

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RICARDO STIFELMAN

**PRECEDENTE E DECISÃO JUDICIAL: A TEORIA DO PRECEDENTE NO
COMMON LAW E A PROPOSIÇÃO DE UM MODELO DECISÓRIO PARA AS
CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS**

PORTO ALEGRE

2013

RICARDO STIFELMAN

**PRECEDENTE E DECISÃO JUDICIAL: A TEORIA DO PRECEDENTE NO
COMMON LAW E A PROPOSIÇÃO DE UM MODELO DECISÓRIO PARA AS
CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS**

**Dissertação de Mestrado apresentado
ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul, como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre em
Direito, com área de concentração em
Teoria Geral do Direito.**

Orientador Prof. Dr. Humberto Bergmann Ávila

Porto Alegre

2013

AGRADECIMENTOS

A realização da presente dissertação, embora tenha demandado longos períodos de trabalho e meditação solitários, contou, em diferentes momentos, com a imprescindível colaboração de diversas pessoas. Gostaria de registrar, neste espaço, meus sinceros agradecimentos, não só a quem auxiliou na elaboração deste trabalho, mas também na minha formação pessoal.

Aos colegas e professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que, ao longo destes últimos anos, disponibilizaram um espaço de frutífera pesquisa e debate, permitindo o desenvolvimento das ideias que deram impulso ao presente estudo.

Ao Professor Dr. Humberto Bergmann Ávila, modelo de seriedade profissional e acadêmica, que, no exercício da função de orientador, soube passar parte de sua imensa experiência, indicando os caminhos para que eu pudesse chegar à conclusão da presente dissertação.

Ao Professor Dr. Eugênio Facchini Neto, pela gentileza de me esclarecer, logo no início da pesquisa, diversas dúvidas sobre os mais variados temas, indicando e emprestando livros centrais da presente pesquisa. Aos Professores Drs. Daniel Francisco Mitidiero e Klaus Cohen Koplin, pela atenta leitura da dissertação na fase de qualificação e pelas imprescindíveis sugestões que possibilitaram o aprimoramento do trabalho.

Ao amigo e Professor Me. Felipe Kirchner, por, em uma fase decisiva da elaboração do texto, debater os principais pontos do presente estudo. À amiga e Professora Dra. Karine Silva Demoliner, pela disponibilidade em auxiliar no desenvolvimento do presente trabalho em suas diferentes fases.

Ao meu pai, pelo exemplo de retidão profissional e pelo apoio prestado durante toda minha formação. À minha mãe, por ser minha eterna fonte de inspiração e o maior exemplo de amor ao magistério. Ao meu irmão, pela certeza de ter um amigo para contar pelo resto de minha vida.

À Ana Paula, meu grande amor, companheira e amiga, que além de prestar auxílio direto na elaboração da presente pesquisa, sempre me deu força e me apoiou nos momentos mais difíceis.

The law must be stable and yet it cannot stand still.

Roscoe Pound, *Interpretations of legal history* (1923)

RESUMO

No Brasil, ainda não é realizado um estudo sistemático sobre os precedentes judiciais, a despeito das diversas reformas processuais ocorridas nas últimas décadas que, com o objetivo de conferir maior celeridade e previsibilidade ao sistema, incluíram mecanismos que tinham por essência a sua utilização. A aproximação entre os sistemas de *common law* e *civil law* também foi observada por diversos doutrinadores, mas o esforço no desenvolvimento de uma doutrina nacional de precedentes ainda é escasso. Neste contexto, foi identificada a necessidade de investigar, inicialmente, o funcionamento do sistema de *common law*, como forma de compreender o funcionamento de um sistema baseado em precedentes. A presente dissertação, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, apresenta como escopo a avaliação, de acordo com a estrutura do direito brasileiro, da força normativa das decisões judiciais, bem como a proposição de um modelo de decisão judicial para as cortes superiores condizente com o Estado de Direito. O estudo inicia com uma análise histórica e funcional do sistema de *common law*, com base principalmente em doutrina estrangeira. Em uma segunda parte, é analisado o sistema organizacional das cortes brasileiras, para possibilitar, com isso, a análise do grau de normatividade das decisões judiciais proferidas, principalmente, pelas cortes superiores brasileiras. Ao final é proposto um modelo de decisão que exige do julgador que baseie seus julgamentos em normas universalizáveis, bem como avalie as consequências de sua decisão. Isto em razão da necessidade de reconhecer no precedente uma verdadeira fonte de direito, o que demanda uma mudança de paradigma, qual seja, a necessidade de o julgador se colocar na posição de criador do direito, avaliando os efeitos jurídicos de sua decisão.

Palavras-chave: precedente – *common law* – universalizabilidade

ABSTRACT

A systematic study of precedents is not yet found in Brazil, despite the evolution occurred in the last decades on procedural regulations to grant more celerity and predictability to the system, which included mechanisms that in its essence demanded dealing with precedents. The rapprochement between *common law and civil law* was also observed by several scholars around the world, but the effort to develop a doctrine on precedents in Brazil still is scarce. In this context was identified the need to investigate, to begin with, the functioning of *common law*, as a means to understand how a precedent based system works. This study, submitted to the *Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, as a requirement to obtain the title of Master in Law, aims to analyse, according to the structure of brazilian law, the binding force of precedents, as well as to propose a model of judicial decision to be used by the superior courts that fully respects the Rule of Law. The study initiates by a historical and functional analysis of the *common law* system, based mainly in foreign literature. In the second part of this study, the operational aspect of brazilian courts is investigated, to allow the verification of the level of bindingness of its decisions, especially by the superior courts. Finally, a model of judicial decisions is proposed, one that requires the judge to ground his decisions in universalizable rules, and also to evaluate the consequences of his decision. And that because of the necessity of recognizing the precedent as a true source of law, imposing a change of paradigm: making the judge to place himself as the creator of law, measuring the legal effects of his decision.

Key words: precedent – *common law* – universalizability

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 09 |
| 2 A REGRA DO PRECEDENTE NO <i>COMMON LAW</i> | 13 |
| 2.1 CONSTANTE TENSÃO ENTRE A MORAL E O DIREITO | 13 |
| 2.2 O PRECEDENTE NO DIREITO BRITÂNICO | 16 |
| 2.3 FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE <i>COMMON LAW</i> | 26 |
| 2.3.1 Razões para a utilização dos precedentes de uma forma mais restrita | 26 |
| 2.3.1.1 Justiça como igualdade formal | 27 |
| 2.3.1.2 Segurança jurídica como previsibilidade..... | 29 |
| 2.3.1.3 Eficiência | 30 |
| 2.4 IDENTIFICANDO A NORMA CONTIDA NO PRECEDENTE (<i>RATIO DECIDENDI</i>) | 31 |
| 2.4.1 Possibilidade de existência de mais de uma <i>ratio decidendi</i> | 37 |
| 2.4.2 Desenvolvimento do direito e a correta identificação da <i>ratio decidendi</i> por meio de sucessivos julgamentos | 39 |
| 2.4.3 O que é obiter dictum e qual é o seu valor normativo | 43 |
| 2.4.4 Fatores que influenciam a força normativa dos precedentes | 47 |
| 2.4.5 Casos em que é possível afirmar que não existe o precedente | 50 |
| 2.4.6 Quando é justificado não seguir o precedente do tribunal superior ou do mesmo nível hierárquico | 51 |
| 2.4.7 Julgamento <i>per incuriam</i> | 55 |
| 2.4.8 Revogação do precedente judicial (<i>overruling</i>) | 56 |
| 2.4.9 <i>Overturing</i> e suas espécies – classificação de Melvin Aron Eisenberg | 58 |
| 3 NECESSIDADE DE UMA DOUTRINA SOBRE A UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTES PARA O DIREITO BRASILEIRO | 61 |

| | |
|---|-----|
| 3.1 ORGANIZAÇÃO DAS CORTES E O SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO..... | 65 |
| 3.1.1 Número de julgamentos dos tribunais superiores e o poder de selecionar casos..... | 70 |
| 3.1.2 Estilo e divulgação dos julgamentos..... | 74 |
| 3.1.3 A força normativa dos precedentes no sistema jurídico brasileiro..... | 77 |
| 3.1.3.1 Força normativa vertical dos precedentes..... | 81 |
| 3.1.3.2 Força normativa horizontal dos precedentes..... | 89 |
| 3.2 APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DE <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> E A NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO APROPRIADA À REALIDADE BRASILEIRA..... | 91 |
| 3.3. MODELO DE PRECEDENTES PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES..... | 93 |
| 3.3.1 A importância do caráter prospectivo da decisão judicial: a corte superior no papel de construção do precedente..... | 93 |
| 3.3.2 Um tipo especial de consequencialismo..... | 98 |
| 3.3.3 A importância da corte superior no desenvolvimento e reconstrução do direito: o papel do juízo subsequente..... | 102 |
| 3.3.4 Como as cortes superiores devem tratar seus próprios precedentes..... | 106 |
| 3.3.5 A re(classificação) dos fatos e os limites de atuação dos tribunais superiores..... | 109 |
| 3.3.6 Peculiaridades das competências constitucionais originárias e da jurisdição constitucional do STJ..... | 112 |
| 3.3.7 Maior responsabilidade no julgamento como necessária contrapartida à abstrativização (ou objetivização) dos julgados por parte do STF..... | 113 |
| 3.4 AS CORTES INTERMEDIÁRIAS ENQUANTO FORMADORAS DE PRECEDENTES..... | 115 |
| 4. CONCLUSÕES | 117 |
| REFERÊNCIAS..... | 120 |

INTRODUÇÃO

É possível afirmar que, no Brasil, ainda não é realizado um estudo sistemático sobre os precedentes judiciais. Nas últimas décadas, entretanto, tem-se notado um crescente interesse de parte da doutrina sobre o referido tema. Tal interesse foi motivado, em grande medida, por diversas reformas processuais, as quais, dentre outras alterações, incluíram mecanismos que tinham por essência a utilização de precedentes. Esses mecanismos foram introduzidos no ordenamento com os objetivos de uniformizar a aplicação do direito e permitir uma duração razoável do processo – este último, de se destacar, elevado à categoria de direito fundamental por obra da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Neste contexto, um sistema jurídico sem tradição de uso e estudo dos precedentes, por inovação legislativa, passou a se utilizar maciçamente de mecanismos processuais que neles se baseiam. Como mencionado, tal fato chamou a atenção de doutrinadores brasileiros, tendo sido publicadas algumas monografias sobre o tema, de que são exemplos as obras dos Professores José Rogério Cruz e Tucci¹ e, mais recentemente, Luiz Guilherme Marinoni². Ainda, teses de doutoramento foram publicadas tendo por tema central os precedentes judiciais, com destaque para os trabalhos de Francisco Rosito e Thomas da Rosa Bustamante^{3, 4}.

Quando se referiu não haver um estudo sistemático, portanto, estava-se a alertar para a inexistência de um debate continuado sobre o tema e a sua não

¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

³ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais – racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

⁴ Taruffo afirma ter ocorrido processo semelhante na Itália, onde existem trabalhos esparsos sobre o tema, com um considerável aumento ao longo das últimas décadas. Conclui o Jurista Italiano que, embora o uso do precedente é comum no contexto da argumentação jurídica, a doutrina de *civil law* e particularmente a Italiana não possuem propriamente uma teoria geral do precedente (TARUFFO, Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno XLVIII, n. 2, p. 411- 430, 1994).

inclusão nos currículos básicos das faculdades de direito, seja em um nível teórico – uma doutrina de precedentes –, seja em um nível prático – a efetiva análise de decisões judiciais.

A palavra *sistemática*, do modo como utilizada, refere-se simplesmente a um estudo ordenado do tema; ou seja, a construção de uma disciplina minimamente organizada⁵. O esforço inicial da doutrina nacional, contudo, possibilita que se iniciem debates sobre algumas questões específicas. E este é um dos objetivos do presente trabalho: partindo de uma ideia geral dos institutos relacionados aos precedentes, com base em bibliografia específica estrangeira e nacional, analisar alguns pontos indispensáveis em uma doutrina adaptável à realidade jurídica nacional.

Além desta abordagem preliminar – que apresentará um caráter mais geral – será proposto um modelo de utilização dos precedentes como fonte normativa do direito. Serão levados em conta os pontos de vista dos diferentes órgãos judiciais, uma vez considerada a sua estrutura hierárquica, com foco na atuação das cortes superiores.

Na medida em que se trata de um trabalho de dissertação, algumas premissas acabarão sendo tomadas por verdadeiras, independentemente de um desenvolvimento mais aprofundado, que, embora necessário, é inviável em um trabalho desta etapa. Neste sentido, o próprio debate acerca da classificação dos precedentes, enquanto fonte de direito, assumirá um viés mais pragmático do que propriamente teórico.

Com relação ao método utilizado, é importante destacar que o estudo dos precedentes implica uma natural associação com o sistema de *common law*. Os países dessa tradição apresentam uma doutrina mais desenvolvida sobre o tema e, por esse motivo, o estudo comparado parece ser o primeiro caminho lógico a ser trilhado. Tal processo, contudo, deve ser feito levando-se em conta as vicissitudes de cada sistema.

⁵ Neste sentido, pode-se usar a definição dada por Canaris, para quem “um sistema não representa mais do que a tentativa de captar e traduzir a unidade e a ordenação de um determinado âmbito material *com meios racionais*”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução de A. Menezes de Cordeiro. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. P. 69).

A transposição de conceitos e mecanismos interpretativos de um sistema a outro não pode ser feita de uma forma acrítica. Se, por um lado, o substrato doutrinário é farto e pode, sim, auxiliar no enfrentamento das dificuldades advindas da utilização do precedente, é preciso saber fazer as devidas diferenciações e adaptações.

À medida que se passa a estudar os institutos do sistema de *common law* ligados aos precedentes, bem como as evoluções no seu emprego nos últimos séculos, em ambos os sistemas, percebe-se que existe, sim, um processo de aproximação. Esta percepção é reforçada quando são analisadas questões ligadas à Teoria Geral do Direito, mais especificamente à função do precedente no ato de decidir. Talvez esse seja um dos motivos pelo qual autores de língua inglesa venham ganhando bastante espaço nas últimas décadas em países de tradição de *civil law*.

Tal aproximação igualmente é constatada em virtude de um processo de mão dupla: se por um lado os países que adotam o sistema de *common law* tiveram um incremento do direito legislado, por outro, os países de *civil law* viram gradativo aumento da importância da utilização dos precedentes no processo decisório. Este cenário reforça a necessidade de se iniciar a investigação a partir do direito comparado.

Desta forma, na primeira parte do presente trabalho, será analisada a evolução do sistema de *common law* – na Inglaterra e nos Estados Unidos – no que se refere à importância do uso do precedente como mecanismo de decisão judicial. Após este primeiro passo, que terá um enfoque pronunciadamente histórico, serão estudados os institutos clássicos do *common law* (como a identificação da *ratio decidendi*, o processo de *distinguishing*, o processo de *overruling*, entre outros), aspectos fundamentais para uma adequada compreensão do funcionamento do sistema. A primeira parte do trabalho apresentará, portanto, um enfoque bastante descritivo e explicativo.

Na segunda parte é que será proposto um modelo de análise de decisão judicial adaptado à realidade jurídica brasileira. Para tanto, em um primeiro momento será avaliado o atual estágio institucional, para, em uma segunda etapa, proceder-se

à formação de uma teoria da decisão judicial baseada em precedentes, com enfoque no trabalho a ser desenvolvido pelas cortes superiores.

Ao longo do trabalho, serão analisados alguns julgados dos tribunais superiores no Brasil, como forma de investigar e criticar a prática desses tribunais quando da utilização dos precedentes. Como referido, a existência de alguns estudos esparsos sobre o tema não significa que se tenha, hoje, propriamente uma doutrina de precedentes no Brasil. O presente trabalho, embora insista na necessidade de formação de uma doutrina de precedentes, apresenta uma pretensão bem mais específica.

A despeito da digressão histórica e da análise dos institutos do sistema anglo-americano que a antecede, o escopo é analisar o grau de normatividade das decisões proferidas pelos tribunais e propor um modelo de decisão judicial condizente com o Estado de Direito. Esse modelo deve ser focado principalmente na atuação dos tribunais superiores, por meio de uma abordagem ainda pouco explorada pela doutrina nacional: a função prospectiva da corte, ou, em outras palavras, posição do juiz como um quase legislador.

Por ser um trabalho que apresente como objetivo propor um modelo de decisão judicial, situa-se no campo da Teoria Geral do Direito, embora acabe exigindo o necessário auxílio do Direito Processual. Convém destacar que não se busca uma reforma processual ou institucional; o modelo institucional – organização dos tribunais e legislação processual – é analisado enquanto dado fático, sendo propositivos apenas o grau de normatividade das decisões e o modelo decisório dos tribunais superiores, os quais independem de qualquer alteração legislativa.

2. A REGRA DO PRECEDENTE NO *COMMON LAW*

Ao longo deste capítulo, pretende-se demonstrar que é um erro acreditar que a *stare decisis*⁶ sempre foi uma norma de clara definição e incidência no direito anglo-americano.

Estudando-se sua aplicação, principalmente na Inglaterra nos últimos três séculos, é possível atestar que ela teria nascido como uma norma de sentido bastante vago, que veio a se tornar uma regra ao longo do século XX – no sentido de que adquiriu maior rigidez – para, finalmente, possuir um *status* intermediário contemporaneamente.

2.1 CONSTANTE TENSÃO ENTRE A MORAL E O DIREITO

Na conclusão de suas palestras, proferidas na Universidade da Carolina do Norte, em 1923, compiladas no livro *Law and Morals*, Roscoe Pound, após analisar as principais escolas do pensamento jurídico dos séculos XVIII, XIX e início do XX, constatou a existência de um caráter cíclico na relação entre o direito e a moral⁷. De acordo com o jurista norte-americano, de tempos em tempos, em razão da pressão social, ocorre uma grande infusão da moral no direito, de modo que os juristas passam a enxergar as regras legais como uma subespécie de normas morais: a teoria do direito fica subordinada à ética⁸.

⁶ Referida locução tem origem na máxima latina *stare decisis et non quieta movere*, que pode ser traduzida por algo como *vincule-se às decisões e não atrapalhe o que já está definido*.

⁷ POUND, Roscoe. *Law and morals. The McNair Lectures, 1923, delivered at the University of North Carolina*. New York: Ed. Augustus M. Kelley, 1969. p. 116-118.

⁸ *Idem*, p. 116.

Uma vez completado o processo de infusão e diminuída a pressão, a tarefa passa a ser de assimilação e sistematização, restringindo-se as questões relativas à moral à esfera legislativa⁹.

A tensão entre a busca da segurança jurídica e a concretização de uma decisão de acordo com padrões particulares de justiça fazia com que se alternasse a visão existente sobre o papel dos juízes e da própria formatação das cortes. Como bem sintetiza o referido pensador americano, o paradoxo reside na necessidade de que a ordem jurídica seja flexível e, ao mesmo tempo, estável¹⁰.

Partindo desta visão histórica do direito, não foram poucos os estudiosos que constataram a existência destes ciclos, aferíveis tanto no sistema continental europeu¹¹, quanto no de *common law*¹². Frederick Schauer afirma, ainda, que diferentes modos de lidar com os precedentes podem inclusive coexistir em uma mesma instituição, variando não pelo decorrer dos anos, mas sim de acordo com a matéria a ser analisada¹³. Neste sentido, um mesmo tribunal poderia ter uma abordagem mais formalista em determinados momentos, quando enfrentasse questões ligadas, por exemplo, à propriedade ou a contratos, ao passo que, em outros domínios do direito, poderia funcionar mais próximo a um modelo de *equity*¹⁴.

⁹ *Idem*, p. 116. O mesmo processo pode ser observado na academia; a própria guinada ideológica de diversos positivistas no pós-guerra é um bom exemplo deste processo. Gustav Radbruch, após os horrores do nazismo, passou abertamente a atacar o positivismo, sendo digna de nota sua famosa palestra *Five Minutes of Legal Philosophy* (Oxford Journal of Legal Studies, vol. 26, n. 01 (2006), p. 13-15, trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson), no qual sustentou abertamente a invalidade das leis (muito) injustas.

¹⁰ POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias Del pensamiento jurídico*. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1950. P. 05.

¹¹ Neste sentido, Canaris, ao caracterizar o sistema jurídico como um sistema aberto, afirma que este “não é estático, mas dinâmico, assumindo, pois, a estrutura da historicidade.” (op. cit., p. 108). Alexy, ao narrar o confronto entre as diferentes escolas ao longo do século XIX na Alemanha, expõe as diferentes visões dos juristas sobre a força dos precedentes judiciais e o papel das cortes (ALEXY, Robert. Precedente in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997. p. 40-43). Não muito diversa é a percepção de Luis Recasens Siches sobre o mesmo período histórico (SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. Cidade do México: Ed. Porrúa, 1981. P. 422 e seguintes).

¹² São de se citarem os estudos feitos por Gerald J. Postema (POSTEMA, Gerald J. Some Roots of our Notion of Precedent. In: GOLSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University, 1987. P. 9-33) e Jim Evans (EVANS, Jim. Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century. In: GOLSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University, 1987. P. 35-72), que abordam as diferentes visões sobre o papel exercido pelas cortes na Inglaterra dos séculos XVII-XVIII e XIX, respectivamente.

¹³ SCHAUER, Frederick. Precedent. 39 *Stanford Law Review* 571. February, 1987. P. 20.

¹⁴ *Idem*, p. 20-21. Neste mesmo sentido, Robert Summers (SUMMERS, Robert S. Precedente in the United State (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997. p. 376).

O jusfilósofo norte-americano acaba concluindo no sentido de que instituições que utilizam os precedentes de uma forma mais restritiva seriam aquelas com propósitos mais conservadores, ao passo que às instituições progressistas ficaria reservado o papel de modificação do direito¹⁵ – tratar-se-ia de uma opção de política institucional.

São diversos os momentos históricos em que se pode observar claramente essa tensão entre esses dois opostos. Um bom exemplo é a passagem do século XIX para o XX, nos Estados Unidos, quando o ordenamento jurídico, de visão extremamente liberal, passou a sofrer questionamentos por parte de juristas, dada sua incompatibilidade com as demandas sociais¹⁶. Benjamin Cardozo analisa precisamente esse momento de mudança de cultura dos juízes norte-americanos, destacando um voto dissidente proferido pelo Juiz Oliver Holmes Jr., no famoso caso *Lochner*. No referido julgamento, discutia-se lei do Estado de Nova Iorque, que limitava as horas de trabalho semanais dos padeiros¹⁷. Predominou na Suprema Corte Norte-Americana a visão de que a Lei violava o direito de liberdade assegurado pela 14ª Emenda da Constituição¹⁸.

Em seu voto dissidente, Holmes tentou demonstrar justamente que se mostrava necessário reformular a concepção de liberdade até então predominante, expondo abertamente a equivocada compreensão da Corte sobre a nova percepção da sociedade acerca de seus limites. É exatamente nesse contexto que começaram a ganhar corpo as doutrinas que vieram a formar a escola conhecida como Realismo Jurídico Norte-Americano¹⁹.

A questão posta, por óbvio, é por demasiado complexa, e a síntese apresentada é apenas um esboço das infinitas possibilidades de conjugação entre a moral e o direito nos diversos momentos históricos. No entanto, a forma como se apresenta, com importantes juristas de diferentes épocas e correntes do direito

¹⁵ *Idem*, p. 21.

¹⁶ Neste sentido, ainda no final do século XX, Oliver Wendell Holmes, Jr. denunciava o caráter extremamente conservador do direito privado norte-americano (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Path of the Law*. 10 *Harvard Law Review* 457, 1897).

¹⁷ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. P. 56.

¹⁸ Íntegra do julgado disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=198&invol=45>. Acesso em 06-11-2012.

¹⁹ Sobre o Realismo Jurídico Norte-Americano ver Jerome Frank (FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009. P. XX-XXIII).

chegando a semelhantes conclusões, serve como um primeiro indício do quão simplista é o pensamento de que o direito jurisprudencial pode ser visto como um sinônimo de estabilidade e segurança jurídica²⁰.

Uma interessante forma de analisar o fidedigno funcionamento do sistema é dada pela acurada percepção de Frederick Schauer, segundo o qual é o modo como operado o direito jurisprudencial que poderá tornar determinado sistema mais ou menos formalista²¹. De toda sorte, o argumento serve para introduzir e situar o aspecto mais específico a ser desenvolvido, qual seja, o de como evoluíram as diferentes concepções sobre o precedente ao longo dos últimos séculos no direito britânico.

2.2 O PRECEDENTE NO DIREITO BRITÂNICO

Gerald J. Postema faz uma interessante análise de influentes pensadores que abordaram temas ligados à teoria geral do direito e, em especial, o da criação do direito, ao longo do século XVII no Reino Unido²². De acordo com Postema, a confusão entre razão e direito estava presente no pensamento de Edward Coke, que, por essa razão, acabou sendo alvo de ácidas críticas por parte de Thomas Hobbes²³.

Hobbes via nesta forma de enxergar o direito uma grande abertura para o arbítrio, na medida em que o apelo à razão traria uma grande margem de subjetivismo. A resposta para Hobbes estaria no papel a ser exercido pelo soberano: apenas a razão do Rei deveria ser entendida como o verdadeiro direito²⁴. Essa visão, contudo, ainda era minoritária em sua época. A teoria clássica do *common law* assentava-se justamente na associação do direito com a razão; o direito

²⁰ Neste sentido, a célebre frase de Holmes: “A certeza é uma ilusão, e o descanso não é o destino do homem” (*idem ibidem*, trad. livre).

²¹ SCHAUER, Frederick. Precedent. 39 *Stanford Law Review* 571. February, 1987. P. 21.

²² POSTEMA, *op. cit.*, p. 11. (POSTEMA, Gerald. Classical Common Law Jurisprudence (Part 1). *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol II, n. 02, inverno de 2002)

²³ *Idem*.

²⁴ POSTEMA, *op. cit.*, p. 12.

consistiria nos costumes do reino, caracterizados pelo uso e pela prática, os quais teriam por base a tradição e a experiência²⁵.

Neste contexto, é possível afirmar que, ao longo do século XVII, predominava na Inglaterra uma visão *jusnaturalista* do direito – o que acabou perdurando ao longo dos séculos seguintes, como será mais bem analisado adiante. Embora o direito fosse essencialmente jurisprudencial, as cortes não assumiam que o seu papel era de criação; este entendimento tinha por base a chamada *teoria declaratória*. Os precedentes, nesse contexto, seriam apenas uma evidência do direito²⁶.

De acordo com a teoria declaratória, o juiz apenas reconheceria e declararia o direito costumeiro; a fonte seria, portanto, o próprio direito enraizado na sociedade, o qual era simplesmente descoberto pelos juízes²⁷. Estes, por seu turno, “como pessoas de grande sabedoria prática, experiência e de grande conhecimento jurídico, seriam especialmente talhados em identificar e expressar o direito”²⁸.

Postema vê em Matthew Hale uma visão menos obtusa, já que, diferentemente de Coke, não tentava sempre atribuir a origem do direito a costumes de tempos imemoráveis, reconhecendo inclusive a possibilidade de sua mutação.²⁹ Hale igualmente apresentaria uma resposta a Hobbes no que se refere à utilização da razão como forma de descobrir o verdadeiro direito; a capacidade de realizar julgamentos seria uma capacidade social apreendida: “é a habilidade de raciocinar a partir de um corpo de experiências compartilhadas voltado a novas situações”³⁰.

Embora se possa enxergar no pensamento de Matthew Hale uma forma mais moderada da visão então predominante, é difícil negar seu enquadramento entre os

²⁵ POSTEMA, *op. cit.*, p. 15. Sobre as questões institucionais e políticas que foram determinantes para a defesa desta visão tradicional do *common law*, ver Gerald Postema (POSTEMA, Gerald. *Classical Common Law Jurisprudence (Part 1)*. *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol II, n. 02, inverno de 2002).

²⁶ BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997. p. 330-331.

²⁷ CROSS, Rupert e HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon, 1991. P. 27-28.

²⁸ BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL. *op. cit.*, p.330. Trad. livre. No original: *Judges as persons of great practical wisdom, experience and high legal learning are specially skilled in identifying and giving expression to the law*.

²⁹ POSTEMA, *op. cit.*, 17.

³⁰ POSTEMA, *op. cit.*, 21. Trad. livre. No original: *It is the ability to reason from a body of shared experiences to new situations*.

doutrinadores da teoria declaratória³¹, visto que negava peremptoriamente o papel criativo das cortes³².

Como referido, esta visão predominou na Inglaterra também ao longo do século XVIII, tendo em William Blackstone o seu grande expoente. Blackstone desenvolveu suas principais ideias no *Commentaries on The Laws of England*, publicado pela primeira vez no longínquo ano de 1765. Nessa obra, que representou uma verdadeira sistematização do direito Inglês então vigente, Blackstone reafirma os postulados da teoria declaratória do direito. Calcado em um *jusnaturalismo* que via o direito como uma obra de Deus, entendia que ao aplicador do direito caberia a utilização da razão para alcançá-lo e aplicá-lo ao caso particular³³. É rechaçado expressamente o papel criador das cortes, conferindo extrema importância aos costumes do povo Inglês, os quais seriam extraídos dos usos distantes e imemoráveis e pela sua universal recepção pelo reino³⁴.

