uma tentativa de conferir estabilidade à jurisprudência da corte, no sentido de fazer com que a sua composição permaneça a mesma por um longo período de tempo. Sabe-se que o objetivo principal dessa medida consiste na afirmação da garantia da independência dos magistrados, que não devem temer pela perda do cargo ao proferirem suas decisões em um ou em outro sentido, a favor ou contra determinada parte, porém, é importante destacar que para efeito de se tentar assegurar a estabilidade da jurisprudência, o seu efeito secundário apresenta grande relevância.

A respeito da composição do Supremo Tribunal Federal, importa destacar, ainda, que, à semelhança do modelo jurídico de tradição *common law*, os nossos ministros são indicados livremente pelo presidente da República e por ele nomeados após a indicação ser aprovada pelo Senado Federal¹³⁹. A livre nomeação permite que ao proferir uma decisão, os ministros considerem, além das questões jurídicas propriamente ditas, suas reflexões sociais e econômicas, considerando o seu viés político. A indicação ganha relevância pelo fato de esse viés ser inevitavelmente influenciado pela orientação política do próprio ministro indicado e do presidente que o nomeou, se mais conservadora ou mais liberal, se mais ou menos garantista.

Apesar de em um primeiro momento parecer estranha a necessidade de se permitir a influência de um poder sobre o outro, indicando que o Poder Judiciário deveria adotar

¹³⁹ Art. 101, parágrafo único, CF. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

posturas estritamente jurídicas, desvinculadas de qualquer outra influência, a razão já demonstrou que não é possível pensar o direito desvinculado das outras ciências humanas, dentre as quais se encontram a economia, a sociologia e a política, motivo pelo qual se considera não apenas legítima, como, também, salutar, essa forma de acesso à Suprema Corte¹⁴⁰.

Conforme se nota, apesar de o sistema jurídico brasileiro seguir a tradição *civil law*, a composição de sua corte por um número reduzido de ministros vitalícios e a forma de nomeação dos mesmos mais se aproximam da tradição *common law*.

Entendendo ser a composição reduzida mais salutar para o desenvolvimento das atividades da Suprema Corte, necessário foi encontrar um meio para se reduzir drasticamente o número de demandas que eram direcionadas a ela, não se mostrando a delimitação de sua competência pelo texto constitucional suficiente, diante da abrangência das questões elencadas.

A partir da entrada em vigor da emenda constitucional n.º 45¹⁴¹, que tratou da reforma do Poder Judiciário, no ano de 2004, e, principalmente, a partir da promulgação da lei n.º 11.418¹⁴², no ano de 2006, foi possível reduzir o número de ações que teriam os seus objetos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, ficando estabelecido que apenas aquelas cujos julgamentos definitivamente fossem de interesse geral deveriam ser por ele julgadas. A seguir, passaremos à análise dessa restrição.

3.1.2 A seleção dos casos que serão submetidos ao julgamento do Supremo Tribunal Federal

No que diz respeito à segunda característica, referente à possibilidade de a Suprema Corte selecionar quais os recursos serão submetidos ao seu julgamento, por sua vez, importa

¹⁴⁰ Não se pretende, com essa afirmação, defender o proferimento de julgamentos parciais, em defesa de um ou outro partido a que o presidente esteja vinculado, mas, apenas, esclarecer que a livre nomeação pode atender mais ao interesse nacional do que o estabelecimento de um plano de carreira para a magistratura que garante o acesso dos juízes, em algum momento, à Suprema Corte. Este trabalho, porém, diante de sua limitação, não comporta qualquer aprofundamento sobre a questão.

¹⁴¹ Referida emenda incluiu o parágrafo 3º no inciso II do artigo 101 do texto constitucional, com a seguinte redação: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

¹⁴² Essa lei introduziu os artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil, que tratam do procedimento relativo ao preenchimento do requisito da repercussão geral. A questão será abordada mais detalhadamente no tópico relativo ao controle de constitucionalidade difuso.

esclarecer que atualmente o Supremo Tribunal Federal já não aprecia, na qualidade de instância recursal excepcional, todos os recursos extraordinários que lhe são encaminhados, mas apenas os que, além de tratarem de matéria de sua competência, em sua concepção veicularem matéria de *repercussão geral*, cujo julgamento apresente relevantes implicações econômicas, políticas, sociais ou jurídicas que sejam de interesse geral.

O objeto dessas questões aproxima-se do requisito de demonstração da *importância fundamental*¹⁴³ exigido pela corte de revisão alemã para que os recursos sejam examinados por ela. A matéria controvertida, nesse caso, deve refletir uma boa oportunidade para a corte formular uma norma geral capaz de promover a uniformização dos julgamentos futuros e para promover o desenvolvimento do direito. Selecionam-se os casos sobre os quais, considerando-se o dever de se primar pela boa administração da justiça, seja interessante fixar um precedente.

No mesmo sentido, guardadas as devidas peculiaridades de cada sistema jurídico, essa seleção discricionária efetuada sobre os recursos também é representativa nos Estados Unidos da América, cuja suprema corte, por meio do *writ of certiorari*, decide – sem que para tanto lhe seja exigido qualquer tipo de fundamentação – quais casos apresentam *sufficient public importance* para que sejam apreciados por ela, e quais não¹⁴⁴.

A introdução desse novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário foi necessária para que o Supremo Tribunal Federal pudesse se dedicar a apreciação de um menor número de recursos, reservando-se no direito de analisar tão somente aquelas questões que fossem de interesse de toda a sociedade. Para tanto, foi necessário afastar-se de uma postura meramente privatista e assumir a postura publicista esperada de uma suprema corte de justiça.

As cortes superiores de justiça, conforme já demonstrado em tópico próprio, devem voltar as suas atividades para a solução de questões cujos resultados sejam do interesse de todos. Essas questões, complexas que são, exigem que as suas implicações jurídicas, sociais, políticas e econômicas sejam consideradas no julgamento, diante o impacto de seu resultado em todas essas esferas.

Essa é a razão pela qual não devem ser direcionadas para o órgão de cúpula do Poder Judiciário, milhares de ações, devendo, diante da importância de seus pronunciamentos, a sua atuação ser restringida a essas questões constitucionais de interesse geral.

¹⁴³ ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.) *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 19-20.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 471.

É importante lembrar que quando a corte atua como verdadeiro tribunal constitucional, as decisões proferidas sobre esses casos paradigmas influenciam o resultado de todos os casos posteriores que, submetidos à apreciação do Poder Judiciário, a eles se apresentarem análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais. Em nosso ordenamento, o efeito vinculante decorrente das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nesses casos que apresentam repercussão geral, não decorre apenas da importância incontestável de seu pronunciamento, mas do próprio comando do texto normativo¹⁴⁵.

A introdução da comprovação da repercussão geral da matéria como novo requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários foi extremamente importante para o sistema de prestação de justiça, pois a introdução desse critério no ordenamento jurídico brasileiro contribuiu sobremaneira com a redução do número de recursos que tem acesso à Suprema Corte, permitindo a ela dispensar mais tempo aos julgamentos que são de interesse de toda a sociedade e, conseqüentemente, oferecer uma argumentação mais consistente às suas decisões.

Sabe-se que se o número de recursos destinados à Suprema Corte for excessivo, excessivo também será o número de decisões por ela proferidas, sendo-lhe impossível proceder a uma análise criteriosa de cada um dos elementos jurídicos, sociais, políticos e econômicos que influenciam a solução jurídica da matéria, se tiver que julgar milhares de processos anualmente.

É preciso lembrar que já foi comprovada a relação inversamente proporcional existente entre a quantidade de julgamentos proferidos em determinado espaço de tempo e a qualidade da jurisprudência: quanto maior o número de recursos julgados, menor a qualidade dos julgamentos. E a razão é simples: As cortes superiores de justiça somente serão capazes de apreciar cada um desses elementos, proferindo sobre a questão jurídica suscitada um julgamento maduro e de qualidade, se dispuser de tempo hábil para tanto, o que, infelizmente, não é possível nos ordenamentos jurídicos que admitem o acesso de milhares de ações aos tribunais constitucionais, como é o caso da maior parte dos países que seguem a tradição jurídica *civil law*, a exemplo do Brasil e da Itália, em que a Suprema Corte aprecia, em média, cinquenta mil¹⁴⁶ processos por ano.

Esse elevado número de recursos está relacionado, também, à assunção de uma postura essencialmente privatista por essas cortes. A inexistência de um filtro para a

¹⁴⁵ Art. 543-B, *caput*, c/c §3º e §4º, CPC.

¹⁴⁶ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 102.

determinação de quais recursos deverão ser por ela apreciados e quais não, faz com que todas as demandas que trouxerem em sua fundamentação uma questão de direito constitucional – a sua grande maioria desde o advento do neoconstitucionalismo – sejam a ela encaminhadas, equiparando a sua função à de uma corte de última instância ordinária.

A postura que se espera de uma corte superior de justiça, cujo desempenho da função nomofilática é evidente, é outro. Não se deve exigir que, em prejuízo do bom desempenho de sua função publicista, se dedique ao oferecimento de uma resposta a conflitos de interesses privados que somente dizem respeito às partes da controvérsia – as quais já obtiveram uma resposta do Poder Judiciário nas instâncias ordinárias.

É racional – e salutar – que a esfera de sua atuação dessas cortes superiores de justiça seja restringida, de modo que lhes seja permitido dedicar atenção exclusivamente para as questões jurídicas de interesse geral, apreciando, com qualidade, todas as implicações jurídicas, sociais, políticas e econômicas de seus pronunciamentos.

3.1.3 Os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal

Apesar de a natureza do Supremo Tribunal Federal não ser exclusivamente de corte constitucional, atuando, também, como instância originária ou como última instância recursal em alguns casos específicos, tem sido essa a postura adotada pela suprema corte, conforme se demonstrará a seguir.

Na qualidade de corte constitucional, é de sua competência o julgamento, em sede de controle concentrado, das ações diretas de inconstitucionalidade, das ações declaratórias de constitucionalidade e das arguições diretas de preceito fundamental, e em sede de controle difuso, dos recursos extraordinários.

3.1.3.1 Os efeitos decorrentes das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade

Os julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade, das ações declaratórias de constitucionalidade e das arguições diretas de preceito fundamental, por disposição expressa

constante na Constituição Federal¹⁴⁷ e na lei¹⁴⁸, são revestidos de caráter vinculante e de eficácia *erga omnes*, não havendo discussão acerca da obrigatoriedade de o sentido da tese jurídica afirmada em suas decisões ser observado por todos os órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública direta e indireta, em todas as situações em que os dispositivos de lei controvertidos forem aplicáveis.

Não se discute, atualmente, o alcance subjetivo do efeito vinculante dessas decisões, tendo sido essa questão sedimentada de forma expressa pelo próprio ordenamento jurídico, mas o seu alcance objetivo, levantando-se a questão sobre qual parte da decisão deve ser considerada revestida de efeito vinculante: se apenas o seu dispositivo ou se, também, a sua fundamentação. Essa discussão remete àquela travada no âmbito do sistema de tradição *common law* sobre o que deve ser considerado *ratio decidendi* – revestindo-se de efeito vinculante – e o que deve ser considerado *obiter dicta* – revestindo-se de efeito meramente persuasivo.

É importante lembrar que a tese jurídica afirmada no dispositivo de um julgamento é extraída de sua fundamentação e representa a síntese do apregoador em seus motivos determinantes. São esses motivos determinantes – ou essas razões de decidir – que integram a *ratio decidendi*, sendo imprescindível que sejam alcançados pelo efeito vinculante atribuído à decisão final do processo cujo comando é sintetizado no dispositivo.

Isso porque a *ratio decidendi*, sob seu aspecto analítico, conforme já demonstrado, é integrada por três elementos: (1) a indicação dos fatos relevantes que deram origem ao processo, (2) o raciocínio-lógico jurídico da decisão e (3) o juízo decisório¹⁴⁹. Não há maneira, pois, de, racionalmente, desvencilhar o juízo decisório do raciocínio lógico-jurídico da decisão, justamente porque o seu conteúdo está sobre ele pautado.

Essa questão já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal inúmeras vezes, tendo sido suscitada pela primeira vez nos autos da reclamação nº. 1.987-0/DF, sobre os quais restou assentado, por maioria, que o efeito vinculante da decisão estende-se sobre os seus motivos determinantes – e, portanto, sobre a sua *ratio decidendi* –, sendo este fenômeno designado *eficácia transcendente da fundamentação*¹⁵⁰. Ademais, é importante lembrar que a eficácia *erga omnes* dos dispositivos das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade já é assegurada pelo instituto da coisa julgada.

¹⁴⁷ Art. 102, §2º, CF.

¹⁴⁸ Art. 28, parágrafo único, Lei nº. 9.868/99 e art. 9º, §3º, Lei nº. 9.882/99.

¹⁴⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

¹⁵⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 194-196.

3.1.3.2 Os efeitos decorrentes das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade

Em sede de controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal julga os recursos extraordinários, que levam ao seu conhecimento casos cujos objetos apresentam repercussão geral e em que a apreciação da constitucionalidade de uma norma mostra-se imprescindível para a realização do julgamento¹⁵¹.

Originariamente, enxergava-se a decisão dessa questão incidental sob uma ótica estritamente privatista, como se a declaração da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade da norma dissesse respeito exclusivamente ao interesse das partes. Ao julgamento dos recursos extraordinários era atribuída eficácia *inter partes*, não sendo o seu sentido estendido aos demais casos que se apresentassem análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais com o que deu origem ao recurso.

A observância do sentido do julgamento somente seria considerada obrigatória e, portanto, revestida de efeito vinculante para o Poder Judiciário e para a Administração Pública, a partir do momento em que o Senado Federal editasse uma resolução¹⁵² suspendendo a eficácia da norma considerada inconstitucional pela Suprema Corte, tornando-a sem efeito no ordenamento jurídico.

Importa notar que ainda diante dessa possibilidade, se o julgamento confirmasse a constitucionalidade da norma, ao invés de declará-la inconstitucional, não haveria previsão para que o Senado Federal fosse instado a agir, o que significa que, sendo a decisão do recurso extraordinário revestida apenas de eficácia *inter partes*, a mesma norma poderia ser objeto de questionamento em milhares de outros casos, os quais exigiriam, por meio de milhares de outros recursos, o pronunciamento da Suprema Corte, sobre a mesma questão, reiteradas vezes¹⁵³.

Apesar da existência dessa previsão constitucional autorizando o Senado Federal a conferir, na prática, eficácia *erga omnes* às decisões dos recursos extraordinários que

¹⁵¹ Art. 101, II, §3º, CF, c/c art. 102, III, CF.

¹⁵² Art. 52, X, CF.

¹⁵³ Importa ressaltar, ainda, que essa consequência – a nosso sentir, desprovida de sentido, – pode ser estendida a todas as hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade de qualquer outra forma que não seja por meio da declaração da inconstitucionalidade da norma, a exemplo da fixação de orientação constitucionalmente adequada, da atribuição de interpretação conforme a Constituição, da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, da declaração de não recepção de lei pré-constitucional, etc.

declaram, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma, a casa legislativa quase não faz uso dessa prerrogativa, permanecendo omissa se não em todos, na maior parte dos casos.