Neste sentido, as cortes apenas seriam uma evidência da existência de determinado direito. Blackstone reconhece que a teoria declaratória poderia levantar dúvidas sobre como os costumes e as máximas do reino poderiam ser conhecidos, e de onde se extrairia sua validade, pelo que afirma:

A resposta é: pelos juízes, nas diversas cortes de justiça. Eles são os depositários do direito; os oráculos vivos, que devem decidir em todos os casos em que haja dúvida, e que são vinculados por um juramento de decidir de acordo com o direito da terra. O conhecimento deste direito deriva da experiência e do estudo; do “*viginti annorum lucubrationes*”, mencionado por Fortescue; e por estar pessoalmente acostumado a decidir de acordo com seus predecessores.³⁵

³¹ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, 28.

³² POSTEMA, *op. cit.*, p. 22-25. Para o Professor norte-americano, é possível encontrar traços de um pensamento *convencionalista* em Hale, por apresentar justamente uma visão intermediária entre as teorias declaratórias e positivistas. Segue o autor referindo que, na obra de Hale (*Reflections on Hobbes' Dialogue of the Law*), verifica-se inclusive o reconhecimento de que a mais importante propriedade a ser encontrada no direito é ser certo e estabelecido (*certain and settled*). Há a aceitação de que, muitas vezes, se mostrava até mesmo difícil reconstruir o raciocínio contido nas decisões antigas, mas estas deveriam ser seguidas em virtude de sua autoridade. Com isso, Postema pretende demonstrar que nem sempre as teorias declaratórias e positivistas encontravam-se tão bem delimitadas, sendo perceptível a existência de elementos de uma e de outra no mesmo autor. Postema esclarece, contudo, que este convencionalismo não teria sido desenvolvido de uma forma consciente por Hale.

³³ BLACKSTONE, William. *Commentaries on The Laws of England*. Filadélfia: J. B. Lippincott, 1893. P. 25-27.

³⁴ BLACKSTONE, *op. cit.*, p. 47.

³⁵ BLACKSTONE, *op. cit.*, p. 48. Tradução livre. No original: *The answer is, by the judges in the several courts of justice. They are the depositaries of the laws; the living oracles, who must decide in*

Uma vez *solenemente declarado e determinado* o direito pelas cortes, o que antes era *incerto* – ou até *indiferente*, como menciona o jurista britânico –, passaria a ser tornar uma *regra permanente*³⁶. Os precedentes, portanto, deveriam (*must*) ser seguidos, a não ser que fossem *manifestamente absurdos ou injustos*³⁷.

A doutrina elaborada por Blackstone foi efetivamente influente, tendo se projetado para além da Inglaterra e influenciado, por longos anos, cortes de língua Inglesa³⁸. A tese era bastante sedutora para os juízes, na medida em que estes não teriam de suportar o peso de estarem *criando* novas decisões, ao mesmo tempo em que, ao apenas *declarar* o direito, estariam sempre decidindo de forma correta – de acordo com a razão, nas palavras do próprio Blackstone³⁹.

Embora haja certa divergência doutrinária, é possível asseverar que a teoria declaratória do direito não se mostrava compatível com uma visão mais restrita da utilização dos precedentes judiciais⁴⁰. Isto se dá porque, de acordo com a célebre posição de Blackstone, os juízes, embora devessem seguir as decisões anteriores, teriam a liberdade de contrariá-las quando elas parecessem injustas⁴¹.

all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land. The knowledge of that law is derived from experience and study; from the "viginti annorum lucubrations" which Fortescue(n) mentions; and from being long personally accustomed to the judicial decisions of their predecessors.

³⁶ BLACKSTONE, *op. cit.*, p. 51.

³⁷ BLACKSTONE, *op. cit.*, p. 52. De acordo com Jim Evans (*op. cit.*, 36), embora o próprio Blackstone refira-se a *stare decisis* como uma regra (*rule*), a descrevia mais como uma prática geral de seguir precedentes.

³⁸ Postema aponta que, mesmo no século XX, é possível observar julgados de cortes norte-americanas que se utilizam de doutrina bem próxima à da *common law* clássica inglesa. (POSTEMA, Gerald. Classical Common Law Jurisprudence (Part 2). *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol III, n. 01, verão de 2002, p. 14).

³⁹ WESLEY-SMITH, Peter. Theories of Adjudication and the Status of *Stare Decisis*. In: GOLSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University, 1987. P. 76.

⁴⁰ Peter Wesley-Smith (*op. cit.*, p. 73-87), por exemplo, sustenta a incompatibilidade de uma visão restrita do *stare decisis* com ambas as teorias.

⁴¹ Como assevera Postema (POSTEMA, Gerald. Classical Common Law Jurisprudence [Part 1] *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol II, n. 02, inverno de 2002, p. 166), “Os juízes do *common law* clássico não consideravam que criavam o direito e, como vimos, eles não assentiam com uma explícita doutrina de *stare decisis*. Eles tratavam as decisões de cortes precedentes com respeito, é claro, mas teriam achado estranho considerá-las como casos de criação do direito.” Trad. livre. No original: Classical common law judges did not regard themselves as ‘making’ law, and, as we have seen, they did not subscribe to an explicit doctrine of *stare decisis*. They treated decisions of past courts with respect, of course, but they would have found it odd to regard these decisions as discrete instances of law making.

Na medida em que as decisões não passariam de evidências sobre o direito do reino, nada impedia que o juiz subsequente tivesse uma percepção diferente sobre qual o direito deveria ser declarado. Não é difícil perceber que a posição adotada pelas cortes gerava uma situação de grande insegurança jurídica.

É neste contexto que a corrente positivista, ao longo dos séculos XVIII e XIX, começa a proferir suas ácidas críticas. Como já referido, críticas ao sistema clássico de *common law* antecedem o século XVIII, pois a teoria declaratória já havia sido alvo de ataques por parte de Thomas Hobbes. Tais críticas, nas palavras de Postema, teriam sido refinadas e intensificadas por Jeremy Bentham e John Austin⁴².

Bentham, contudo, diferentemente de Hobbes, não teria baseado sua tese em um contratualismo voluntarista. Ao partir de um substrato utilitarista, tinha por fundamento as vantagens advindas da busca da certeza e do respeito pelas expectativas⁴³. Nesse sentido, Bentham afirmava que o que se deveria exigir do direito seria o estabelecimento de padrões comuns, reconhecíveis por todos os homens e aos quais se pudesse recorrer com segurança. As *conjecturas privadas*, típicas do racionalismo jusnaturalista da teoria declaratória, por mais que fossem bem formuladas, não poderiam servir como direito⁴⁴.

O fato de o *common law* britânico tradicional gerar uma grande sensação de insegurança jurídica fez, portanto, florescer o movimento positivista. A importância dos precedentes não mais decorreria tanto da sua formulação racional, ou por ter por fundamentos os costumes imemoráveis do reino, mas sim da segurança gerada por sua clareza, acessibilidade e publicidade⁴⁵.

Embora Bentham tenha sido um dos mais fortes críticos do sistema, é possível afirmar que grande parte do positivismo contemporâneo de língua inglesa está assentado na teoria do comando construída pelo seu discípulo John Austin. Austin dedicou parte de sua obra a atacar o sistema tradicional de *common law*. Em

⁴² POSTEMA. *Op. cit.*, p. 09.

⁴³ POSTEMA, *op. cit.*, 14.

⁴⁴ POSTEMA, Gerald. *Legal positivism: early foundations*. Paper publicado em dezembro de 2011, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1975470. P. 12-13. Também BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL, *op. cit.*, p. 331, destacando que para Bentham a teoria declaratória seria uma forma de mistificação do direito, na medida em que tinha por objetivo ocultar o real poder dos magistrados.

⁴⁵ POSTEMA, Gerald. *Legal positivism: early foundations*. Paper publicado em dezembro de 2011, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1975470. P. 17.

diversas passagens, questiona frontalmente o modelo então vigente, em especial as contradições existentes na teoria declaratória do direito de Blackstone e a atuação dos magistrados. Em uma de suas famosas passagens, assim se manifesta sobre a natureza do costume e dos pareceres privados dos juristas:

Até o momento em que o legislador ou o juiz imprimam-lhes as características do direito, o costume não é nada mais do que uma regra positiva da moralidade; as conclusões são as conclusões especulativas de um autor privado ou desautorizado; e a prática é a prática espontânea de um praticante privado. Mas os juristas romanos clássicos, Sir William Blackstone, e uma lista de tantos outros escritores, fantasiam que uma regra de direito, feita pela decisão judicial a partir de um costume pré-existente, existe enquanto direito positivo independentemente do legislador e do juiz, pela instituição das pessoas privadas que o observaram em seu estado costumeiro.⁴⁶

Segue Austin, em outra passagem, ainda sobre a atuação dos juízes:

A ficção infantil empregada por nossos juízes, de que o judiciário ou o *common law* não é por eles feito, mas sim algo miraculoso feito por ninguém, cuja existência, eu creio, advém da eternidade e é meramente declarada de tempos em tempos pelos juízes.⁴⁷

As críticas feitas pelos positivistas retratavam um cenário de extrema insegurança jurídica no Reino Unido. Bentham e Austin, além de sua farta obra literária, também tiveram forte influência no movimento de declínio da concepção clássica do *common law*, agindo de forma ativa e propositiva, ao sugerirem importantes reformas institucionais⁴⁸. Jim Evans refere que o termo cunhado por

⁴⁶ AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence*. New Jersey: The Law Book Exchange, 2005. P. 36. Trad. livre. No original: *Now till the legislator or judge impress them with the character of law, the custom is nothing more than a rule of positive morality; the conclusions are the speculative conclusions of a private or unauthorised author; and the practice is the spontaneous practice of private practitioners. But the classical Roman jurists, Sir William Blackstone, and a host of other writers, fancy that a rule of law made by judicial decision on a pré-existing custom, exists as positive law apart from de legislator or judge, by the institution of the private persons who observed it in its customary state.*

⁴⁷ Austin *apud* Evans. Trad. livre. No original: *The childish fiction employed by our judges, that judiciary or common law is not made by them, but is a miraculous something made by nobody, existing, I suppose, from eternity, and merely declared from time to time by the judges.*

⁴⁸ Embora tanto Austin quanto Bentham fossem críticos do sistema tradicional de *common law*, Schauer aponta uma importante diferença entre ambos: “Austin era mais complacente com o processo de *legislação judicial* do que Bentham, mas não muito mais. Eles discordavam se este processo existia e ser era parte do direito propriamente dito, com Austin acreditando na sua existência e no seu *status* de direito, enquanto Bentham negava que o processo poderia ser considerado como direito”. (SCHAUER, Frederick. *Positivism*. University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series N. 2010-01. P. 22.) Trad. livre. No original:

Bentham (*judge-made law*) tornou-se popular e passou, inclusive, a ser usado nos próprios jornais da época na discussão de casos jurídicos⁴⁹.

Neste contexto, é importante referir que não teria sido a teoria declaratória a única responsável por uma utilização fraca da teoria dos precedentes ao longo de vários séculos. Existiam fortes questões institucionais a impedirem que a *stare decisis* operasse de uma forma mais restrita, sendo duas delas determinantes⁵⁰.

A primeira era a falta de um sistema hierárquico e organizado das cortes na Inglaterra. O sistema recursal era sobremaneira confuso, em decorrência da existência de competências sobrepostas. Esta situação começou a se alterar nas décadas de 1820 e 1830, em uma grande reforma realizada por Henry Brougham, sob influência direta de Bentham⁵¹. Apenas em 1830, por exemplo, foi criada uma corte unificada intermediária, e somente a partir desta passou a ser possível interpor um recurso dirigido à *House of Lords*⁵². A profissionalização e a especialização da *House of Lords* também data desta época⁵³. Antes disso, era formada apenas pelos parlamentares, sem a exigência de que tivessem necessariamente uma formação jurídica⁵⁴.

Tais situações – que geravam um descrédito em relação aos julgamentos das cortes superiores –, somadas à ainda influente teoria declaratória, acabavam

Austin was more sympathetic to judicial legislation than Bentham, but not much more. They did differ sharply on whether judicial legislation existed and whether it was part of law properly so called, with Austin believing in the existence of judicial legislation and its status as law, while Bentham denied that judicial legislation was entitled to be called law at all.

⁴⁹ EVANS, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁰ EVANS, *op. cit.*, p. 6467. Postema apresenta uma versão relativamente diferente (POSTEMA, Gerald. *Classical Common Law Jurisprudence (Part 2)*. *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol III, n. 01, verão de 2002, p. 12), ao referir que não teria sido tanto a falta de sistematização dos precedentes a causa para uma ausência de doutrina mais rígida de *stare decisis*, mas sim a visão dos juristas sobre os precedentes, colocando o direito acima deles. Evans concorda, contudo, que a maior contribuição de Bentham e Austin teria sido efetivamente a concepção que estes tinham sobre o *case-law*. A partir de sua obra, segundo Evans, juízes e advogados passaram a ver o *case-law* apenas como regras feitas pelas cortes.

⁵¹ EVANS, *op. cit.*, p. 48-49 e 64-65.

⁵² *Idem.*

⁵³ EVANS, *op. cit.*, p. 48. Importante observar que desde 1º de outubro de 2009 o papel de corte de última instância passou a ser exercido pela *Supreme Court of the United Kingdom*. De toda sorte, ao longo do trabalho seguirá sendo utilizado o termo *House of Lords*, haja vista que as decisões citadas foram proferidas por esta corte, assim como as citações doutrinárias também se referem à *House of Lords*.

⁵⁴ EVANS, *op. cit.*, p. 47-48. Antes disso, de acordo com o autor, os julgamentos eram realizados pelos *Lords* presente no dia da sessão, a maioria deles sem formação jurídica, pelo que considerações políticas acabavam sendo levadas em conta. Esta situação perdurou até o ano de 1844, quando os *Lords* leigos foram impedidos de continuar a participar das votações.

fazendo com que juízes de cortes inferiores achassem-se no direito, em algumas vezes, de não seguir as decisões das cortes superiores.

Outra questão institucional de extrema importância era a precária organização e a falta de clareza das compilações de decisões, especialmente as oficiais. Não existia uma sistematização que permitisse uma consulta mais segura sobre os julgados, o que levou a uma série de campanhas pela melhoria do sistema, especialmente na segunda metade do século XIX, também em grande parte por influência de Bentham⁵⁵.

Esse contexto, como referido, levou Bentham a denunciar o sistema, reivindicando fortemente um direito legislado, tal como ocorria no restante da Europa⁵⁶. A ideia de Bentham era justamente a de que, quanto mais completo e claro fosse o direito legislado, menos espaço restaria para o arbítrio dos juízes⁵⁷.

Embora possa-se verificar um crescente aumento do processo legislativo nos últimos séculos na Inglaterra – constituindo tal fenômeno em parte importante do processo de aproximação dos sistemas – , não ocorrera um processo de codificação no século XIX tal como em países da Europa continental⁵⁸. Por outro lado, o fortalecimento da teoria positivista, com o declínio da teoria declaratória do direito, e as referidas mudanças institucionais acabaram levando ao fortalecimento do *stare decisis* enquanto uma regra mais rígida⁵⁹. Tal processo ocorreu paulatinamente na segunda metade do século XIX e pode ser observado pela análise de sucessivas decisões das cortes inglesas e em especial da *House of Lords*.

Já na primeira metade do século XIX é possível observar decisões da corte no sentido de sua maior vinculação aos seus próprios precedentes, assim como das cortes inferiores aos precedentes proferidos na mesma escala hierárquica⁶⁰. O

⁵⁵ EVANS, *op. cit.*, 66-67.

⁵⁶ Frederick Schauer chama a atenção de que um dos motivos para o declínio das cortes de *equity*, bem antes deste período, teria sido uma inevitável reação à *tiranía da liberdade* (SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities, and stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. P. 52).

⁵⁷ SCHAUER, Frederick. *Positivism*. University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series N. 2010-01. P. 22.

⁵⁸ Max Webber refere que as diferenças entre o desenvolvimento do direito na Europa continental e insular, notadamente a demora na formação de uma ciência do direito propriamente dita na Inglaterra, explicam o insucesso da proposição de Bentham, (WEBER, Max. *O direito na economia e na sociedade*. Trad. Marsely de Marco Martins Danta. São Paulo: Ícone, 2011. P. 288).

⁵⁹ EVANS, *op. cit.*, p. 64. Também BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL, *op. cit.*, p. 332.

⁶⁰ EVANS, *op. cit.*, p. 50-54.

processo de vinculação estrita das cortes aos precedentes dos tribunais superiores, por seu turno, começou a se solidificar na metade do século XIX⁶¹.

Embora o processo de vinculação da *House of Lords* aos seus próprios precedentes tenha sido paulatino⁶², costuma-se atribuir ao famoso caso *London Tramways Co. v. London County Council*, de 1898, o reconhecimento expresso e definitivo de que a corte máxima britânica estaria vinculada aos seus próprios julgados⁶³.

Ao final do século XIX, portanto, já era possível observar a existência de um sistema completamente diverso do anterior: as cortes estavam estritamente vinculadas às decisões das cortes superiores e a *House of Lords*, por seu turno, estava vinculada às suas próprias decisões.

A vinculação mais estrita das cortes intermediárias aos seus próprios precedentes também começava a se sedimentar, mas de acordo com Evans, este último processo somente finalizaria na metade do século XX⁶⁴.

A vinculação da *House of Lords* aos seus próprios precedentes perdurou até o ano de 1966. A situação até então vigente tornava o sistema extremamente rígido. A impossibilidade de que os membros da corte máxima alterassem determinado entendimento, mesmo quando este se mostrasse obsoleto, ou quando comprovadamente tivesse ocasionado efeitos desastrosos, acabou fazendo com que se editasse um ato autorizando que a corte alterasse, em determinadas situações, seu próprio entendimento⁶⁵.

O *Practice Statement* de 1966 demonstrou a preocupação não só em corrigir determinada decisão que se mostrasse injusta, mas também em possibilitar o próprio desenvolvimento do direito⁶⁶. Os exatos parâmetros pelos quais poderia ocorrer referida alteração não ficaram estabelecidos de uma forma expressa pelo

⁶¹ EVANS, *op. cit.*, p. 54-55.

⁶² Conforme refere Evans (*op. cit.*, p. 55-58), nas décadas de 1850 e 1860 ainda havia divergências entre os *Lords* acerca da vinculação da corte superior aos seus próprios precedentes, sendo possível observar declarações de voto em ambos os sentidos. Evans cita o caso *Beamish v. Beamish*, de 1861, como um importante marco no sentido de uma vinculação mais estrita da corte. O autor afirma, contudo, que é no período compreendido entre 1862-1900 que “o conceito de regras de precedente se tornam firmemente estabelecidos”. Trad. livre. No original: *It is during this period that the concept of rules of precedent becomes firmly established*.

⁶³ Evans, *op. cit.*, p. 58 e CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 102-103.

⁶⁴ EVANS, *op. cit.*, p. 58.

⁶⁵ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 104-108.

⁶⁶ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 104.

ato, mas os precedentes em que este foi aplicado ajudam a compreender as hipóteses e serão analisados detidamente quando da explanação acerca do *overruling*. Importante referir que a possibilidade de revisão dos julgados da *House of Lords* ficou restrita à própria corte, o que constou de forma expressa do referido ato⁶⁷.

Este breve panorama serve principalmente para reforçar a percepção inicial de que um sistema formado com base em precedentes, por si só, está longe de representar uma garantia de segurança jurídica. Pelo contrário, o sistema clássico de *common law*, como demonstrado, era fonte de grande insegurança, tanto que forçou grandes juristas de língua inglesa do século XIX a lutarem por um sistema com base em direito legislado.

Elucidativa é a síntese feita por Taruffo, no sentido de que esta visão *difusa* do precedente implica reconhecer que sequer nos países de tradição do *common law* se observa uma doutrina constante sobre o papel e a função dos precedentes⁶⁸.

Neste sentido, não é difícil notar que o debate entre as correntes declaratória e positivista do direito é recorrente na Teoria do Direito de língua inglesa. Ainda, relaciona-se diretamente com outras importantes discussões, como a travada entre Hart e Dworkin acerca da discricionariedade judicial e da existência de uma única decisão correta⁶⁹.

Em síntese, é possível afirmar que o desenvolvimento do direito Inglês – e de língua inglesa de uma forma geral – ocorreu e segue ocorrendo através de constantes indagações sobre a função do precedente e os limites da atuação jurisdicional. Portanto, cabe insistir que não é a simples adoção de um sistema com base em precedentes que levará a uma maior segurança jurídica, mas sim a forma como ele será operacionalizado. Esta questão, por seu turno, está fortemente ligada à estrutura institucional de determinado ordenamento e aos aspectos culturais da sociedade de uma forma geral.

⁶⁷ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 104.

⁶⁸ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno XLVIII, n. 2, p. 411-430, 1994. Neste mesmo sentido, CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 106 e WESLEY-SMITH, *op. cit.*, p. 83.

⁶⁹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 351 e seguintes. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. P. 50 e seguintes. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 12-14.

Neste caminho, tendo sido dado o primeiro passo – investigação do desenvolvimento histórico do *common law* inglês –, é possível proceder à análise do seu funcionamento, dos seus institutos e das discussões atuais sobre o papel do precedente. Após o exame desta parte inicial, será então verificado, na segunda parte do trabalho, como o desenho institucional brasileiro poderá ser mais bem operacionalizado, com especial atenção à função a ser exercida pelas cortes superiores, dado o objetivo de se garantir um sistema com um maior grau de uniformidade e segurança jurídica. Em outras palavras, será analisado que modelo de precedentes é possível construir, considerado nosso atual ordenamento, e qual é a tarefa a ser desempenhada pelas diferentes cortes na busca de um modelo coerente e consistente, que esteja de acordo com o Estado de Direito. Nesta sequência lógica, como referido, o próximo passo é verificar como funciona o sistema de precedentes no *common law*.

2.3 FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE COMMON LAW

Neste ponto do estudo, será analisado o funcionamento do *common law* atual, mais especificamente como operam os principais institutos e suas categorias lógicas – como o juiz deve chegar a sua decisão mediante a utilização dos precedentes, como decidir na ausência deles, ou como superá-los, entre outros pontos fundamentais. Antes de adentrar propriamente na análise destas questões, investigar-se-á uma questão não menos importante: por que usar precedentes de uma forma mais restrita?

2.3.1 Razões para a utilização dos precedentes de uma forma mais restrita

A sua utilização mais restrita é aqui entendida como aquela que usualmente encontramos nos países de *common law*, que, a despeito das variações entre os diferentes subsistemas, pode ser sintetizado da seguinte forma: as cortes

funcionando de uma forma hierarquizada – cortes inferiores seguindo os precedentes das cortes superiores, com o precedente sendo vinculante – e as cortes respeitando seus próprios precedentes ou dos tribunais na mesma escala hierárquica – geralmente com o precedente sendo ou vinculante, ou fortemente persuasivo.

Três são as principais razões dadas geralmente pela doutrina para que os precedentes sejam operados desta forma: *justiça* como igualdade formal, *segurança jurídica* como previsibilidade, e *eficiência*.

2.3.1.1 Justiça como igualdade formal

A associação de justiça com igualdade é um processo quase natural, tratando-se de conceitos que dificilmente podem ser dissociados. Não por acaso, diversos autores que pretenderam construir uma teoria sobre a justiça acabaram por tratar dos temas ligados à igualdade e à equidade⁷⁰. Neste sentido, é possível afirmar que tratar casos iguais de forma igual – e os desiguais desigualmente, por consequência – é um mandamento que está apoiado em um argumento construído com base em uma razão de justiça⁷¹. MacCormick esclarece que, conectada a esta razão, está a ideia de um sistema jurídico imparcial⁷² e, em última análise, da própria fidelidade ao Estado de Direito, na medida em que este “requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro”⁷³.

Assim, uma teoria de precedentes mais restrita, ao exigir que os juízes julguem os casos semelhantes de forma semelhante, teria por objetivo atingir esse

⁷⁰ No ponto, merecem destaque as teorias contemporâneas de John Rawls (RAWLS, John. *Justice as Fairness. The philosophical review*. vol. 67. Nº 2. 1958. P. 164-194) e Amartya Sen (SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Daninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011).

⁷¹ SCHAUER, Frederick. *Precedent*. 39 *Stanford Law Review* 571. February, 1987. P. 15-16. MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 191.

⁷² Neste sentido, como refere Kelsen, uma das concepções de justiça em Aristóteles estaria ligada justamente à imparcialidade no julgamento. Para o Filósofo grego “o justo, portanto, significa aquilo que é legítimo e aquilo que é igual ou imparcial, e o injusto significa aquilo que é ilegal e aquilo que é desigual ou parcial.” (KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997. P. 124 e seguintes).

⁷³ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 191.

ideal de justiça. A ideia está ligada, portanto, à necessidade de coerência e consistência do Poder Judiciário como um todo e não apenas aos juízes considerados de forma isolada⁷⁴.

Embora seja quase um consenso que a ideia de tratar casos semelhantes de forma semelhante seja uma base fundadora da doutrina de precedentes, igualmente concorda-se que a igualdade, considerada em seu sentido formal, é um princípio estéril⁷⁵, já que não são estabelecidos de antemão os critérios que orientarão as discriminações⁷⁶.

Em um caso ainda não apreciado pelos tribunais, são esses critérios que acabarão definindo o próprio conteúdo da decisão e que a tornarão, em última análise, justa ou injusta⁷⁷. Contudo, embora uma teoria sobre a justiça (ou igualdade) exija o enfrentamento desta questão, para o presente trabalho é suficiente que se considere a importância do princípio da justiça em sua versão formal. Isto porque, mesmo considerando o princípio nesse estado, permite-se que, uma vez encontrado o critério – através, por exemplo, de uma decisão por parte de um tribunal superior –, sejam os casos posteriores julgados da mesma forma. Trata-se da exigência de universalização do julgado, que será analisada mais detidamente em capítulo apropriado. A doutrina de precedentes mais restrita, com isso, auxilia na tarefa de atingir os ideais de coerência e consistência do sistema, o que remete ao próximo ponto a ser analisado.⁷⁸

⁷⁴ PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997. p. 471-472.

⁷⁵ Para Schauer, contudo, seriam necessários argumentos substantivos, já que o princípio seria estéril, a depender do tamanho das categorias de assimilação. Seriam necessários, portanto, razões substanciais para se preferir uma doutrina mais forte de precedentes (SCHAUER, Frederick. Precedent. 39 *Stanford Law Review* 571. February, 1987.p. 17).

⁷⁶ KELSEN, *op. cit.*, p. 14 e seguintes. Kelsen intitula de “*fórmulas vazias da justiça*” as teorias formais (igualdade perante a lei, regra de ouro, imperativo categórico Kantiano, etc.). De acordo com o jurista, “*o imperativo categórico – da mesma forma que o princípio ‘a cada um aquilo que é seu’ ou da regra de ouro – pode servir de justificação – e assim foi utilizado – para toda e qualquer ordem social em geral e para todo e qualquer regulamento em particular. Essa possibilidade explica por que essas fórmulas, apesar e exatamente por causa de sua total falta de conteúdo, ainda hoje são aceitas como respostas satisfatórias à questão da justiça, e provavelmente ainda o serão no futuro.*”

⁷⁷ Neste sentido, de acordo com Humberto Ávila, “*a igualdade é uma relação entre dois ou mais sujeitos em razão de um critério que serve a uma finalidade*” de modo que “*sempre que se pretenda realizar a igualdade, há uma relação entre determinados elementos (sujeitos, medida de comparação, elementos indicativo da medida de comparação e finalidade da comparação)*” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 39-40).

⁷⁸ De acordo com Schauer, esta consistência entre as decisões fortalece a instituição como um todo, aumentando sua credibilidade externa. (SCHAUER, Frederick. Precedent. 39 *Stanford Law Review* 571. February, 1987. P. 19)

2.3.1.2 Segurança jurídica como previsibilidade

Dentre as razões substanciais para se ter uma doutrina de precedentes mais restrita, Schauer menciona que a mais comumente citada é a do princípio da previsibilidade⁷⁹, que, por seu turno, apresenta estreita relação com o princípio da segurança jurídica⁸⁰.

À medida que as pessoas desejam orientar suas vidas de acordo com o direito, a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário é essencial para que se atinja um grau adequado de segurança jurídica⁸¹. Mesmo nos países de tradição de *civil law*, é comum que as pessoas orientem parte de suas condutas de acordo com o posicionamento dos tribunais.

Neste sentido, quando um cliente consulta um advogado sobre determinada questão, geralmente não está interessado na opinião pessoal deste, mas sim na forma como os tribunais tem enfrentado tal questão. É comum o desejo de planejar ações, especialmente as consideradas mais importantes, que geram consequências mais duradouras, seja na esfera patrimonial ou pessoal. Portanto, é natural que se levem em conta as consequências jurídicas de determinados atos, confiando-se, portanto, nos precedentes judiciais. Esta possibilidade de previsão e planejamento das ações está ligada, como ensina Humberto Ávila, à própria dignidade do homem:

A segurança jurídica também é um elemento objetivo do ordenamento jurídico. Ela é um meio de atingir o bem de todos. Quando há um elevado grau de insegurança, o indivíduo evita ações que estimulam a integração. Com isso, a cooperação social é reprimida.
A segurança jurídica é, igualmente, um meio de garantir a dignidade da pessoa humana. O respeito à dignidade abrange o tratamento do homem como pessoa capaz de planejar o seu futuro. O homem é um ser orientado

⁷⁹ Humberto Ávila prefere usar o termo calculabilidade, por entender que o termo previsibilidade apresenta uma conotação absoluta e, portanto, inatingível. (ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 125-126).

⁸⁰ SCHAUER, Frederick. Precedent. 39 *Stanford Law Review* 571. February, 1987. P. 17.

⁸¹ Entre nós, Teophilo Cavalcanti Filho há muito sustentava que “a razão fundamental, que justifica o direito, é a exigência de certeza e segurança nas relações que se estabelecem na sociedade.” (CAVALCANTI FILHO, Teophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964).

para a ação futura, que procura no seu agir, estabilizar o futuro. A garantia da dignidade engloba, pois, o respeito da autonomia individual do homem.⁸²

Não é por outra razão que, de acordo com um grande número de juristas da *common law*, “às vezes é melhor que as questões sejam simplesmente definidas do que sejam definidas de uma forma correta”⁸³. O brocardo, que em uma primeira leitura soa exagerado, tem por objetivo demonstrar que, em muitos casos, a definição da questão jurídica, por si só, apresenta um valor intrínseco que deve ser levado em conta; este valor é justamente a segurança adquirida pelo ato de definição acerca da matéria⁸⁴. Desta forma, em razão do peso dado à previsibilidade, existe na *common law* a tendência de seguir as decisões anteriores, mesmo em situações em que a decisão anterior não pareça ser a melhor. Por outro lado, como o próprio Schauer percebe, a previsibilidade não é um valor absoluto⁸⁵. Os ganhos oriundos do seu aumento deverão ser sopesados com os outros valores em jogo, muito embora o próprio Autor reconheça a vocação do direito enquanto instituição voltada à estabilidade⁸⁶.

2.3.1.3. Eficiência

A eficiência também é geralmente apontada como um argumento para a adoção de uma doutrina mais forte de precedentes⁸⁷. De acordo com Schauer, “optando o magistrado por confiar no precedente, ele pode justificadamente ‘relaxar’,

⁸² ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 64-65.

⁸³ A frase, de acordo com Schauer, foi proferida pelo Juiz da Suprema Corte Norte-Americana Louis Dembitz Brandeis (SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. P. 275. Trad. livre. No original: *sometimes it is better that things be settled than that they be settled correctly*).

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ SCHAUER, Frederick. Precedent. 39 *Stanford Law Review* 571. February, 1987. P. 17-18. Sobre uma visão completa sobre o princípio da segurança jurídica e a possibilidade de sua restrição no direito brasileiro, ver Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 643 e seguintes).

⁸⁶ SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. P. 275.

⁸⁷ Embora Waldron reconheça a importância da eficiência na justificação do ato de seguir precedentes, não vê nela uma relação direta com o Estado de Direito. WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. Agosto de 2011.

no sentido de que poderá analisar com menor rigor o caso”. O resultado será uma diminuição da carga de trabalho dos juízes⁸⁸. MacCormick, igualmente, vê na economia de esforço uma razão para seguir os precedentes. Juízes e advogados apenas necessitarão realizar um novo esforço argumentativo quando “se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração”⁸⁹.

A busca da eficiência, como já referida, é uma das principais causas justificadoras das reformas processuais ocorridas no Brasil nas últimas décadas. A sua inclusão como um direito fundamental acaba por conferir especial relevo ao nosso sistema, com a formação de instrumentos processuais bastante característicos, que serão analisados oportunamente. A consideração desses fatores, por óbvio, foi importante para a mudança do sistema do *common law*, ocorrida a partir da segunda metade do século XIX. É importante referir que o uso mais restrito dos precedentes alterou a própria forma da argumentação decisória.

Como, no *common law* clássico, o papel do juiz era apenas de declarar o direito, não havia necessidade de uma doutrina mais desenvolvida sobre identificação da *ratio decidendi* e sobre o processo de distinção dos precedentes, apenas para citar dois exemplos. Desta forma, a versão mais formalista adotada acabou implicando estas importantes alterações⁹⁰. Na sequência do trabalho, serão analisados os institutos típicos do *common law*, a fim de que se possa ter uma visão geral do funcionamento do *common law* contemporâneo.

2.4 IDENTIFICANDO A NORMA CONTIDA NO PRECEDENTE (RATIO DECIDENDI)

A definição da *ratio decidendi*⁹¹ é talvez o ato mais importante no processo decisório da *common law*. É através dele que se averiguará qual parte da decisão

⁸⁸ SCHAUER, Frederick. Precedent. 39 *Stanford Law Review* 571. February, 1987. P. 18.

⁸⁹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 191.

⁹⁰ BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL, *op. cit.*, p. 332.

⁹¹ MacCormick define a *ratio decidendi* como “a regra ou princípio da decisão para o qual um dado precedente empresta autoridade, seja essa regra ou princípio de decisão tratado como vinculante ou como persuasivo em maior ou menor grau em relação às decisões posteriores de questões

anterior constitui efetivamente a regra a ser seguida. Em outras palavras, chegando-se à *ratio* do julgamento anterior, será possível determinar o que é vinculante (ou persuasivo, a depender do sistema e da hierarquia da corte) em determinado precedente. Em razão de sua importância, diversos doutrinadores escreveram sobre o tema. É interessante a observação de que, na prática, na maioria das vezes, os aplicadores do direito – juízes e advogados – não encontram grandes dificuldades em identificar a *ratio* dos casos precedentes e aplicá-los ao caso em exame⁹². Trata-se de processo que ocorre naturalmente no cotidiano dos aplicadores do direito em países de tradição do *common law*.

O problema ocorre quando se necessita descrever o processo de sua identificação. E uma teoria sobre a forma de encontrar a *ratio* gera diferenças consideráveis, em especial quando os casos a serem analisados estão entre aqueles considerados difíceis⁹³. Como as controvérsias são bastante grandes, a exposição das principais teses se mostra oportuna, por possibilitar a obtenção de um adequado panorama sobre o tratamento do tema.

Eugene Waumbaugh, ainda no século XIX, foi um dos primeiros juristas a tentar estabelecer um método de identificação da *ratio decidendi*. O Jurista norte-americano partia do pressuposto de que a *ratio* era uma regra sem a qual um determinado caso seria decidido de outra forma⁹⁴. Propôs assim seu conhecido teste de inversão, que consistia, em síntese, em inverter o sentido da proposição jurídica, verificando se, com isso, seria alterada a conclusão do julgado. Em caso positivo, a proposição seria *ratio*; em caso negativo, seria *obiter dicta*.

A utilidade do teste é corretamente questionada por Cross e Harris, justamente por ele não fornecer meios que permitam determinar exatamente quais proposições do direito foram consideradas necessárias pela corte para alcançar a

semelhantes.” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 193).

⁹² CARDOZO, *op. cit.*, p. 121-122.

⁹³ A dificuldade do caso poderá decorrer de diversos motivos: o precedente anterior poderá conter votos divergentes, poderá não ser claro na sua fundamentação, poderá conter mais de uma *ratio*, poderá conter uma fundamentação muito ampla ou muito restrita, poderá não existir um precedente com circunstâncias materiais semelhantes etc. Todas essas situações trazem dificuldades ao aplicador do direito e, a depender da teoria adotada e da concepção de *ratio decidendi*, a própria aplicação do direito pode variar consideravelmente.

⁹⁴ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 52.

decisão⁹⁵. Isto ocorre porque a resposta da pergunta – *haveria ou não a alteração do julgado?* – apresenta o mesmo nível de dificuldade, em casos difíceis, de saber se a proposição é ou não necessária. Reconhecem os citados autores, contudo, a utilidade do procedimento para facilmente descartar quais proposições não são *ratio*.

John Salmond, importante jurista da tradição da *common law*, no início do século XX, oferecia a seguinte definição de *ratio decidendi*:

Um precedente, portanto, é uma decisão judicial que contém, ela mesma, um princípio. O princípio subjacente que então forma seu elemento de autoridade é geralmente nomeado *ratio decidendi*. A decisão concreta é vinculante entre as partes, mas é a *ratio decidendi* abstrata que, sozinha, possui a força de lei em relação ao restante das pessoas em geral⁹⁶.

Arthur L. Goodhart, em texto que virou um clássico sobre o tema, se mostrara insatisfeito não tanto com a definição dada, mas sim em razão da ausência de regras que permitissem a determinação da *ratio decidendi* de um caso – o que buscou fazer em seu artigo. Sustenta, inicialmente, que não se pode procurar nas razões (ou argumentações) dadas pelo juiz a *ratio decidendi*⁹⁷. No seu entendimento, os princípios estabelecidos na sentença às vezes são muito amplos, às vezes muito restritos, o que exige um papel interpretativo da corte posterior⁹⁸. Além disso, existem, muitas vezes, opiniões conflitantes, o que dificulta a identificação de um único princípio⁹⁹.

Por isso, citando posição de Oliphant, Goodhart lembra que se poderia ater-se mais ao que o juiz realmente faz do que ao que ele diz. Desta forma, centra sua tese na preocupação com os fatos e conclusões, tais como considerados pela corte anterior¹⁰⁰. A dificuldade então se deslocaria para a tarefa de identificar os fatos tidos como relevantes pelo juiz e sua conclusão neles baseada. Para Goodhart “é

⁹⁵ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 56.

⁹⁶ Salmond apud Goodhart (GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case. *Yale law journal*. Vol. XL. Nº 2. Dezembro de 1930. 161-183). Trad. livre. No original: *A precedent, therefore, is a judicial decision which contains in itself a principle. The underlying principle which thus forms its authoritative element is often termed the ratio decidendi. The concrete decision is binding between the parties to it, but it is the abstract ratio decidendi which alone has the force of law as regards the world at large.*

⁹⁷ *Op. cit.*, p. 162-164. Para tanto, Goodhart cita uma série de casos em que a justificativa dada pelos juízes estava calcada em argumentos comprovadamente equivocados, mas ainda assim as decisões faziam parte do direito inglês.

⁹⁸ *Op. cit.*, p. 165-167.

⁹⁹ *Op. cit.*, fls. 167-168.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 168.

através da sua escolha dos fatos relevantes que o juiz cria o direito”¹⁰¹. Goodhart, então, passa a desenvolver sua tese, analisando como detectar quais situações fáticas devem ser consideradas como relevantes, levando-se em conta o ponto de vista da corte precedente¹⁰². Uma vez encontrados os fatos considerados como relevantes pelo juiz (A e B, por exemplo), que, por seu turno, chegou a determinada conclusão para o caso (X), a construção do princípio da decisão assume o formato: sempre que A e B, então X¹⁰³.

Cross e Harris, embora reconheçam a importância do método desenvolvido por Goodhart, oferecem algumas importantes críticas. Uma delas refere-se à pretensão de Goodhart de se ater apenas aos fatos, excluindo as regras jurídicas formuladas pela corte – mesmo quando expressamente aplicadas e necessárias à resolução do caso¹⁰⁴. Para os juristas britânicos, em muitas situações, as proposições jurídicas são passos necessários à conclusão da corte e devem por isso ser consideradas como parte integrante da *ratio decidendi*. As questões jurídicas, portanto, na concepção de Cross e Harris, devem ter um peso maior do que aquele atribuído por Goodhart¹⁰⁵.

Outra crítica refere-se à possibilidade, em algumas circunstâncias, de serem estabelecidos precedentes mesmo na ausência de uma expressa conclusão acerca de determinados fatos. Admitir-se-ia, portanto, a formação de precedentes com base em pressuposições, o que havia sido descartado por Goodhart, que centrava sua análise nos fatos tais como constatados efetivamente pela corte. Os autores citam casos em que a *House of Lords* decidiu com base em meras pressuposições fáticas, concentrando-se, portanto, em questões jurídicas¹⁰⁶.

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 169. Trad. livre. No original: *It is by his choice of the material facts that the judge creates law.*

¹⁰² *Op. cit.*, p. 169 e seguintes. O método desenvolvido por Goodhart é bastante detalhado e contém diversas regras de análise da decisão, as quais têm por objetivo justamente identificar quais questões seriam relevantes e quais seriam irrelevantes.

¹⁰³ *Op. cit.* p. 179. Cumpre observar que Goodhart utiliza a expressão *principle of a case* (traduzida para princípio da decisão) como sinônimo de *ratio decidendi*.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 68-69.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 70.

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 71. É citado o famoso caso de responsabilidade civil *Donoghue v. Stevenson*, referente a um pedido de indenização de uma consumidora que adquirira uma *ginger beer* em um bar e, de acordo com suas alegações, no momento de sua ingestão, verificou que haveria uma lesma dentro. O caso, que foi importante para o desenvolvimento de questões relativas à responsabilidade civil – definiu a possibilidade, por exemplo, de responsabilização mesmo sem contrato direto entre as partes

Embora Cross e Harris tenham anunciado seu ceticismo sobre a possibilidade de elaboração de uma definição mais precisa da matéria¹⁰⁷, contribuíram para o enfrentamento da questão, haja vista que propuseram a reconsideração de importantes questões jurídicas. Igualmente, não se esquivaram de dar uma definição, que, segundo eles, seria “toleravelmente precisa em relação ao significado empregado pelos aplicadores do direito quando estes fazem uso da expressão”:

A *ratio decidendi* de um caso é a regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para alcançar sua conclusão, levando-se em conta a linha de raciocínio por ele adotada, ou uma parte necessária de suas instruções para o júri.¹⁰⁸

Cross e Harris reconhecem a crítica elaborada por MacCormick ao conceito, no sentido de que o termo “regra de direito” (*rule of law*) seria melhor substituído pelo termo “decisão em um ponto de direito” (*ruling on a point of law*)¹⁰⁹, na medida em que teria uma conotação mais precisa – englobando as interpretações judiciais sobre o direito legislado e não o próprio direito legislado – e, portanto, mais condizente com a realidade.

MacCormick, embora reconheça a importância dos estudos elaborados por Goodhart e por Cross e Harris, inicia sua análise sobre os precedentes judiciais de uma concepção um tanto diversa, ao sustentar que o poder normativo da decisão deriva de sua razão justificadora. A concepção de *ratio*, portanto, seria dependente de uma teoria de justificação jurídica; ou seja, deve-se investigar qual tipo de razões justificadoras são apropriadas para as decisões judiciais¹¹⁰.

Digna de nota é a existência de diversas correntes, que vão desde uma concepção mais formalista, que entende ser possível a determinação da *ratio*, até, no outro extremo, a corrente cética, que julga ser a *ratio* apenas um conceito ilusório, manipulável por aqueles que utilizarão do precedente como fonte

– teve as questões de direito enfrentadas mesmo sem uma prévia determinação sobre a ocorrência ou não do fato.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 72. Trad. livre. No original: *The ratio decidendi of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by a judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury.*

¹⁰⁹ MACCORMICK, Neil. Why Cases Have Rationes and What These Are. In: GOLSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University, 1987. P. 179.

¹¹⁰ *Op. cit.*, p. 155. O termo utilizado por MacCormick é *legal justification*.

argumentativa¹¹¹. MacCormick defende, em seu trabalho, uma concepção de *ratio decidendi* que ele considera formalista. O modo como o Jurista escocês desenvolve o seu estudo servirá de base para a segunda parte do presente trabalho, quando serão analisadas com profundidade as questões relacionadas à forma como as cortes devem justificar os seus julgamentos. Por ora, cumpre referir que a concepção está conectada com a ideia de Estado de Direito, em especial a exigência de universalizabilidade do julgamento, que, por seu turno, decorre do princípio da justiça formal que está na base do *stare decisis*.¹¹²

Com base neste pensamento, MacCormick chega a uma definição de *ratio* bastante próxima daquela defendida por Cross e Harris:

A *ratio decidendi* é uma solução expressa ou implicitamente dada pelo juiz, a qual é suficiente para resolver uma questão jurídica exposta pelos argumentos das partes no caso, sendo que para a questão se mostrava necessária referida solução para a sua justificação (ou uma das suas justificações alternativas) da decisão no caso.¹¹³

Interessante notar que MacCormick, embora desenvolva uma teoria que pressupõe a consideração de uma *ratio* formal, ao mesmo tempo defende uma doutrina mais fraca de precedentes, reconhecendo a possibilidade de sua superação. Em outras palavras, a *ratio* é analisada como fonte formal de direito, mas dentro de um contexto maior de argumentação jurídica, em que se pressupõe a possibilidade de superação do precedente em casos específicos¹¹⁴.

Em suma, é possível notar que, embora existam diferentes concepções sobre a forma de identificação e o conceito de *ratio*, a doutrina positivista contemporânea, em geral, possui uma ideia bastante semelhante, traduzida nas concepções de Cross, Harris e MacCormick. Embora não exista um método lógico seguro que conduza a uma precisa identificação da *ratio*, é possível sintetizá-lo como um

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 158. A corrente cética é representada pelos membros mais radicais do realismo jurídico americano e não é a posição seguida pelo presente estudo, cujo alinhamento se dá com a corrente positivista de Wladron, Schauer e MacCormick.

¹¹² *Op. cit.*, p. 160.

¹¹³ *Op. cit.*, p. 170. Trad. Livre. No original: *ratio decidendi is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decision in the case.*

¹¹⁴ *Op. cit.*, p. 170-171 e 182. O tema será tratado com maior profundidade quando da análise da forma como se deve efetuar a decisão judicial.

processo interpretativo de averiguação da norma apresentada pelo julgador, considerando sempre que esta se mostrava necessária à solução do caso. Ainda, é importante referir que a definição da *ratio* não pode ser analisada separadamente de um contexto maior de sua operacionalização – no contexto da argumentação jurídica, portanto.

Desta forma, a seguir serão estudados alguns outros pontos relevantes relacionados com o tema e que auxiliarão a criar uma visão global sobre o funcionamento do sistema de *common law*.

2.4.1 Possibilidade de existência de mais de uma *ratio decidendi*

A possibilidade de existência de mais de uma *ratio* para o mesmo caso é bastante debatida, especialmente naquelas jurisdições em que são proferidos e publicados votos concorrentes no mesmo processo, como ocorre na Inglaterra e nos Estados Unidos. E mesmo no caso de votos proferidos de forma uniforme – por apenas um juiz, por exemplo –, é possível que exista mais de um fundamento autônomo que, somados, tenham levado ao resultado. Este foi uma dos motivos pelos quais Goodhart acabou centrando sua tese nos aspectos factuais do caso e não tanto nos argumentos construídos pelos julgadores. De toda sorte, mesmo utilizando-se do método de Goodhart, pode subsistir a dificuldade, já que os diferentes juízes podem chegar a diferentes conclusões sobre quais aspectos factuais seriam relevantes. A solução dada pelo Jurista inglês, neste caso, seria considerar relevantes apenas aqueles fatos considerados por todos os julgadores¹¹⁵.

Tal método e tal conclusão, a toda evidência, apresentam algumas limitações de ordem prática. A primeira delas é que, de acordo com a já mencionada crítica de Cross e Harris, existem casos em que são debatidas questões eminentemente jurídicas, pelo que uma abordagem centrada apenas nos fatos se mostra insuficiente. E mesmo nos casos em que a abordagem possa ser feita tomando por base apenas os fatos, nem sempre haverá concordância entre todos os julgadores sobre quais são efetivamente relevantes para o resultado da causa.

¹¹⁵ GOODHART, *op. cit.*, p. 178-179.

A dificuldade, portanto, persiste. Na realidade, muitas vezes será difícil identificar, apenas com base no julgamento precedente, quais das razões, consideradas isoladamente, seriam suficientes para sustentar o julgamento. O certo é que, presente a totalidade delas em caso idêntico, o precedente teria sua força normativa integral. Desta forma, segundo Cross e Harris, nessas hipóteses se abriria a possibilidade de o juiz subsequente escolher dentre as diferentes *rationes*, sendo-lhe vedado, contudo, afastar a ambas. A conclusão é que, nestes casos, até que a corte efetuasse a escolha e delimitasse o âmbito de aplicação, as *rationes* seriam condicionalmente vinculantes¹¹⁶.

A visão apresentada por MacCormick para estes casos não difere muito. Em vez de tratá-los por condicionalmente vinculantes (*conditionally binding*), apenas refere que o valor do precedente seria persuasivo. A razão para tanto é que, na prática, se abriria um grande espaço para argumentações posteriores, dando uma margem para as cortes subsequentes, de modo que diminuiria a força dos precedentes¹¹⁷.

Robert Summers, ao comentar sobre o funcionamento das cortes do Estado de Nova Iorque, nesta mesma direção, explica que o exato sentido da força normativa da decisão poderá ficar claro apenas nos julgamentos posteriores – especialmente nos casos em que existir mais de uma razão a sustentar o julgamento final¹¹⁸.

Em síntese, é possível afirmar que, embora em grande parte dos casos a *ratio* seja de fácil identificação – o que possibilita uma doutrina de precedentes mais formalista –, em muitos casos a definição da exata dimensão normativa do precedente será desenvolvida, e até mesmo revista, pelas decisões subsequentes.

¹¹⁶ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 83-84. O termo utilizado pelos juristas ingleses era *conditionally binding*.

¹¹⁷ MACCORMICK, Neil. Why Cases Have Rationes and What These Are. In: GOLSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University, 1987. P. 171.

¹¹⁸ SUMMERS, Robert S. Precedente in the United State (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997. p. 385.

2.4.2 Desenvolvimento do direito e a correta identificação da *ratio decidendi* por meio de sucessivos julgamentos

Como já referido, a concepção defendida por MacCormick é de uma *ratio decidendi* formal, mas somada a uma teoria de precedentes persuasiva. Embora a ideia possa parecer contraditória em um primeiro momento, é facilmente assimilável ao se analisarem as diferentes formas como os precedentes são aplicados, interpretados, afastados ou simplesmente superados. O fato de deixar de se aplicar um precedente em determinado caso é, ao mesmo tempo, uma forma de reconhecer a sua força normativa.

Um dos modos como ocorre esta flexibilização é pela definição e conformação de determinadas matérias através não de um, mas sucessivos julgamentos. Embora seja mais comum que referido processo ocorra com o *case law* puro, pode-se também ser observado quando da interpretação da lei. Permite-se, com isso, uma adaptabilidade e evolução do *common law*, especialmente em matérias ainda em formação ou em processo de revisão. As cortes sucessivas (ou até mesmo a mesma corte, em julgamentos posteriores), desta forma, desempenham o importante papel de desenvolver e reinterpretar o direito. Isto significa que, em alguns casos, determinadas matérias, para serem corretamente compreendidas, devem ser examinadas levando-se em conta a cadeia de decisões¹¹⁹.

Neste sentido, sobre o referido processo, afirma Robert Summers:

Comentadores jurídicos americanos e as cortes regularmente estabelecem uma prática de sintetizar um grupo de precedentes relacionados. A prática de síntese pode revelar não apenas o que havia nos precedentes originalmente e –embora não anunciado expressamente – também como o caso se transformou ao longo do tempo. A regra ou as regras estabelecidas que emergem de uma sólida consolidação de um corpo de precedentes articulam padrões, nos quais os indivíduos podem confiar, e então serve ao objetivo de congruência social, consistência sistêmica e estabilidade doutrinária¹²⁰.

¹¹⁹ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 45. Neste mesmo sentido, ver Karl N. Llewellyn (LLEWELLYN, Karl N. *The Bramble Bush: on our law and its study*. New Orleans: Quid Pro Books, 2012. P. 48-49).

¹²⁰ SUMMERS, *op. cit.*, p. 388-389. Trad. livre. No original: *American juristic commentators and courts regularly engage in the practice of synthesizing a group of related precedents. The practice of synthesis may reveal not only what was 'in' the precedents from early on, though not explicitly set forth, but also how the case law has changed over time. The rule or rules of law that emerge from a*

Existe, portanto, um poder residual da corte posterior, especialmente quando a *ratio decidendi* é mais ampla¹²¹. Neste sentido, é elucidativa a explicação de Cross e Harris sobre a tarefa desempenhada pelas cortes:

A 'interpretação' de um caso frequentemente não significa mais do que a determinação da sua *ratio decidendi*, mas pode significar consideravelmente mais. Pode envolver, em primeiro lugar, a determinação da *ratio decidendi* do caso; em segundo lugar, a consideração da *ratio decidendi* à luz dos fatos do caso; em terceiro lugar, a consideração de observações com respeito ao caso feito por juízes em casos posteriores; em quarto lugar, a determinação das *rationes decidendi* de casos posteriores e, finalmente, a formulação de uma regra de direito baseada em um número de casos¹²².

Este poder residual das cortes posteriores é reconhecido quase unanimemente pela doutrina. Mesmo positivistas mais formalistas, como Joseph Raz, assentem com a possibilidade de restrição da *ratio* quando esta se apresenta de uma forma ampla. Costumam referir-se a este processo como "um poder para distinguir em um sentido forte, como distinto do sentido fraco do termo, quando se considera a *ratio* simplesmente inaplicável aos fatos em questão"¹²³.

MacCormick sustenta que são estes conjuntos de julgamentos que darão a coerência do direito como um todo, em um processo que ele chama de reconstrução racional da *ratio decidendi*¹²⁴.

Alguns exemplos podem servir para ilustrar este processo, que envolve restrições ou ampliações da regra e sua própria reconstrução.

Um exemplo clássico do desenvolvimento da responsabilidade civil está no caso *Barwick v. English Stock Bank* - citado por Goodhart em seu artigo –, no qual o

sound synthesis of a body of precedents articulate standards that individuals may rely on, and thus serve the goal of 'social congruence, systemic consistency, and doctrinal stability'

¹²¹ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 73-74.

¹²² CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 73. Trad. livre. No original: *The 'interpretation' of a case frequently means no more than the ascertainment of its ratio decidendi, but it may mean a great deal more. It may involve first, the ascertainment of the ratio decidendi of the case, secondly, a consideration of the ratio decidendi in the light of the facts of the case, thirdly, a consideration of observations with regard to the case made by judges in later cases, fourthly, the ascertainment of the rationes decidendi of later cases, and finally the formulation of a rule of law based on a number of cases.*

¹²³ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 74. Trad. livre. No original: *(...) power to distinguish 'in the strong sense', as a distinct from the weak sense of distinguishing where a ratio is simply held not to apply to the fact in question.*

¹²⁴ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 211. O tema será aprofundado quando se tratar da função das cortes.

gerente do banco induziu o autor da demanda a aceitar uma garantia sem valor. Como resultado da demanda, foi proferida a seguinte solução:

A regra geral é que o chefe responde por qualquer ação equivocada de seu empregado ou agente, enquanto cometida no curso do serviço, e o chefe seja beneficiado, mesmo que não tenha sido comprovado ordem ou conhecimento do chefe¹²⁵.

A *ratio decidendi* do caso, portanto, apresentava-se clara, exigindo para a configuração da responsabilidade o concurso das duas circunstâncias: ação do preposto no curso da atividade e benefício do chefe. Ocorre que, no caso posterior (*Lloyd v. Grace, Smith & Co.*), quarenta e cinco anos depois, a *House of Lords* entendeu que a concepção anterior seria muito estrita. Assim, no entendimento da corte, a necessidade de benefício do chefe seria meramente descritiva e não necessariamente parte da *ratio*¹²⁶.

A própria *House of Lords* deixou claro que não estaria afastando a autoridade do julgado, mas apenas conferindo-lhe a correta interpretação¹²⁷. Em outras palavras, evidencia-se um processo de transformação da matéria, através do processo de reconstrução racional da *ratio* a que se refere MacCormick, sem que houvesse a revogação do precedente anterior (*overruling*). Embora possa haver divergência sobre o melhor procedimento a ser adotado – revogação expressa ou reinterpretação –, o ponto a ser demonstrado é que a correta compreensão da matéria passa necessariamente pela análise do conjunto de precedentes¹²⁸.

Outro caso digno de nota e que importou, segundo Summers, em uma radical transformação do direito então vigente, foi o caso *MacPherson v. Buick Motor Co*¹²⁹, que tratava de ação indenizatória movida pelo proprietário de um automóvel contra a montadora em razão de acidente por ele sofrido. Os precedentes anteriores sobre a matéria – responsabilidade civil do produtor –, tinham como exigência a necessidade de que houvesse contrato direto entre as partes para que fosse possível a

¹²⁵ GOODHART, *op. cit.*, p. 167. Trad. livre. No original: *The general rule is, that the master is answerable for every such wrong of the servant or agent as is committed in the course of the service and for the master's benefit, though no express command or privity of the master be proved.*

¹²⁶ GOODHART, *op. cit.*, p. 167.