Essa situação de incongruência entre os efeitos conferidos às decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle concentrado e de controle difuso de constitucionalidade passou a ser cada vez mais evidente, tornando inaceitável, na concepção de parte da doutrina, que o julgamento acerca da constitucionalidade de uma norma, proferido pelo pleno da mais alta corte de justiça do país, seja revestido de eficácia *erga omnes*, se requerido por determinado instrumento processual, e de eficácia *inter partes*, se requerido por outro.

O paradoxo se torna ainda mais evidente quando se percebe que apesar de a Constituição atribuir, expressamente, ao Supremo Tribunal Federal a função de sua guarda, qualquer juiz ou tribunal é livre para decidir uma questão constitucional já debatida e julgada pelo pleno da Suprema Corte, em sede de controle de constitucionalidade incidental, ainda que em sentido contrário à orientação firmada por ela.

É interessante perceber que essa situação de incongruência existe por uma única razão: o sistema brasileiro cumula em seu ordenamento jurídico duas modalidades de controle de constitucionalidade de origens diversas: o controle concentrado de constitucionalidade, originário da tradição *civil law*, e o controle difuso de constitucionalidade, originário da tradição *common law*.

No que concerne ao controle concentrado de constitucionalidade, não há que se falar em qualquer contribuição sua para a existência dessa crise de racionalidade que redundará na atribuição ou não de efeito vinculante às decisões das questões constitucionais a depender do instrumento em que foram suscitadas, haja vista que o próprio ordenamento jurídico atribui aos pronunciamentos nele exarados eficácia contra todos e efeito vinculante para os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta. Os efeitos atribuídos às decisões proferidas pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de constitucionalidade, primam pelo respeito ao postulado da isonomia, tornando o procedimento compatível com as regras de racionalização do discurso.

No que se refere ao controle difuso de constitucionalidade, porém, algumas observações merecem ser feitas. É inegável que a atribuição de eficácia meramente *inter partes* às decisões nele proferidas e a negação reiterada de sua força vinculante sobre os demais órgãos que compõem o Poder Judiciário e a Administração Pública contribuem sobremaneira com a crise de racionalidade do sistema de prestação de justiça, na medida em que legitima a violação do princípio da igualdade por todos os operadores do direito.

Isso porque o controle de constitucionalidade difuso, de origem norte-americana, apenas faz sentido naquele sistema porque a afirmação da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade de uma norma pela Suprema Corte, ainda que realizada de forma incidental, é válida para todos os casos futuros que com o primeiro – caso paradigma – se apresentarem análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais, de modo que o sentido da decisão proferida seja, obrigatoriamente, observado por todos os juízes e tribunais daquele país, sem que haja a necessidade de qualquer intervenção do Poder Legislativo para tanto.

Pode-se dizer que no sistema jurídico de tradição *common law*, a eficácia atribuída às decisões cujo objeto seja a apreciação da constitucionalidade de uma norma é sempre *erga omnes*, razão pela qual nele não se apresenta a incongruência de uma norma já ter sido declarada constitucional ou inconstitucional pela Suprema Corte e, ainda assim, continuar sendo questionada em outros processos. Ademais, caso seja questionada em ação futura, em respeito ao efeito vinculante da decisão do caso paradigma, será o precedente aplicado pelo juiz logo na primeira instância ou, no mais tardar, na segunda, não vindo a Suprema Corte se manifestar outra vez sobre a mesma questão a não ser que tenha a intenção de revogá-lo.

Aliás, nesses países, seria considerado completamente irracional o discurso que afirmasse a possibilidade de um juiz ou tribunal aplicar, em seu julgamento, uma lei já declarada inconstitucional pela Suprema Corte, em sede de controle incidental, ou que afastasse a sua aplicação afirmando-a incompatível com o ordenamento, quando já considerada constitucional pelo órgão máximo da hierarquia judiciária.

E a razão é simples: Ambos os sistemas de controle de constitucionalidade estão pautados no princípio da supremacia da Constituição, que, ao lado do princípio da igualdade, por ela expressamente tutelado, impõe que a questão acerca da constitucionalidade de uma norma seja decidida de forma igual para todos, não havendo sentido em se defender que determinado ato normativo seja constitucionalmente válido para uma pessoa e inválido para outras.

É justamente a necessidade de que todas as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade sejam revestidas de efeito vinculante, que nos permite afirmar que o controle difuso de constitucionalidade só faz sentido em uma cultura de respeito aos precedentes judiciais. No Brasil, esse sistema de controle foi adotado de forma desvinculada de suas matrizes, principalmente a referente à doutrina do *stare decisis*, razão pela qual sua aplicabilidade ou seus efeitos merecem ser revistos.

Foi justamente essa percepção que levou a doutrina pátria ao desenvolvimento da tese de que a norma constitucional que impõe que para que a decisão do Supremo Tribunal

Federal proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade possa ter seus efeitos equiparados aos da decisão proferida em sede de controle concentrado, é necessária a edição de uma resolução suspendendo a eficácia da lei ou de seu dispositivo pelo Senado Federal, sofreu uma *mutação*, deixando de ser obrigatória para indicar apenas uma faculdade.

De acordo com esse entendimento, a resolução passa a não mais suspender os efeitos da lei declarada inconstitucional, mas apenas a conferir maior publicidade à decisão incidental proferida em sede de controle difuso. Há quem afirme, inclusive, que nem mesmo essa função permanece, tratando a disposição constitucional a que se faz referência de mero resquício histórico¹⁵⁴.

Não sendo mais necessária qualquer intervenção do Poder Legislativo para que a decisão incidental proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, seja revestida de eficácia *erga omnes*, equiparando-se os seus efeitos, pois, aos da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, passou-se a afirmar a *objetivação dos recursos extraordinários* ou a *transcendência dos seus motivos determinantes*.

Essa tese sustenta que, em razão do objetivo do controle de constitucionalidade ser a preservação da hierarquia da Constituição e a uniformização da interpretação conferida aos dispositivos de lei federal, os efeitos de sua decisão devem repercutir para além da relação processual travada no caso concreto sob a análise da corte, deixando de ser considerados *inter partes* para ser considerados *erga omnes*.

Para tanto, as razões da decisão a respeito da constitucionalidade da norma devem ser, obrigatoriamente, consideradas vinculantes, sendo de observância obrigatória para todos os órgãos do Poder Judiciário e para toda a Administração Pública direta e indireta. Isso porque não há sentido em estender a todos o direito de não observar determinada norma considerada inconstitucional, ou de observá-la com certas restrições, ou de interpretá-la em determinado sentido, se os juízes puderem ignorar as suas razões determinantes e decidir em sentido diverso.

¹⁵⁴ “A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuiriam, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, de valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica” (MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, n. 179, jul./set. 2008, p. 263-264).

É por este motivo que alguns autores afirmam que, diante do caráter dúplice das ações constitucionais, os efeitos da coisa julgada *erga omnes* se equiparam aos efeitos vinculantes do julgamento ou à transcendência dos motivos determinantes de sua fundamentação, não mais se justificando a diferenciação entre *eficácia erga omnes* e *efeito vinculante*.

Insistir na tese de que, em sede de controle difuso de constitucionalidade, a declaração *incidenter tantum* acerca da constitucionalidade da norma atinge apenas a esfera jurídica das partes, significa admitir a legitimidade da incidência de uma norma declarada inconstitucional, em decisão definitiva, pelo pleno Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da estrutura judiciária brasileira, a casos que se apresentam análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais com o que deu origem ao precedente, sendo manifesta não apenas a insegurança jurídica a que se submetem os jurisdicionados, mas, sobretudo, a injustiça decorrente da patente violação do postulado da igualdade, elevado à qualidade de direito fundamental.

A transcendência dos motivos determinantes da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade também é defendida pela doutrina com base em outro argumento. Afirma-se que o efeito vinculante atribuído à apreciação de uma questão constitucional não deriva da objetivação do instrumento pelo qual é suscitada, e, tampouco, da atribuição de efeito *erga omnes* ao seu dispositivo, mas, sim, da percepção de que o entendimento fixado pela Suprema Corte acerca da constitucionalidade de uma norma deve ser observado e respeitado por todos os órgãos que compõem o Poder Judiciário, de modo a não restar comprometida – e esvaziada – a sua função de guarda da Constituição¹⁵⁵, que lhe é atribuída pelo próprio texto constitucional¹⁵⁶.

Isso porque se a eficácia vinculante incide sobre os motivos determinantes da decisão, a coisa julgada material deixa de ter importância, passando a ser relevante tão somente o delineamento da *ratio decidendi* para a definição dos limites que os demais tribunais e juízes estarão obrigados a respeitar. De acordo com o entendimento dessa parte da doutrina, a

¹⁵⁵ Art. 102, *caput*, CF.

¹⁵⁶ “Porém, quando se está diante do controle difuso, não se pensa em outorgar autoridade de coisa julgada *erga omnes* à parte dispositiva da decisão. O que se pretende, isso sim, é dar realce e força aos motivos determinantes ou à *ratio decidendi* da decisão, evitando-se a sua desconsideração pelos demais órgãos judiciais. Assim, quando se questiona a possibilidade de se atribuir eficácia vinculante às decisões tomadas em recurso extraordinário, não se almeja tornar imutável e indiscutível uma decisão de constitucionalidade, mas se quer impedir que os demais órgãos do Poder Judiciário neguem os motivos determinantes da decisão”. E mais adiante conclui: “Tratando-se de interpretação da Constituição, a eficácia da decisão deve transcender ao caso particular, de modo que os seus fundamentos determinantes sejam observados por todos os tribunais e juízes nos casos futuros. A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal debilita a força normativa da Constituição. A força da Constituição está ligada à estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 458-459).

eficácia da coisa julgada, se *inter partes* ou *erga omnes* passa a não mais influir na obrigatoriedade da aplicação do precedente pelos órgãos judiciários, o que significa que a aceitação da tese da objetivação do recurso extraordinário, ou da mutação da função de suspensão da execução da lei atribuída ao Senado Federal, passa a não ser requisito para a defesa da concessão de efeito vinculante a esses julgamentos¹⁵⁷.

Em outras palavras, a percepção de que os motivos determinantes da decisão proferida em sede de recurso extraordinário transcendem os limites do processo e possuem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, esvazia por completo a função do Senado Federal de atribuir generalidade à declaração de inconstitucionalidade dessas decisões. E ainda que assim não fosse, permanecendo o Senado Federal com essa atribuição, a sua omissão não seria capaz de retirar o efeito vinculante da decisão proferida pela Suprema Corte¹⁵⁸.

A divergência se justifica pelo fato de parte da doutrina entender que a eficácia *erga omnes*, relacionada ao instituto da coisa julgada, atinge apenas o dispositivo da decisão, não tendo o condão de implicar na atribuição de efeito vinculante aos seus motivos determinantes e, tampouco, de tornar a sua fundamentação transcendente. Outra parte, porém, apresenta compreensão diversa, entendendo que essa diferenciação entre eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, já não se justifica, pois a única maneira de se assegurar a eficácia *erga omnes* da decisão é justamente revestindo-a de efeito vinculante.

A aceitação da tese da objetivação dos recursos extraordinários e do efeito vinculante de suas decisões, independentemente da suspensão da execução da lei a que faz referência pelo Senado Federal, também é afirmada pelo Supremo Tribunal Federal por meio da relativização da cláusula de reserva de plenário trazida na Constituição Federal¹⁵⁹. Entende a Suprema Corte que o encaminhamento da questão acerca da constitucionalidade de uma norma ao plenário ou ao órgão especial do tribunal, conforme preconiza o dispositivo constitucional, não é mais necessário quando já existir algum pronunciamento seu, ainda que incidental, a respeito de sua constitucionalidade¹⁶⁰.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 469.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 462.

¹⁵⁹ Art. 97, CF.

¹⁶⁰ É o que se infere dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se nota na transcrição a seguir, escolhida a título de amostragem: “Versando a controvérsia sobre o ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República – o Supremo Tribunal Federal –, descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo” (MENDES, Gilmar. O papel do Senado

Desse modo, não se considera mais necessário, diante da antecipação do entendimento da Suprema Corte a respeito do tema, que o órgão fracionário submeta a questão à apreciação do plenário ou do órgão especial do tribunal a que esteja vinculado, podendo julgá-la de plano, sob a justificativa de que a sua decisão se encontra em conformidade com os fundamentos determinantes da decisão proferida incidentalmente em sede de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal.

Referida supressão da cláusula de reserva de plenário já consta, aliás, na legislação infraconstitucional¹⁶¹, sendo expressa a autorização para que os órgãos fracionários decidam pela inconstitucionalidade da norma, sem qualquer risco de ser suscitada a nulidade da decisão, quando já houver pronunciamento de seu órgão especial, de seu pleno, ou do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão suscitada.

Por fim, cumpre observar que a partir do ano de 2006, em que foi normatizado o procedimento da repercussão geral, essa discussão perdeu relevância, pois se tornou possível afirmar, sem que houvesse a necessidade de filiação à tese da transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, que as decisões dos recursos extraordinários são revestidas de caráter vinculante.

Dispõe a Constituição Federal¹⁶², que o recurso extraordinário somente deverá ser admitido quando restar comprovado, de plano, que a questão constitucional nele versada apresenta repercussão geral, devendo ser demonstrado, para tanto, que as suas implicações econômicas, políticas, sociais ou jurídicas ultrapassam os interesses subjetivos da causa.

Referido dispositivo foi regulamentado pelo Código de Processo Civil¹⁶³, que passou a exigir a comprovação da repercussão geral em preliminar de recurso, a ser apreciada, em decisão irrecorrível, pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Passou a ser prevista, porém, uma hipótese de presunção absoluta de repercussão geral¹⁶⁴, tornando a comprovação do preenchimento desse requisito automática sempre que o objeto do recurso constituir na impugnação de decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. Significa que os acórdãos que contrariarem o entendimento da Suprema Corte, se impugnados, terão o seu recurso admitido, de plano, para revisão.

Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, n. 179, jul./set. 2008, p. 265).

¹⁶¹ Art. 481, parágrafo único, CPC, incluído pela Lei n.º 9.756/1998.

¹⁶² Art. 102, §3º, CF, incluído pela EC n.º 45/2004.

¹⁶³ Art. 543-A, CPC, acrescentado pela Lei n.º 11.418/2006.

¹⁶⁴ Art. 543-A, §3º, CPC, incluído pela Lei n.º 11.418/2006.

É importante notar que o dispositivo em comento atribui tamanha relevância à afronta de uma tese jurídica fixada pela Suprema Corte, que a considerada motivo suficiente para ensejar a manifestação do órgão de cúpula sem que seja necessário tecer considerações para comprovar a sua repercussão geral, sendo essa considerada implícita.