¹²⁷ *Idem ibidem.*

¹²⁸ Waldron (*op. cit.*, p. 29-30), por exemplo, entende que o processo poderia equivaler a uma falsa distinção ou falsa reinterpretação e que o procedimento mais condizente com o Estado de Direito seria a sua expressa revogação.

¹²⁹ SUMMERS, *op. cit.*, p. 402-403.

responsabilização. Tratava-se de exigência que remontava a uma antiga linha de precedentes, tendo por origem julgado inglês de 1842¹³⁰. Ocorre que, no caso em tela, o acidente sofrido pelo autor da ação foi causado por um dano na roda do automóvel, a qual não havia sido produzida pela empresa ré. De igual sorte, o bem havia sido adquirido de um revendedor, de modo que não existia vínculo jurídico contratual direto entre a montadora e o consumidor¹³¹. Havia, contudo, uma outra linha de precedentes – que criava uma exceção à regra geral – no sentido de que o fabricante poderia ser diretamente responsabilizado perante o consumidor, ainda que não adquirente direto, desde que o produto produzido fosse inerentemente ou iminentemente perigoso – teoria do risco¹³².

O então Juiz da Suprema Corte Norte-Americana, Benjamin Cardozo, construiu, a partir de uma interpretação extensiva da norma, uma linha de raciocínio no sentido de que o automóvel, no caso, poderia ser enquadrado na categoria de produto inerentemente perigoso. Para tanto, sustentou que, a despeito da inexistência de contrato entre as partes, o produtor de coisas perigosas está sob o dever de produzi-los com o devido cuidado¹³³.

Resta evidente, portanto, que em algumas hipóteses o desenvolvimento do direito ficará a cargo das cortes posteriores – e isto é necessário para a sua evolução. Para além de sua atuação enquanto magistrado, Cardozo sustentava, em sede doutrinária, o importante papel dos juízes na construção do direito¹³⁴, seguindo a linha de autores como Holmes¹³⁵ e Pound¹³⁶, ainda no início do século XX.

A necessidade de reavaliação do direito igualmente pode ser demonstrada pelo fato de que a linha jurisprudencial, no sentido de vincular estritamente a *House of Lords* – corte reconhecidamente conservadora – aos seus próprios precedentes, acabou se mostrando impraticável, a ponto de ser expressamente alterada pelo já referido *Practice Statement* de 1966.

¹³⁰ *Idem.*

¹³¹ *Idem.*

¹³² *Idem.*

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ CARDOZO, *op. cit.*

¹³⁵ HOLMES, *op. cit.*

¹³⁶ POUND, Roscoe. *Law and morals. The McNair Lectures, 1923, delivered at the University of North Carolina*. New York: Ed. Augustus M. Kelley, 1969.

Tal fato, contudo, não diminui a importância da tarefa da corte precedente na formação do direito e na busca de decisões coerentes. Tampouco autoriza afastar o caráter normativo de suas decisões. Por óbvio, quanto mais clara e coerente com o ordenamento como um todo for a decisão do juízo precedente, menor será a tarefa dos juízos subsequentes. Inclusive, dentro do possível, como será sustentado mais adiante, é papel das cortes superiores precedentes trabalharem neste sentido. Além disso, como já referido, é importante alertar que existem matérias mais aptas a transformações e outras nem tanto¹³⁷, bem como existem períodos históricos mais aptos a transformações e outros nem tanto¹³⁸.

Finalmente, é preciso referir que, como será analisado posteriormente, existem importantes mecanismos processuais que podem diminuir o impacto de bruscas alterações, a fim de salvaguardar a segurança jurídica¹³⁹.

2.4.3 O que é *obiter dictum* e qual é o seu valor normativo

Uma vez definido o conceito de *ratio decidendi*, bem como a forma de sua identificação, cumpre analisar o valor dado às questões apreciadas por ocasião do julgamento, que não são consideradas como princípios necessários à decisão. A estas partes da decisão, normalmente, se costuma atribuir o nome de *obiter dicta* (plural de *obiter dictum*¹⁴⁰).

Cross e Harris, antes de analisarem a sua força normativa, afirmam que não se pode dizer muito mais a respeito do conceito de *obiter dictum* do que o fato de ser uma proposição jurídica que não forma parte da *ratio decidendi*, ou seja, estabelecem uma conceituação residual¹⁴¹. A dificuldade na sua identificação,

¹³⁷ SCHAUER, Frederick. Precedent. 39 *Stanford Law Review* 571. Fev., 1987.

¹³⁸ POUND, Roscoe. *Law and morals. The McNair Lectures, 1923, delivered at the University of North Carolina*. New York: Ed. Augustus M. Kelley, 1969.

¹³⁹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 212.

¹⁴⁰ A tradução do latim é “algo dito de passagem”.

¹⁴¹ CROSS e HARRIS, *op.cit.*, p. 76. Geoffrey Marshal chama a atenção para o fato de que, embora seja comum a realização desta definição de forma residual, “o conceito de *obiter dicta* pode incluir comentários em um ponto levantado mas não decidido no caso, comentários baseados em casos hipotéticos, comentários em um caso não levantado no caso em apreciação, ou declarações gerais sobre o direito ou a sua prática, especialmente aqueles proferidos em apelação.” (MARSHAL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S.

portanto, variará de acordo com a dificuldade na identificação da própria *ratio decidendi*. Muitas vezes serão os julgamentos posteriores que definirão os exatos limites do que se tratava da *ratio decidendi* e do que se tratava de *obiter dicta*, sendo possível, em razão da evolução do direito, ocorrer até uma mutação de uma categoria para a outra.

Os casos antes citados, relativos à responsabilização do chefe por atos do preposto, são bastante elucidativos neste sentido. O que inicialmente era considerado *ratio decidendi* – necessidade de que o chefe tivesse efetivo benefício – em julgamento posterior, acabou, em razão de pronunciamento expresso da corte, transformando-se em – ou sendo considerado – *obiter dictum*.

Com relação ao seu valor normativo, Cross e Harris afirmam que “*dicta* de casos precedentes são, é claro, frequentemente seguidos ou aplicados, mas não possuem nunca mais do que uma autoridade persuasiva”¹⁴².

Existem, como explicam os juristas já referidos, diferentes graus de força normativa dos *obiter dicta*, a depender de diversos fatores, como, por exemplo, sua relação com o objeto principal da demanda em análise e o grau de aprofundamento da discussão sobre o ponto¹⁴³. E existe uma lógica bastante simples para que exista um grau menor de força normativa – para além do simples fato de não serem a regra necessária à decisão. Na medida em que a questão não era o centro do debate, os juízes, ao julgarem o caso, não analisaram e debateram o ponto com a necessária atenção. Portanto, é possível afirmar que tanto maior será a força normativa, quanto maior a atenção dada ao ponto¹⁴⁴. Neste sentido, Robert Summers explica que, nos

Interpreting Precedents Hants: Dartmouth, 1997. p. 515-516. Trad. livre. No original: Thus the concept of obiter dicta may include remarks on a point raised but not decided in the case, or remarks based on hypothetical facts, remarks on a point not raised in the instant case, or general statements about law or practice, particularly those made on appeal.

¹⁴² CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 41. Trad. livre. No original: *Dicta in earlier cases are, of course, frequently followed or applied, but dicta are never of more than persuasive authority.* Neste mesmo sentido, SUMMERS, *op. cit.*, p. 384

¹⁴³ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 77.

¹⁴⁴ Neste sentido, as duas razões dadas por Summers para que sejam desprezadas as *dicta* são justamente estas: (1) os juízes que preparam ou firmam a decisão na qual a *dicta* aparece, geralmente, não dão cuidadosa consideração às *dicta* assim como a *ratio decidendi*, e (2) os juízes, comumente, não estão bem informados em respeito às *dicta*, pois as partes, geralmente, concentram suas razões e argumentos nas questões para as quais o caso realmente se volta. SUMMERS, *op. cit.*, p. 385. Trad. livre. No original: (1) *judges preparing or signing the opinion in which dicta appears are not likely to give as careful consideration to dicta as to holdings, and (2) judges are not likely to be well informed in regard to dicta because the opposing parties will usually have concentrated their briefs and arguments on the issue on which the case really turns.* A relevância do referido ponto

Estado Unidos, a *dicta* pode ter um considerável valor quando o tribunal se manifesta expressamente sobre a questão, dando-lhe uma especial e séria atenção¹⁴⁵.

Também cabe destacar a existência de algumas situações específicas, nas quais os pontos são enfrentados pelos tribunais de uma forma expressa, mas a sua classificação, como *ratio decidendi* ou *obiter dicta*, acaba ficando em uma *zona cinzenta*. É o caso mencionado por Cross e Harris, relativo às questões independentes e dependentes¹⁴⁶.

Na primeira situação – questões *independentes* –, a corte enfrenta pontos necessários à resolução final da demanda (analisada a questão abstratamente), mas, mesmo reconhecendo o direito do autor em determinada medida (ponto A), acaba julgando a ação improcedente em razão de uma questão independente, alegada pelo réu (ponto B). Na prática, o ‘ponto A’, ao final, não se mostra necessário à solução da demanda e, por essa razão, acaba por ser considerado *obiter dictum*¹⁴⁷.

Diversos exemplos podem ilustrar a hipótese, que se mostra bastante comum em ambos os sistemas. O exemplo dado por Cross e Harris (*Perry v. Kendrick’s Transport*), bastante didático, refere-se a um pleito indenizatório por danos pessoais, que tinha por base a norma construída em precedente anterior (*Rylands v. Fletcher*) – ponto A. O réu, contudo, alegava como defesa o fato de o dano ter sido causado por fato de terceiro (ponto B). A Corte de Apelação enfrentou o ‘ponto A’, reconhecendo a aplicabilidade da norma para os casos de danos pessoais, mas julgou a demanda improcedente em razão do ‘ponto B’, alegado pela defesa¹⁴⁸.

Na segunda situação – questões dependentes –, a parte fundamenta o seu pleito em dois argumentos, sendo o primeiro (ponto A) – caso precedente – prejudicial ao segundo (ponto B)¹⁴⁹. Trata-se de caso igualmente comum em ambos

independe do sistema de direito objeto de análise e será retomado quando se tratar dos julgamentos das cortes superiores no Brasil e da tendência de objetivação do controle concentrado.

¹⁴⁵ SUMMERS, *op. cit.*, p. 385.

¹⁴⁶ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 77. Explicam os juristas que estes são exemplos de casos que, em razão do alto valor persuasivo das *obiter dicta*, acabam se aproximando, na prática, do próprio valor normativo da *ratio decidendi*.

¹⁴⁷ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 78.

¹⁴⁸ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 78.

¹⁴⁹ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 78-79.

os sistemas, incluindo-se, por exemplo, as diversas preliminares e prejudiciais de mérito normalmente arguidas pela defesa.

A *House of Lords*, no julgamento do caso *Minister of Health v. The king, ex parte Yaffé*, acabou considerando a questão prejudicial afastada – relativa à competência do tribunal – como *ratio decidendi*, na medida em que esta foi efetivamente apreciada pela Corte, sendo considerado, portanto, um “necessário prelúdio à decisão do segundo ponto”¹⁵⁰.

A conclusão a que chegam os juristas ingleses é justamente a de que, quando uma questão é amplamente debatida e enfrentada pelos membros da corte máxima – especialmente se tratada como uma questão dependente – , “a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é, na prática, sem sentido”¹⁵¹. Não se pode negar a importância da distinção doutrinária entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*, mas, como sustenta MacCormick e como demonstram os exemplos citados, muitas vezes, na prática jurídica, há uma aproximação do uso argumentativo da *ratio decidendi* e da *obiter dicta* – este último, por óbvio, a depender dos fatores já mencionados¹⁵².

Na medida em que se sustenta a necessidade de coerência geral, as alegações das cortes, independentemente de serem ou não parte da *ratio*, devem respeito ao referido mandamento¹⁵³. Não é negado, contudo, que a definição da *ratio* terá um maior peso argumentativo e maiores chances de colocar um fim ao processo, enquanto o *obiter* poderá ser mais facilmente afastado por contra-argumentos¹⁵⁴.

Outra importante questão é a que se refere a comentários exercidos sobre determinados pontos que, embora não sejam o objeto da ação, estão com ele relacionados, podendo vir a ser questionados na próxima demanda. Podem, portanto, evidenciar uma linha de raciocínio ou entendimentos que serão tomados pela corte nos próximos julgamentos, servindo como importante instrumento de

¹⁵⁰ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 79. Trad. livre. No original: “(...) and the answering of this question could be treated as a necessary prelude to the decision of the second point.”

¹⁵¹ CROSS e HARRIS. *Op. cit.*, p. 79-80. Trad. livre. No original: *the distinction between ratio decidendi and obiter dictum is meaningless in practice.*

¹⁵² BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL, *op. cit.*, p. 336-7.

¹⁵³ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 211.

¹⁵⁴ BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL, *op. cit.*, p. 337.

previsibilidade dos julgados¹⁵⁵. Semelhante papel possui o *obiter dicta* quando a corte, embora não proceda à revogação de determinado precedente, indica que esta poderá ocorrer nos próximos julgamentos. Trata-se de figura que se assemelha ao *prospective overruling*, o qual será analisado adiante.

Finalmente, cabe citar a posição dos juristas realistas, para quem esta distinção seria meramente ilusória. De acordo com os membros dessa corrente, seriam as cortes posteriores e os operadores do direito que, de acordo com seus próprios interesses, iriam se utilizar do julgamento anterior, qualificando de *obiter dicta* aquilo que lhes prejudicasse, e de *ratio decidendi* a parte benéfica do julgamento¹⁵⁶.

Contudo, como referido, o presente trabalho alinha-se a uma corrente positivista moderada, no sentido de que, na grande maioria dos casos, é possível identificar o elemento normativo da decisão anterior, o qual, por uma razão de coerência e consistência, deverá, *a priori*, ser seguido.

Em suma, é possível dizer que, tendo a manifestação partido de um tribunal de escala hierárquica superior, e tendo este efetivamente analisado a questão jurídica com profundidade, a tendência é de que as cortes posteriores concedam um importante valor ao pronunciamento, independentemente de sua classificação enquanto *ratio decidendi* ou *obiter dicta*.

2.4.4 Fatores que influenciam a força normativa dos precedentes

Como já foi referido, à medida que uma questão for efetivamente analisada por uma corte superior, e estando esta relacionada com o objeto da ação, ser-lhe-á atribuído valor normativo. Entretanto, existem diversos fatores que influenciarão no grau de força normativa do precedente judicial¹⁵⁷.

¹⁵⁵ SUMMERS, *op. cit.*, p. 385.

¹⁵⁶ A colocação acima é um esboço do pensamento dos realistas, que, encontram diversas nuances.

¹⁵⁷ No já referido estudo comprado *Interpreting Precedents* foi feita uma gradação dos diferentes níveis de força normativa do precedente, a fim de facilitar a classificação dos sistemas. Os próprios Autores reconhecem que a classificação não é seguida normalmente pelos tribunais e nem mesmo pela doutrina tradicional, mas, sem dúvida, apresenta utilidade para fins didáticos, sendo dividida em quatro níveis e suas subdivisões: (1) vinculação formal (*formal bindingness*); (1.1) vinculação formal não sujeita à revogação (*overruling*); (1.2) vinculação formal que é sujeita a revogação (*overruling*) ou

Uma das principais diferenças entre o *common law* e os tradicionais sistemas de *civil law* está justamente na forma como o precedente adquire sua força normativa e nos elementos que influem no seu grau. Neste sentido, no sistema de *common law*, a existência de uma única decisão de um tribunal de hierarquia superior, mesmo que tomada por maioria, ainda assim possui plena força normativa¹⁵⁸, sendo vinculante, com relação à sua *ratio decidendi*, aos tribunais de hierarquia inferior.

Interessante observar que uma das características do sistema anglo-americano é a existência de força vinculante no precedente mesmo quando as razões que o sustentam sejam altamente questionáveis¹⁵⁹. Aliás, como adverte Goodhart de uma forma irônica, boa parte do direito inglês teria sido formado e desenvolvido justamente por esses precedentes¹⁶⁰.

Frederick Schauer, neste mesmo sentido, ao falar sobre a diferença entre os argumentos construídos com base na experiência e os argumentos construídos com base exclusivamente nos precedentes, afirma que

estão-se realmente argumentando com base em precedentes, então o fato de algo ter sido decidido anteriormente cria um valor presente independentemente da nossa atual crença de a decisão anterior ter sido errônea¹⁶¹.

Portanto, é fácil perceber que o principal elemento para a determinação da força normativa das decisões, no sistema de *common law*, é a posição hierárquica da corte¹⁶². Os precedentes emanados pelas cortes superiores, geralmente, possuem força vinculante nas cortes inferiores¹⁶³. Por outro lado, quando a posição

modificação; (2) não formalmente vinculante, mas com força (*not formally binding but having force*); (2.1) força excepcionável (*defeasible force*); (2.2) força superável (*outweighable force*); (3) não formalmente vinculante e sem força, mas fornecendo apoio adicional (*not formally binding and not having force but providing further support*); (4) simplesmente ilustrativo ou outro valor (*mere illustrativeness or other value*) (PECZENIK, *op. cit.*, 463).

¹⁵⁸ BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL, *op. cit.*, p. 337.

¹⁵⁹ Como será visto adiante, existem casos em que a existência de erro manifesto pode afastar a força normativa da decisão (julgamentos *per incuriam*).

¹⁶⁰ Goodhart, *op. cit.*, 162-164.

¹⁶¹ SCHAUER, Frederick. Precedent. 39 *Stanford Law Review* 571. Fev., 1987. P. 3-4. Trad. livre. No original: *But IF we are truly arguing from precedent, then the fact that something was decided before gives it presente value despite our corrente belief that the previous decision was erroneous.*

¹⁶² BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL, *op. cit.*, p. 328.

¹⁶³ Summers explica que as cortes inferiores, em algumas vezes, nos Estados Unidos, não atribuem a mesma força normativa aos precedentes das corte intermediárias (*op. cit.*, p. 374).

hierárquica não se mostra suficiente para determinar institucionalmente a vinculação das demais cortes – como, por exemplo, no caso em que o precedente é de uma corte inferior ou do mesmo nível hierárquico (neste último caso, seja para revogá-lo, seja para não segui-lo) –, outros aspectos passam a ser necessariamente observados.

Um dos primeiros aspectos geralmente mencionados pela doutrina é a qualidade dos argumentos constantes do precedente. Assim, o precedente tem maior chance de não ser seguido ou ser revogado, tanto maior sejam as forças dos argumentos apresentados pelos advogados, ou até mesmo em razão da existência de precedentes de cortes de outros estados em sentido contrário, a indicar a possibilidade de o precedente estar contrariando uma tendência em processo de consolidação¹⁶⁴. A respeitabilidade da corte e dos juízes que a compõem, igualmente, é fator importante para determinar o grau de força normativa. Summers explica que as decisões da mesma corte, a depender do período em que prolatada, podem ter uma maior ou uma menor consideração, justamente em razão dos membros então integrantes¹⁶⁵.

Por outro lado, o Jurista americano refere que o fato de a decisão ser proferida pelo pleno de um Tribunal (*full bench*) ou por uma de suas turmas (*panel*) não acarreta grande diferença, embora, na prática, a decisão do pleno chame maior atenção¹⁶⁶.

A idade do precedente pode apresentar uma relação um tanto ambígua com a sua força normativa. Por um lado, quando um tribunal superior enfrenta determinada matéria, esta será considerada a última visão sobre a questão jurídica¹⁶⁷. Por outro lado, quando uma corte inferior ou até mesmo intermediária o faz, a depender dos outros fatores, poderá apenas representar uma análise prematura.

Da mesma sorte, um precedente antigo, se por um lado pode representar um direito fortemente consolidado e confiável em razão do elemento tradição¹⁶⁸, por outro, pode indicar a existência de um precedente obsoleto. Tal precedente, por não

¹⁶⁴ SUMMERS, *op. cit.*, p. 375-377. O último caso, por óbvio, é típico do direito Norte-Americano, na medida em que depende da existência de diversos tribunais estaduais. Summers também explica que os escritos doutrinários também podem ser um fator que venha a contribuir na força do precedente.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, p. 374.

¹⁶⁶ *Op. cit.*, p. 374.

¹⁶⁷ BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL, *op. cit.*, p. 328.

¹⁶⁸ SUMMERS, *op. cit.*, p. 375.

mais ser aplicado em razão de sucessivas distinções, ou resultar em consequências insustentáveis em razão de alteração das condições sociais, poderá ter perdido a sua força normativa¹⁶⁹. Conclui-se, portanto, que, analisada isoladamente, a idade do precedente pouco informa quanto à sua normatividade, devendo esta ser associada aos outros fatores.

Em síntese, é possível concluir que, quando a questão hierárquica não se mostrar suficiente para determinar a aplicabilidade de determinado precedente, os fatores normalmente observados pelas cortes de *common law* acabam não diferindo muito daqueles que normalmente são observados nos países de *civil law*, como se pode observar com detalhe no estudo comparado organizado por MacComrick e Summers¹⁷⁰.

2.4.5 Casos em que é possível afirmar que não existe o precedente

Em algumas situações, é possível afirmar que as decisões, de acordo com a tradição do *common law*, não são consideradas precedentes judiciais – ao menos em um sentido mais estrito do termo –, na medida em que destituídas de força normativa, ou então são consideradas precedentes judiciais com força muito fraca¹⁷¹. Um dos principais casos, geralmente citados pela doutrina, é o da decisão sem fundamentação. Nesses casos, as decisões proferidas pelos tribunais contêm apenas a narrativa dos fatos e o comando sentencial, sem a exposição das razões que levaram à decisão.

Como referido, utilizando-se o método de Goodhart, se poderia chegar a uma *ratio decidendi* a partir dos fatos relevantes do caso. Por esse motivo, em tese, poderia o precedente possuir alguma força normativa, mesmo que fraca. Ocorre que, se o julgado apenas narra os fatos, sem indicação daqueles que seriam considerados relevantes, a tarefa de sua identificação fica por demasiado difícil,

¹⁶⁹ SUMMERS, *op. cit.*, p. 374.

¹⁷⁰ No já citado livro *Interpreting Precedents* (MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997), é feito um extenso e aprofundado estudo comparado entre diversos países, tanto de tradição do *common law*, quanto de *civil law*, no qual é possível averiguar a aproximação de grande parte desses fatores em ambos os sistemas.

¹⁷¹ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 47.

e a norma resultante seria de restrita aplicação¹⁷². Além disso, a ausência de razões pode significar que não houve debate jurídico sobre a questão, por parte da corte, em resultado da ausência de discussão entre as próprias partes. Inexistindo controvérsia jurídica sobre o ponto, a mera pressuposição de sua correção – sem debate efetivo – não gera norma a ser seguida¹⁷³. A referida hipótese, em algumas situações, poderá estar relacionada com outra importante exceção à *stare decisis*, qual seja, o caso de a manifestação da corte restringir-se à análise de fatos.

Costuma-se sustentar que decisões desse tipo não são consideradas precedentes nos sistemas de *common law* por representarem apenas assertivas sobre determinados fatos, cingindo-se seus efeitos jurídicos apenas ao caso que está sob apreciação¹⁷⁴.

Finalmente, é um truísmo que o precedente revogado – expressa ou implicitamente – também perde a sua força normativa. Essa revogação pode dar-se tanto por uma legislação escrita posterior (*statute*)¹⁷⁵, como por um julgamento de uma corte posterior¹⁷⁶. As espécies e as formas de revogações judiciais (*overruling*) serão analisadas detidamente na sequência.

2.4.6 Quando é justificado não seguir o precedente do tribunal superior ou do mesmo nível hierárquico

Se, por um lado, o sistema de precedentes dos países que adotam o *common law* estabelece uma vinculação das cortes inferiores – podendo, por este motivo, ser considerado formalista -, por outro, permite que os operadores do direito efetuem o processo de diferenciação do caso a ser analisado com os precedentes invocados.

¹⁷² CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 48. Na verdade, tendo-se um silogismo com fatos puros, a norma criada acabaria ficando muito restrita, deixando muita discricionariedade para a corte subsequente, pois o julgamento não traria indicações sobre as categorias de assimilação relevantes.

¹⁷³ CROSS e HARRIS, p. 160- 161.

¹⁷⁴ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 40. O tema será aprofundado posteriormente, especialmente em razão da grande dificuldade em separar, em muitos casos, as questões de fato das de direito e da influência deste ponto nas delimitações das funções exercidas pelas diferentes cortes.

¹⁷⁵ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 173.

¹⁷⁶ CROSS e HARRIS trazem em sua obra as diversas formas de exceções ao *stare decisis* nos diferentes graus de jurisdição do direito inglês (*op. cit.*, p. 125 e seguintes). No presente trabalho são apresentadas aquelas principais e as que, de alguma forma, possam auxiliar no objetivo do presente trabalho de esboçar um modelo adaptável à realidade brasileira.

Trata-se de verdadeira válvula de escape do sistema, na medida em que possibilita que a regra estabelecida no precedente anterior seja restringida ou alargada em razão das circunstâncias materiais presentes no caso em análise¹⁷⁷.

A comparação e a diferenciação dos casos estão na essência do desenvolvimento do *common law*¹⁷⁸. Nunca dois casos apresentarão idênticas características¹⁷⁹, de modo que se mostra necessário averiguar em que medida o caso em análise se enquadra na *ratio decidendi* extraída do precedente invocado.

Como esclarece Peczenik, “seguir precedentes raramente é um processo mecânico de seguir regras preexistentes. É mais como ponderação e contrabalanceamento de razões, entre outras, regras de precedentes preexistentes (ou princípios) com o objetivo de fazer novas regras”¹⁸⁰. Neste sentido, na visão de Frederick Schauer, a identificação ou diferenciação de um caso com outro irá depender de como são caracterizados os fatos contidos no caso anterior¹⁸¹.

As semelhanças juridicamente relevantes irão justificar a formação de categorias que são chamadas por Schauer de “categorias de assimilação” (*category of assimilation*). Para que seja aplicado o precedente ao caso, este deverá ser enquadrado dentro da referida categoria¹⁸².

O já citado exemplo da ação indenizatória, movida pela cliente que adquiriu a *ginger beer* com a lesma, é bastante elucidativo. O precedente, do qual se extraiu importante regra de responsabilidade civil, referia-se a uma viúva escocesa, que, na companhia de uma amiga, adquirira uma *ginger beer* em um café na Escócia, o qual foi servido em uma taça junto com sorvete¹⁸³ – visão mais restrita. No entanto, em uma leitura mais ampla, para a finalidade da regra criada pela *House of Lords* – existência do dever de cuidado do produtor mesmo na ausência de um contrato

¹⁷⁷ SUMMERS, *op. cit.*, 390-391. A questão será aprofundada posteriormente, quando será analisado em que medida, em um Estado de Direito, é desejável que a corte posterior tenha maior liberdade na conformação do precedente anterior.

¹⁷⁸ BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL, *op. cit.*, p. 341.

¹⁷⁹ SCHAUER, Frederick. Precedent. 39 *Stanford Law Review* 571. Fev., 1987. P. 5.

¹⁸⁰ PECZENIK, *op. cit.*, p. 475. Trad. livre. No original: *Following precedents is seldom a mechanical process of following pré-existing rules. It is rather like weighing and balancing os reasons, inter alia pre-existent precedent rules (or principles) in order to make new rules.*

¹⁸¹ SCHAUER, Frederick. Precedent. 39 *Stanford Law Review* 571. Fev., 1987. P. 5.

¹⁸² SCHAUER, Frederick. Precedent. 39 *Stanford Law Review* 571. Fev., 1987. P. 11. Aulus AARNIO usa o termo “chave de relevância” (*key of relevance*) para se referir a esta forma de categorização (AARNIO, Aulus. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: Kluwer, 1987. P.104).

¹⁸³ MARSHAL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997. p. 504-505.

direto com o consumidor – poderia simplesmente ser dito que se tratava de um caso em que o consumidor final adquiriu um produto de pessoa diversa da do empresário produtor. Entre esses dois extremos, abre-se um sem número de possibilidades de classificações e construções de possíveis regras. Por isso, existe, sim, uma margem de manobra por parte das cortes subsequentes, que, como já explicado, terão a importante tarefa de desenvolver o direito¹⁸⁴. E este se desenvolve, em grande medida, pela identificação de quais semelhanças mostram-se relevantes e quais circunstâncias e características permitem a realização de diferenciações¹⁸⁵.

Na prática, o processo de *distinguishing* é dependente e se relaciona diretamente com o processo de identificação da *ratio decidendi* – logo, acabam, muitas vezes, sendo realizados de forma simultânea. A construção, a partir do julgamento anterior, da regra aplicável e a verificação de sua compatibilidade (ou incompatibilidade) com o caso em análise, envolve, portanto, este processo dúplice de construção da premissa maior e da subsunção da premissa menor, igualmente construída a partir do prévio juízo de qualificação jurídica dos fatos¹⁸⁶.