Evidencia-se, assim, a intenção do legislador de tornar a jurisprudência dos tribunais uniforme, tornando obrigatório o respeito do sentido das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal por todos os membros do Poder Judiciário ao dispor que a tese jurídica por ele fixada deverá ser observada por todas as instâncias inferiores, sob pena de, uma vez impugnadas, suas decisões serem revistas e substituídas.

De outro lado, a decisão que negar a existência da referida repercussão geral em determinada questão, valerá para todos os casos análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais que estiverem em curso, devendo todos os recursos que veicularem mesmo objeto serem inadmitidos liminarmente¹⁶⁵.

Extrai-se da sistemática da apreciação da repercussão geral que tanto a decisão que negar a sua existência, quanto a decisão que a admitir e julgar o mérito do recurso, serão revestidas de eficácia vinculante, devendo a tese jurídica afirmada no julgamento do recurso, neste último caso, ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública direta e indireta.

Ademais, cumpre destacar o efeito multiplicador decorrente do processamento do recurso extraordinário. Estabelece o Código de Processo Civil que havendo multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, deverá ser feita, pelo tribunal de origem, a seleção de alguns para serem julgados a título de amostragem pelo Supremo Tribunal Federal, permanecendo os demais sobrestados até o pronunciamento definitivo da Corte¹⁶⁶.

Se a Suprema Corte entender que não resta demonstrada a repercussão geral pelos recursos representativos da controvérsia, os demais recursos sobrestados deverão ser automaticamente inadmitidos. Mas se, por outro lado, restar comprovada a repercussão geral da matéria, passando o Supremo Tribunal Federal ao julgamento do mérito do recurso, a tese jurídica fixada deverá ser obrigatoriamente aplicada pelos tribunais responsáveis pelo julgamento dos recursos que foram sobrestados, declarando-os prejudicados ou se retratando. Caso a decisão contrária à orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal seja mantida, o recurso que a impugnar deverá ser prontamente admitido para que a decisão seja,

¹⁶⁵ Art. 543-A, §5º, CPC, incluído pela Lei nº. 11.418/2006.

¹⁶⁶ Art. 543-B, CPC, acrescentado pela Lei nº. 11.418/2006.

liminarmente, reformada ou cassada, tornando impositiva a decisão anteriormente proferida pela Suprema Corte¹⁶⁷.

A nosso sentir, porém, em respeito ao efeito vinculante da decisão, o tribunal somente poderá manter o acórdão em sentido contrário ao entendimento fixado se, fundamentadamente, aplicar a técnica do *distinguishing*, ou seja, se demonstrar que aquele caso específico, submetido à sua apreciação, contém algum fato relevante o suficiente que o distinga dos casos representativos apreciados pelo órgão de cúpula, exigindo uma solução jurídica diversa.

Nesse caso, excepcionalmente, seria legítima a não aplicação do precedente, porém não pelo fato de este não ser considerado vinculante e, portanto, de observação obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário, mas pelo fato de o elemento diferenciador o tornar distinto dos demais, e exatamente por ser distinto, sobre ele não incidir o precedente¹⁶⁸.

Diante do exposto, não há dúvida de que tanto a decisão que indefere o recurso extraordinário pelo não cumprimento do requisito da demonstração da repercussão geral, quanto a decisão que aprecia seu o mérito, decidindo a questão constitucional suscitada incidentalmente, são revestidas de efeito vinculante, devendo a sua *ratio decidendi* ser estendida não apenas a todos os processos que estiverem sobrestados, mas, também, a todos aqueles que ingressarem em juízo veiculando matéria análoga ou idêntica à apreciada pela Suprema Corte.

É importante notar que as normas processuais têm atribuído maior força de incidência aos precedentes judiciais do que à própria lei. A decisão cujos fundamentos vão de encontro à sua literalidade, ou à literalidade do texto constitucional, não é revestida de tal presunção de relevância, devendo o recurso contra ela interposto demonstrar, em sede preliminar, que a questão nele veiculada apresenta repercussão geral. É possível perceber que o desrespeito a estes diplomas, por si só, não justificam a movimentação da Suprema Corte, mas a desconsideração de um precedente judicial por ela fixado, sim.

¹⁶⁷ Art. 543-B, §4º, CPC, incluído pela Lei nº. 11.418/2006.

¹⁶⁸ “De modo que o §4º do art. 543-B, no sentido de que, “mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada”, apenas pode ser compreendido como norma que prescreve reação contra algo que o tribunal de origem está proibido de fazer. Ou seja, embora o tribunal de origem deva se retratar ou declarar o recurso prejudicado, a sua insubordinação dá ao Supremo Tribunal Federal o poder de, liminarmente, cassar ou reformar o acórdão recorrido. [...] De modo que, se o tribunal local afirma que o caso não se subsume no precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal... o Supremo Tribunal Federal poderá cassar a decisão da Corte local apenas quando esta negar o precedente constitucional sem fazer o *distinguishing*. Não há dúvida que toda esta estratégia é permeada pela eficácia vinculante das decisões tomadas em recurso extraordinário” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 478-480).

Em que pese essa realidade ser evidente, muitos autores, apesar de reconhecerem ser insustentável a defesa da força meramente persuasiva das decisões do Supremo Tribunal Federal que declaram incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma, mostram-se ainda resistentes à defesa de sua eficácia vinculante, motivo pelo qual passaram a se posicionar no sentido da existência de uma categoria intermediária entre o grau máximo de vinculação da decisão – eficácia normativa – e o mínimo – eficácia meramente persuasiva, o que deu ensejo à criação de uma categoria intermediária – a das decisões com eficácia impositiva intermediária –, na qual se enquadrariam, dentre outros, os julgamentos efetuados em sede de controle difuso de constitucionalidade¹⁶⁹.

Apesar de ser esse o posicionamento adotado pela maior parte dos especialistas, com a devida vênia, não aderimos a ele e ousamos discordar.

Essa classificação¹⁷⁰ refere-se aos precedentes com eficácia normativa para indicar aquelas decisões cujo sentido deve ser obrigatoriamente observado pelos demais juízos em todos os casos posteriores que tratem de matéria idêntica ou análoga. Afirma-se que possuem eficácia normativa pelo fato de se assemelharem à lei em dois aspectos: seu comando é revestido de generalidade, podendo ser estendido a outros casos concretos submetidos à apreciação do poder judiciário, e a sua não observância pelos operadores do direito pode sujeitá-los a sanções.

Por outro lado, quando essa classificação faz referência aos precedentes com eficácia impositiva intermediária, indica aquelas decisões que não apresentam força persuasiva suficiente para que sua eficácia seja considerada normativa, mas que, tampouco, são tão frágeis a ponto de a obrigação de que o seu sentido seja observado possa ser afastado sem nenhuma consequência. Ainda que não exista uma norma que imponha a observância desses precedentes, existe uma indicação de que o seu respeito é válido, de modo que, se essa for ignorada, provavelmente a decisão será revista por meio de recurso.

Os motivos determinantes da decisão que aprecia a constitucionalidade da norma em sede de recurso extraordinário, conforme amplamente demonstrado, devem ser obrigatoriamente observados pelos demais juízos na ocasião em que casos concretos análogos ou idênticos forem submetidos à apreciação deles. Pode-se afirmar, portanto, que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, acerca de uma questão constitucional, é revestida de generalidade suficiente para ser estendida a casos futuros.

¹⁶⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 104-105.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 62.

De outro lado, é possível afirmar, também, que a sua não observância sujeita o magistrado que resistir à aplicação do comando fixado pela Suprema Corte à sanção: a sua decisão será reformada em grau de recurso, sendo a sua repercussão geral absolutamente presumida. Importa notar que essa é, também, a única sanção aplicável aos juízes nos casos em que resistem à observação das súmulas vinculantes, cuja eficácia normativa não mais se discute. Por estarem resguardados pela garantia da liberdade para decidir – princípio do livre convencimento motivado –, não se pode estender a eles a sanção imputada aos agentes administrativos, qual seja, a de responsabilização pessoal nas esferas administrativa, cível e criminal¹⁷¹.

Há quem sustente a tese de que o juiz que não observa o sentido das decisões revestidas de efeito vinculante sem expor uma fundamentação satisfatória para tanto, comete abuso de direito. Apesar do interesse que depositamos nessa tese, diante da limitação deste trabalho não poderemos analisá-la, motivo pelo qual não nos posicionaremos a respeito.

Preenchidos, pois, os requisitos para o enquadramento do precedente na categoria dos precedentes com eficácia normativa, razão não há para que sua força seja considerada meramente persuasiva. Ademais, os próprios defensores da existência dessa categoria intermediária de precedentes, entre aqueles que apresentam eficácia normativa e aqueles que apresentam força meramente persuasiva, confessam que ela se encontra em um momento de transição, *a caminho da eficácia normativa*¹⁷².

3.1.3.3 Os efeitos decorrentes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal como instância recursal ordinária

O Supremo Tribunal Federal atua, ainda, como instância recursal ordinária em ações de *habeas corpus*, mandado de segurança e mandado de injunção, decididos em única

¹⁷¹ Art. 103-A, §3º, CF, c/c art. 7º, Lei nº. 11.117/2006.

¹⁷² Senão vejamos: “Vale reiterar, contudo, que o controle incidental encontra-se em processo de evolução e de aproximação do sistema concentrado, razão pela qual, diante de todo o exposto, se poderia mesmo afirmar que as decisões proferidas no âmbito do primeiro [controle difuso] pelo pleno do STF se qualificam como julgados com eficácia impositiva intermediária *a caminho da eficácia normativa*” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108).

instância por tribunal superior, quando denegatória a decisão, e em ações referentes a crimes políticos¹⁷³.

Nesses casos específicos, em que pese a sua atuação como instância recursal ordinária, o efeito atribuído à sua decisão também deve ser considerado vinculante, decorrendo a sua força do respeito à própria hierarquia do sistema: se cumpre ao Supremo Tribunal Federal proferir a última palavra acerca dessas questões, não é racional que se permita que as instâncias inferiores possam decidir em sentido diverso quando se depararem com casos idênticos ou análogos com o que deu origem ao recurso, pois será grande a probabilidade de que a sua decisão seja reformada, quase de imediato, pela própria Suprema Corte, instância superior.

A recusa em utilizar a orientação firmada pela corte de mais alto grau na hierarquia judiciária para tratar da questão, sem que haja uma razão relevante para tanto, não apenas torna a ordem jurídica inconsistente, como atrasa a concessão de uma solução jurídica definitiva ao jurisdicionado, em patente desrespeito à efetividade da justiça e à garantia constitucional da razoável duração do processo.

Em outras palavras, se há mais de uma interpretação possível para as normas incidentes no caso concreto, o juiz ou tribunal deverá optar por aquela considerada correta pela Suprema Corte, pois é a ela atribuída a responsabilidade de proferir a última palavra acerca de qual tese jurídica deve ser utilizada nos julgamentos.

A racionalização da argumentação jurídica impõe que os juízes e tribunais devam respeito às leis e aos precedentes judiciais justamente pelo fato de constituir a uniformidade da interpretação – ou o respeito ao postulado da isonomia – requisito indispensável à racionalidade do discurso.

3.1.3.4 A extensão do efeito vinculante às decisões proferidas pelos tribunais superiores e pelos tribunais de segunda instância

Respeitando-se a existência de uma divisão hierárquica entre os órgãos que compõem a estrutura judiciária brasileira, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal devem ser consideradas vinculantes para todos os demais órgãos judiciários, ou seja, pelo Superior

¹⁷³ Art. 102, II, CF.

Tribunal de Justiça, pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e, ainda, por todos os juízos de primeiro grau, haja vista a extensão de sua jurisdição por todo o território nacional em questões que dizem respeito ao Direito Constitucional.

Da mesma maneira, as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, instância máxima para a resolução de questões infraconstitucionais, devem ser observadas por todos os órgãos judiciários que ocupam posição hierárquica inferior a sua, quais sejam, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e os juízos de primeiro grau.

No que concerne aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça dos Estados, suas decisões devem ser revestidas de dois efeitos, de modo a serem consideradas vinculantes para os juízos de primeiro grau a eles vinculados, respeitando-se, portanto, a sua posição de maior hierarquia, e meramente persuasivas para os tribunais de outras Regiões ou Estados, que se encontram no mesmo patamar hierárquico que o seu, bem como para os juízos que, embora situados no primeiro grau de jurisdição, não estão a eles vinculados.

Afirma-se que o efeito vinculante do precedente relaciona-se à verticalidade da divisão hierárquica, enquanto o efeito meramente persuasivo relaciona-se ao enquadramento dos diferentes juízos no mesmo grau de jurisdição, não havendo subordinação hierárquica entre eles¹⁷⁴.

Apesar de ser comum a afirmativa de que o efeito vinculante do precedente judicial é característico da tradição *common law* e de que nos países de tradição *civil law* o precedente possui apenas força persuasiva, entendemos que a vinculação dos magistrados aos precedentes judiciais não é necessariamente estranha à essa última, devendo ser respeitada, dentre outras razões, em decorrência da disposição hierárquica do sistema de jurisdição.

Não é outra a razão pela qual os países que também adotam o sistema jurídico de tradição *civil law*, mas que apresentam sua administração da justiça mais consolidada, mesmo diante da ausência de uma norma que imponha a observância dos precedentes judiciais, respeitam o sentido das decisões proferidas por suas instâncias superiores¹⁷⁵.

¹⁷⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 16.

¹⁷⁵ Senão vejamos: “But in countries of the European continent, precedent is not thus formally binding, yet it is a fact that precedents are regularly followed by the courts. This fact also explain why some jurists say that precedents in the continental legal systems are binding *de facto*, but not *de jure*... Thus, in Germany, precedents established by the Federal Constitutional Court are recognized as formally binding on the courts below. Ordinary precedents established by the Federal Court of Justice are not formally binding but they have to be followed except where special reasons can be shown to the contrary” (PECZENIK, Aleksander. The binding force of

Se a corte exerce o controle de constitucionalidade e de legalidade das decisões dos juízes é porque, ainda que implicitamente, lhes é superior hierarquicamente. E essa regra tem que ser válida não apenas para a Suprema Corte, mas, também, para os tribunais que, sobre as matérias de sua competência, também proferem a última palavra, tornando a sua decisão definitiva para o caso.

A legislação processual, ainda que de forma tímida, já passou a atribuir efeito vinculante a algumas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, estendendo a ele a sistemática dos recursos repetitivos anteriormente implementada para racionalizar o julgamento dos recursos extraordinários pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷⁶.

Dispõe a lei que, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o tribunal de origem deverá selecionar alguns recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Superior Tribunal de Justiça, suspendendo a tramitação de todos os demais até o pronunciamento definitivo da corte. Julgado o mérito do recurso, a tese jurídica fixada deverá ser obrigatoriamente observada pelos desembargadores no julgamento dos recursos que ficaram sobrestados, negando seguimento àqueles cujas decisões se apresentarem em consonância com a orientação firmada ou reformando o acórdão quando esse tiver sido prolatado em sentido divergente¹⁷⁷.

O efeito vinculante atribuído pelo julgamento por amostragem aos recursos especiais decorre da função de uniformização do direito infraconstitucional, atribuída ao Superior Tribunal de Justiça por expressa disposição constitucional¹⁷⁸. Se lhe é imputado o dever de proferir a última palavra sobre a correta interpretação das leis, sendo-lhe concedido o poder de reformar as decisões dos juízos inferiores, a fim de tornar a jurisprudência dos tribunais uniforme, é preciso, para o bom desempenho dessa função, que todos os juízos que a ele estiverem vinculados, sejam obrigados a respeitar o seu pronunciamento, acatando o sentido de suas orientações¹⁷⁹.

É por essa razão que o próprio texto constitucional introduz um mecanismo processual destinado a exigir que esses pronunciamentos definitivos de mérito realizados pela corte superior de justiça sejam observados pelos demais órgãos do Poder Judiciário e, também, pela Administração Pública direta e indireta: a reclamação.

precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.) *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 461).

¹⁷⁶ Art. 543-C, CPC, incluído pela Lei nº. 11.672/2008.

¹⁷⁷ Art. 543-C, §7º, CPC, incluído pela Lei nº. 11.672/2008.

¹⁷⁸ Art. 105, III, CF.

¹⁷⁹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DE MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição. Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau. *Revista de processo*, São Paulo, nº. 191, jan. 2011, p. 188.

A reclamação, por expressa disposição da Constituição Federal, destina-se a exigir a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, garantindo-se a autoridade de suas decisões¹⁸⁰.

3.1.3.5 Outras evidências do efeito vinculante atribuído pelo ordenamento aos precedentes judiciais

A própria legislação processual passou a imprimir maior força normativa aos precedentes judiciais nos últimos anos, permitindo aos juízes e aos tribunais decidirem, de plano, sem necessidade de levar a questão para a apreciação da turma, ou órgão especial ou do plenário, com base exclusivamente no entendimento consolidado nas instâncias que lhes são superiores.

A legislação passou a atribuir, ainda, consequências jurídicas à não observância das orientações fixadas nos precedentes judiciais, pelos operadores do direito, as quais não são imputadas nem mesmo em face ao desrespeito da própria lei ou, o que se reputa ainda mais grave, do próprio texto constitucional.

É cada vez mais perceptível que a racionalidade do discurso jurídico somente pode ser alcançada mediante o estabelecimento de técnicas processuais capazes de estabelecer a coerência e a igualdade no sistema de prestação de justiça, as quais devem estar pautadas nas regras fundamentais da argumentação racional, que impõem a vinculação dos juízes às leis e aos precedentes judiciais, devendo qualquer desvio do dever de igualdade, resultante da superação ou do afastamento de um precedente, ser, obrigatoriamente, acompanhado do dever de fundamentação.

É o que passamos a demonstrar.

3.1.3.5.1 A inadmissibilidade de recurso e o julgamento monocrático pelo relator

¹⁸⁰ Art. 102, I, *l*; 103-A, §3º; e 105, I, *f*, CF.

O relator é autorizado a negar seguimento a recurso cujos fundamentos estiverem em desconformidade com a jurisprudência dominante ou sumulada do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de outro tribunal superior, ou seja, quando a decisão impugnada estiver em consonância com o entendimento da própria corte ou das instâncias que lhe são superiores¹⁸¹.

O dispositivo autoriza, ainda, que o relator, monocraticamente, dê provimento ao recurso, quando a decisão impugnada estiver em confronto com a jurisprudência dominante ou sumulada do Supremo Tribunal Federal ou de outro tribunal superior¹⁸², não sendo necessária a submissão da questão à turma ou ao pleno.

É importante notar que a regra trazida no dispositivo abrange tanto a jurisprudência dominante quanto a sumulada do Supremo Tribunal Federal, não tecendo diferenciação entre a postura a ser adotada pelo relator frente a elas justamente pelo fato de a súmula não representar nada mais do que o extrato da tese jurídica fixada pelo tribunal reiteradas vezes sobre uma mesma questão de direito.

A nosso sentir, a mesma regra deve ser aplicada diante da existência de um precedente judicial, devendo ser autorizado ao relator decidir monocraticamente os recursos, dando-lhe provimento, quando a decisão impugnada estiver em confronto com o entendimento fixado pela Suprema Corte, ainda que esse entendimento tenha sido fixado mediante o proferimento de uma única decisão, decisão essa que se tornou o precedente judicial a que o relator obrigatoriamente faria referência.

Isso porque além da evidência de que a imposição do respeito aos precedentes judiciais pelos magistrados e pela própria corte que o formulou – ressalvadas as hipóteses de afastamento e superação que sempre lhe são resguardadas – representaria a inevitável formação de uma jurisprudência estável e, portanto, dominante, não há razão para se confiar mais na jurisprudência e menos no precedente, de modo que a ele não possam estendidas as prerrogativas de julgamento conferidas à existência de uma jurisprudência dominante.

Afirma-se que a noção de que a jurisprudência é mais confiável do que o precedente não se sustenta porque, em uma análise mais profunda, é possível perceber que mesmo a referência à jurisprudência pacífica – ou dominante – pode se mostrar tão frágil quanto à menção de um único precedente judicial.

¹⁸¹ Art. 557, *caput*, CPC, com redação dada pela Lei nº. 9.756/1998. 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* (grifo nosso).

¹⁸² Art. 557, §1º-A, CPC, incluído pela Lei nº. 9.756/1998. 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.

Explica-se: A jurisprudência dominante pode ser representada pelo pronunciamento de várias decisões conformes em um breve período de tempo ou, também, pelo pronunciamento dessas várias decisões em um período amplo, de anos ou mesmo décadas. E é bem provável que a influência dessas decisões sobre os casos posteriores que se lhe apresentarem análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais seja distinta em cada uma dessas hipóteses.

Algumas decisões proferidas em um mesmo sentido, concentradas em determinado período breve de tempo, podem significar o início da formação de uma jurisprudência dominante, mas, do mesmo modo, podem representar uma orientação efêmera que em curto prazo será abandonada. Por outro lado, é possível que as decisões que se orientam em um mesmo sentido por um longo período de tempo tenham, na atualidade, o seu sentido considerado obsoleto, também destinado à revogação¹⁸³.

Ademais, concordamos com o entendimento de parte da doutrina que não considera nem mesmo a existência de diferenças entre as súmulas vinculantes e as súmulas de jurisprudência dominante editadas pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista que o objetivo de ambas de conferir uniformidade à interpretação do direito, somente é possível de ser concretizado, a nosso sentir, por meio da imposição do dever de observância dos precedentes judiciais, estejam eles sedimentados na forma de súmulas vinculantes ou na de súmulas de jurisprudência dominante¹⁸⁴.

A análise do dispositivo torna evidente, ainda, a intensidade da força de incidência atribuída à jurisprudência e, portanto, aos precedentes judiciais, pelo próprio ordenamento jurídico, que, também nesse caso, se apresenta maior do que a atribuída à própria lei, senão vejamos:

A regra trazida pelos dispositivos em comento autoriza os desembargadores-relatores a negar seguimento ao recurso quando a decisão impugnada estiver em consonância com o entendimento da própria corte ou das instâncias que lhe são superiores, e, ainda, a lhe dar provimento quando a decisão impugnada estiver em confronto com a jurisprudência dominante ou sumulada do Supremo Tribunal Federal ou de outro tribunal superior, sem que seja necessária a submissão da questão à turma ou ao pleno do tribunal a que está vinculado.

¹⁸³ TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 550.

¹⁸⁴ “Uniformização sem efeito vinculante é o mesmo que uniformização sem efeito uniformizante... todas as interpretações sumuladas, e não apenas algumas delas, devem ter efeito vinculante. A opção, conseqüentemente, não pode ser entre atribuir ou não efeito vinculante à uniformização, mas entre uniformizar ou não uniformizar a jurisprudência” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Uniformização da jurisprudência: esboço de substitutivo ao projeto de lei 3.804/93. In: *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 2, 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 240-241).

Importa notar que se a decisão impugnada estiver em patente contrariedade com o texto expresso da lei ou mesmo com a literalidade do texto constitucional, nenhuma dessas possibilidades seria apresentada ao relator, que deveria receber o recurso e encaminhá-lo ao julgamento da turma ou do pleno do tribunal. Demonstra-se, com isso, que a afronta à lei ou à constituição não é suficiente para autorizar o julgamento monocrático da questão pelo relator, mas a desconformidade do pronunciamento judicial com precedentes judiciais afirmados pelas cortes superiores, sim¹⁸⁵.

3.1.3.5.2 Dispensa de reexame necessário

Dispensa-se a remessa necessária das decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública quando sua fundamentação se apresentar em conformidade com a jurisprudência do pleno do Supremo Tribunal Federal, sumulada ou não, ou com as súmulas de jurisprudência de outro tribunal superior¹⁸⁶.

É interessante notar que também nesse ponto a força de incidência do precedente sobressai em relação à conferida à lei. A exceção que determina a dispensa da remessa necessária, tal como a que prevê a possibilidade de julgamento monocrático pelo relator, também não contempla a hipótese de a decisão judicial estar fundamentada exclusivamente na lei. Fazendo o magistrado referência apenas às normas postas, ainda que inferidas do texto constitucional, sua sentença continua sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, ainda que reproduza em sua fundamentação a literalidade dos dispositivos.

3.1.3.5.3 Cabimento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal e as sanções impostas aos operadores do direito em face do descumprimento de sua decisão

¹⁸⁵ Acerca da comparação entre a força de incidência dos precedentes judiciais e das leis, recomenda-se a leitura da tese de doutoramento defendida por Samuel Meira Brasil Jr., no ano de 2010, na Universidade de São Paulo.

¹⁸⁶ Art. 475, *caput*, CPC, com redação dada pela Lei n.º. 10.352/2001. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar precedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§1.º. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§3.º. *Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente (grifo nosso).*

Estabelece a Constituição Federal, que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante a decisão de dois terços de 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 municipal¹⁸⁷.

Aduz, em seguida, que do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar o seu enunciado ou que aplicá-lo indevidamente, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que anulará o ato ou cassará a decisão, determinando que, em seu lugar, seja aplicada a orientação sumulada¹⁸⁸.

Anulado o ato ou cassada a decisão, deverá o agente administrativo ou o magistrado, finalmente, observar o comando proferido pela Suprema Corte, sob pena de sobre eles incidirem as sanções previstas na lei que regulamenta o processamento da reclamação: caso não seja o entendimento sumulado aplicado nas futuras decisões que tratarem de casos idênticos ou análogos, o agente administrativo será pessoalmente responsabilizado nas esferas administrativa, cível e criminal¹⁸⁹ e o magistrado, resguardado pelo princípio da independência dos juízes – e do livre convencimento motivado –, terá a sua decisão reformada.

Conforme se nota, também nesse ponto se destaca a maior força de incidência conferida ao precedente judicial do que àquela conferida à própria lei: a não observância dos dispositivos de lei ou do próprio texto constitucional não se enquadra dentre as hipóteses de cabimento da reclamação e tampouco induz a responsabilização pessoal do agente administrativo ou autoriza a reforma da sentença judicial, monocraticamente, pelo relator do recurso.

3.1.3.5.4 Presunção absoluta de existência de repercussão geral

Considera-se suprida automaticamente a comprovação da existência de repercussão geral, requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, quando o recurso impugnar

¹⁸⁷ Art. 103-A, *caput*, CF, acrescentado pela EC nº. 45/2004.

¹⁸⁸ Art. 103-A, §3º, CF, acrescentado pela EC nº. 45/2004, e art. 7º, Lei nº. 11.417/2006.

¹⁸⁹ Art. 64-B, Lei nº. 9.784/1999, acrescentado pela Lei nº. 11.417/2006.

decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do tribunal¹⁹⁰. Evidencia o dispositivo em comento que a afronta à tese jurídica afirmada no precedente judicial fixado pela Suprema Corte é tão grave que é considerado motivo suficiente para ensejar a sua manifestação.

Uma vez mais é possível verificar que as normas processuais tem atribuído maior força de incidência aos precedentes judiciais do que à própria lei. A decisão cujos fundamentos vão de encontro à sua literalidade ou à literalidade do próprio texto constitucional não são revestidas de tal presunção de relevância, devendo o recurso contra ela interposto demonstrar, de plano, que a questão nele veiculada apresenta repercussão geral. Percebe-se claramente que o ordenamento não considera o desrespeito a esses diplomas, por si só, suficiente para justificar a movimentação da Suprema Corte, ao contrário da não observância de um precedente judicial por ela fixado.

Por todo o exposto, é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro vem evoluindo no sentido de retomar a racionalidade de seu sistema jurisdicional, que, apesar dos avanços trazidos pela legislação, continua sendo marcado pela incongruência dos pronunciamentos dos tribunais e, conseqüentemente, pela constante violação da garantia da igualdade e da segurança jurídica, conferidas aos jurisdicionados.

O Supremo Tribunal Federal tem atuado, hodiernamente, e cada vez mais, como uma típica corte constitucional, sendo composta por um número reduzido de juízes, exercendo um controle discricionário das ações que serão submetidas ao seu julgamento e, sobretudo, assumindo uma postura de caráter publicista, contribuindo para que as suas decisões sejam observadas pelos demais magistrados não apenas por imposição de lei, mas, também, por sua força argumentativa.

O papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, tem permitido o desenvolvimento – ainda que lento – da função nomofilática que se espera de uma suprema corte de justiça, consistente em assegurar a uniformidade da jurisprudência por meio da produção de precedentes dotados de eficácia normativa, capazes de efetivamente influenciar a decisão dos casos posteriores submetidos à análise do Poder Judiciário¹⁹¹.

Essa função, enunciada por Calamandrei após estudar profundamente a corte de cassação, equipara-se à função de guarda da Constituição atribuída, pelo próprio texto

¹⁹⁰ Art. 543-A, §3º, CPC, acrescentado pela Lei nº 11.418/2006.

¹⁹¹ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 104.

constitucional, ao Supremo Tribunal Federal, que o legitima para uniformizar a jurisprudência relativa a toda a legislação constitucional e federal¹⁹².

A função nomofilática, exercida por meio do controle de legalidade e/ou constitucionalidade dos atos dos juízes, se desempenhada de forma satisfatória, inevitavelmente resulta em dois efeitos: o de controle de legalidade propriamente dito e o de uniformização da jurisprudência dos tribunais que lhe são inferiores¹⁹³.

Conforme já mencionado, esse último efeito pode ser obtido de duas maneiras: (1) por meio da anulação e reforma das decisões individualmente, hipótese em que se considera a tese jurídica afirmada pela corte eficaz apenas para as partes do processo; e (2) por meio da anulação e reforma da decisão de um caso representativo da controvérsia, selecionado pela própria corte superior, hipótese em que a tese jurídica fixada é considerada eficaz não apenas para as partes do processo, como, também, para todos os casos que se apresentarem, posteriormente, análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais com o caso paradigma.