Discute-se, ainda, se a circunstância excepcional que afasta a regra antes construída é o mesmo processo ou um diferente. Em um primeiro caso, ter-se-ia uma situação mais clara de não incidência, na qual o caso em análise simplesmente não se enquadra na premissa construída – aqui, o problema seria, a princípio, de classificação jurídica. No segundo, ter-se-ia uma situação levemente diversa, na medida em que existem as características necessárias à aplicação da regra construída a partir do precedente, mas, em razão de uma circunstância adicional, é excluída a incidência da regra. Neste caso, o problema seria de razões jurídicas que justificariam o afastamento da incidência da regra – na verdade, como será aprofundado posteriormente, é reconfigurada a regra anterior¹⁸⁷.

¹⁸⁴ BENDITT, Theodore M. The Rule of Precedent. In: GOLSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University, 1987. P. 98-101. O tema será melhor desenvolvido na última parte do trabalho, quando se abordar especificamente a forma de atuação das cortes.

¹⁸⁵ SCHAUER, Frederick. Precedent. 39 *Stanford Law Review* 571. Fev., 1987. P. 5.

¹⁸⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras*. Revista de Informação Legislativa. Nº 160, out/dez. 2003. P. 52.

¹⁸⁷ Como explica Summers, “o advogado quando confrontado por um precedente desfavorável irá frequentemente tentar distinguir o precedente, arguindo que os fatos relevantes são diferentes ou que as razões substanciais que fundamentam o precedente não se aplicam com relações aos fatos em consideração.” (SUMMERS, *op.cit.*, p. 390. Trad. livre. No original: A lawyer confronted by an unfavourable precedent Will frequently attempt to distinguish the precedent, arguing either that the

MacCormick, neste sentido, aponta a característica da *defeasibility* intrínseca dos pleitos baseados em dada formulação ou interpretação de uma regra¹⁸⁸. Em alguns casos, portanto, o processo de *dinstiguishing* consistirá em uma forma de afastar determinado pleito – a princípio assentado em uma correta formulação – em razão de circunstâncias diferenciadoras.

Independentemente de serem tomados os dois processos como duas classes distintas de raciocínio jurídico – ou apenas como duas formas de ver o mesmo processo –, trata-se, ambos os casos, de situações nas quais se verifica a possibilidade de ocorrência do processo de *dinstiguishing*.

Outra questão importante diz com a possibilidade de ocorrer um excesso no referido processo, que poderia representar, em realidade, verdadeira revogação disfarçada (*overruling*). Ocorre quando o tribunal posterior considera questão irrelevante juridicamente como justificativa para não seguir o precedente, ou, nas palavras de Summers, quando os “juízes exercitam seu poder de distinguir um precedente estabelecendo distinções excessivamente finas ou irreais, erodindo o precedente, sem, contudo, revogá-lo expressamente”¹⁸⁹.

No caso de cortes superiores ou de mesmo nível hierárquico, ter-se-ia simplesmente um *overruling* implícito (ou gradual). Contudo, no caso de cortes inferiores, verificar-se-ia um desrespeito às regras básicas do sistema de precedentes, pois seria permitida, por via tácita e transversa, uma desconsideração da regra construída por uma corte hierarquicamente superior¹⁹⁰.

Waldron acertadamente critica a prática mesmo nos casos em que a corte possui a legitimação para proceder à revogação, já que este último processo (*overruling*), sendo expresse e fundamentado, apresenta-se mais condizente com o

material facts were different or that the substantive rationale for the ruling does not apply to the facts of the case under consideration).

¹⁸⁸ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 327.

¹⁸⁹ SUMMERS, *op. cit.*, p. 392. Trad. livre. No original: *Sometimes judges exercise their power to distinguish a precedent to draw excessively fine or unreal distinctions, thereby eroding the precedent without expressly overruling it.*

¹⁹⁰ Neste sentido, para Theodore M. Benditt, haveria, nestes casos, a violação de duas regras: aquela criada pelo precedente anterior e a própria regra dos precedentes. (*op. cit.*, p. 101). Por outro lado, sendo o princípio constante da decisão anterior muito amplo, a realização de distinções e o encurtamento da norma por decisões posteriores será até mesmo um caminho natural de desenvolvimento do direito.

Estado de Direito¹⁹¹. Em síntese, é possível afirmar que o processo de *distinguishing* é uma das principais ferramentas da argumentação jurídica no *common law* e serve como forma de desenvolvimento e reconstrução do direito¹⁹².

2.4.7 Julgamento *per incuriam*

Os juízes, seres falíveis, podem criar precedentes calcados em premissas manifestamente equivocadas. Situação bastante citada é aquela em que a decisão ignora precedente relevante ou determinada legislação, os quais, caso tivessem sido examinados, seriam suficientes para alterar a sorte do julgado. Trata-se do denominado julgamento *per incuriam*; ou seja, quando é constatado pela corte subsequente que o precedente foi equivocado – entendido neste sentido bastante restrito do termo, qual seja, a ignorância do julgado com relação à norma jurídica aplicável ao caso¹⁹³.

O importante é que não se confunda o julgamento *per incuriam* com a não concordância com as razões apresentadas pela corte. O erro deve ser manifesto, facilmente perceptível, sendo a sua constatação, segundo a *House of Lords*, da mais rara ocorrência (*be of the rarest occurrence*)¹⁹⁴.

A questão pode estar relacionada com a verificação de qual fonte normativa se encontra em vigência. Nas hipóteses em que determinado precedente não foi expressamente revogado, mas, de certa forma, contraria entendimento posterior de corte superior – mesmo que mais amplo –, poderá ser o caso de se afastar julgamento nele baseado por ter sido proferido *per incuriam*. Esta é uma das questões a serem abordadas no próximo tópico, relativo à figura do *overruling*.

¹⁹¹ Waldron, *op. cit.*, 29-30.

¹⁹² BENDITT, *op. cit.*, p. 98-99.

¹⁹³ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, 148-149.

¹⁹⁴ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, 149.

2.4.8 Revogação do precedente judicial (*overruling*)

Uma das principais questões para identificar o grau de força normativa do precedente dentro de determinado sistema, é a averiguação da forma como este possibilita a sua revogação; mais especificamente, as indagações sobre quem pode revogá-lo e em que casos esta revogação pode ocorrer. Como visto anteriormente, a questão sofreu uma série de mudanças no âmbito da *House of Lords* ao longo dos séculos XIX e XX. A mais alta corte inglesa, a partir da segunda metade do século XIX, passou por um processo de endurecimento, a ponto de ser consagrado o entendimento de que não seria possível a revogação de seus próprios precedentes. Com o já citado *Practice Statement* de 1966, este entendimento foi superado, passando-se a admitir, em circunstâncias especiais, a revogação dos seus próprios precedentes (*overruling*).

Com relação ao primeiro ponto – *quem pode revogar os precedentes* –, verifica-se pequena diferença entre o sistema inglês e o norte-americano. Na Inglaterra, a partir de 1966, voltou a ser reconhecido pela *House of Lords* o direito de revogar seus próprios precedentes, ao passo que, com relação aos precedentes dos tribunais inferiores, sempre lhe fora atribuída esta possibilidade. Por outro lado, não se admite que os tribunais intermediários, em matéria civil, revoguem seus próprios precedentes¹⁹⁵.

Nos Estados Unidos, embora haja um grande respeito aos precedentes, e a sua revogação seja vista como excepcional, sempre foi reconhecido o direito da Suprema Corte de rever seu posicionamento, sendo estendido este direito às cortes superiores e intermediárias estaduais¹⁹⁶.

Com relação ao segundo ponto, na medida em que o *Practice Statement* não especificou os casos em que poderia ocorrer a revogação, o caminho lógico para a averiguação dos critérios é a análise dos julgados em que a corte lançou mão desta faculdade – e ainda nas oportunidades em que foi recusado este papel. As situações que permitem a revogação são bastante excepcionais. A *House of Lords* teve a oportunidade de referir que a simples conclusão de uma dada turma (*panel*), no

¹⁹⁵ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 108-109.

¹⁹⁶ SUMMERS, *op. cit.*, p. 394-395.

sentido de que uma decisão anterior era equivocada (*wrong*), não era uma razão suficiente para alterar o precedente¹⁹⁷.

Cross e Harris fazem a análise das diversas decisões posteriores ao *Practice Statement*, a fim de tentar averiguar a existência de critérios claros. A conclusão a que chegam é de que o exame é bastante casuístico, estando mais relacionado com a análise da matéria existente no próprio precedente do que com critérios abstratos aplicáveis a todos os casos¹⁹⁸. De toda sorte, é recorrente na *House of Lords* o entendimento de que a revogação do precedente deve trazer uma melhora no direito, que depende geralmente de mudanças das circunstâncias sociais ou jurídicas, estas ignoradas na análise anterior¹⁹⁹.

Nos Estados Unidos, Summers cita algumas causas justificadoras que balizam a superação dos precedentes. Dentre elas, estão as mudanças tecnológicas e sociais que os tornam obsoletos, a alteração dos valores morais da sociedade, e quando as consequências do precedente demonstram que este foi concebido de forma equivocada²⁰⁰.

Além da já citada hipótese de *excessive distinguishing*, é de se destacar a possibilidade de que o precedente seja revogado de forma implícita pela corte subsequente pelo simples fato de esta decidir sem considerá-lo, seja intencionalmente ou não. Tal situação geraria a coexistência de dois precedentes contraditórios, em tese, ainda em vigência. Nestes casos, a tendência é de que, se a corte for de mesma hierarquia, seja considerada a validade do último, justamente por considerar a ocorrência de uma efetiva revogação – mesmo que implícita²⁰¹. A situação, contudo, somente será esclarecida em definitivo quando a corte for instigada a se manifestar expressamente com relação à contradição.

¹⁹⁷ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 136.

¹⁹⁸ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 136-137.

¹⁹⁹ CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 138. Neste mesmo sentido, Melvin Aron Eisenberg refere que o precedente deve ser revogado quando ele substancialmente falhar em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. P. 104-105).

²⁰⁰ SUMMERS, *op. cit.*, p. 396-397. Bustamante, com base no estudo realizado por Spriggs e Hansford, indica os critérios geralmente utilizados nas revogações realizadas pela Suprema Corte Norte-Americana (BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 392-393).

²⁰¹ SUMMERS, *op. cit.*, p. 400. Summers alega, contudo, que a coexistência de precedentes contraditórios pode levar a corte a optar por aquele melhor fundamentado e que leve à decisão mais justa no caso concreto.

Finalmente, cumpre tecer algumas considerações com relação aos mecanismos existentes para contrabalançar o déficit na segurança jurídica quando da revogação dos precedentes. No direito norte-americano, é difundida a prática de a corte estabelecer um termo diferente para a vigência do novo precedente, em razão da revogação, como forma de garantir a estabilidade das relações jurídicas²⁰². Trata-se da figura da *prospective overruling*, que permite à corte adotar este procedimento quando verificar que a alteração de entendimento possa afetar situações já consolidadas em razão da confiança depositada no precedente anterior. No direito britânico, por outro lado, a prática não tem sido formalmente adotada²⁰³.

Discute-se ainda a possibilidade de a corte inferior antecipar-se a uma tendência de revogação da corte superior. Seria o caso da *antecipatory overruling*, que encontra aceitação em algumas cortes norte-americanas²⁰⁴. A *House of Lords*, por outro lado, tem se manifestado pela sua inaplicabilidade às cortes inglesas²⁰⁵.

2.4.9 *Overturning* e suas espécies – classificação de Melvin Aron Eisenberg

Melvin Aron Eisenberg apresenta uma interessante classificação, tratando por gênero o termo *overturning*, e por espécie os processos de *overruling*, *transformation*, *overriden* e *drawing of inconsistent distinctions*. Segundo o Professor Norte-Americano, *overturning* seria qualquer alteração da regra contida no precedente, não obstante o fato de ser esta total ou parcial²⁰⁶. De acordo com referida classificação, embora semelhante ao processo de *overruling* – revogação

²⁰² SUMMERS, *op. cit.*, p.397-398.

²⁰³ CROSS e HARRIS, p. 228-230. BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL, *op. cit.*, p. 344. Melvin A. Eisenberg chama a atenção para o processo de *signaling*, consistente nas situações em que as Cortes, embora não revoguem expressamente os seus precedentes, indicam que irão fazê-los em um julgado próximo, permitindo assim a alteração do comportamento social. Salienta o Professor Norte-Americano que o processo, desde que manifesto e claro, pode ser visto como um caso especial de *prospective overruling* (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. P. 128).

²⁰⁴ SUMMERS, *op. cit.*, p.398-399. Summers explica que nas cortes federais a prática era comum até 1989, quando a Suprema Corte passou a condenar expressamente a prática.

²⁰⁵ BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL, *op. cit.*, p. 344-345.

²⁰⁶ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. P. 104.

total e expressa do precedente –, o *transformation* ocorreria nas situações de revogação total e tácita do precedente²⁰⁷. São aqueles casos em que a corte simplesmente deixa de aplicar o precedente, em um processo de reinterpretação da decisão anterior²⁰⁸.

O processo de *overriden*, por seu turno, trata-se da limitação das normas contidas em precedentes por legislação posterior ou julgados posteriores. Ao contrário do *overruling* e *transformation*, seria apenas uma alteração parcial da regra contida no precedente anterior, de modo que esta não necessariamente deixaria de existir, tendo apenas limitado o seu âmbito de abrangência²⁰⁹.

O *drawing of inconsistent distinctions* também estaria relacionado à diminuição do âmbito de atuação da norma anterior, mas seria fruto de uma distinção incongruente²¹⁰, processo que, como visto, também é conhecido como *excessive distinguishing*.

Trata-se de processos que se relacionam e até mesmo se identificam com aqueles antes mencionados, referentes à reconstrução da *ratio decidendi* através de interpretações restritivas ou extensivas. Embora os termos utilizados por Melvin Aron Eisenberg não sejam tão comumente adotados pela doutrina, é inegável sua utilidade no esclarecimento dos processos interpretativos e decisórios, o que facilita a compreensão do real funcionamento do sistema de *common law*.

Com esta primeira parte do trabalho, buscou-se construir um breve panorama do funcionamento do *common law*, como forma de possibilitar a compreensão da operacionalização de um sistema jurídico que tem por principal fonte jurídica *precedentes vinculantes* (ou fortemente persuasivos). A compreensão das categorias lógicas apresentadas é fundamental para que se possa pensar como trabalhar melhor com um sistema que atribua normatividade aos precedentes.

Neste contexto, esta pré-compreensão mostrava-se necessária aos objetivos do presente trabalho, quais sejam: a avaliação da normatividade das decisões judiciais e a proposição de um modelo decisório para as cortes brasileiras – com

²⁰⁷ *Idem, ibidem*. P. 132.

²⁰⁸ *Idem, ibidem*. P. 132-133.

²⁰⁹ *Idem, ibidem*. P. 135-136.

²¹⁰ *Idem, ibidem*. P. 136-140.

foco na atuação das cortes superiores –, levando em conta o impacto das alterações processuais ocorridas nas últimas décadas.

Contudo, antes de adentrar nesta parte propositiva do trabalho, será feita uma análise do atual modelo brasileiro, considerando-se principalmente sua estrutura institucional e as alterações processuais ocorridas nas últimas décadas.

3. NECESSIDADE DE UMA DOUTRINA SOBRE A UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTES PARA O DIREITO BRASILEIRO

Neil MacCormick, em seu livro *Retórica e o Estado de Direito*, afirma que “em qualquer sistema jurídico que registre os textos dos precedentes, pode-se esperar por alguma doutrina sobre o modo de conceber e usar os precedentes como fontes argumentativas”²¹¹. Segue o Jurista escocês, em outro momento, afirmando que

a questão não é se devemos ou não ter uma teoria; a questão é apenas se devemos ter uma teoria articulada, bem pensada e, de preferência, correta, ou se podemos ficar contentes com uma teoria implícita, inarticulada e provavelmente incorreta²¹².

Como referido na introdução deste estudo, não se pode dizer que exista uma doutrina sobre a utilização dos precedentes no Brasil²¹³, o que contrasta com o crescente aumento da importância prática que estes vêm adquirindo em razão, principalmente, das alterações processuais ocorridas nas últimas décadas. O recente interesse pelo estudo dos precedentes é contrastado por um longo período em que estes foram praticamente ignorados pela maior parte da doutrina. O paradoxo residia no fato de que, se por um lado, se reforçava o dogma da independência do juiz e se defendia a separação completa dos modelos de *civil law* e de *commom law*, por outro, os precedentes eram – e seguem sendo, cada vez mais – largamente utilizados como fundamentação de decisões e fonte de argumentação.

²¹¹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 193.

²¹² *Idem, ibidem*. P. 194.

²¹³ MacCormick entende por doutrina de precedentes uma doutrina de direito positivo que diga qual autoridade deve ser atribuída aos precedentes judiciais. A implementação de uma doutrina de precedentes, por seu turno, dependeria de uma teoria de precedentes, que teria por função principal identificar a parte normativa do precedente. MACCORMICK, Neil. Why Cases Have Rationes and What These Are. In: GOLSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University, 1987. P. 157-158.

A utilização dos precedentes sem uma adequada doutrina levou a uma série de patologias no sistema decisório brasileiro, que são verificadas no dia a dia da prática forense. Por vezes, as cortes utilizam-se dos precedentes como fonte de autoridade máxima, sem perquirir de forma mais aprofundada sua real normatividade. Em outras ocasiões, simplesmente ignoram as decisões por elas mesmas proferidas acerca da matéria em julgamento, o que demonstra a posição ambígua assumida pelo precedente no sistema brasileiro. Três casos são representativos de algumas dessas situações.

No Conflito de Competência nº 48.976, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) enfrentou questão referente ao alargamento da competência da Justiça do Trabalho em razão da alteração do art. 114 da CRFB. O dispositivo, antes da reforma, estabelecia que competia à Justiça Especializada julgar litígios oriundos de relação entre trabalhadores e empregadores. Com a alteração, esta passaria a julgar ações oriundas da *relação de trabalho*, o que, segundo doutrina praticamente unânime²¹⁴, englobaria quaisquer relações de trabalho e não apenas aquelas regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

No caso específico citado, se discutia o arbitramento de honorários decorrentes de prestação de serviços advocatícios. Para chegar à conclusão final de que a matéria escaparia à competência da Justiça do Trabalho – por, segundo o Ministro Relator, não ser uma relação de emprego –, foram citados três precedentes de casos anteriores à Emenda Constitucional. Em outras palavras, foram citados precedentes sem a correta averiguação de sua *ratio decidendi* e de sua compatibilização com o caso em apreço. Assim, sequer ocorreu a discussão central necessária ao caso – alargamento da competência da Justiça do Trabalho –, isso em razão de uma equivocada utilização dos precedentes.

O mesmo STJ havia firmado posicionamento no sentido da incidência da contribuição previdenciária patronal sobre o terço adicional pago em razão das férias dos trabalhadores. Tal posicionamento era igualmente aplicado à contribuição previdenciária incidente sobre o salário do servidor público.

²¹⁴ Neste sentido, Maurício Godinho Delgado (DELGADO, Mauricio Godinho. “As duas faces da nova competência da Justiça do Trabalho?”, *in Nova competência da Justiça do Trabalho*, COUTINHO, Grijalbo Fernandes e FAVA, Marcos Neves (coord.), São Paulo: LTr, 2005, p. 296).

No julgamento dos EREsp 956.289, o STJ alinhou-se às decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria, que dizia respeito especificamente à contribuição previdenciária sobre o adicional do servidor público. Ocorre que, no julgamento do Recurso Especial nº 1.149.071, passou-se a aplicar o novo entendimento também com relação à contribuição previdenciária patronal. O STJ fundamentou a alteração da jurisprudência com base no citado julgado do STF, que tratava de tributo diverso.

Com essa decisão, o STJ passou a aplicar, indistintamente, o entendimento do STF – que se referia à não incidência da contribuição previdenciária do servidor sobre determinadas parcelas de natureza indenizatória – tanto para o caso do servidor público, quanto para a contribuição patronal, tributo que, embora semelhante, possui regramento próprio, tanto em sede constitucional, quanto em sede infraconstitucional. Em suma, estendeu-se a *ratio decidendi* de um precedente para um caso diverso sem uma adequada justificção.

O último exemplo refere-se a uma série de julgamentos, em sequência, realizados pelo STJ. No primeiro deles – Recurso Especial nº 402.483 –, o Tribunal afirmou, em 26 de março de 2003, através da Segunda Seção, de forma unânime, que nos contratos bancários seria possível a cobrança, após o vencimento, dos juros remuneratórios de forma cumulada com os juros moratórios. No segundo julgado – AgRg no Recurso Especial nº 511.475 – o mesmo Tribunal, por meio da sua Terceira Turma (pertencente à Segunda Seção), em abril de 2004, chegou à conclusão de que não seria possível a cumulação da comissão de permanência, que equivale justamente aos juros remuneratórios incidentes após o vencimento do contrato, com os juros moratórios. No terceiro julgamento – Recurso Especial nº 570.501 –, em junho de 2004, a mesma Terceira Turma, reafirmou a licitude da cumulação dos juros remuneratórios e dos juros moratórios mesmo após o vencimento da dívida (no referido julgamento, não foi feita nenhuma observação com relação aos precedentes relativos à comissão de permanência). Finalmente, no quarto julgamento – Recurso Especial nº 595.653 –, em outubro de 2004, reafirmou a mesma Terceira Turma, em processo de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, a impossibilidade de cumulação da comissão de permanência com os juros moratórios.

Assim agindo, o STJ, através dos mesmos órgãos, realizou julgamentos em sentido diametralmente opostos, alternando em um curto espaço de tempo seu entendimento, sem tecer uma linha sequer sobre os precedentes no sentido inverso.

Como referido, os aplicadores do direito lidam diariamente com situações desta espécie. São diversas as patologias que decorrem, entre outros motivos, da falta de uma doutrina sobre a utilização de precedentes enquanto verdadeira fonte de direito.

A falta de trato dos aplicadores do direito com os precedentes judiciais indica que os problemas indicados tenderão a crescer à medida que se tentar obrigar a sua utilização – em determinadas hipóteses e de formas diferentes – sem que exista qualquer tradição jurídica neste sentido. A transposição de um sistema de precedentes – ou mesmo o aproveitamento parcial de alguns dos seus institutos -, para um país como o Brasil, com características culturais completamente distintas, está longe de ser uma tarefa fácil.

Por outro lado, a bagagem doutrinária e jurisprudencial do direito anglo-americano pode, sim, contribuir para que seja dado um importante passo no desenvolvimento de uma doutrina de análise dos precedentes, adaptável à nossa realidade, na medida em que são utilizadas categorias lógicas – e, portanto, mais facilmente transponíveis e adaptáveis – que facilitam a operacionalização do sistema²¹⁵.

Como a utilização dos precedentes tornou-se uma exigência da própria legislação, são inexoráveis as conclusões de que se devem levar em conta os precedentes no processo decisório e de que se deve efetuar sua utilização embasada em uma teoria minimamente uniforme e articulada. O debate, portanto, deve-se deslocar para o efetivo valor do precedente dentro do sistema e de como este deve ser operado²¹⁶.

O já citado estudo de direito comparado realizado por MacCormick e Summers estabeleceu algumas questões a serem respondidas por doutrinadores de

²¹⁵ Neste sentido, ver Daniel Mitidiero (MITIDIÉRO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. V. 206. Ano 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 69 e seguintes).

²¹⁶ Deslocado no sentido de que hoje não faz sentido simplesmente sustentar que o precedente não possui valor normativo. O que se deve discutir é o grau de força normativa do precedente dentro do sistema.

diferentes países, com a finalidade de, justamente, possibilitar uma caracterização do sistema jurídico em sua relação com os precedentes judiciais. As primeiras indagações diziam com a organização institucional do sistema. Michele Taruffo, neste sentido, inicia seu artigo, publicado no referido estudo, afirmando justamente que:

Em todo sistema jurídico a organização das cortes influenciam a natureza e o uso dos precedentes ao menos de duas formas: (a) determina quais cortes podem criar precedentes, como os precedentes são criados e o que é um precedente; (b) determina como os precedentes são usados pelas cortes e pelas outras pessoas, em especial os operadores do direito. Portanto, o conteúdo e a força do precedente estão conectados com a estrutura do judiciário, o lugar ocupado pelas diferentes cortes dentro desta estrutura e com a função exercida pelas supremas cortes, e também por outras, nos diversos sistemas jurídicos²¹⁷.

Desta forma, a descrição do modelo institucional brasileiro – considerando principalmente a organização das cortes e sua estrutura hierárquica – apresenta-se como um primeiro e importante passo para que se possa alcançar o escopo do presente estudo, qual seja: a análise da normatividade das decisões proferidas pelas cortes brasileiras e o papel a ser desempenhado por estas em um modelo de precedentes condizente com o Estado de Direito.

3.1 ORGANIZAÇÃO DAS CORTES E O SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO

Como referido, a organização das cortes é questão fundamental para possibilitar uma clara análise do papel normativo desempenhado pelos precedentes dentro de dado sistema. A estrutura hierárquica do Poder Judiciário irá determinar o papel desempenhado por cada corte.

²¹⁷ TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997. p. 385. Trad. livre. No original: *In every legal system the organization of courts influences the nature and the use of precedents at least in two ways: (a) it determines wich courts may create precedents, how precedents are created and what is a precedent; (b) it determines how precedents are used by courts and by other people, particularly by practising lawyers. Therefore the content and the force of a precedent are connected with the structure of the judiciary, the place of the various courts within this structure and with the function performed by supreme courts, and by other courts as well, in the several legal systems.*

No Brasil, há diversos tribunais cuja organização encontra-se estabelecida, em grande parte, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). De acordo com o art. 92 da CRFB, são órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal (STF); o Conselho Nacional de Justiça²¹⁸; o Superior Tribunal de Justiça (STJ); os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Penais Militares; os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Cada ramificação do Poder Judiciário possui diferentes competências, variando geralmente em razão da matéria; funcionam em um sistema hierarquizado, geralmente dividido em três graus, como a maioria dos sistemas jurídicos modernos²¹⁹.

Dadas as atribuições estabelecidas na CRFB, os órgãos de cúpula possuem a função precípua de uniformização da aplicação do direito. Encontrando-se no vértice da pirâmide jurídica, são estas as cortes que terão a palavra final sobre a interpretação do direito:

- em matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal, e, na legislação federal, dentro de cada uma de suas competências:

- o Superior Tribunal de Justiça, com relação à legislação federal comum;

- o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), tratando da legislação relativa ao direito eleitoral;

- o Tribunal Superior do Trabalho (TST), na matéria atinente às relações de trabalho; e, finalmente,

- o Superior Tribunal Militar (STM), com relação ao direito penal militar.

Diferentemente de outros países, o sistema de jurisdição no Brasil é uno, não existindo tribunais administrativos com jurisdição propriamente dita. Isso significa que as decisões proferidas no âmbito da Administração Pública poderão ser revistas

²¹⁸ O Conselho Nacional de Justiça, embora integre o Poder Judiciário, possui como competência precípua o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

²¹⁹ TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997. P. 437.

pelo Poder Judiciário²²⁰. As competências das cortes de primeira instância e intermediária, de igual sorte, são divididas principalmente em razão das matérias. Na primeira instância, os julgamentos são proferidos por juízes que atuam de forma singular, tendo já sido extinta a figura do julgamento colegiado outrora existente na Justiça do Trabalho.

Cabe o registro de que a divisão da competência entre a Justiça Federal e a Estadual obedece a regras constitucionais específicas, variando muitas vezes somente em razão da presença de determinados sujeitos passivos ou ativos. Desta forma, é bastante usual que as cortes federais e dos estados acabem julgando as mesmas espécies de litígios. Há ainda a possibilidade de a competência federal ser exercida, em algumas hipóteses específicas, no primeiro grau, pela justiça estadual, casos nos quais os recursos são dirigidos para os Tribunais Regionais Federais.

Das decisões proferidas pelos juízes singulares de primeira instância – tanto definitivas, quanto interlocutórias – cabe a interposição de recursos para os tribunais intermediários, os quais têm ampla possibilidade de revisão da matéria fática e jurídica. As decisões são geralmente proferidas pelos tribunais intermediários por meio de câmaras (ou turmas) reunidas na presença de três membros, com possibilidade de decisão monocrática – apenas pelo relator – , quando for o “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”²²¹.

Nos casos em que a sentença seja revertida por julgamento não unânime da câmara, a parte poderá interpor recurso denominado embargos de divergência, que implica na reunião do grupo (mais de uma câmara) para seu julgamento. O grupo (ou outro órgão colegiado que o regimento do tribunal indicar) também poderá ser reunido “ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”²²². Da mesma forma, pode ser realizado o julgamento pelo pleno (ou órgão especial) no caso de se verificar a

²²⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²²¹ Artigo 557 do Código de Processo Civil (CPC).

²²² Artigo 555, §1º, do CPC.

necessidade de uniformização de jurisprudência²²³, ou quando arguida inconstitucionalidade de lei ou ato normativo emanado do Poder Público²²⁴.

Das decisões proferidas pelos tribunais intermediários, tanto federais, quanto estaduais, é viável, nas hipóteses constitucional e legalmente admitidas, recursos para os tribunais superiores²²⁵. Existem hipóteses para as quais o STJ possui competência originária para apreciação de determinadas demandas, especialmente em razão da especial qualificação dos réus. Nestes casos, atua como se fosse um tribunal de primeira instância. Também recebe recursos ordinários interpostos contra decisões originárias dos tribunais intermediários, atuando, nesta hipótese, como se fosse uma corte de segundo grau, já que possui ampla possibilidade de revisão da matéria fático-probatória.

Contudo, é no julgamento do chamado recurso especial que atua como corte de unificação de jurisprudência, dando a palavra final sobre matéria de legislação federal. As hipóteses de sua interposição – divergência entre tribunais e contrariedade à lei federal – indicam esta função, ao que se soma o fato de ser o órgão de cúpula quanto à legislação federal. Os julgamentos do tribunal geralmente são feitos pelas turmas, que deliberam na presença de, no mínimo, três ministros, à semelhança dos tribunais intermediários.

A reunião da seção – julgamento conjunto das turmas com as mesmas competências – ocorre com o objetivo de afastar, ou até mesmo antecipar-se, às controvérsias entre as diferentes turmas, hipótese em que será dada a palavra final da corte sobre determinada matéria²²⁶.

A divisão da análise da matéria constitucional e infraconstitucional entre mais de um tribunal de cúpula torna o sistema de precedentes mais complexo. Isto se dá porque grande parte das matérias possui um fundamento constitucional, haja vista a amplitude do texto constitucional. Desta forma, não é incomum que, de uma decisão dos tribunais intermediários, sejam interpostos tanto o recurso especial (apreciado

²²³ Artigo 476 e seguintes do CPC.

²²⁴ Artigo 480 e 481 do CPC.

²²⁵ A análise do presente trabalho será centrada principalmente na atuação do STF e do STJ, na medida em que possuem competência mais ampla, tratando das principais questões jurídicas em nosso País. Ainda, em grande parte, os outros tribunais superiores seguem regras processuais semelhantes.

²²⁶ As hipóteses específicas de recurso e afetação do julgamento à seção encontram-se previstas no regimento interno do STJ. O julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC será analisado no capítulo relativo à força normativa dos precedentes.

pelo STJ), quanto o recurso extraordinário (destinado ao STF). Além disso, mesmo da decisão final do STJ pode ser interposto o recurso extraordinário.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal é identificado como o órgão que possui a última palavra em matéria constitucional, e isto, no Brasil, como explicado, implica uma ampla competência. O tema será retomado, de certa forma, posteriormente, especialmente na questão referente à força normativa de seus julgados.

Com relação ao julgamento da matéria constitucional, a atuação do STF é mista, recebendo tanto recursos oriundos das outras cortes, como ações diretas questionando a (in)constitucionalidade abstrata dos atos normativos. Além disso, assim como o STJ, possui competência para julgar ações originárias e recursos ordinários oriundos de ações originárias de tribunais superiores, atuando, nestes casos, como se fosse um juízo de primeiro e segundo grau, respectivamente.

Como visto, o sistema brasileiro é bastante complexo, em especial pela existência de um número muito grande de cortes, que muitas vezes possuem competências muito próximas ou, até mesmo, aparentemente sobrepostas. Existe uma ampla possibilidade de recursos, que são, em certa medida, incentivados pela facilidade com que se obtém a isenção das custas processuais.

Embora o sistema seja claramente hierárquico, com a corte superior podendo reformar a decisão da corte inferior, pode-se dizer que há uma resistência de parcela dos juízes e de parte da própria doutrina em assim enxergar o sistema. Tal posicionamento decorre de uma confusão entre a independência do juiz analisada isoladamente, e a independência do Poder Judiciário considerado como um todo²²⁷. Esta última, sem dúvida, é uma das bases do modelo republicano adotado pela CRFB. Já a primeira delas transformou-se em dogma pouco questionado pela doutrina por longos anos.

A situação, como será vista com maior profundidade a seguir, vem sendo mitigada em razão da necessidade social de maior segurança jurídica no sistema.

²²⁷ Sobre esta diferença entre a independência do juiz e a do Poder Judiciário como um todo, ver MARINONI, *op. cit.*, p. 204-210. Karl Larenz, por outro lado, embora reconheça que o precedente firmado passa ser considerado como um “direito vigente”, reafirma a supremacia da lei no direito alemão: “*todo o juiz que haja que julgar de novo a mesma questão pode e deve, em princípio, decidir independentemente, segundo a sua convicção formada em consciência (...). Portanto, o juiz não deve aceitar de certo modo cegamente o precedente.*” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012).

Esta necessidade reflete-se nas sucessivas mudanças da legislação processual e da própria Constituição Federal, que alçou a eficiência do Poder Judiciário à categoria de direito fundamental²²⁸.

3.1.1 Número de julgamentos dos tribunais superiores e o poder de selecionar casos

É espantosa a quantidade de recursos que aportam nas cortes superiores brasileiras, especialmente se for feita uma comparação com os países do sistema de *common law*. No período compreendido entre 1º de abril de 2011 e 31 de março de 2012, a Suprema Corte do Reino Unido julgou 49 apelações e 48 *permissions to appeal*.²²⁹ A Suprema Corte dos Estados Unidos, por seu turno, julgou, no ano de 2010, em plenário, 86 casos, tendo dispensado outros 83, de um total de 7.857 recursos a ela encaminhados²³⁰. O STF, no ano de 2011, proferiu 13.095 decisões pelos órgãos colegiados e 52.466 decisões monocráticas²³¹. O STJ, por seu turno, decidiu, ao longo do ano de 2011, 309.475 cinco processos, incluindo as decisões proferidas pelas turmas, seções, pela corte especial e pelos ministros relatores²³².

Esta situação de excesso de trabalho dos tribunais superiores brasileiros está relacionada com diversos fatores, assim como implica diversas limitações para um adequado funcionamento de um processo decisório baseado em precedentes. Entre outros motivos para o atual quadro, poder-se-ia citar a facilidade de interposição dos recursos, a inexistência de filtros efetivos para se recorrer aos tribunais superiores, e a resistência dos tribunais inferiores em seguir a jurisprudência já sedimentada pelos tribunais de escala hierárquica superior.

É possível afirmar que a garantia constitucional do acesso à justiça passou a ser confundida, por parte dos operadores do direito, com uma genérica autorização

²²⁸ Artigo 5º, LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

²²⁹ Supreme Court Annual Report 2011-2012. *Permission to Appeal* seria o recurso equivalente ao recurso de agravo previsto no art. 544 do CPC.

²³⁰ <http://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2011year-endreport.pdf>, acesso em 02/12/2012.

²³¹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decmonocraticas>, acesso em 02/12/2012.

²³² http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=104292&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=estat%EDsticas, acesso em 02/12/2012.

para interpor recursos de toda e qualquer decisão e em qualquer grau de jurisdição, mesmo quando em desacordo com precedentes já sedimentados²³³. O crescente número de advogados, o constante descumprimento da lei por parte de grandes empresas e por parte do Estado, assim como a facilidade com que se obtém isenção das taxas judiciais também contribuem para o grande número de litígios e recursos.

Mesmo considerando o imenso número de recursos julgados pelos tribunais superiores, existem diversos requisitos criados por eles no processo de admissibilidade recursal, a maioria deles centrados em aspectos de ordem formal. Como a CRFB determina que os recursos dirigidos aos tribunais superiores devam ter por base atos que contrariem a lei (ou a própria CRFB, no caso do STF), não são admitidos recursos tendentes a rediscutir os fatos e a reexaminar cláusulas contratuais²³⁴. Além disso, súmulas e precedentes estabelecem os mais diversos requisitos, como, por exemplo, a necessidade de prequestionamento da matéria²³⁵ e a necessidade de impugnação de todas as questões que fundamentaram o julgamento²³⁶.

Embora existam diversos requisitos, o exame de admissibilidade, na maioria dos casos, acaba exigindo um efetivo julgamento pela corte superior, em voto lavrado pelos próprios Ministros, cuja decisão fica inclusive sujeita a novo recurso. Isto ocorre porque, apesar de existir o julgamento de admissibilidade por parte do tribunal de origem, da decisão cabe recurso de agravo (gratuito), cuja interposição, por disposição legal, implica a obrigatoriedade de remessa do processo aos tribunais superiores. Para não dizer mais, o sistema de filtro dos tribunais intermediários acaba sendo de pouca serventia. Além disso, a própria jurisprudência dos tribunais superiores é bastante instável com relação a muitos dos citados requisitos. Esse

²³³ Nesse sentido, defende Marinoni que o acesso à justiça é garantido justamente com uma atuação coerente e uma prestação eficiente do Poder Judiciário, o que se atinge com o respeito aos precedentes dos tribunais superiores (MARINONI, *op. cit.*, 210-212).

²³⁴ Este entendimento encontra-se sedimentado pelas súmulas 05 (“*a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial*”) e 07 (“*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial do STJ*”). Como referido, existem hipóteses nas quais o STJ e STF julgam os chamados recursos ordinários, nos quais há a possibilidade de ampla averiguação da matéria fático-probatória. A questão referente ao enfrentamento da matéria de fato será retomada posteriormente em tópico específico.

²³⁵ Súmula 211 do STJ (Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*).

²³⁶ Súmula 283 do STF (É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles).

quadro implica a quantidade enorme de recursos e ações originárias que aportam diariamente nas cortes superiores. Os julgamentos acabam sendo feitos, muitas vezes, sem a acuidade necessária e, por consequência, existe uma dificuldade extrema de manutenção da coerência entre as decisões, o que acaba influenciando negativamente na própria força normativa dos seus precedentes.

É possível notar, portanto, que uma das principais diferenças entre os sistemas de *common law* e o brasileiro é o número de processos julgados, o que está diretamente relacionado com outra importante diferença, qual seja, a possibilidade de selecionar os casos a serem analisados pelas cortes²³⁷. Como explicam Margaret e Richard Cordray, nos Estados Unidos:

Ao longo do século passado, a Suprema Corte realmente adquiriu o completo controle sobre sua própria agenda. Se uma vez foi uma instituição relativamente passiva, que recebia todas as apelações que o congresso autorizava, a Corte é hoje autônoma em relação à natureza e à extensão de sua carga de trabalho²³⁸.

No Reino Unido, de igual forma, como explica MacCormick, para que o processo seja examinado pela *House of Lords* (hoje Suprema Corte do Reino Unido), geralmente, é preciso que isso ocorra por autorização das cortes intermediárias ou por um subcomitê da própria *House of Lords*. Em qualquer caso, é necessário que haja um importante ponto de discórdia no direito, que somente possa ser resolvido no nível da corte maior²³⁹.

No Brasil, até a Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, não existia uma possibilidade de seleção dos recursos de acordo com a importância e a repercussão do caso. Foi acrescentado o §3º ao artigo 102, que previu, no recurso extraordinário, a necessidade de o recorrente demonstrar a repercussão geral das questões

²³⁷ Como explica Taruffo, a discricionariedade total e a desnecessidade de justificação é a regra geral na seleção dos casos a serem julgados nos sistema de *common law*. (TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997. P. 446).

²³⁸ CORDRAY, Margareth e CORDRAY, Richard. Washington University Law Review. V. 82. 2004. The Philosophy of Certiorari: Jurisprudential considerations in Supreme Court case selection. Trad. livre. No original: *Over the past century, the Supreme Court has gained virtually complete control over its own agenda. Once a relatively passive institution which heard all appeals that Congress authorized, the Court is now a virtually autonomous decisionmaker with respect to the nature and extent of its own workload.*

²³⁹ BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL, *op. cit.*, p. 318.

constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso. Previu o dispositivo, contudo, que o recurso somente poderia ser dispensado por voto de dois terços dos membros do Tribunal²⁴⁰.

No âmbito do STJ, na sistemática de julgamento dos recursos de matérias repetitivas, prevista no artigo 543-C do CPC, são selecionados apenas alguns recursos representativos da controvérsia, ficando os demais com a tramitação suspensa. Além deste mecanismo, que será estudado mais detalhadamente adiante, está em tramitação o projeto de emenda constitucional nº. 209/2012, que tem por objeto justamente a inclusão do requisito da repercussão geral para a admissibilidade da tramitação do recurso especial.

Os mecanismos previstos na legislação brasileira, embora instituídos com o propósito de conferir maior eficiência ao Poder Judiciário, estão longe de permitir uma redução do número de recursos e da carga de trabalho dos ministros a um nível tolerável. De toda sorte, indicam uma clara tendência do legislador em tentar enfrentar o problema crônico de lentidão e ineficiência gerado pelo excesso de processos. Fica evidenciada, de igual forma, a importância conferida aos precedentes neste processo.

Michele Taruffo aponta uma importante relação entre o poder de selecionar casos e o fato de o julgamento ter uma característica mais prospectiva do que retrospectiva²⁴¹. Na medida em que a corte deixa de ser tratada como uma mera revisora de casos – ou uma corte de terceira instância, que julga questões particulares mencionadas em casos específicos, como menciona Taruffo –, o julgamento passa a ter um caráter notadamente abstrato e objetivo. Desta forma, a decisão de julgar determinado caso implica a escolha de estabelecer um precedente para a matéria²⁴². Não por outro motivo, o próprio dispositivo do CPC que trata da repercussão geral estabelece que ela resta configurada quando da existência de

²⁴⁰ Como forma de dar celeridade ao processo de averiguação da repercussão geral, o Regimento Interno do STF (RISTF) previu, nos seus artigos 321 e 326, respectivamente, que os ministros devem proferir seus votos de forma eletrônica e que a decisão que reconhece a inexistência da repercussão geral é irrecorrível.

²⁴¹ TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997. P. 444-445.

²⁴² *Idem*. Como adverte Taruffo, “de fato, é evidente que a decisão de decidir um caso pode ser influenciada pela escolha (embora implícita) de estabelecer um precedente.” Trad. livre. No original: *Is rather clear, in fact, that the ‘decision to decide’ a case may be influenced by the choice (albeit implicit) of establishing a precedent.*

questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Esta conclusão apresenta conexão direta com capítulo específico a ser desenvolvido posteriormente.

3.1.2 Estilo e divulgação dos julgamentos

Outras questões analisadas no já citado estudo de direito comparado referiam-se ao estilo e à divulgação dos julgamentos, fatores estes que apresentam relação direta com a operacionalização de um sistema de precedentes. Como visto, uma das condições para que o sistema de precedentes passasse a operar com mais força a partir da segunda metade do século XIX, na Inglaterra, foi justamente a organização das compilações de decisões, que permitiu uma fonte mais segura para consultas.

Com relação ao sistema brasileiro, há duas importantes características: a ampla publicidade das decisões e a liberdade que os magistrados têm de expressar suas opiniões divergentes nos julgamentos colegiados. Todos os magistrados devem proferir seus votos, mesmo que seja apenas por meio do termo '*de acordo*', os quais, ao final, constituem parte integrante do acórdão. Isso implica a possibilidade de os magistrados debaterem publicamente as razões que sustentam seus julgamentos, em cuja maioria é permitida a intervenção dos advogados previamente – por meio de sustentação oral – e mesmo durante o julgamento, para esclarecimento de questões de fato, o que permite certo caráter dialético.

Interessante observar que quando, na própria corte ou em um tribunal superior, a jurisprudência é sedimentada em sentido contrário ao decidido por determinado magistrado, pode ocorrer, na prática, que este adira àquele julgamento, com a ressalva de seu anterior posicionamento. Tal prática, além de ser coerente com um sistema hierárquico, mostra-se bastante importante, já que permite que posteriormente sejam dados substratos para uma possível revisão da matéria²⁴³. Além disso, é de se destacar a facilidade de acesso ao inteiro teor dos julgamentos,

²⁴³ Robert Summers destaca a importância deste procedimento nos Estados Unidos, em especial para a revogação (*overruling*) de determinados precedentes (SUMMERS, *op. cit.*, 376).

já que os principais tribunais do País divulgam os precedentes por meio da *internet* e possuem, ainda, mecanismos de busca que facilitam a tarefa do operador do direito.

O estilo de decisão, por seu turno, apresenta considerável variação de acordo com os magistrados, os tribunais e as matérias a serem enfrentadas. As categorias propostas no citado estudo de direito comparado – de um lado, um julgamento dedutivo, legalista e peremptório e, de outro, discursivo, substantivo e argumentativo – apresentam-se como extremos que dificilmente aparecem de uma forma pura no sistema brasileiro²⁴⁴.

Neste mesmo sentido, Robert Alexy, ao analisar o estilo das cortes alemãs, refere precisamente que os julgamentos encontram-se em algo no meio de ambos os extremos²⁴⁵. Explica o jurista alemão, em afirmação que muito bem serve ao sistema brasileiro, que:

O estilo é dedutivo, legalista e peremptório na medida em que é dever da corte aplicar a lei nos casos em que exista alguma que possa ser aplicada. O estilo se torna mais discursivo, substantivo e argumentativo quanto mais existam problemas interpretativos no direito²⁴⁶.

De toda sorte, é possível referir que, no Brasil, nos julgamentos de primeira instância costuma-se verificar um estilo conciso, mais próximo do dedutivo e legalista, especialmente em matérias mais simples e que já se encontram sedimentadas pela jurisprudência. Nos tribunais intermediários verifica-se uma maior tendência na apresentação de um julgamento mais substantivo e argumentativo. Isto decorre, dentre outras razões, do fato de o recurso ser justamente uma impugnação de uma prévia decisão, a reclamar uma justificação maior da corte, especialmente no caso de ser reformada a decisão do magistrado de hierarquia

²⁴⁴ Algo próximo ao extremo legalista e dedutivo ainda pode ainda ser visto no sistema francês (TROPER, Michel e GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997. P. 107-108). O estilo das altas cortes do Reino Unido seriam os representantes típicos do estilo oposto (BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL, *op. cit.*, p. 319).

²⁴⁵ ALEXY, Robert. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997. P. 21.

²⁴⁶ *Idem*. Trad. livre. No original: *The style is deductive, legalistic and magisterial insofar as it is the duty of the courts to apply statutes in case there are any which can be applied. The style becomes more discursive, substantive and argumentative the more problems exist in interpreting the law.*

inferior²⁴⁷. Além disso, o próprio julgamento colegiado acaba por fomentar um maior debate das matérias jurídicas controvertidas. Com relação aos tribunais superiores, pode-se afirmar que, quando se discutem questões socialmente relevantes e de maior repercussão, predominam julgamentos mais substantivos e discursivos. É comum, nestes casos, a realização de citações doutrinárias e a prolação de votos longos e articulados.

Em processo não muito diverso do ocorrido no Brasil, Taruffo explica que esta transformação do estilo dos julgamentos nos sistema de *civil law* pôde ser observada em diversos países europeus ao longo do século XX, especialmente a partir do pós-guerra:

Esta transformação acelerou após a Segunda Guerra Mundial por influência do direito comparado e da sociologia jurídica, das novas constituições, e de novos ideais políticos e éticos. Em muitos países de *civil law*, a cultura jurídica tornou-se menos rígida e formalista, mais aberta a valores morais, e mais sensível a problemas sociais, questões políticas, princípios de igualdade e justiça substantiva. Essa tendência é agora refletida no estilo das decisões judiciais, apesar do fato de que esta espécie de mudança costuma ser bastante lenta²⁴⁸.

Finalmente, ainda com relação ao tema da publicação dos julgamentos, é oportuno referir ser usual a divulgação de notícias (mesmo pela imprensa comum) e de informativos sobre os julgados, o que ajuda na sistematização da jurisprudência. Todavia, não há, como foi referido, a restrição ou dificuldade de acesso ao seu

²⁴⁷ Interessante observar, contudo, que os tribunais não se veem na obrigação de responder a todos os argumentos formulados pelas partes. Há forte posicionamento dos tribunais superiores no sentido de que “*não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução*”. (REsp 1343065/PR, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 1ª seção do STJ, publicado em 04/12/2012).

²⁴⁸ TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997. P. 449-450. Trad. livre. No original: *This transformation accelerated after the Second World War because of the influence of comparative law and legal sociology, of new constitutions, and of new political and ethical ideals. In many civil law countries the legal culture became less rigid and formalistic, more open to moral values and more sensitive to social problems, political issues, principles of equality and substantive justice. This trend is now reflected in the style of judicial opinions, despite the fact that changes in judicial styles are usually very slow.*

inteiro teor, tal como ocorre em países como a Itália, onde são publicados apenas resumos dos julgamentos²⁴⁹.

Em síntese, é possível asseverar que, embora a multiplicidade de decisões possa implicar uma dificuldade de coerência do sistema, a sua ampla publicidade, a facilidade de acesso e a rapidez de sua divulgação auxiliam no correto alinhamento das decisões dos tribunais inferiores às decisões dos tribunais superiores.

3.1.3 A força normativa dos precedentes no sistema jurídico brasileiro

Como se tem insistido, a descrição até o momento realizada justifica-se pelo fato de que tais fatores são determinantes para a avaliação da força normativa do precedente dentro do sistema brasileiro e da forma como este pode ser operado nos diferentes graus de jurisdição. Nosso sistema apresenta características que remetem, em algumas questões, a um modelo mais próximo dos julgamentos realizados pelos tribunais de *common law*, como, por exemplo, o caráter discursivo e substantivo de muitos julgamentos dos tribunais superiores e a ampla liberdade de os magistrados proferirem seus votos, mesmo que divergentes.

Além disso, como será aprofundado posteriormente, vive-se nas últimas décadas um momento de transição com relação à função e à importância do precedente no sistema jurídico brasileiro. Ocorre que o sistema de precedentes, diferentemente do lento processo de maturação ocorrido nos países de *common law*, foi alterado, com bastante rigidez, por sucessivas inovações legislativas, o que tem gerado uma dificuldade em sua aceitação, compreensão e operacionalização.

O Professor José Rogério Cruz e Tucci, escrevendo logo no início das reformas processuais e antes da reforma constitucional, afirmou, seguindo a doutrina mais conservadora e majoritária da segunda metade do século XX, a

²⁴⁹ Como explicam Taruffo e La Torre, na Itália, os julgamentos da Corte di Cassazione são divulgados por meio das chamadas *massime*, que se constituem em pequenas declarações relativas às regras que embasaram os julgamentos. Tais resumos são realizados por um órgão especial que funciona junto à referida corte. (TARUFFO, Michele e LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997. P. 148-149)

ausência de força vinculante dos precedentes²⁵⁰. Reconheceu, contudo, a importância do instituto da súmula vinculante para solução da “grave crise provocada pela justiça intempestiva”²⁵¹ e seu forte valor persuasivo.

Taruffo afasta a possibilidade de medir-se a eficácia do precedente como apenas *vinculante* ou *não vinculante*, reconhecendo a existência de diferentes graus²⁵². A concepção não está equivocada, especialmente se for considerado que existem diferentes gradações e, mesmo nos sistemas de precedente vinculantes, formas de se afastar a aplicação de um precedente através de processos legalmente aceitos. De toda sorte, parece que muitas das divergências se encontram muito mais no campo terminológico, pelo que, no presente capítulo, buscar-se-á deixar bastante claro o que se entende por cada grau de vinculação de acordo com a função do precedente dentro do sistema.

A classificação dos graus de vinculação proposta no multicitado estudo de direito comparado já foi reproduzida alhures e pode muito bem servir de base para o presente estudo²⁵³. Algumas adaptações servirão ao propósito de simplificação do esquema a ser construído.

Em um extremo, haveria os precedentes formalmente vinculantes, que são aqueles que, em se verificando a identidade de casos, o magistrado de uma corte hierarquicamente inferior deve obrigatoriamente ater-se à regra constante do precedente. No outro extremo, estaria a figura dos precedentes com papel meramente ilustrativo. Entre os extremos, encontram-se os precedentes persuasivos – ou não formalmente vinculantes, mas com força – que poderiam ser divididos em *fortemente persuasivos* ou apenas *persuasivos*, a depender das razões necessárias ao seu afastamento.

Costuma-se questionar a existência de precedentes vinculantes no Brasil em razão da inexistência de regra expressa determinando que o magistrado da corte inferior siga as decisões dos tribunais superiores. A inobservância dos precedentes, com efeito, não gera qualquer consequência de ordem funcional ao magistrado.

²⁵⁰ CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 276.

²⁵¹ *Idem, ibidem*. P. 280.

²⁵² TARUFFO, Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, p. 427.

²⁵³ Vide nota 157.

Além disso, parcela da doutrina mais tradicional brasileira segue reafirmando a importância da independência do juiz singularmente considerada, o qual não estaria obrigado a seguir os precedentes dos tribunais superiores.

Ocorre que nos sistemas de *common law* também não existe regra legislativa determinando a observância dos precedentes, tampouco sanção funcional prevista ao magistrado, mas nem por isso deixa-se de atribuir o caráter vinculante a diversas situações²⁵⁴. Por outro lado, devido ao aspecto cultural, no citado sistema, o ato de desrespeito expresso e deliberado a um precedente de uma corte superior se apresenta quase como impensável ao juiz²⁵⁵.

Como já foi referido, não é o escopo do presente trabalho discorrer longamente sobre a justificção do atual sistema de precedentes, mas sim tomá-lo como uma realidade²⁵⁶. O foco da análise, portanto, será na forma como funciona o sistema – e também como deveria funcionar – especialmente após as já mencionadas alterações legislativas, que estabeleceram expressas previsões de precedentes vinculantes. Neste sentido, no presente capítulo serão utilizados três principais critérios para averiguar o grau de força normativa do precedente dentro do sistema brasileiro, os quais, como será fácil constatar, encontram-se, de certa forma, interligados.

O primeiro é o aspecto legal, ou seja, como o ordenamento jurídico trata o precedente e quais são as consequências previstas para o caso de este não ser seguido. O segundo diz respeito à hierarquia da corte que prolata a decisão e à probabilidade de a decisão vir a ser reformada no caso de o precedente não ser seguido pelas cortes inferiores²⁵⁷. Por fim, como terceiro critério, será considerada a

²⁵⁴ BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL, *op. cit.*, p. 327-328 e SUMMERS, *op. cit.*, p. 371. Neste mesmo sentido, Francisco Rosito, *op. cit.*, p. 123-126.

²⁵⁵ Como já visto (nota 187), Summers explica que pode ocorrer o caso de serem feitas distinções muito questionáveis, com a finalidade de não aplicar o precedente, o que, na prática, equivaleria a sua não aplicação. Todavia, o juiz não afirmaria expressamente que estaria deixando de seguir o precedente, o que não deixa de ser um reconhecimento da força normativa do precedente.

²⁵⁶ Os principais fatores que justificam um sistema mais formal e vinculante de precedentes foram expostos no capítulo 2.3.1. Para uma visão mais específica da importância do aprimoramento do sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, inclusive com uma proposta de reforma institucional, ver Daniel Mitidiero (MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil. *Revista de Processo*. V. 199. Ano 2012. São Paulo: Revista do Tribunais. P. 83 e seguintes).

²⁵⁷ Aliás, como visto, este é dos principais argumentos para determinação do grau de vinculação dos precedentes no sistema de *common law*, já que, como o recurso ao tribunal superior implicará a reforma da decisão do tribunal inferior, o precedente é, por uma razão de lógica e eficiência, visto como vinculante.

prática dos operadores jurídicos – tanto os juízes como os advogados e doutrinadores – com relação ao precedente, ou seja, o grau de normatividade por eles geralmente atribuído ao precedente. O grau de confiança depositado por advogados nos precedentes, quando, por exemplo, orientam um cliente, reflete o grau de normatividade destas decisões.

Trata-se de critério que apresenta relação direta com o princípio estrutural da replicabilidade (*replicability*) apresentado por Eisenberg²⁵⁸. Referido princípio estabelece a necessidade de que se possa prever com uma certa margem de segurança como as cortes irão agir em seus processos decisórios, o que permite, assim, um maior nível de segurança jurídica dentro do sistema. Este último critério serve, em verdade, para confirmar se, na prática, a percepção em relação aos dois primeiros concretiza-se na atuação de juízes e advogados.

Necessário fazer um esclarecimento quanto à classificação do precedente como formalmente vinculante, para os propósitos do presente trabalho. Não desnatura referida classificação, por si só, o fato de o precedente poder ser revisto pela própria corte²⁵⁹; tampouco o fato de uma minoria de magistrados não se considerarem pessoalmente vinculados à decisão. Trata-se de um critério que privilegia a lógica hierárquica do sistema e a necessidade de coerência da atuação do Poder Judiciário como um todo²⁶⁰.

Ainda, cumpre referir que na hipótese de os critérios não se mostrarem suficientes para determinar a classificação do precedente entre aos maiores graus de força, outros critérios serão normalmente levados em conta para determinar a sua aplicação ou não ao caso concreto²⁶¹.

²⁵⁸ EISENBERG, *op. cit.*, 10-12.

²⁵⁹ Como já referido, a partir de 1966, até mesmo na Inglaterra a corte superior deixou de ficar vinculada aos seus próprios precedentes.

²⁶⁰ Neste sentido, Francisco Rosito, *op. cit.*, p. 406.

²⁶¹ Alguns dos critérios foram mencionados no capítulo referente à força normativa do precedente no sistema de *common law*, quando se tratou dos casos dos precedentes horizontais e de cortes inferiores.