A experiência demonstrou que a uniformização da jurisprudência somente ocorre de forma efetiva quando se opta pela atribuição de efeito vinculante aos precedentes judiciais, tornando a observação das teses jurídicas neles fixadas obrigatória para os demais juízes e tribunais.

Essa percepção tem sido considerada pelo ordenamento jurídico brasileiro, que já atribui aos julgamentos proferidos pelas cortes superiores de justiça, conforme demonstrado, força vinculante, bastando, para o melhor desenvolvimento do sistema, que os operadores do direito deixem de negar a evidente evolução de nosso ordenamento no sentido da afirmação de uma cultura de precedentes e assumam uma postura que contribua com o seu correto desenvolvimento em prol da efetividade da justiça.

E se antes a vinculação dos precedentes judiciais era considerada uma exceção em nosso ordenamento, estando presente apenas no controle concentrado de constitucionalidade, pode-se dizer que hoje, constitui a regra, sendo possível afirmar, *de lege lata*, que todas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal apresentam caráter vinculante, devendo ter o seu sentido observado por todos os juízes e tribunais inferiores.

¹⁹² Art. 102, *caput*, c/c art. 103-A, *caput* e §1º, CF.

¹⁹³ “De acuerdo con una tradición que se remonta esencialmente a Calamandrei y su imprescindible estudio sobre la casación, una corte suprema desarrolla dos funciones fundamentales: en primer lugar, efectúa un control de legalidad sobre las decisiones pronunciadas por los jueces inferiores, y además opera asegurando una relativa uniformidad de la jurisprudencia, tanto la propia como la de los órganos judiciales de nivel inferior” (TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 93).

4 O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Antes de iniciar qualquer explanação a respeito do projeto do novo Código de Processo Civil, importa destacar, que esse tem sido considerado o diploma processual mais democrático da história.

A sua redação foi elaborada por uma comissão de notáveis juristas¹⁹⁴, presidida pelo Ministro Luiz Fux, que recebeu sugestões não apenas de toda a comunidade jurídica interessada, como, também, de cidadãos comuns, que puderam manifestar as suas opiniões em audiências públicas e enviar suas críticas e propostas por meio da internet, em um espaço criado exclusivamente para este fim.

4.1 A opção do projeto do Novo Código de Processo Civil pela uniformização da jurisprudência por meio da imposição do respeito aos precedentes judiciais

Na introdução do relatório realizado pela comissão especial criada na Câmara dos Deputados para a deliberação do novo Código de Processo Civil, sob a presidência do deputado Fábio Trad, foram elencadas as questões processuais que precisavam ser revistas com prioridade, pelo fato de sua regulamentação atual se mostrar obsoleta. Dentre elas foi destacada justamente a questão relativa aos precedentes judiciais e à necessidade de atribuir-lhes efeito vinculante¹⁹⁵, objeto deste trabalho.

O projeto do novo Código de Processo Civil, em todas as suas versões, preocupou-se em estabelecer um procedimento capaz de tornar a jurisprudência dos tribunais uniforme por meio da imposição da observância dos precedentes judiciais pelos magistrados, investindo, para tanto, em duas frentes: na criação de um capítulo próprio para regulamentar a direção de

¹⁹⁴ Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinícius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Teresa Arruda Alvim Wambier. Apesar de esta ser a composição formal da comissão, outros juristas renomados foram convidados a também participar da elaboração do novo código.

¹⁹⁵ “f) afigura-se necessário criar uma disciplina jurídica minuciosa para a interpretação, aplicação e estabilização dos precedentes judiciais, estabelecendo regras que auxiliem na identificação, na interpretação e na superação de um precedente” (CÂMARA DOS DEPUTADOS (Brasil). PLC n.º. 8.046/2010. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios>>. Acesso em: 8 de julho de 2013. p. 4).

incidência dos precedentes judiciais e na criação de um incidente de resolução de demandas repetitivas.

4.1.1 A criação de um capítulo próprio para regulamentar a incidência dos precedentes judiciais

O Projeto de Lei do Senado Federal – PLS nº. 166/2010 – procurou tornar explícita a necessidade de se considerar o Poder Judiciário em sua unidade, devendo os seus órgãos atuarem em harmonia, evitando proferir decisões conflitantes entre si, motivo pelo qual tornou expressa a necessidade de observância da divisão hierárquica do sistema de jurisdição e impositivo o dever de respeitá-la¹⁹⁶.

Previa o artigo 882 do PLS nº. 166/2010, cuja redação foi inicialmente mantida pela Câmara dos Deputados no PLC nº. 8.046/2010, que os tribunais deveriam, sempre que possível, sedimentar o seu entendimento sobre determinada matéria em súmulas, que deveriam, obrigatoriamente, ser observadas por todos os juízos que a eles fossem vinculados.

O dispositivo teve o cuidado de lembrar, ainda, que a hierarquia não se apresenta apenas no plano vertical, estando também presente entre órgãos que compõem o mesmo tribunal, de modo que o órgão fracionário além de dever respeito à jurisprudência sumulada pela instância que lhe é superior, também deve observar a orientação firmada pelo plenário, pelo órgão especial ou por qualquer outro órgão fracionário que lhe for superior, do tribunal a que estiver vinculado.

Atentando-se, ainda, para a necessidade de se regulamentar a possível modificação da jurisprudência efetuada pelos tribunais, o código passou a prever que essa deveria ocorrer sempre de forma fundamentada e amadurecida, podendo o órgão que fixou a orientação realizar audiências públicas para se certificar de que a mudança de orientação apresenta-se mesmo necessária.

A partir da alteração da relatoria do projeto, porém, foram procedidas diversas modificações no texto desses dispositivos pela Câmara dos Deputados.

No que concerne à essência da questão da necessidade de se promover a uniformização da jurisprudência, importa salientar que a intenção de conferir efeito vinculante

¹⁹⁶ Art. 882, PSL nº. 166/2010 e PLC nº. 8.046/2010, redação original.

às decisões dos tribunais foi mantida, tendo-se procedido, porém, a algumas alterações e a vários acréscimos em seu texto-base a fim de aperfeiçoá-lo.

Em primeiro lugar, modificou-se topologicamente o conjunto de normas relativas ao tema, inserindo-o na sessão referente à sentença e à coisa julgada, “de modo a deixar claro que se trata de atribuir eficácia vinculante aos provimentos judiciais finais”¹⁹⁷. Esse capítulo passou a ser denominado “do precedente judicial”, indicando o aperfeiçoamento, também, da terminologia utilizada.

Entendemos que a modificação foi importante. Já nos posicionamos neste trabalho no sentido de considerar ultrapassada a utilização das expressões *jurisprudência dominante* e *jurisprudência pacífica*, que, utilizadas pelo código atualmente em vigor, foram mantidas no anteprojeto elaborado pelo Senado Federal.

Em nosso sentir, essas expressões já poderiam ter sido substituídas pela menção aos *precedentes judiciais*, cujo sentido é essencialmente diverso, não havendo razão para que o tribunal seja instigado a decidir reiteradas vezes a mesma questão jurídica, afirmando em cada um dos casos a mesma tese, para que, somente depois de enfrentar dezenas ou centenas de vezes o mesmo caso, a solução jurídica aplicada possa ser considerada de observância obrigatória, estendendo-se sobre todos os casos idênticos ou análogos que estiverem em tramitação nas instâncias inferiores.

Ademais, já se demonstrou não haver razão para se confiar mais na jurisprudência do que no precedente judicial¹⁹⁸, sendo válido o aperfeiçoamento da terminologia a fim de afastar qualquer dúvida a respeito da atribuição de efeito vinculante aos precedentes judiciais propriamente ditos pelo novo código.

O dispositivo que, no anteprojeto elaborado pelo Senado Federal, mencionava a divisão hierárquica da jurisdição, preocupando-se em considerar o Poder Judiciário como um todo unitário, passou a conter, na Câmara dos Deputados, a seguinte redação¹⁹⁹:

¹⁹⁷ (CÂMARA DOS DEPUTADOS (Brasil). PLC nº. 8.046/2010. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios>>. Acesso em: 8 de julho de 2013. p. 50).

¹⁹⁸ En un contexto de este tipo [en que se denuncia la frecuencia realmente excesiva de conflictos sincrónicos y diacrónicos en el ámbito de una jurisprudencia caótica y fragmentaria], parece difícil hablar de eficacia del precedente en sentido estricto. Más bien, se habla de ‘jurisprudencia’ para aludir – precisamente – a un conjunto excesivo, desordenado y a menudo incoherente de sentencias, en el cual – como sucede en los centros comerciales – cada uno, tarde o temprano, con un poco de paciencia, encuentra lo que le sirve (e incluso lo contrario)” (TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 103).

¹⁹⁹ Consideraremos, para todos os efeitos deste trabalho, o relatório do PLC nº. 8.046/2010, aprovado pela comissão especial da Câmara dos Deputados em 20 de maio de 2013.

CAPÍTULO XV

DO PRECEDENTE JUDICIAL

Art. 520, PLC nº. 8.046/2010. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável.

Parágrafo único. Na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante.

Art. 521, PLC nº. 8.046/2010. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

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

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

III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

IV – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional;

b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional;

V – não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem;

VI – os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça seguirão, em matéria de direito local, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem.

Conforme se nota, toda a linha argumentativa desenvolvida neste trabalho a fim de dar sustentação à tese de que a observância dos precedentes judiciais afirmados pelas instâncias ou órgãos superiores deve ser considerada obrigatória para todos os juízes que a eles estiverem vinculados, como única forma de se assegurar a harmonia e a racionalidade do sistema de jurisdição, finalmente passará ser corporificada em lei a partir da aprovação do novo código de processo civil.

Estabelece o dispositivo, em linhas gerais, o respeito à incidência vertical do precedente, desenvolvido no terceiro capítulo desta dissertação, em que se buscou fundamentar, em primeiro lugar, que todas as decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal são revestidas de efeito vinculante, sendo de observância obrigatória para todos os membros do Poder Judiciário, e, em um segundo momento, a necessidade de esse efeito vinculante ser estendido às decisões proferidas pelos demais tribunais superiores e

pelos tribunais ordinários de segunda instância, em relação aos tribunais e juízes que estão a eles vinculados.

Respeitando-se a existência de uma divisão hierárquica entre os órgãos que compõem a estrutura judiciária brasileira, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal passarão a ser consideradas vinculantes para todos os membros do Poder Judiciário, ou seja, pelo Superior Tribunal de Justiça, pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e, ainda, por todos os juízos de primeiro grau, haja vista a extensão de sua jurisdição por todo o território nacional em questões que dizem respeito à uniformização da interpretação do direito constitucional e da legislação federal.

Da mesma forma, as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, instância máxima para a resolução de questões infraconstitucionais, deverão ser observadas por todos os órgãos judiciários que ocupam posição hierárquica inferior a sua, quais sejam, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e os juízos de primeiro grau.

E no que concerne aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça dos Estados, suas decisões deverão ser revestidas de dois efeitos, de modo a serem consideradas vinculantes para os juízos de primeiro grau a eles vinculados, respeitando-se, portanto, a sua posição de maior hierarquia, e meramente persuasivas para os tribunais de outras regiões ou Estados, que se encontram no mesmo patamar hierárquico que o seu, bem como para os juízos que, embora situados no primeiro grau de jurisdição, não estão a eles vinculados.

É exatamente essa a disposição trazida pelo dispositivo, que também considera imprescindível à racionalidade ao sistema, que a força de incidência e a direção dos precedentes sejam respeitadas até mesmo no interior de um mesmo tribunal, devendo os órgãos fracionários observar o sentido das decisões proferidas pelo pleno e pelo órgão especial do tribunal a que estiverem vinculados, nessa ordem.

Reestabelecida a divisão hierárquica do sistema de jurisdição, de modo a não permitir que o entendimento de um juízo inferior possa se sobrepor ao do juízo superior a que estiver vinculado, sem que para tanto haja um fundamento relevante, o dispositivo passou a regulamentar as hipóteses em que poderá ocorrer a superação do precedente.

Informa o dispositivo em comento que a modificação da orientação jurídica anteriormente firmada somente poderá ser realizada pela própria corte de que se originou o precedente. E, ainda assim, em respeito aos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, somente nos casos em que a regra jurídica que embasar o precedente for

modificada ou revogada, ou em que ocorrer alguma alteração “econômica, política ou social referente à matéria decidida”:

§2º. A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.

§3º. A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§4º. O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

§6º. A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Essas hipóteses, conforme se nota, remetem àquelas em que o *overruling* é autorizado nos sistemas que seguem a tradição jurídica do *common law*, quais sejam, a de existência de incongruência social – correspondente à incompatibilidade entre a interpretação conferida à norma jurídica e a expectativa da sociedade, não mais refletindo a orientação firmada pela corte, os padrões morais, políticos e de experiência da sociedade –, e a existência de inconsistência sistêmica – referente à grave desarmonia existente dentro de um mesmo ordenamento jurídico –, hipóteses essas que já foram trabalhadas em tópico próprio.

Passou-se a enfatizar a necessidade de a corte revisora do precedente modular os efeitos da decisão que fixa uma nova orientação, a fim de evitar que a mudança de entendimento acabe por significar uma afronta aos princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança e da isonomia, senão vejamos:

§5º. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

A seguir, mais uma preocupação da comissão de juristas com o delineamento satisfatório das regras que impõem a vinculação dos precedentes judiciais foi evidenciada: a determinação de qual parte da decisão será revestida de eficácia vinculante e de qual não, permanecendo, nesse caso, a sua referência, com eficácia meramente persuasiva. *In verbis*:

§8º. Não possuem o efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo os fundamentos:

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

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

Conforme se lê, o dispositivo determina que *os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado, ainda que presentes no acórdão e os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão*, não serão revestidos de efeito vinculante, sendo considerados pela doutrina meros *obiter dicta*. Esses fundamentos, porém, poderão ser utilizados pelos operadores do direito como meio argumentativo no embasamento de suas teses.

Extrai-se do dispositivo em comento, *a contrario sensu*, que os fundamentos *imprescindíveis* para o alcance da decisão, bem como os fundamentos *adotados ou referendados* pela maioria dos membros do órgão julgador, são revestidos de efeito vinculante, sendo considerados pela doutrina os motivos determinantes da decisão – ou a sua *ratio decidendi*.

O método distintivo – ou a técnica do *distinguishing* – também passou a ser prevista no artigo em comento, trazendo a possibilidade de, mesmo diante da implantação de uma cultura de precedentes, a tese jurídica afirmada pela instância superior poder ser afastada pelo juiz inferior no julgamento de um caso concreto, quando, apesar de em um primeiro momento o caso se apresentar idêntico ou análogo ao caso paradigma, em uma análise mais atenta, restar demonstrada a existência de alguma peculiaridade fática que seja relevante o suficiente para distingui-lo do caso que deu origem ao precedente. Essa hipótese torna impositiva a formulação de uma solução jurídica diversa pelo juiz, sob pena de, não o fazendo, incorrer em patente injustiça. É o que prescreve, de forma sucinta, a norma:

§9º. O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

O último dispositivo desse capítulo referente aos precedentes judiciais introduz um mecanismo de uniformização da jurisprudência que consiste na principal inovação do projeto: o incidente de resolução de demandas repetitivas:

Art. 522, PLC nº. 8.046/2010. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos o:

I – do incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Este incidente potencializador de uniformização da jurisprudência será analisado no tópico a seguir.

4.1.2 A criação de um incidente de resolução de demandas repetitivas

Em linhas gerais, determina a nova lei processual que o incidente de resolução de demandas repetitivas, regulamentado pelos artigos 988 e seguintes, deve ser instaurado pelo desembargador-relator ou pelo órgão colegiado, mediante ofício, ou por qualquer das partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, por qualquer pessoa de direito público ou por associação civil, mediante petição, quando, no segundo grau de jurisdição, for possível prever a multiplicação de demandas idênticas fundamentadas na mesma questão jurídica, e esta ainda não tiver sido apreciada pelos tribunais superiores.

É o que dispõe o artigo 988, senão vejamos:

Art. 988, PLC nº. 8.046/2010. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva ou potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito ou de direito e de fato.

§1º. O incidente pode ser suscitado perante Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.

§2º. O incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal.

§3º. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal:

I – pelo relator ou órgão colegiado, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou por associação civil, por petição.

A finalidade da instauração desse incidente é permitir à instância superior antecipar o seu entendimento sobre a matéria, fixando, desde logo, a tese jurídica que entende correta para a solução do litígio, evitando-se, dessa forma, que os desembargadores decidam a questão, aplicando sobre elas, cada um deles, o seu entendimento, e nesse conjunto de demandas idênticas seja atribuída a cada uma delas uma orientação, muitas vezes contraditórias entre si, o que inevitavelmente resultaria na interposição de repetitivos recursos

requerendo a reforma da decisão em um ou em outro sentido, e, ato contínuo, provocaria o congestionamento de sua pauta de julgamento.

Admitido o incidente pelo tribunal, serão imediatamente suspensas todas as ações que tenham como fundamento a questão jurídica nele suscitada, ou seja, todas as ações que se apresentarem análogas ou idênticas em seus aspectos essenciais com o caso paradigma.

Decidido o mérito pelo órgão especial incumbido de unificar a jurisprudência do tribunal, a orientação por ele firmada deverá ser aplicada a todas as demandas que permaneceram suspensas e, também, a todas as outras que, versando idêntica controvérsia, posteriormente tramitarem na área de sua jurisdição²⁰⁰.

A tese jurídica fixada somente poderá deixar de ser aplicada, em nosso sentir, nos casos em que for possível ao magistrado identificar uma peculiaridade fática relevante o suficiente para distinguir o caso concreto sob análise daquele que deu origem ao recurso paradigma. A decisão proferida nesse caso, porém, poderá ser impugnada, em face do órgão especial, mediante reclamação²⁰¹.

Ainda no que se refere ao dispositivo transcrito, é importante notar que o incidente de resolução de demandas repetitivas apresenta natureza preventiva, razão pela qual, para ser suscitado, basta a existência de repetição da questão *em potencial*, não sendo necessário aguardar a fixação da controvérsia.

Alguns autores afirmam que esse caráter preventivo prejudica a boa administração da justiça, sob o argumento de que somente a partir da existência de decisões contraditórias no âmbito de um mesmo tribunal, é possível ao órgão especial examinar todos os pontos de vista que se colocam sobre a questão e ponderar o maior número de argumentos possível. Aduzem que essa é a única forma de se assegurar que seja proferida uma decisão madura, e que definir uma tese jurídica, preventivamente, sem que a controvérsia tenha sido amplamente discutida, enseja o risco de que dela se origine um novo dissenso.

Com a devida vênia, entendemos que *não há razão para remediar quando se pode prevenir*. O levantamento das teses possíveis, bem como dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a elas, elementos necessários ao amadurecimento da questão, são facilmente obtidos por meio da realização de audiências públicas e das intervenções realizadas pelos *amici curiae*²⁰².

²⁰⁰ Art. 995, *caput* e §1º, PLC nº. 8.046/2010.

²⁰¹ Art. 1.001, III e §1º, PLC nº. 8.046/2010.

²⁰² Art. 992, parágrafo único, PLC nº. 8.046/2010.

Ademais, por meio desses instrumentos legitimadores da decisão, é possível obter informações mais consistentes do que aquelas levantadas no interior dos processos. As audiências públicas concedem ao juiz a possibilidade de dialogar com especialistas e com a população interessada, não tendo ele que se restringir à interlocução travada com as partes do processo.

Também é importante atentar para o fato de que o dispositivo em comento afirma que o incidente somente poderá ser suscitado em segunda instância, perante os Tribunais de Justiça ou perante os Tribunais Regionais Federais. A ressalva se justifica porque, em relação aos tribunais superiores, foi mantida a sistemática do julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, já inserida no código em vigor. Já existe na legislação atual, portanto, um mecanismo de julgamento por amostragem em face das instâncias extraordinárias, a que os operadores do direito estão acostumados, não havendo razão para que fosse revogado e substituído pelo procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas, recém criado.

O projeto prevê, por coerência, uma exceção às hipóteses em que se admite a instauração do incidente: quando já houver, nos tribunais superiores, recurso afetado, de mesmo objeto, para a definição da tese, senão vejamos:

§8º. É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Isso porque se o tribunal superior já tiver sido designado para se manifestar a respeito da questão repetitiva, não há razão para que o pleno ou para que o órgão especial dos Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal ou dos Tribunais Regionais Federais firmem uma orientação vinculante, pois haverá sério risco de que as questões – idênticas – sejam apreciadas de formas distintas e, até mesmo, contraditórias, pelos diferentes Estados e Regiões, o que provocaria intensa recorribilidade e, provavelmente, o congestionamento das supremas cortes. A melhor opção nessas hipóteses em que os tribunais superiores afetam um recurso de idêntica controvérsia é esperar que profiram um julgamento definitivo sobre a questão.

Afirma, ainda, a nova lei, que, contra a decisão que julgar o incidente, caberá recurso especial ou recurso extraordinário, conforme o caso, que, se admitidos, terão a sua decisão estendida a todos os casos que tratarem da mesma controvérsia e estiverem tramitando ou virem a tramitar em todo o território nacional. *In verbis*:

Art. 995, §4º. Contra a decisão que julgar o incidente caberá recurso especial ou recurso extraordinário, conforme o caso.

§5º. Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território nacional.

Apenas com a finalidade de afastar qualquer dúvida a respeito, afirma-se que a sistemática do incidente de resolução de demandas repetitivas não se confunde com a do julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos. Enquanto o incidente é instaurado para evitar a proliferação de decisões divergentes em processos idênticos com potencial de multiplicação, sendo nítido o seu caráter preventivo, o julgamento dos recursos repetitivos ocorre após a efetiva verificação da repetição, exigindo-se, portanto, a real ocorrência da massificação e não apenas a sua mera possibilidade.

A extensão do julgamento das causas repetitivas, por amostragem, para além dos tribunais superiores, passando a ser permitida a sua realização pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e os Tribunais Regionais Federais, torna evidente o objetivo do novo Código de Processo Civil de uniformizar a jurisprudência em todo o território nacional, impondo, para tanto, que a orientação firmada pelos órgãos que proferem a última palavra acerca da matéria de suas competências seja de observância obrigatória para todos os juízes e tribunais inferiores que a eles estiverem vinculados, em estrita obediência à divisão hierárquica da jurisdição.

4.1.3 A contribuição do projeto do Novo Código de Processo Civil com o estabelecimento de uma cultura de respeito aos precedentes

Extraí-se de todo o exposto que a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, ainda que inicialmente apenas em relação às questões notadamente repetitivas, poder-se-á afirmar, com base na letra da lei – e não mais em construções doutrinárias –, que todos os juízes e tribunais devem aplicar em suas decisões as teses jurídicas fixadas pelos tribunais superiores, quando se depararem com questões idênticas ou análogas àquelas anteriormente por eles apreciadas.

Do mesmo modo, todos os juízes de primeiro grau deverão observar o sentido das decisões proferidas pelo plenário ou pelo órgão especial, nessa ordem, dos tribunais a que estiverem vinculados, apenas podendo formular livremente, tese jurídica diversa, vinculando-se tão-somente aos textos legais, quando se encontrarem diante de uma questão ainda não apreciada ou de um caso sobre o qual, apesar de haver precedentes, não serem esses aplicáveis em face de uma peculiaridade da situação fática que seja relevante o suficiente para distingui-la das demais²⁰³.

A liberdade concedida aos juízes deve encontrar limite na necessidade de se assegurar a coerência e a harmonia do sistema de prestação de justiça, não mais podendo se sobrepor ao postulado da isonomia e comprometer a racionalidade do discurso que tem nele um de seus pilares²⁰⁴.

É possível afirmar, com base nessas considerações, que a aprovação do novo Código de Processo Civil virá sedimentar grande parte das teses levantadas para se defender, *de lege lata*, a aplicação de uma doutrina de precedentes judiciais em nosso país, trazendo, expressamente, a forma pela qual a técnica de julgamento com base em precedentes deve ser desenvolvida e utilizada pelos operadores do direito.

Foram três as hipóteses de concessão de efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal trabalhadas neste ensaio: (a) as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade; (b) as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, concedendo-se efeito vinculante à decisão incidental proferida nos autos do recurso extraordinário, independentemente de qualquer atuação do Senado Federal no sentido de suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; e (c) as decisões proferidas nos autos dos recursos ordinários, na qualidade de última instância competente para apreciar a matéria. Mediante essas três hipóteses, buscamos sustentar a força de incidência vinculante de todos os seus pronunciamentos definitivos de mérito.

Dessas três hipóteses, apenas as duas últimas apresentam, atualmente, controvérsias na doutrina e na jurisprudência dos tribunais, vindo o novo Código de Processo Civil colocar

²⁰³ “Na Inglaterra, o juiz só tem capacidade para criar o direito quando não há, acima dele, qualquer Corte que possa tratar da matéria que lhe for submetida” (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 49, p. 16, 2009).

²⁰⁴ “A mim me parece que, quando se diz que o juiz, ao decidir *hard cases*, cria direito, não se quer com isso significar que ele *invente* o direito... O juiz cria: mas tem o dever de fazê-lo de forma *harmônica* com o sistema” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: _____. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 30).

uma pá de cal na discussão ao estabelecer, de forma expressa, a vinculatividade dos precedentes judiciais fixados pelos tribunais, sobre os juízos que lhes são inferiores.

Sustentamos, ainda, neste trabalho, a incidência de efeitos vinculantes às decisões proferidas sobre os recursos paradigmas, representativos das controvérsias que ensejam o ajuizamento das demandas repetitivas.

O efeito vinculante dessas decisões lhes é atribuído pela própria lei processual em vigor, tendo o projeto do novo Código de Processo Civil mantido, sem alterações substanciais, as normas referentes ao procedimento e ao efeito do julgamento dos recursos repetitivos efetuado pelos tribunais superiores.

Aproveitando o prévio delineamento da questão, foi inserido no projeto da nova lei um instrumento semelhante, voltado para os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, bem como para os Tribunais Regionais Federais, qual seja, o incidente de resolução de demandas repetitivas. Esse instrumento revestiu a decisão proferida pelos órgãos especiais desses tribunais de efeito vinculante, devendo a tese jurídica por eles fixada ser obrigatoriamente observada pelos desembargadores e juízes que a eles estão vinculados, os quais deverão aplicá-la às dezenas, centenas ou milhares de casos idênticos que estiverem em tramitação ou que em algum momento virem a estar.

No desenvolvimento deste trabalho, também buscamos sustentar a atribuição de efeito vinculante às decisões proferidas pelos tribunais superiores, pelos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal, e pelos tribunais regionais federais, nas hipóteses em que esses atuam como última instância competente para apreciar determinada matéria. A tese jurídica fixada na decisão, nesses casos, deveria ser obrigatoriamente observada pelos juízes de piso quando casos análogos ou idênticos estivessem sujeitos a sua apreciação.

Essa tese foi finalmente adotada pelo projeto do novo Código de Processo Civil, restando previsto que todos os juízes e tribunais devem aplicar em suas decisões as teses jurídicas fixadas pelos tribunais superiores quando se depararem com questões idênticas ou análogas a alguma anteriormente por eles apreciada. No mesmo sentido, restou consignado que todos os juízes de primeiro grau deverão observar o sentido das decisões proferidas pelo plenário ou pelo órgão especial, nessa ordem, dos tribunais a que se encontrarem vinculados.

Ademais, importa salientar que a nova lei ampliou as hipóteses de dispensa da remessa necessária, o que ressalta o dever de que os precedentes judiciais sejam observados não apenas pelo próprio poder judiciário, mas, também, pela administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Por fim, cumpre afirmar que no código atualmente em vigor, existem apenas duas maneiras de se exigir o cumprimento da orientação jurídica fixada em um precedente: a interposição de um recurso requerendo a anulação ou a reforma da decisão pela instância superior e, ato contínuo, a aplicação da norma jurídica afirmada; e a apresentação de reclamação diretamente no Supremo Tribunal Federal, quando o precedente desrespeitado corresponder a uma súmula vinculante por ele editada.

Já se questionava, há algum tempo, a limitação das hipóteses de cabimento desse sucedâneo recursal, afirmando-se que a sua utilização deveria ser possível, não apenas em face do descumprimento de uma ordem do Supremo Tribunal Federal, mas diante de qualquer caso em que um precedente revestido de efeito vinculante não fosse observado, devendo a reclamação ser direcionada, para tanto, ao órgão prolator da decisão descumprida.

Atento a essas críticas, o novo Código de Processo Civil ampliou as hipóteses de cabimento da reclamação, estendendo a possibilidade de sua utilização frente a qualquer tribunal, até o trânsito em julgado da decisão.

Conforme se nota, se já era possível, *de lege lata*, sustentar o desenvolvimento da função de uniformização da jurisprudência por meio da imposição da observância dos precedentes judiciais, considerando-os revestidos de efeito vinculante, a partir da aprovação e da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, não haverá mais discussão, decorrendo a sua eficácia vinculante de literal disposição de lei.

Mostra-se inegável, pois, a intenção do projeto do novo Código de Processo Civil de tornar a jurisprudência dos tribunais uniforme por meio da imposição do respeito aos precedentes judiciais, vinculando a decisão dos magistrados ao entendimento consolidado nas instâncias que lhes são superiores, bem como nos órgãos especiais dos próprios tribunais a que estiverem vinculados.

4.2 A proposta de inserção de um novo requisito da petição inicial como forma de racionalizar a utilização da técnica de julgamento com base em precedentes

Em que pese o grande esforço realizado pela comissão de juristas para incluir no projeto do novo Código de Processo Civil uma técnica de julgamento com base em precedentes, a fim de promover, efetivamente, a uniformização da jurisprudência em todo o território nacional, entendemos que uma inovação a mais poderia ser trazida.