3.1.3.1 Força normativa vertical dos precedentes

A força normativa vertical refere-se à força exercida pelo precedente proferido por cortes hierarquicamente superiores nas cortes inferiores. Como visto, nos sistemas de *common law*, tal fato, por si só, costuma ser suficiente à caracterização de uma vinculação formal. No Brasil, existem ao menos duas situações em que a legislação aponta de uma forma clara para o caráter formalmente vinculante dos precedentes. A primeira delas refere-se a alguma das espécies de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF. Essa atribuição constitucional encontra-se prevista no artigo 102, I, 'a' e seu parágrafo primeiro, que, por seu turno, remeteram à lei ordinária sua regulamentação.

Não cumprem analisar neste trabalho as diferentes formas de controle e suas particularidades. O objetivo é averiguar em que medida as legislações estabelecem determinações que apontem para o caráter vinculante da decisão. No ponto, cumpre asseverar que a Lei Federal nº 9.868/99, ao tratar dos efeitos da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), previu, de forma expressa, em seu artigo 28, parágrafo único, que

a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal²⁶².

A Lei Federal nº 9.882/99, que trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental, possui dispositivo bastante semelhante, estabelecendo o caráter vinculante da decisão “aos demais órgãos do Poder Público”. Tratando-se de matéria constitucional, o STF é o tribunal de máxima hierarquia dentro do sistema, de modo que todas as demais cortes do País, e a própria Administração Pública, como previsto na Lei, devem obediência ao julgamento por ele proferido em sede de controle concentrado.

²⁶² BRASIL. Lei Federal nº 9.868/99

Após a edição da referida lei – e a confirmação de sua constitucionalidade pelo STF – mesmo a doutrina tradicional passou a reconhecer o efeito vinculante destas decisões²⁶³. Desta forma, o grau de normatividade do precedente, no caso, é máximo, o que se conclui pela utilização dos dois primeiros critérios. Extremamente rara é a situação em que juízes se neguem expressamente a seguir a decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, podem ocorrer casos de dúvida quanto à correta identificação da norma contida na decisão (identificação da *ratio decidendi*), hipótese na qual, em havendo violação da autoridade do julgado, poderá ser feita reclamação ao próprio STF²⁶⁴.

A segunda situação em que a legislação indica o caráter formalmente vinculante do precedente é o da súmula vinculante, prevista no art. 103-A da CRFB (incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004) e disciplinada pela Lei Federal nº 11.417/2006. A própria denominação do instituto já denota tal característica, que é reforçada pela previsão constitucional que atribuiu ao STF o poder de cassar a decisão em desconformidade com a súmula²⁶⁵.

A súmula vinculante foi criada justamente com o objetivo de garantir maior eficiência ao Poder Judiciário, além do rápido julgamento de casos nos quais haja controvérsia sobre questão constitucional. Como a própria CRFB prevê, a súmula vinculante deve ser editada em casos nos quais, diante da controvérsia, a situação de incerteza “acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”²⁶⁶. Esses são, portanto, os dois casos em que a previsão legal, a hierarquia do tribunal e as consequências pela inobservância das decisões indicam claramente o caráter vinculante dos precedentes no âmbito de atuação do STF. Embora não sejam enquadráveis com tanta clareza, outras decisões também podem ser classificadas como vinculantes. A exigência da repercussão geral, como já se referiu, foi estabelecida como forma de diminuir a carga excessiva de trabalho no STF, a partir da exclusão de processos por meio de um filtro constitucionalmente previsto.

²⁶³ Cruz e Tucci, *op. cit.*, p. 268-275.

²⁶⁴ Art. 13 da Lei Federal nº 8.038/90 e art. 156 do Regimento Interno do STF (RISTF). A reclamação é instrumento processual que indica a máxima força normativa do julgado. Serve para os tribunais superiores justamente imporem, de forma rápida e direta, respeito aos seus precedentes. Sua previsão legal, portanto, é forte indicativo da existência da força vinculante.

²⁶⁵ Artigo 103-A, §3º, da CRFB.

²⁶⁶ Artigo 103-A, §1º, da CRFB.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 543-B e parágrafos, estabelece disciplina especial no caso de multiplicidade de recursos “com fundamento em idêntica controvérsia”. Nestes casos, ocorre a seleção de recursos representativos pelo tribunal de origem, que procede ao sobrestamento dos demais²⁶⁷. Se for negada a repercussão, os recursos sobrestados não são admitidos²⁶⁸. No caso de julgamento de mérito do processo pelo STF, os recursos são reexaminados pelos tribunais de origem, que podem declará-los prejudicados ou retratar-se²⁶⁹. Finalmente, há dispositivo prevendo a faculdade de o STF cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada no caso de ser mantida a decisão pelo tribunal de origem²⁷⁰.

Desta forma, a disciplina legal, a hierarquia da corte e as chances de a decisão ser reformada apontam para um alto grau de normatividade da decisão²⁷¹. No caso, a tendência observada nos demais tribunais tem sido a de aderência à decisão proferida pelo sistema de julgamento dos recursos repetitivos. Como referido, a presente proposta de classificação desconsidera como relevante o fato de uma minoria de magistrados não se sentirem pessoalmente vinculados à decisão, até mesmo porque, nestes casos, a probabilidade de reforma pelos juízos intermediários é extremamente alta, sendo provável que a questão sequer alcance o STF.

As decisões do plenário do STF, frequentemente precedidas de amplo debate, também apresentam um alto grau de normatividade. De acordo com o artigo 102 do RISTF, por decisão da maioria absoluta do plenário, a jurisprudência sedimentada na corte, por meio de um enunciado, passa a integrar a Súmula do Supremo Tribunal Federal²⁷².

²⁶⁷ Artigo 543-B, §1º, do CPC.

²⁶⁸ Artigo 543-B, 2º, do CPC. Prevê ainda o artigo 543-A, § 5º, que “*negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.*”

²⁶⁹ Artigo 543-B, §3º, do CPC.

²⁷⁰ *Idem.*

²⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

²⁷² De acordo com o RISTF o termo Súmula refere-se ao compêndio dos enunciados. No entanto, tem-se atribuído o termo súmula também para designar o enunciado singular, pelo que no presente trabalho será o termo considerado também com este último significado.

De acordo com o art. 557 do CPC, o relator pode julgar de forma monocrática os recursos que contrariarem tese contida em súmula ou na jurisprudência dominante do STF²⁷³. O artigo 557, §1º-A, permite inclusive que seja dado provimento ao recurso de forma monocrática quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com a súmula ou a jurisprudência dominante. Desta forma, além de a decisão que contrariar o posicionamento sedimentado pelo STF ter alto grau de chance de ser reformada, o será também de forma mais célere. Este artigo é amplamente utilizado – muitas vezes de forma equivocada – para demonstrar o reconhecimento da força normativa das decisões do STF pelos demais tribunais.

A fim de enfatizar a força vinculante de suas decisões, o STF, em sucessivos julgamentos, reconheceu como inaplicável a Súmula nº 343 de sua edição quando a decisão tratar de matéria constitucional²⁷⁴. Referida súmula prevê que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

O novo entendimento do STF – embora extremamente controverso – acabou sedimentado no sentido de que a inaplicabilidade do enunciado permitiria o ajuizamento de ação rescisória após o julgamento do STF em matéria constitucional, o que se justificaria em razão da força normativa da Constituição. Desta forma, além de orientar futuros julgamentos, a força vinculante do precedente do STF teria o condão de rescindir julgados já transitados em julgado²⁷⁵.

Cumprido destacar que referido entendimento não se encontra restrito aos julgamentos proferidos em razão do controle concentrado. Diversos precedentes já conferiram aos julgamentos do plenário, mesmo oriundos de Recurso Extraordinário, a força de verdadeira alteração do direito, a permitir o ajuizamento de ação rescisória. Como será visto adiante, com maior profundidade, trata-se de indicativo de que o STF vem passando por um processo de abstrativização ou objetivização dos seus julgamentos.

²⁷³ O artigo aplica-se a relator de recurso de tribunal intermediário ou superior.

²⁷⁴ Recurso Extraordinário nº 328.812-ED.

²⁷⁵ Neste mesmo sentido, o próprio art. 475, L, 1º, do CPC, permite que se considere inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal, enfatizando a grande força normativa das decisões proferidas pelo STF.

O reconhecimento do alto grau de força normativa das decisões do STF pode também ser percebido pelos próprios atos expedidos pela advocacia pública, os quais autorizam seus agentes a não oferecer recursos nos casos de súmulas e matérias já consolidadas²⁷⁶. Com relação aos demais tribunais superiores e intermediários, vem-se percebendo, cada vez mais, um pronto alinhamento aos julgamentos do STF²⁷⁷, o que também se reflete na atuação dos advogados, que se utilizam dessas decisões na tarefa de orientar os clientes. A mesma força normativa pode ser atribuída às decisões reiteradas das turmas do STF em sentido convergente, ou seja, quando não exista controvérsia dentro do Tribunal²⁷⁸.

Considerando os critérios estabelecidos pelo presente trabalho, os precedentes citados – súmula, julgamento do plenário e julgamento de turma com entendimento consolidado –, poderiam, de regra, ser considerados como formalmente vinculantes sem maiores dificuldades²⁷⁹.

Um grau menor de normatividade pode ser atribuído aos julgamentos isolados das turmas, quando não confirmados, ainda, pela outra turma. Isso é possível porque, estando sujeito à revisão por parte do plenário da própria Corte, em certos casos diminui a confiança neles depositados pelos demais tribunais. Aplicam-se, nesses casos, como suporte à determinação da força normativa, os outros critérios já referidos, como a respeitabilidade dos magistrados que participaram do primeiro julgamento, a idade do precedente, a qualidade das razões e o grau de confiança gerado por ele nos demais tribunais e pela doutrina. A depender desses critérios, o

²⁷⁶ Neste sentido, há o interessante Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional nº 492/2011, 30 de março de 2011.

²⁷⁷ O julgamento do Recurso Extraordinário 566.621/RS, com a relatoria da Ministra Ellen Gracie, alterou o marco inicial para que se buscasse a repetição do indébito tributário, no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, com o critério antigo de contagem do prazo. O julgamento ocorreu em 04.08.2011 e muito antes de sua publicação, que se deu apenas em 11.10.2011 – sendo que ainda encontram-se pendentes de análise os embargos declaratórios – foi prontamente assimilado pelo STJ, que rapidamente alterou seu entendimento. A Primeira Seção do STJ deliberou, ainda em 24.8.2011, pela imediata adoção da jurisprudência do STF (EDcl no AgRg no AgRg no Ag 1402871 / RO, 2ª Turma do STJ, Ministro Herman Benjamin, 24.10.2011).

²⁷⁸ Em sentido semelhante, ver Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 486-487).

²⁷⁹ Existem situações em que as súmulas e precedentes do STF acabam sendo superados por julgamentos posteriores da própria corte, sem serem formalmente revogados. Nesses casos, ocorreria algo semelhante a um *overruling* implícito, a retirar a normatividade dos precedentes. Além disso, podem ocorrer situações em que um julgamento do plenário seja feito de forma açodada, em contrariedade com posicionamento anterior. Em caso de julgamentos contraditórios, poderão ser levantadas dúvidas sobre a força normativa do precedente, embora a tendência seja de atribuição da força normativa à última decisão preferida.

precedente poderá ser considerado fortemente persuasivo ou até mesmo vinculante. Poderá ser considerado vinculante, por exemplo, quando o julgamento da turma tiver sido unânime, estiver embasado em fundamentos sólidos e condizentes com outros julgamentos da corte, e tiver sido amplamente aceito pelos demais tribunais superiores, intermediários e pela doutrina.

As ações originárias e os julgamentos proferidos em sede de recurso ordinário são assuntos que serão abordados posteriormente, pois guardam especificidade que merece maior atenção. Por ora, é possível dizer que, de regra, possuem força persuasiva, já que envolvem amplo exame de matéria fática e infraconstitucional. Ou seja, o tribunal, embora profira uma decisão definitiva, não atua como uniformizador de jurisprudência.

Com relação aos julgamentos do STJ – e em grande medida dos outros tribunais superiores, dentro de suas competências constitucionais –, pode-se referir, inicialmente, que seguem uma lógica não muito distinta da dos precedentes do STF. Isto porque, consideradas as suas competências, possuem hierarquia máxima dentro do sistema, tendo igualmente o papel de uniformização da jurisprudência.

Embora não exista súmula vinculante no âmbito do STJ, suas súmulas, ao tratar de matérias referentes à legislação federal, apresentam, de regra, força normativa vinculante. Da mesma forma que ocorre com as súmulas e a jurisprudência predominante do STF, as súmulas do STJ e sua jurisprudência predominante autorizam o próprio STJ e os demais tribunais intermediários a proferirem julgamentos monocráticos, na forma do artigo 557 do CPC. Desta forma, os julgamentos que contrariarem orientação firmada no STJ apresentam alta probabilidade de serem reformadas. A tendência dos tribunais inferiores, desta forma, é de seguir os precedentes sedimentados pelo STJ. As decisões que deliberadamente contrariam as súmulas do STJ, além de sujeitas a reforma, são alvo, muitas vezes, de repúdio por parte dos ministros²⁸⁰.

²⁸⁰ Neste sentido, a manifestação da Ministra Laurita Vaz, em julgamento de *habeas corpus* impetrado contra decisão que se recusara a aplicar a súmula 440 do STJ, que trata da fixação do cumprimento do regime prisional inicial: “O desrespeito, porém, em nada contribui para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Sequer provoca a rediscussão da controvérsia da maneira devida, significando, tão somente, indesejável insegurança jurídica, e o abarrotamento desnecessário dos órgãos jurisdicionais de superposição. Em verdade, ao assim agirem, as jurisdições anteriores desprestigiam o papel desta Corte de unificador da Jurisprudência dos Tribunais Pátrios, e contribuem para o aumento da sobrecarga de processos que já enfrenta este

Os julgamentos da seção, especialmente quando realizados pela sistemática dos recursos repetitivos²⁸¹, apresentam, na maioria dos casos, força normativa vinculante. De acordo com o Regimento Interno do STJ (RISTJ), os julgamentos são realizados pela seção, entre outras hipóteses, para uniformizar a jurisprudência em caso de divergência entre as Turmas que as integram²⁸², para julgar os embargos infringentes e de divergência²⁸³ e para julgar os feitos de competência originária das Turmas quando por elas remetidos, o que pode ser feito justamente para prevenir divergência ou alterar posicionamento consagrado em súmula²⁸⁴.

Assim sendo, os julgamentos efetuados pela seção, nestes casos, representarão o entendimento uniformizado do STJ sobre as matérias, que, por isso, deverão ser observados pelos tribunais de hierarquia inferior.

Os precedentes isolados de turmas do STJ é que apresentam uma maior dificuldade de classificação. Embora exista quem sustente o caráter vinculante destas decisões²⁸⁵, a classificação fica na dependência da análise dos demais critérios²⁸⁶. A diferença em relação ao STF reside no fato de que o número de ministros e turmas do STJ é bastante superior, sendo igualmente maior o número de julgamentos contraditórios proferidos pelo tribunal.

A força normativa, além de depender dos critérios adicionais antes citados, está diretamente associada à força normativa horizontal do precedente, ou seja, o respeito que o próprio tribunal confere aos seus julgamentos. Havendo coerência interna, a tendência é que aumente a força normativa vertical, pois implica uma maior respeitabilidade da própria Corte como um todo. A sistemática dos julgamentos repetitivos, o rápido julgamento dos embargos de divergência eventualmente opostos e a afetação das matérias controvertidas à seção podem contribuir para um cenário de maior confiabilidade e força normativa do precedente

Sodalício, além de ensejar grande descrédito à atividade jurisdicional, como um todo." (Habeas Corpus nº 254.034 – SP, Ministra Laurita Vaz, 14.09.2012)

²⁸¹ A sistemática dos recursos repetitivos no âmbito do STJ se encontra prevista no artigo 543-C do CPC e apresenta regulação bastante semelhante àquela do STF. A intenção do legislador foi, de igual sorte, conferir maior celeridade no julgamento dos feitos com fundamento em idêntica questão de direito.

²⁸² Artigo 12, IX, do RISTJ.

²⁸³ Artigo 12, parágrafo único, I, do RISTJ.

²⁸⁴ Artigo, 12, Parágrafo único, II, do RISTJ.

²⁸⁵ Marinoni, *op. cit.*, p. 495-496.

²⁸⁶ A questão já foi enfrentada na situação análoga no âmbito do STF, pelo que se mostra desnecessário reprisar o argumento.

do STJ. Por outro lado, é natural e até mesmo saudável para o sistema que questões controvertidas gerem um maior debate, exigindo algum tempo para a maturação da questão e para que seja finalmente firmado o entendimento da Corte²⁸⁷.

Existe ainda outro fator complicador, que faz com que possa ocorrer uma diminuição da força normativa dos precedentes do STJ – inclusive os precedentes referidos inicialmente como formalmente vinculantes. Como já foi referido, a competência do STF é bastante ampla e, muitas vezes, antes da sua manifestação, é difícil prever os casos que envolvem matéria constitucional com repercussão geral. Assim sendo, existe – como de fato ocorre – a possibilidade de determinado entendimento pacificado no âmbito do STJ vir a ser alterado pelo STF. A sistemática da repercussão geral tende a diminuir as chances desse *falso* precedente vinculante. Isto porque, de acordo com a previsão do RISTF, quando o Relator entende que a questão é infraconstitucional, existe uma presunção de inexistência de repercussão geral²⁸⁸. Nestas situações, tendo sido recusada a repercussão geral, o precedente do STJ permanece com sua força vinculante integral.

Embora exista súmula do STJ indicando que, quando presente fundamento constitucional e infraconstitucional, devam ser apresentados ambos os recursos²⁸⁹, nem sempre a questão constitucional se manifesta com clareza, bem como existem situações em que a violação à CRFB pode ocorrer pelo próprio julgamento do STJ. Além disso, a forma como é deduzida a causa de pedir pela parte limita a atuação do magistrado; a questão constitucional pode não ter sido debatida em determinados casos pela forma como é apresentada a questão pela própria parte.

²⁸⁷ Nos casos de precedentes isolados, a realidade das cortes brasileiras, nas quais são julgados milhares de casos mensalmente, faz com que não se possa ter um mesmo nível de normatividade daquele existente no sistema de *common law*. Mesmo nos tribunais superiores não são raros os casos de precedentes com fundamentação completamente equivocada, os quais vêm a ser alterados (ou mesmo desconsiderados) rapidamente pelo próprio órgão fracionário que os proferiu.

²⁸⁸ Artigo 324, § 2º, do RISTF. “*Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil, se alcançada a maioria de dois terços de seus membros.*”

²⁸⁹ Súmula 126 do STJ. “*É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.*”

A situação é efetivamente complexa²⁹⁰. Por ora, é possível concluir que, de regra, esta circunstância não descaracteriza o precedente como vinculante, a não ser quando exista caso com repercussão geral reconhecida ou precedente no STF que indique, com certa clareza, uma alta probabilidade de a decisão vir a ser reformada. A adoção da sistemática dos recursos repetitivos pelo STF, nestes casos, com o sobrestamento dos recursos do STJ, pode contribuir para a diminuição das incertezas geradas pela situação.

Finalmente, com relação à força normativa dos julgados das cortes intermediárias, cumpre referir que, salvo nas hipóteses de uniformização legalmente previstas, a tendência é que sejam tratados como persuasivos ou até mesmo ilustrativos. Tal fato é explicado pelo grande número de precedentes contraditórios e pelo grande número de cortes de mesmo nível hierárquico julgando as mesmas matérias.

3.1.3.2 Força normativa horizontal dos precedentes

A força normativa horizontal refere-se à força exercida pelo precedente no mesmo grau hierárquico da corte que proferiu a decisão. Como a hierarquia não pode determinar o grau de normatividade, outros fatores devem ser considerados. A decisão proferida pelo plenário, órgão especial ou seção (ou grupo, no caso dos Tribunais de Justiça) normalmente terá maior força normativa que a decisão proferida isoladamente pela turma (ou câmara, nos Tribunais de Justiça).

Como visto, estes órgãos são reunidos, em muitos casos, justamente para uniformizar a jurisprudência. A tendência é que o resultado desses julgamentos seja tratado como vinculante pelos membros do próprio tribunal (ou das câmaras que integram a seção ou o grupo), sem descartar a possibilidade de o entendimento ser revisto pelo próprio órgão. Aliás, faltaria lógica ao dispositivo que prevê a uniformização, se o julgamento fosse simplesmente desconsiderado pelos membros

²⁹⁰ Sobre o conceito de mudança jurisprudencial e a necessidade de manifestação do STF sobre a matéria, ver Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 467-468).

da corte, como bem adverte Peczenik²⁹¹. Nos tribunais superiores, por exemplo, a revisão de súmula depende de manifestação do órgão que a emitiu²⁹², o que evidencia o caráter vinculante para os magistrados ou turmas isoladamente considerados. Igualmente, da decisão que não segue o precedente da seção ou do plenário, existe previsão regimental de recurso²⁹³.

Já à decisão proferida por turma (ou câmara), de forma isolada em relação às outras turmas (ou câmaras), costuma-se atribuir o valor de apenas persuasivo ou, até mesmo, ilustrativo. Não é incomum, mesmo no âmbito do STJ, que se verifiquem constantes divergências entre as turmas que tratam das mesmas matérias. Como referido, existem mecanismos apropriados para saná-las, e o sistema brasileiro, que prevê a possibilidade de debate antes da pacificação da matéria, parece ser o mais condizente com as nossas características²⁹⁴.

Por óbvio, no âmbito interno da própria turma, a força normativa é maior, até mesmo por uma necessidade de atuação coerente. Neste caso, a avaliação da força normativa mede-se pela forma como a corte revisa o seu próprio precedente, questão esta que será retomada adiante em tópico específico.

Nos tribunais intermediários, pela quantidade ainda maior de julgamentos, não é incomum encontrar julgados contraditórios dentro das próprias câmaras. Trata-se mais de uma patologia do que propriamente de uma característica do sistema, gerada justamente pela quantidade de recursos julgados. Os mecanismos de uniformização, ainda pouco utilizados, certamente contribuiriam para alterar este cenário de insegurança e que, certamente, retiram em muito a força normativa desses precedentes.

As diversas mudanças processuais citadas levaram a um fortalecimento do papel do precedente dentro do sistema brasileiro e tiveram por objetivo conferir maior eficiência ao Poder Judiciário. Como anteriormente referido e como será aprofundado a seguir, este novo panorama – que não é exclusivo do Brasil – levou diversos doutrinadores a sustentar a aproximação dos sistemas de *civil law* e *common law*.

²⁹¹ Peczenik, *op. cit.*, 466.

²⁹² Artigo 7º, VII, do RISTF e artigo 12, § único, III, do RISTJ.

²⁹³ Artigo 330 do RISTF e artigo 266 do RISTJ.

²⁹⁴ Neste sentido, ver Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 293 e seguintes).

3.2 APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* E A NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO APROPRIADA À REALIDADE BRASILEIRA

As recentes reformas legislativas demonstram que o sistema jurídico brasileiro tem-se pautado fortemente pela efetivação dos princípios da eficiência e da segurança jurídica. Como forma de uniformizar a atuação jurisdicional e atingir tal desiderato, um dos meios encontrados foi a utilização dos precedentes dos tribunais superiores como fonte normativa. O ápice deste movimento pode ser considerado a alteração da Constituição Federal, com a autorização expressa da edição de súmulas vinculantes pelo STF e a consagração da duração razoável do processo como direito fundamental. É o reconhecimento, por parte do legislador, de que se está enfrentando um momento de crise.

No início do século XX, Benjamin Cardozo afirmava que conciliar a necessidade de uniformidade e certeza com a justiça era um dos problemas a serem enfrentados pelos juízes e juristas²⁹⁵. Bem antes disso, como visto, o direito jurisprudencial já havia sido fortemente criticado em razão da insegurança jurídica por ele gerada, a ponto de Bentham defender fortemente um direito legislado para o Reino Unido²⁹⁶.

Não existe, portanto, uma natural associação de precedente com o princípio da segurança jurídica. O que pode, em tese, contribuir para a concretização do referido princípio, é um modelo mais restrito e formal de precedentes²⁹⁷. Este é o modelo que o Brasil parece estar tentando adotar, em especial para resolver a questão dos julgamentos repetitivos, uma realidade da sociedade contemporânea²⁹⁸. Como já foi referido, a utilização crescente dos precedentes como verdadeira fonte

²⁹⁵ CARDOZO, *op. cit.*, p. 119.

²⁹⁶ SCHAUER, Frederick. *Positivism*. University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series N. 2010-01. P. 22.

²⁹⁷ SCHAUER, Frederick. Precedent. 39 *Stanford Law Review* 571. February, 1987. P. 10.

²⁹⁸ É possível sustentar que, na sociedade contemporânea, todo precedente tem a possibilidade alta de gerar um efeito multiplicador, em razão da alta velocidade de circulação da informação. Assim, uma ação que não era de massa, a depender do julgamento proferido pela corte superior, pode vir a se transformar rapidamente em uma.

de direito – especialmente como forma de barrar recursos e uniformizar as decisões – foi introduzida no sistema sem que antes existisse uma doutrina adequada de precedentes.

Embora a aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law* já tenha sido constatada por muitos juristas²⁹⁹, a percepção da necessidade de estudo das categorias lógicas ligadas aos precedentes ainda é rara no Brasil. Sem uma adequada doutrina de precedentes, a introdução dos mecanismos referidos pode acabar trazendo uma complexidade adicional ao sistema³⁰⁰. Por este motivo, buscou-se, ao longo do trabalho, expor, mesmo que rapidamente, o funcionamento do sistema de *common law* e a caracterização do sistema brasileiro no que se mostrava essencial. Neste sentido, foram analisadas as categorias lógicas existentes no sistema de *common law*, bem como foi efetuada a descrição do modelo institucional jurídico brasileiro, e avaliada a força normativa dos precedentes nos diferentes graus de jurisdição.

Realizadas essas tarefas, será possível proceder à análise do papel a ser desempenhado pelos magistrados dentro do sistema, uma vez considerado o precedente como uma verdadeira fonte de direito. Nesta última parte do trabalho, portanto, será investigado o papel a ser exercido pelas diferentes cortes, com foco na atuação dos tribunais superiores, levando-se em conta principalmente a formação de um modelo que garanta segurança jurídica e seja condizente com o Estado de Direito. Igualmente, serão analisadas algumas dificuldades específicas do sistema brasileiro, muitas delas já mencionadas ao longo do estudo.

²⁹⁹ Esta é, aliás, umas das principais conclusões do multicitado estudo de direito comparado organizado por MacCormick e Summers (MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. Further General Reflections and Conclusions. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997.531-535). No Brasil, apontando para pontos de aproximação entre os sistemas, Marinoni, *op. cit.*, p. 99-101, Bustamante, *op. cit.*, p. 13-14 e 93-95 e Rosito, *op. cit.*, 185-199.

³⁰⁰ A questão remete de certa forma à perspicaz observação de Humberto Ávila no sentido de que, muitas vezes, o combate à insegurança jurídica pode contribuir para aumentar a sensação de insegurança jurídica (ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 44).

3.3 MODELO DE PRECEDENTES PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES

A forma como as cortes superiores devem desempenhar a sua função jurisdicional é de fundamental importância em um modelo de precedentes.

Já se referiu que a previsibilidade é uma das principais razões pelas quais se estabelece um sistema mais formal de vinculação aos precedentes. As decisões destas cortes irão orientar a atuação das demais, que utilizarão os precedentes como base para as suas próprias decisões. De igual sorte, os advogados, os administradores públicos e, muitas vezes, os próprios cidadãos, orientarão suas condutas de acordo com as decisões tomadas pelas cortes superiores. Neste sentido, como sustentado ao longo do trabalho, as decisões destes tribunais possuem uma importante dimensão normativa, seja ao fixar a interpretação das normas mais gerais, seja ao construir normas antes inexistentes no ordenamento jurídico³⁰¹.

Diversas abordagens podem ser feitas ao se analisar a função das cortes superiores. A abordagem a ser adotada neste tópico tem por apoio a doutrina de MacCormick, Schauer e Waldron, em particular na relação existente entre a função jurisdicional e o Estado de Direito; parte da concepção de que o novo desenho institucional brasileiro demanda algumas mudanças na forma como o magistrado deve enxergar sua própria função.

3.3.1 A importância do caráter prospectivo da decisão judicial: a corte superior no papel de construção do precedente

Em artigo intitulado *Precedent*, publicado em 1987, Frederick Schauer chama a atenção para um importante aspecto sobre os precedentes, ao referir que “de uma forma igual, senão mais importante, um argumento de precedente olha para frente também, requerendo que olhemos a decisão atual como um precedente para futuros

³⁰¹ Não se pretende neste momento adentrar no debate de se as cortes criam o direito ou apenas o declaram. Independente de se partir de uma ou outra concepção, não se afasta a conclusão do seu papel em fixar a interpretação.

decisores”³⁰². O que Schauer pretende destacar é justamente o fato de que os efeitos futuros de uma decisão influenciam fortemente a argumentação jurídica³⁰³.