O projeto do novo Código, além de determinar o dever dos juízes e dos tribunais de observar o entendimento consolidado nas instâncias que lhes são superiores, ou, na sua ausência, fixados pelos órgãos especiais dos próprios tribunais a que estiverem vinculados, o tornou impositivo mediante o estabelecimento de um procedimento específico que, se desrespeitado, pode sujeitar os operadores do direito a sanções.

A reclamação, instrumento processual que atualmente se presta a dar ciência ao Supremo Tribunal Federal²⁰⁵ e ao Superior Tribunal de Justiça²⁰⁶ do descumprimento de suas decisões, teve sua hipótese de cabimento estendida à preservação da competência e da autoridade das decisões de todos os tribunais do país, ou, mais precisamente, de todos os seus órgãos especiais incumbidos da função de uniformizar a interpretação da legislação pátria²⁰⁷.

A Constituição Federal determina que, recebida a reclamação e julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, o ato administrativo que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar será anulado ou a decisão judicial cassada, determinando-se que outra seja proferida em seu lugar, de acordo com a orientação firmada²⁰⁸.

A lei que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de súmulas vinculantes²⁰⁹ acrescentou um dispositivo na lei que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal²¹⁰ determinando que, nos casos em que a reclamação estiver fundamentada no descumprimento de enunciado de súmula vinculante e o agente administrativo, cientificado do dever de observá-lo, não o fizer, será pessoalmente responsabilizado nas esferas cível, administrativa e criminal²¹¹.

Conforme se sabe, são duas as formas de se impor, juridicamente, uma sanção pelo descumprimento de uma ordem: utilizando-se de meios físicos – sanção por subrogação – e utilizando-se de meios psicológicos – sanção por coerção.

No que concerne, especificamente, à ordem de que os operadores do direito devem, obrigatoriamente, observar as teses jurídicas afirmadas nos precedentes judiciais, destina-se a sanção por subrogação aos magistrados e a sanção por coerção aos agentes administrativos. Diante do descumprimento da ordem de aplicação da orientação firmada, o magistrado terá a sua decisão cassada pela instância superior, que determinará o dever de que outra seja proferida em seu lugar. O agente administrativo, por sua vez, será pessoalmente

²⁰⁵ Art. 102, I, *l*, CF.

²⁰⁶ Art. 105, I, *f*, CF.

²⁰⁷ Art. 1.001, I, II, III e §1º, PLC nº. 8.046/2010.

²⁰⁸ Art. 103-A, §3º, CF.

²⁰⁹ Lei nº. 11.417/2006.

²¹⁰ Lei nº. 9.784/1999.

²¹¹ Art. 64-B, Lei nº. 9.784/1999.

responsabilizado nas esferas cível, administrativa e criminal, se não acatar a ordem de observar o sentido da súmula.

A diferença de tratamento se deve ao respeito da garantia de independência dos juízes, que, resguardados no direito de decidir conforme a sua convicção, a respeito da solução jurídica adequada ao caso, desde que fundamentadamente – princípio do livre convencimento motivado –, impede que sofram qualquer pressão no sentido de serem obrigados a decidir em determinado sentido quando verificarem a possibilidade de cometer uma injustiça.

Ainda que esse princípio possa sofrer limitações, devendo ser interpretado dentro dos padrões de razoabilidade, dificulta, ao menos em um primeiro momento, que seja estendida aos magistrados a responsabilização cível, administrativa ou criminal por não terem observado um precedente judicial, ainda que proferido pela Suprema Corte ou por um órgão a que esteja subordinado.

Ademais, o resguardo dessa garantia é necessário até mesmo para que, em uma cultura de respeito aos precedentes judiciais, possam eles utilizar da técnica distintiva para afastar a incidência de um precedente nas hipóteses em que a sua aplicação resultar no cometimento de patente injustiça. A possibilidade de decidir em sentido diverso deve lhes ser assegurada, ainda, para que seja possível ao tribunal proceder à revisão do precedente quando essa se fizer necessária.

Percebe-se, porém, que apesar da existência de previsão de meios sancionatórios para obrigar – ou, ao menos, tentar obrigar – os magistrados e os agentes administrativos a observar as teses jurídicas afirmadas nos precedentes judiciais, não há, no ordenamento atual, e, tampouco, no projeto do novo código de processo civil, qualquer tentativa de se impor às partes – e, por consequência, aos seus advogados – o dever de observar o sentido dessas decisões, nem mesmo quando essas são proferidas pelas cortes superiores de justiça.

Em um primeiro momento pode-se afirmar que limitar a atuação dos advogados seria tão desnecessário quanto impossível, pois às partes é assegurado, constitucionalmente, o direito de acesso ao Judiciário, sendo imprescindível a sua representação por advogado para tanto.

Acreditamos, porém, que estender às partes, por meio dos advogados públicos e privados, o dever de respeitar os precedentes judiciais é necessário e, também, possível. Necessário porque uma justiça efetiva depende da colaboração de todos, sendo inaceitável que o sistema judiciário se prontifique a primar pela uniformidade de seus pronunciamentos, a fim de desestimular a recorribilidade e melhor administrar a prestação jurisdicional, não sendo estendido, ao mesmo tempo, aos advogados, o dever de também contribuir com a

racionalização do sistema. É possível porque essa exigência pode ser operacionalizada processualmente sem que seja arranhado qualquer direito fundamental assegurado às partes.

O advogado, diante dessa nova postura que vem sendo adotada pelas leis processuais, tem a obrigação de informar à parte que representa da existência de precedente judicial favorável ou contrário à solução jurídica que imagina lhe ser assegurada por direito.

Havendo pronunciamento contrário dos tribunais superiores, é importante que a parte seja cientificada de que somente haverá possibilidade de êxito ou, ainda, que o seu processo somente terá uma tramitação normal, se, no seu caso, especificamente, estiver contida uma peculiaridade fática relevante o suficiente para distingui-lo do que deu origem ao precedente. Não sendo possível distingui-los em sua essência, deverá, então, ser comprovada a existência de alguma grave incongruência social ou inconsistência sistêmica que justifique a revisão do precedente pelo tribunal.

Não enxergamos como razoável conceder o direito da parte de ir a juízo, ciente de que a tutela almejada não lhe alcança, somente para jogar com a sorte, provocando, com isso, dispêndio de energia de todos os órgãos que trabalham em prol da prestação da justiça e, ainda, o congestionamento dos juízos singulares e dos tribunais, impossibilitando-os de atuar eficazmente em benefício daqueles que, comprovadamente, têm um direito a ser tutelado.

Não há dúvida de que o excesso de demandas cujos fundamentos já foram afastados pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelos órgãos de cúpula para a apreciação da matéria, dificulta, quando não impede, a prestação jurisdicional de qualidade e em tempo hábil. Em muitas ocasiões já se afirmou, neste trabalho, que o número de demandas é inversamente proporcional à qualidade dos pronunciamentos.

Não é plausível, por exemplo, que as Procuradorias da Fazenda Nacional possam ingressar em juízo para cobrar créditos fiscais utilizando, como embasamento de seu pedido, teses já afastadas pela Suprema Corte.

Os prejuízos decorrentes dessa prática são tão intensos e evidenciam uma situação tão fora de propósito, principalmente nesses últimos anos em que a legislação vem evoluindo no sentido de implantar uma cultura de respeito aos precedentes judiciais, que levou o Procurador-Geral da Fazenda Nacional a publicar um parecer orientando às Procuradorias a não impugnarem as decisões proferidas no âmbito da primeira e/ou segunda instância quando já houver pronunciamento das cortes superiores de justiça em sentido contrário²¹². Diante dessa postura adotada, o Ministro da Fazenda estendeu os seus efeitos a todos os órgãos da

²¹² Diário Oficial da União, nº. 128, de 5 de julho de 2013.

Receita Federal²¹³, pois tampouco haveria sentido em permitir que esses órgãos atuassem no lançamento de um crédito tributário que posteriormente não seria cobrado.

É possível perceber, até mesmo diante da simples leitura dessa informação, como a real imposição de que os precedentes devem ser observados pode contribuir com a melhor prestação do sistema de justiça. Nesse exemplo, a carga de trabalho será reduzida não apenas nas Procuradorias, mas em todos os órgãos da Receita Federal, o que irá contribuir com o melhor desempenho de suas atividades.

O exemplo trazido diz respeito aos advogados públicos, mas o raciocínio também pode ser estendido para o âmbito privado. Sem nem mesmo adentrar nas questões derivadas do direito comercial, podemos identificar um sem número de questões que anualmente congestionam os gabinetes dos juízes de primeiro grau, a exemplo dos pedidos de ingresso nas universidades públicas antes de concluir o ensino médio, de participação em cerimônias de colação de grau quando esse não foi obtido, de dispensa da realização do exame de ordem, de recebimento dos expurgos inflacionários, entre outros.

Já foi constatado que a maior parte dos processos que tramitam nos órgãos judiciários trata de questões que já foram apreciadas pelos tribunais superiores²¹⁴.

Existindo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça a respeito, ainda que esse posicionamento tenha sido fixado em um único processo, se desfavorável ao pedido do autor, não há razão para ele ingresse em juízo sem explicitar as razões porque entende que, no seu caso, especificamente, o julgamento deveria ser dado em sentido diverso. No mesmo sentido, se uma lei municipal já foi considerada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado, em face de sua Constituição Estadual, ainda que incidentalmente, não há razão para que continue sendo questionada no primeiro grau de jurisdição, como se, casuisticamente, pudesse ser revestida de constitucionalidade.

Apesar de acreditarmos e defendermos que a necessidade de respeito aos precedentes judiciais decorre da própria racionalidade do sistema de jurisdição – sem a qual não é possível considerá-lo racional –, não sendo necessária a elaboração de uma norma impositiva e, menos ainda, o estabelecimento de sanções em face do descumprimento do dever de observância das teses jurídicas fixadas pelas instâncias superiores, a realidade demonstrou que sem uma norma expressa, sem a realização de discurso reiterados no mesmo sentido e sem o

²¹³ DINIZ, Geila Lídia Barreto Barbosa. Parecer PGFN/CDA/nº. 2025/2011. *Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, Brasília, p. 305-364.

²¹⁴ BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. 241 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 4.

estabelecimento de sanções, os operadores do direito não adequarão a sua postura em prol da boa administração da justiça. Poucos são os dispostos a enxergar que a racionalidade da argumentação travada no âmbito do Poder Judiciário depende do respeito ao postulado da isonomia e que esse somente pode ser assegurado mediante o respeito aos precedentes judiciais. Poucos são os que têm lutado em prol da retomada da racionalidade de nosso sistema jurídico.

Não havendo outro modo de, em nossa cultura, impor a obrigação de os precedentes judiciais serem observados, a não ser por meio de lei que impute uma sanção por descumprimento, sustentamos a necessidade de ser incluído um novo requisito processual na petição inicial: o da demonstração da existência de um precedente judicial favorável à tese em que se fundamenta o pedido, ou a comprovação de que o precedente desfavorável merece ser afastado ou revisto.

Essa exigência, ainda que pareça estranha de ser imposta em nosso ordenamento, é inerente à própria racionalidade da argumentação, motivo pelo qual não deve ser refutada. No primeiro capítulo deste trabalho, destacamos a atenção conferida por Alexy à necessidade de se respeitar à isonomia para assegurar a coerência – e a racionalidade – do discurso jurídico.

Na oportunidade, demonstramos como esse princípio – também denominado *princípio da universalidade* – impõe que todos os juízos de valor afirmados na análise de determinado caso, sejam também aplicados a todos os outros que lhe sejam análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais, de modo que, não havendo uma diferença relevante o suficiente para distinguir o primeiro caso do segundo, devem ambos ser submetidos ao mesmo juízo de valor, sob pena de quebra da coerência do discurso.

Conforme já explicado em capítulo próprio, é a partir dessa percepção que deve ser compreendida a distribuição da carga da argumentação ou do dever de fundamentar entre as partes. Do *princípio da universalidade*, segundo o qual determinado juízo de valor aplicado a uma situação específica deve ser estendido a todas aquelas que lhe sejam semelhantes em seus aspectos essenciais, derivam o *princípio da generalização*, que afirma que para que uma pessoa seja tratada de maneira distinta de outra deve haver uma razão que, necessariamente, deve ser explicitada, e o *princípio da inércia*, de Perelman, segundo o qual uma opinião ou uma prática aceita não pode ser abandonada sem que exista um motivo para tanto, que também deve ser explicitado²¹⁵.

²¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 193.

Extrai-se do exposto que qualquer tentativa de ingressar em juízo, ciente da existência de um precedente judicial desfavorável à tese em que está embasado o pedido, somente pode ser considerada racional se, em seu bojo, trouxer elementos suficientes para justificar o afastamento do precedente naquele caso específico ou para suscitar a sua superação.

Isso porque, conforme se pode inferir da conjugação dos três princípios acima descritos, para que um discurso seja considerado racional, qualquer desvio do dever de igualdade deve ser, obrigatoriamente, acompanhado do dever de fundamentação.

Guardadas as devidas proporções, o requisito que propomos reflete a mesma intenção do filtro estabelecido para o *appeal* inglês: a permissão para recorrer somente é concedida se o órgão jurisdicional a qual o recurso é dirigido vislumbrar alguma possibilidade concreta de provimento (*real prospect of success*) ou alguma razão relevante para que seja apreciado (*compelling reason*) apesar da existência de posicionamentos desfavoráveis ao seu pedido²¹⁶.

Em um período fortemente marcado pela retomada da racionalidade da argumentação jurídica e pelo empenho em tornar a prestação da justiça efetiva, não devem ser admitidas aventuras judiciárias.

São essas as razões pelas quais sugerimos que seja incluído na legislação processual mais um requisito da petição inicial: o da demonstração da existência de um precedente judicial favorável à tese em que se fundamenta o pedido, ou a demonstração da existência de um precedente desfavorável que, diante de uma peculiaridade fática da situação concreta que se pretende submeter à apreciação do Judiciário, deve ser afastado, ou, que, diante de graves razões de incongruência social ou de inconsistência sistêmica, deve ser superado.

O reconhecimento da força normativa do precedente e de seu caráter imperativo implica admitir que o seu descumprimento provoca alguma consequência. A sanção imposta à parte que, injustificadamente, promover uma aventura judiciária, será o indeferimento de sua petição inicial.

A imposição de uma sanção é necessária porque a sua ausência, conforme demonstra a experiência, torna a extensão do efeito vinculante dos precedentes judiciais às partes, inócua²¹⁷.

Por fim, cumpre esclarecer que a formulação desse novo requisito da petição inicial não viola o direito de acesso ao Poder Judiciário, pois não tem o condão de impedir o acesso

²¹⁶ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Recursos no processo civil inglês. *Revista de Processo*, São Paulo, p. 173-174.

²¹⁷ “Se não existir nenhuma sanção para impor a sua eficácia, a atribuição do efeito vinculante ao precedente será inócua” (BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. 241 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 108).

da parte propriamente dito, mas, apenas, de afirmar que esse deve ser justificado. Se assim não fosse, outras limitações processuais também significariam patente violação ao direito de acesso à justiça, a exemplo do condicionamento do direito de ação à possibilidade jurídica do pedido.

O que se propõe é que se a demanda for proposta com base em tese que contrarie a orientação firmada pelas cortes superiores, ainda que em um único processo, sem que haja justificativa expressa para o seu afastamento ou superação, ela seja indeferida, de plano, pelo juiz.

CONCLUSÃO

No início deste trabalho, foi apresentada, em linhas gerais, a teoria da argumentação de Alexy e, em sequência, a sua teoria da argumentação jurídica propriamente dita, elaborada a partir dela.

Buscamos identificar a relação existente entre o princípio da isonomia e a racionalidade da argumentação, sendo obtida a conclusão de que essa relação é tão direta quanto indispensável, não sendo possível assegurar a coerência do discurso sem respeitá-lo.

Sabe-se que o discurso jurídico é considerado um caso especial derivado da teoria do discurso prático racional geral, encontrando-se a sua particularidade na denominada pretensão de correção, que impõe, como requisito para que as conclusões obtidas no âmbito do Poder Judiciário sejam consideradas racionais, que a sua fundamentação, além de respeitar as regras da argumentação prática geral, esteja em conformidade com a lei e com os precedentes judiciais.

Conforme se pode inferir da exposição em referência, as regras fundamentais da razão prática buscam estabelecer a coerência e a igualdade no discurso. É extremamente importante que os juízos de valor afirmados em determinada situação sejam, também, afirmados em todas aquelas outras que, posteriormente, com ela se apresentarem semelhantes, ou seja, análogas ou idênticas em seus aspectos essenciais.

Não havendo uma diferença relevante o suficiente para distinguir o primeiro caso do segundo, portanto, devem ambos ser submetidos ao mesmo juízo de valor, sob pena de quebra da coerência do discurso.

É a partir dessa regra geral que, segundo informa a teoria, deve ser distribuída a carga da argumentação entre os participantes do discurso: qualquer desvio do dever de igualdade deve ser, obrigatoriamente, acompanhado do dever de fundamentação.

Ainda que, em um primeiro momento, se pudesse afirmar que a garantia da isonomia restaria assegurada pela estrita vinculação dos juízes às leis, na medida em que seu discurso seria limitado por elas, a teoria da argumentação jurídica já afastou a possibilidade dessa assertiva ser considerada verdadeira, afirmando que, apesar de as leis direcionarem a argumentação, não são suficientes para a delimitarem a ponto de apenas uma conclusão poder ser obtida, fazendo-se necessária a observância dos precedentes judiciais, para tanto.

Isso porque o silogismo jurídico muitas vezes se apresenta insuficiente para fundamentar um caso concreto, como ocorre, por exemplo, quando a lei traz diversas

propriedades alternativas do fato hipotético, quando sua aplicação exige que seja complementada por outras normas explicativas, limitativas ou extensivas, quando é possível extrair dela mais de uma consequência jurídica, ou quando o seu texto admitir diversas interpretações.

Nesses casos em que há dúvida acerca da aplicabilidade da norma, é preciso que outra regra defina a questão, tornando indiscutível a subsunção ou não do caso concreto a ela. É nesse ponto que se destaca a necessidade de os precedentes judiciais serem, obrigatoriamente, observados. Se ignorados, abre-se margem para que a casos idênticos sejam imputadas soluções jurídicas diversas, na medida em que um juiz poderia considerar, em um caso concreto, a norma aplicável, e outro juiz, ao se deparar com um caso idêntico, considerá-la, em sua concepção, inaplicável. Essa situação de incongruência, resultante da violação do princípio da isonomia, torna o discurso incoerente, despido de racionalidade.

O uso dos precedentes na argumentação jurídica tem por finalidade diminuir a margem dessas conclusões discursivamente possíveis, reduzindo-se, dessa forma, a probabilidade de que, no âmbito do Poder Judiciário, sejam proferidas decisões incompatíveis entre si.

Diante do fato inquestionável de que todo texto normativo, por ser constituído de linguagem polissêmica, está sujeito à interpretação, restou superada a tese de que apenas a vinculação dos operadores do direito à lei traz igualdade e segurança ao sistema de prestação de justiça, sendo imprescindível que estejam vinculados, também, ao sentido atribuído à norma pela interpretação autorizada dos tribunais superiores.

A importância concedida aos precedentes judiciais pela teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Alexy é incontestável. Afirma-se que quem, diante de uma situação concreta equiparável à que deu origem ao precedente, pretender afastá-lo ou vê-lo superado, deverá apresentar razões relevantes para tanto, pois qualquer exceção à regra que impõe a sua vinculação deve ser tida como excepcional.

No segundo capítulo, buscamos identificar a função desempenhada pelos precedentes judiciais em cada um dos principais sistemas jurídicos do ocidente, bem como a razão pela qual a sua força de incidência é tão distinta entre aqueles que seguem a tradição *common law* e aqueles que, por outro lado, seguem a tradição *civil law*.

Pudemos concluir, mesmo a partir de uma descrição breve da forma como se deu o desenvolvimento desses sistemas, que enquanto no primeiro, os precedentes judiciais constituíam elementos da própria construção de seu Direito, no segundo, significavam apenas transcrições de soluções jurídicas que constavam expressamente nos textos de lei.

A título conclusivo, de toda a temática que decorre do estudo desses dois sistemas, importa chamar a atenção para o fato de que, no sistema de tradição *civil law*, a adstrição da fundamentação jurídica à letra da lei ocorreu por ter sido considerada verdadeira, na época da Revolução Francesa, uma premissa que, atualmente, já foi refutada: a de que, por meio dela, é possível resolver todas questões jurídicas e, ainda, conferir segurança ao jurisdicionado, tornando previsível o sentido dos julgamentos.

A percepção de que seria impossível prever e positivizar todas as questões práticas existentes no mundo da vida, e de que, mesmo quando existisse lei aplicável ao caso sob análise, as imprecisões linguísticas dela decorrente exigiriam o exercício de uma atividade interpretativa pelo juiz, levou à abertura do sistema.

Dessa abertura resultou a possibilidade de os juízes interpretarem livremente os dispositivos de lei, conferindo sentido prático aos termos vagos e genéricos que passaram a ser utilizados na redação das leis, desde que fundamentadamente, utilizando-se, para tanto, de princípios jurídicos norteadores.

A mitigação do princípio da legalidade, porém, ocorreu de forma desvinculada do desenvolvimento de outra técnica que fosse capaz de limitar a atividade interpretativa dos juízes e de, sobretudo, mantê-la dentro de parâmetros que assegurassem a coerência do discurso, a fim de impedir que soluções jurídicas diversas fossem atribuídas a casos idênticos, pelo fato de a norma poder ser interpretada em um sentido, por determinado juiz, e em sentido diametralmente oposto, por outro.

A segurança que se buscava conferir ao sistema pela estrita vinculação de seus juízes a letra da lei se perdeu no tempo. A liberdade interpretativa lhes foi conferida de forma desmedida, sem que fosse estabelecido um critério para se determinar a quem caberia dar a última palavra acerca do sentido em que as normas deveriam ser interpretadas.

Até mesmo nos dias atuais, às cortes superiores de justiça é concedido poder para cassar a decisão dos juízes e tribunais inferiores, determinando que outra seja proferida em seu lugar, de acordo com uma orientação fixada. Mas não há uma regra que imponha que essa orientação deve ser observada por todos, em todos os casos posteriores que com ele se apresentarem análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais. A correção do sentido interpretativo de uma norma ainda ocorre individualmente, o que, para a teoria da argumentação jurídica, é inaceitável.

A teoria informa que para que seja assegurada a isonomia, diante da percepção de que, em muitos casos, mais de uma solução jurídica se apresenta discursivamente possível, faz-se necessária a imposição do respeito aos precedentes judiciais, devendo ser atribuída às cortes

de superior instância a função de identificar qual interpretação, dentre as possíveis, deve ser considerada a correta para o julgamento de determinado caso concreto. Fixada a orientação, deverá ser ela observada, por todos os juízes, nos julgamentos posteriores que tratarem da mesma matéria.

Apesar de essa regra já ter sido estabelecida pelos estudiosos da argumentação como o único critério adequado para se assegurar a uniformidade da prestação jurisdicional e a racionalidade do discurso jurídico, muitos ordenamentos ainda se mostram resistentes a aceitá-la, sob o argumento de que a vinculação do juiz à orientação firmada por uma corte, ainda que superior, viola a garantia da independência de seus julgamentos.

Não concordamos com o argumento utilizado, pois se considerado verdadeiro, teremos que admitir que essa mesma garantia resta violada pelo fato de o juiz estar vinculado à lei. Ademais, a liberdade para decidir concedida aos juízes não pode se sobrepor ao direito fundamental à igualdade assegurado aos jurisdicionados.

No terceiro capítulo, tecemos algumas considerações a respeito das funções atribuídas às cortes superiores de justiça por nosso ordenamento jurídico, a fim de identificar se é possível afirmar, *de lege lata*, que as decisões por elas proferidas são revestidas de eficácia vinculante, devendo ser observadas por todos os juízes e tribunais inferiores, no julgamento dos casos que se apresentarem análogos ou idênticos em seus aspectos essenciais com os que embasaram a formação dos precedentes.

Depois de analisar os dispositivos constitucionais e a legislação processual a respeito, podemos afirmar que sim. Algumas hipóteses de vinculação decorrem expressamente de lei, enquanto outras decorrem de construções doutrinárias.

Fato é que a doutrina tem se esforçado para defender o desenvolvimento de uma cultura de respeito aos precedentes em nosso país, estando o ordenamento jurídico, desde a aprovação da emenda constitucional nº. 45 de 2004, em evidente evolução no sentido de implementá-la por meio de lei. Cada vez mais se tem buscado aprimorar o desempenho da função nomofilática das cortes superiores de justiça e limitar a possibilidade de os juízes proferirem decisões contrárias às orientações por elas firmadas, a fim de devolver ao sistema jurisdicional, a coerência perdida no decurso do tempo.

No quarto e último capítulo, procedemos à análise do tratamento conferido à matéria pelo projeto do Novo Código de Processo Civil, utilizando como referência o texto aprovado pela Câmara dos Deputados no PCL nº. 8.046/2010, em maio de 2013.

É inegável a sua intenção de tornar a jurisprudência dos tribunais uniforme, por meio da vinculação dos juízes aos precedentes judiciais. De acordo com o projeto da nova lei, os

juízes e tribunais deverão observar, obrigatoriamente, os pronunciamentos efetuados pelas cortes que lhes são superiores, ao se depararem com um caso concreto cujo objeto já tenha sido por elas apreciado.

Desse modo, apesar de já ser possível sustentar, *de lege lata*, que são revestidas de eficácia vinculante as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e, ainda, pelo plenário e pelos órgãos especiais dos tribunais de segunda instância, nas matérias em que são competentes para emitir o último pronunciamento a respeito, a partir da aprovação e da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, não haverá mais discussão, decorrendo esse efeito de literal disposição de lei.

Em que pese o grande esforço realizado pelos processualistas para incutir, entre nós, uma cultura de respeito aos precedentes judiciais, a fim de promover, efetivamente, a uniformização da jurisprudência em todo o território nacional, entendemos que um avanço a mais ainda poderia ocorrer.

Tanto a legislação atual quanto a projetada, referem-se à necessidade de os juízes observarem o sentido das decisões proferidas pelas instâncias que lhes são superiores. Entendemos que a norma não deve ser estendida apenas a eles e à Administração Pública, incluída em determinados casos, mas, também, às partes, representadas por seus advogados. E a razão é simples:

Ao trabalhar a racionalidade da argumentação jurídica, Alexy formula duas regras fundamentais, que devem ser respeitadas por todos os participantes do discurso, e não somente pelos juízes: (1) quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo; e (2) quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.

Impõe-se, como garantia da racionalidade do discurso, que qualquer desvio do dever de igualdade, seja por quem for suscitado, deve ser, obrigatoriamente, acompanhado do dever de fundamentação.

No que tange à aplicação dessa regra no discurso judicial, tem-se que quem se opõe a uma decisão já tomada por uma corte superior – a um precedente, portanto – assume o ônus de provar as razões da necessidade de sua superação ou de seu afastamento em um caso concreto específico.

Extrai-se dessas regras fundamentais que se a parte pretende ingressar em juízo para pedir a tutela de um direito com base em uma tese jurídica já afastada pelas cortes superiores, deve, obrigatoriamente, demonstrar as razões pelas quais acredita que o entendimento merece

ser afastado na análise específica de seu caso, ou pelas quais deve ser expressamente revogado.

E o único instrumento apropriado para que proceda a essas alegações é justamente a petição inicial de sua ação, motivo pelo qual sustentamos que, se as regras da carga da argumentação também são estendidas às partes, necessária se faz a inclusão, pela legislação processual, de mais um requisito da petição inicial: o da demonstração da existência de um precedente judicial favorável à tese em que se fundamenta o pedido; ou a demonstração da existência de um precedente desfavorável que, diante de uma peculiaridade fática da situação concreta que se pretende submeter à apreciação do Judiciário, deve ser afastado, ou, que, diante de graves razões de incongruência social ou de inconsistência sistêmica, deve ser superado.

Por todo o exposto, afirmamos que, a nosso sentir, o Direito tem feito o que pode para retomar a coerência de seu sistema jurídico, envidando esforços a favor da uniformização da jurisprudência e do respeito à igualdade, imprescindíveis para a retomada da racionalidade da argumentação travada no âmbito judicial. Tendo quase alcançado o seu limite, qualquer avanço necessário para tornar a nossa prestação jurisdicional efetiva passa a depender exclusivamente da maturidade de nossas instituições e de nossos operadores do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.) *Interpreting precedents*. London: Dartmouth, 1997.

ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta corte britânica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 186, p. 299-312, ago. 2010.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003.

BRASIL. Assembleia legislativa. PLC nº. 8.046/2010. Projeto de lei que visa a alterar o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios>>. Acesso em: 8 de julho de 2013.

BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. 2010. 241 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 193, p. 255-280, mar. 2011.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 782, p. 90-96, dez. 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: _____. *Interpreting precedents*. London: Dartmouth, 1997. p. 1-15.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 918, p. 351-413, abr. 2012.

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

MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 179, p. 257-276, jul./set. 2008.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Uniformização da jurisprudência: esboço de substitutivo ao projeto de lei 3.804/93. In: _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 237-242. V.2.

PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.) *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. Las funciones de las cortes supremas. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

TARUFFO, Michele. Los sistemas judiciales en las tradiciones jurídicas de *civil law* e *common law*. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. Precedente y jurisprudencia. In: _____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, 599 p.

TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 218, p. 99-110, abr. 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 893, p. 33-45, mar. 2010.

_____. Precedentes e evolução do direito. In: _____. (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau. *Revista de processo*, São Paulo, n. 191, p. 187-197, jan. 2011.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Recursos no processo civil inglês. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 220, p. 159-179, jun. 2013.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. Introduction to comparative law. In: VARANO, Vincenzo (org.). *Civil litigation in comparative context*. Thompson West. p. 155-159.