Quando se pensa em argumentar com base em precedentes, geralmente se faz a associação com o processo de averiguar as decisões passadas e amoldar o caso presente a elas. Ocorre que esse é apenas um dos aspectos do processo decisório e, muitas vezes, mostra-se insuficiente para resolver importantes questões que diariamente aportam às cortes. Nesta parte do trabalho, buscar-se-á, portanto, justificar a importância de levar em conta os efeitos futuros da decisão, pela necessidade de universalização dos seus fundamentos, bem como averiguar as implicações práticas de tal forma de raciocínio.

Nas eloquentes palavras de Benjamin Cardozo, encontra-se uma clara descrição da tarefa do juiz. Dada a sua importância, pede-se vênua para uma longa citação:

A primeira coisa que ele [juiz] faz é comparar o caso que tem diante de si com os precedentes arquivados em sua mente ou ocultos nos textos legais. (...) num sistema altamente desenvolvido como o nosso, os precedentes ocuparam o terreno a tal ponto que é neles que devemos buscar o início do trabalho do juiz. Quase invariavelmente, o primeiro passo do juiz é examiná-los e compará-los. Se forem claros e objetivos, talvez não seja necessário recorrer a mais nada. *Stare decisis* é, no mínimo, a regra operativa cotidiana do nosso Direito. (...)

Sem dúvida, porém, nenhum sistema de Direito vivo pode evoluir mediante tal processo, e nenhum juiz de um tribunal superior que seja digno de seu cargo tem uma visão tão estreita de seu papel. Se essa fosse a única coisa que nos reserva nossa ocupação, haveria pouco interesse intelectual nela. O homem que tivesse o maior arquivo de casos seria também o juiz mais sábio. É quando as cores não combinam, quando as referências não batem, quando não há nenhum precedente decisivo, que realmente começa o trabalho do juiz. Ele deve então ajustar a lei aos litigantes que ali estão, e, ao ajustá-la a eles, estará também a ajustando aos outros. (...)

A sentença de hoje estabelecerá o certo e o errado de amanhã. (...) Cada julgamento tem um poder gerador³⁰⁴.

Quando as cortes se deparam com situações ainda não analisadas e precisam, por este motivo e de certa forma, *innovar* na ordem jurídica³⁰⁵, o processo

³⁰² Schauer, Frederick. Stanford Law Review. Fev., 1987. 39 Stan. L. Rev. 571. Precedent, p. 02. Trad. Livre. No original: *But in an equally if no more important way, an argument from precedent looks forward as well, asking us to view today's decision as a precedent for tomorrow's decisionmakers.*

³⁰³ Schauer, Frederick. Stanford Law Review. Fev., 1987. 39 Stan. L. Rev. 571. Precedent, p. 03.

³⁰⁴ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Tadução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

decisório envolve, além da análise do material já disponível, a avaliação dos efeitos da decisão. Esta questão é muito bem detectada por Michele Taruffo, ao afirmar que, quando as cortes possuem um poder de selecionar casos e efetuam julgamentos objetivos, a tendência é que prepondere a função prospectiva da decisão³⁰⁶.

O argumento é construído por Schauer da seguinte maneira:

Se o futuro [juiz] deve tratar o que decidimos hoje como presumivelmente vinculante, então nossa decisão atual deve julgar não apenas o que é melhor para agora, mas também como a decisão irá afetar a decisão de outros casos futuros assemelhados. (...)
O juiz deve então decidir com base em o que é melhor para todos os casos que se enquadrem na categoria de assimilação apropriada³⁰⁷.

Schauer segue o raciocínio referindo que tal conduta irá produzir resultados subótimos, mas que a tarefa do juiz é alcançar a decisão que, vista de uma maneira ampla, gerará os melhores resultados. Assim, a decisão universal é a que conduz, no todo, ao resultado ótimo, ao passo que a particularização pode conduzir no caso concreto, isoladamente, e apenas nesse caso, um resultado melhor³⁰⁸.

Em obra mais recente, Schauer reafirma que a exigência de dar razões às decisões é, em essência, um mandado de generalização³⁰⁹. Cita o caso típico ensinado nas escolas de direito norte-americanas, em que é narrada a história de uma senhora idosa, extremamente pobre, que sofre um dano em decorrência de um ato não negligente de uma rica corporação. Uma vez apresentado o caso com todas as suas particularidades, o primeiro impulso do aluno é justamente dizer que a idosa teria direito à indenização. O professor, então, em seguida, por meio de uma série

³⁰⁵ Como afirma Waldron, nestes casos, mesmo o Juiz agindo de uma forma Dworkiniana, ao final, a norma deverá ser feita, em uma função quase legislativa (WALDRON, *op. cit.*, p. 21).

³⁰⁶ TARUFFO, Michele. *Institucional Factors Influencing Precedents*. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997. P. 437 e seguintes.

³⁰⁷ SCHAUER, Frederick. *Stanford Law Review*. Fev., 1987. 39 *Stan. L. Rev.* 571. Precedent, p. 12. Tradução livre. No original: *If the future must treat what we do now as presumptively binding, then our current decision must judge not only what is Best for now, but also how the current decision Will affect the decision of other and future assimilable cases. (...) The decisionmaker must then decide on the basis of what is best for all of the cases falling within the appropriate category of assimilation.*

³⁰⁸ SCHAUER, Frederick. *Stanford Law Review*. Fev., 1987. 39 *Stan. L. Rev.* 571. Precedent, p. 12-13.

³⁰⁹ SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. P. 271-2.

de exemplos, indica as consequências nefastas de uma decisão nesses termos na teoria geral da responsabilidade civil³¹⁰.

A lição é de extrema importância dentro do sistema de precedentes vinculantes, pois demonstra a importância de saber agrupar corretamente os aspectos juridicamente relevantes de um caso. Trata-se da defesa de uma decisão tomada de forma *acontextual*, no sentido de que, quando se invoca determinado direito, deve-se fazer em um sentido generalizável. Em suma, os fundamentos que suportam a decisão precisam ser universalizáveis³¹¹. Como explica Schauer, o ato do juiz de justificar sua decisão é sustentado pela generalidade de suas razões e o comprometimento do juiz com essa generalização – de modo que justificar uma decisão é, em essência, estabelecer uma regra³¹².

É neste ponto que o pensamento de Schauer aproxima-se da teoria defendida por Neil MacCormick e Jeremy Waldron, ambos autores que trabalham diretamente a necessidade de universalização como um processo essencial à justificação no campo da argumentação prática³¹³. Waldron afirma textualmente que:

Não quero dizer apenas que o juiz precedente deva ter em mente um princípio ou que ele deva estar disposto a tratar os casos iguais de igual forma. Eu quero dizer que ele deve mencionar uma norma geral ou estabelecê-la como direito (ou então como fosse direito ou como se estivesse fazendo direito) e usá-la como o fundamento para a sua decisão no caso. Isso, eu acredito, é a obrigação básica que ele tem em um Estado de Direito – derivar sua decisão particular de uma norma geral identificada e articulada³¹⁴.

³¹⁰ SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. P. 272-3.

³¹¹ *Idem, ibidem*. P. 291-2.

³¹² SCHAUER, Frederick. *47 Stan. L. Rev.* 633 1994-1995. Giving Reasons. P. 651. Neste sentido, o terceiro pressuposto fundamental do processo decisório, apresentado por Karl N. Llewellyn, é justamente a de que “a corte deve decidir a disputa particular apenas de acordo com uma regra geral que cobra uma classe inteira de casos semelhantes.” (LLEWELLYN, Karl N. *The Bramble Bush: on our law and its study*. New Orleans: Quid Pro Books, 2012. P. 43. Trad. livre. No original: *The court can decide the particular dispute only according to a general rule wich covers a whole class of like disputes.*)

³¹³ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 103 e seguintes.

³¹⁴ WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. P. 22. Trad. livre. No original: *I don't Just mean that it should have a general principle in mind or that she should be disposed to treat like cases alike. I Mena that she should cite a general norma or establish it as law (or as though it were law or as though she were making it law) and use that as the basis of her decision in the case. This, I believe, is a primary obligation that she has under the rule of law – to derive her particular decisions from an identified and articulated general norm.*

Em suas conclusões, Waldron ainda reafirma que o princípio da generalidade requer que todos os juízes fundamentem suas decisões em normas gerais e não apenas as deixem como razões particulares sem rigidez³¹⁵. MacCormick, de igual forma, sustenta expressamente a necessidade de se deduzirem razões universalizáveis quando da prolação da decisão:

Justificar uma decisão no direito é apresentar em sua defesa razões universalizadas ou universalizáveis. Boas razões para uma decisão não podem ser *ad hoc* e para este caso apenas, (...), o que decorre do princípio de justiça formal: tratem casos iguais de maneira igual³¹⁶.

Grande parte das teses de MacCormick está assentada na teoria metaética de Richard Hare. A ideia central do chamado Prescritivismo Universal de Hare – uma teoria essencialmente lógica, como ele mesmo sustenta – é a de que, ao se prescrever um juízo moral, essa prescrição deve ser válida universalmente, comprometendo o agente a agir de modo idêntico e levando em consideração os aspectos morais relevantes³¹⁷.

Explica Giovani Mendonça Lunardi que, de acordo com a teoria de Hare, com as características lógico-conceituais fornecidas pela prescritividade e a universalizabilidade, garantir-se-ia a racionalidade, a autonomia, a consistência, a coerência, a imparcialidade e o igualitarismo dos juízos morais³¹⁸. A teoria da argumentação jurídica de MacCormick é construída justamente com base nesses pilares. Transportando esta lógica à realidade brasileira, tem-se a exigência de que o foco da justificação da decisão tomada pelos tribunais superiores se desloque da análise do caso concreto e suas particularidades para a análise da norma criada pela decisão e suas consequências. O tribunal deixa de atuar como uma terceira instância recursal, concentrando-se no caráter predominantemente prospectivo de sua decisão.

³¹⁵ WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. P. 35.

³¹⁶ MACCORMICK, Neil. *On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin*. New York Law Review 58 (1983). p. 07. Trad. livre. No original: *To justify a decision in law is to present in its support universalized or universalizable reasons. Good reasons for a decision cannot be ad hoc and for-this-case-only (...) because such a practice is properly governed at least by the principle of formal justice, to treat like cases alike*.

³¹⁷ HARE, R. M. *Freedom and Reason*. Oxford: Oxford University Press. P. 30 e seguintes.

³¹⁸ LUNARDI, Giovani Mendonça. *A universalidade dos juízos morais na ética de Hare*. Dissertação de Mestrado. UFSC. 2003. Disponível em <http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/86253/195286.pdf?sequence=1>. P. 61.

Neste mesmo sentido, conclui Bustamante que “a exigência de universalizabilidade – núcleo da concepção kantiana de racionalidade prática – é o principal fundamento para a técnica do precedente judicial”³¹⁹. Tal procedimento justifica-se justamente pelo fato de que a decisão tomada pelos tribunais superiores, em um sistema de precedentes vinculantes, é dotada de um forte caráter normativo, que servem, portanto, como norte de orientação de condutas. E, como referido, o processo de objetivização dos julgados por que vêm passando os tribunais superiores brasileiros reforça este caráter, o que exige uma verdadeira mudança de percepção por parte dos magistrados acerca de sua função.

O simples fato de formular o fundamento da decisão em termos universais já traz, ao menos, três vantagens para o sistema:

(1) obriga o juiz a escolher a categoria de assimilação que se enquadra ao caso em análise, deixando claro tal fato em sua decisão, de modo a orientar corretamente os futuros decisores. Assim agindo, o juiz ainda se compromete com sua própria decisão, na medida em que elege expressamente um princípio que fundamenta o seu agir, contribuindo para a coerência do sistema;

(2) diminui a possibilidade de que o magistrado decida de acordo com critérios espúrios e preconceituosos, já que o obriga a expor os princípios que estão na base de suas razões de uma forma expressa, vinculando sua decisão em casos futuros³²⁰; e

(3) a exigência de universalizabilidade exige ainda que o magistrado avalie as consequências de sua decisão, como será melhor analisado no próximo item.

3.3.2 Um tipo especial de consequencialismo

Geralmente, quando se discute o papel das consequências no processo de justificação das decisões, costuma-se fazer a associação a um tipo de argumentação estritamente utilitarista ou pragmática, em contraposição às decisões

³¹⁹ BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 268.

³²⁰ SCHAUER, Frederick. *47 Stan. L. Rev.* 633 1994-1995. Giving Reasons. P. 652. Waldron, neste sentido, afirma que o mandato de generalização concede um elemento de imparcialidade à administração da justiça (WALDRON, *op. cit.*, p. 20)

tomadas com base no próprio direito, ou seja, com base em um raciocínio dedutivo, tendo por base as suas regras e seus princípios. Este modo de pensar, contudo, é apenas uma das formas de ver o argumento construído com base nas consequências da decisão. Essa reação à concepção utilitarista, geralmente, está assentada na impossibilidade de considerar apenas as implicações práticas de uma determinada decisão, que normalmente são reduzidas às consequências no plano fático individual – ou do grupo diretamente afetado³²¹.

Como sustentado por MacCormick, é possível averiguar a existência de uma outra forma de se utilizar de argumentos construídos com base nas consequências de uma decisão, que se relaciona diretamente com a exigência de universalizabilidade de seus fundamentos, tal como exposta no tópico anterior³²². Este sentido bastante específico do termo é desenvolvido por MacCormick, tendo fundamental importância em sua teoria de justificação jurídica³²³. Como referido, decidir um caso e justificar a decisão exige que essa decisão possa ser objeto de universalização, ao menos implicitamente, e que possa ser comparada qualitativamente com os méritos de outra proposição universal³²⁴.

Desta forma, de acordo com MacCormick:

As decisões não são justificadas em termos de seus efeitos diretos e imediatos nas partes envolvidas apenas, mas em termos de uma proposição jurídica aceitável que cubra o presente caso e seja, portanto, disponível para outros casos semelhantes³²⁵.

³²¹ MacCormick chama este tipo de consequência de “*consequências causais*” e resultados posteriores. Destaca que os resultados são justamente os que devem ser justificados, não podendo, por óbvio, servir de justificação. (MACCORMICK, Neil. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. 58 *New York University Law Review* 239. p. 05-06).

³²² On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. MacCormick, p. 02. Para uma visão contrária, no sentido de que a decisão deva ser tomada para o presente apenas, ver Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*. Deve-se, por outro lado, levar em conta o contexto social do movimento realista. Como Pound e Holmes deixam claro, os Estados Unidos viviam um momento de grande pressão social, e o Poder Judiciário era fortemente liberal – no sentido econômico do termo. Exigiam-se mudanças; portanto, é natural que tivesse ocorrido um movimento de questionamento do caráter formalista do direito.

³²³ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 136.

³²⁴ *Idem, ibidem*. P. 136-137.

³²⁵ *Idem, ibidem*. P. 137-138.

Novamente, percebe-se a forte influência exercida pelo pensamento de Richard Hare, para quem:

A justificação completa de uma decisão consistiria em uma descrição completa de seus efeitos, juntamente com uma descrição completa dos princípios observados e dos efeitos de observar aqueles princípios – pois, é claro, são também os efeitos (aquilo em que efetivamente consiste obedecer a eles) que dão conteúdo aos princípios. Assim, se nos pedem que justifiquemos uma decisão completamente, temos de dar uma especificação completa do modo de vida do qual ela é parte³²⁶.

Portanto, as consequências a serem avaliadas são aquelas que decorrem da regra criada pela decisão e não pela decisão concretamente tomada. Deve-se olhar para além das consequências causais e dos resultados particulares³²⁷. Portanto, as consequências que devem ser avaliadas são as consequências jurídicas, ou seja, a compatibilidade da norma com o sistema jurídico³²⁸. Em outras palavras, a decisão deverá ser avaliada de acordo com a forma como a norma por ela criada restringe ou promove os valores em jogo.

Até o presente momento, foram expostos os argumentos em favor de uma decisão acontextual, fundamentada em regras universalizáveis, bem como foi sustentada a necessidade da correta avaliação das consequências advindas da criação da regra contida na decisão. Alguns exemplos servem para elucidar como a necessidade de universalidade dos fundamentos e da correta avaliação das consequências podem auxiliar na tomada de decisões.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.027.797-MG, a Ministra Nancy Andrighi enfrentou caso em que o autor buscava ser indenizado pelos honorários advocatícios contratuais que havia sido obrigado a suportar em razão da necessidade de ingresso de ação na qual saíra vencedor³²⁹. O entendimento veio a

³²⁶ HARE, R. M. *A linguagem da moral*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes. P. 72.

³²⁷ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 139.

³²⁸ No texto *On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin*. MacCormick, p. 07, MacCormick usa o termo implicações lógicas.

³²⁹ Recurso Especial nº 1.027.797-MG, Terceira Turma do STJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, publicado em 23/02/2011. Constatou da ementa do julgado: “O pagamento dos honorários extrajudiciais como parcela integrante das perdas e danos também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios do acesso à justiça e da restituição integral dos danos

ser superado pela seção no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.255.527³³⁰. Um dos problemas do primeiro julgado foi justamente não antever as consequências jurídicas da regra que estava sendo criada por ocasião do julgamento. A regra da decisão, uma vez universalizados os seus fundamentos, implicaria uma multiplicação ao infinito dos feitos no Brasil, a permitir sempre o ajuizamento de nova ação para cobrança dos honorários despendidos na demanda anterior³³¹.

Esta última distinção – entre consequências meramente factuais e consequências jurídicas da criação da norma – também ajuda a esclarecer uma especial dificuldade de compreensão do fenômeno da modulação dos efeitos da decisão, muito bem percebida por Humberto Ávila. A modulação dos efeitos, prevista no art. 27 da Lei Federal nº 9.868/98, é autorizada quando presentes “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. Em alguns casos, o STF se utilizou do dispositivo para afastar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em função da qualificação das perdas financeiras do Estado como uma razão de segurança jurídica³³². Ocorre que as perdas financeiras do Estado pela necessidade de devolução de tributo inconstitucionalmente cobrado é justamente a consequência jurídica prevista pela legislação.

Considerando a universalização dos fundamentos da regra criada pelo STF, teríamos que, quanto maior a ofensa à CRFB e maior o prejuízo gerado aos contribuintes, menor seriam chances de o Estado ter de proceder à repetição do indébito, o que, por óbvio, não encontra qualquer respaldo no sistema jurídico brasileiro³³³. Em outras palavras, a análise a ser feita deveria ser a das

e dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, que podem ser aplicados subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT.”

³³⁰ EREsp 115527 / MG, Segunda Seção do STJ, Relator Ministro Sidnei Beneti, publicado em 28/06/2012.

³³¹ É digno de registro que a própria Ministra Nancy Andrighi acabou por rever o seu posicionamento, entendendo que, a prevalecer o entendimento anterior, igual direito deveria ser reconhecido a eventual réu vencedor da demanda, o que seria inadmissível pelo ordenamento, já que o direito de ação é ato lícito constitucionalmente assegurado. Em outras palavras, a Ministra avaliou as consequências jurídicas de sua decisão anterior.

³³² ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 541 e seguintes.

³³³ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 553 e seguintes.

consequências jurídicas da norma universal que fundamenta a decisão, e não a dos efeitos concretos e imediatos da decisão singularmente considerada.

Em última análise, como bem observa Canaris, tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar conseqüentemente os valores encontrados, pensando-os até o fim em todas as conseqüências singulares, e afastando-as apenas justificadamente, isto é, por razões materiais. Por outras palavras: estão adstritos a proceder com adequação³³⁴.

Até o momento, foi apresentada a função do juiz no papel de corte anterior, ou seja, no papel de formador do precedente. Destacou-se a importância de o juiz pensar a sua decisão em termos universalizáveis, avaliando as conseqüências jurídicas da solução apresentada para o caso. Contudo, como visto, grande parte do direito jurisprudencial é desenvolvido por meio de sucessivos julgamentos. O juízo subsequente apresenta, portanto, grande importância no sistema e, por isso, algumas considerações necessitam ser feitas a respeito de sua atuação.

3.3.3 A importância da corte superior no desenvolvimento e reconstrução do direito: o papel do juízo subsequente

A exigência de universalizabilidade dos fundamentos da decisão não significa que os tribunais superiores ficarão sempre adstritos aos seus julgamentos anteriores. Como mencionado, muitas vezes o desenvolvimento do direito em um sistema de precedentes ocorre através de sucessivos julgamentos. E não poderia ser diferente, até mesmo porque é humanamente impossível o magistrado antever todas as conseqüências de determinado posicionamento jurídico, bem como todas as situações fáticas enquadráveis na categoria de assimilação eleita.

O principal papel do juiz subsequente, como destaca Waldron, é tratar a norma legal criada pelo juízo precedente “como uma genuína norma jurídica à qual a corte que ele pertence já se comprometeu”³³⁵. Como explica Schauer, este

³³⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução de A. Menezes de Cordeiro. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. P. 18 e 75-77.

³³⁵ WALDRON, *op. cit.*, p. 25.

comprometimento cria, em verdade, uma obrigação *prima facie*³³⁶. Isso significa que o precedente, mesmo vinculante, pode deixar de ser aplicado em determinado caso – mesmo quando, a princípio, as circunstâncias apontavam para a sua incidência. Referido processo ocorre, como visto, de duas principais formas: pela distinção (*distinguishing*) e pela sua revogação. Este primeiro ponto, que já foi analisado antes, passa a ser aprofundado.

Como já foi referido, embora MacCormick insista na necessidade de a decisão estar baseada em uma regra universalizável, reconhece que fatores relevantes contrapostos podem afastar a aplicação desta norma geral. Isso ocorre porque relações e circunstâncias adicionais podem estar em jogo, apontando para a necessidade de reformulação da regra original³³⁷; o Autor afirma, neste contexto, textualmente, que as proposições normativas universais não possuem um caráter absoluto³³⁸.

É o que chama de *defeasibility* intrínseca de uma norma; a questão é que estas próprias razões adicionais contrapostas também devam ser igualmente universais em sentido lógico³³⁹. Desta forma, as razões justificadoras de uma decisão devem ser construídas a partir de um “tipo qualificado de universalização”: “sempre que ‘x’, então ‘y’, a não ser que exista uma razão ‘z’ que seja suficientemente forte para levar a uma conclusão diferente”. Ponto fundamental é que esta razão adicional deverá passar pelo mesmo processo de universalização³⁴⁰.

³³⁶ SCHAUER, Frederick. *47 Stan. L. Rev.* 633 1994-1995. Giving Reasons. P. 644. Neste mesmo sentido, Bustamante, *op. cit.*, p. 480.

³³⁷ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 118-119. Em Richard Hare novamente encontramos ideia semelhante: *Pretende-se realmente que o princípio abranja casos como este ou ele está especificado incompletamente – temos um caso pertencente a uma classe que deve ser tratada como excepcional? Nossa resposta a essa pergunta será uma decisão, mas uma decisão de princípio, como demonstra o emprego da palavra de valor ‘dever’. Se decidimos que deve ser uma exceção, modificamos o princípio estabelecendo uma exceção a ele.* (HARE, R. M. *A linguagem da moral*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes. P. 68-69.

³³⁸ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 118. Sobre os requisitos de superabilidade das normas, ver Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 114-120).

³³⁹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 117.

³⁴⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 124-5. Existe crítica no sentido de que tal procedimento poderia levar a uma contradição com o caráter universal das regras. Bustamante responde a tais críticas, sustentando que a obrigação *prima facie* seria um autêntico dever. As exceções a elas criadas

Waldron, neste mesmo sentido, afirma que:

Distinguir um caso, portanto, não é apenas apresentar uma diferença. É demonstrar que a lógica formulada pelo juiz precedente, apesar das aparências, não se aplica. Isto significa demonstrar uma característica problemática adicional do novo caso que requeira uma formulação adicional³⁴¹.

Alguns casos ajudam a esclarecer como, na prática, se opera este processo nas cortes superiores brasileiras.

O STF, no julgamento da ADI 3.421/PR, afastou a aplicação da regra constitucional que exigia convênio para a concessão de isenção de ICMS, julgando improcedente a ação³⁴². A norma que regula o processo de concessão de isenções do ICMS tem por objetivo evitar a guerra fiscal entre os Estados. O próprio STF, em ações anteriores, já havia declarado a inconstitucionalidade de normas editadas sem o prévio convênio. Na hipótese, a isenção destinava-se a serviços prestados a templos de qualquer culto. Portanto, havia uma circunstância adicional, qual seja, o fato de que a isenção destinava-se a entidades sem fins lucrativos, que não participam do mercado econômico. Justamente por não existir o risco de uma guerra fiscal para atração de templos de outros Estados, criou-se uma exceção à regra, a qual igualmente pode passar pelo processo de universalização.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.299.303/SC, o STJ enfrentou questão relativa à possibilidade de o contribuinte de fato pleitear a repetição do indébito tributário³⁴³. A jurisprudência firmada no âmbito da Corte apontava para a impossibilidade do pedido. Ocorre que, no referido caso, o contribuinte de direito – empresas concessionárias de energia elétrica – não tinham qualquer interesse

passariam a valer para os casos posteriores, pela reinterpretação do direito posto (BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 479 e seguintes).

³⁴¹ WALDRON, *op. cit.*, p. 28. Trad. livre. No original: *To distinguish a case, then, is not Just to 'come up with' some difference. It is to show that the logic of what it figure out does not, despite apperance, apply. It means pointing to some additional problematic feature of the new case that requires additional figuring.* Waldron prossegue seu argumento sustentando que esta função do juiz subsequente poderá ser mais ou menos condizente com a exigência do Estado de Direito. Tanto maior esta aproximação com o Estado de Direito, quanto maior seja o contato do juiz para com o precedente em “*um responsável espírito de deferência*” (*responsible spirit of deference*).

³⁴² ADI nº 3.421/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário do STF, 28-05-2010.

³⁴³ Recurso Especial nº 1.299.303/SC, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção do STJ, 14-08-2012.

econômico (e muitos menos político, por razões óbvias) em contrariar o Estado, na medida em que, pela legislação de concessões, o aumento de impostos implica a revisão tarifária. Foi então estabelecida a exceção, justamente nestas bases, ao precedente anterior.

Importante observar que a possibilidade de serem criadas exceções aos precedentes não afasta o benefício de se estabelecer um sistema de vinculação formal e, com isso, atingir a eficiência buscada pelo legislador. Isso se dá porque o maior problema enfrentado pelo Brasil refere-se à multiplicidade de feitos muito semelhantes, ou, em outras palavras, essa repetição de ações normalmente ocorre em relação ao caso central.

Por outro lado, merecem destaque duas situações que podem criar problemas ao sistema de precedentes no que se refere ao ponto em análise. A primeira delas é a distinção feita por diferenças juridicamente irrelevantes (*excessive distinguishing*); ou seja, distinções sem fundamento e com a intenção de burlar o precedente. Quando tal procedimento é feito por cortes inferiores, cumpre ao tribunal superior reafirmar sua jurisprudência, reformando (ou até mesmo cassando, no caso das súmulas vinculantes) a decisão.

No extremo oposto encontra-se o outro – e talvez o maior – problema a ser enfrentado, ao menos inicialmente, no sistema brasileiro. É o risco de que um culto aos precedentes acabe radicalizando a visão das cortes, a ponto de impedir uma análise adequada das distinções relevantes. Já se verifica situação problemática em relação aos julgamentos realizados pela sistemática dos recursos repetitivos.

O STJ, por meio de sua Corte Especial, no julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 1.154.599-SP, enfrentou a questão da admissibilidade de recurso contra a decisão do tribunal de origem, que aplica a decisão sedimentada no julgamento do recurso repetitivo³⁴⁴. Prevaleceu a orientação de que não caberia recurso nessa hipótese para o STJ, mas apenas recurso regimental para a própria corte de origem. Tal procedimento, além de impedir o processo de revisão e readaptação da matéria, poderá, em tese, implicar a aplicação do julgamento para

³⁴⁴ QO no Agravo de Instrumento nº 1.154.599/SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial do STJ, 12-05-2011.

situações em que a regra não deveria incidir, sem possibilidade de recurso à corte que formou o precedente³⁴⁵.

3.3.4 Como as cortes superiores devem tratar seus próprios precedentes

Uma vez que se reconheça o caráter formalmente vinculante de determinados precedentes, a existência de identidade da questão jurídica do caso a ser analisado com a *ratio decidendi* do precedente implica, em tese, a necessidade de sua aplicação. Contudo, como foi visto anteriormente, haverá casos em que a exigência de desenvolvimento – ou mesmo correção – do direito não demandará a simples distinção, mas sim a própria revogação do precedente.

Esta revogação, embora permitida, deve ser encarada como um ato excepcional³⁴⁶. Isto se explica pelo fato de que alterações constantes de jurisprudência – assim como as decisões contraditórias – acabam fragilizando o próprio sistema de precedentes. Como referido antes, a força normativa do precedente deriva da possibilidade de cortes inferiores e dos aplicadores do direito em geral poderem confiar nas decisões dos tribunais superiores, tomando-as como um padrão jurídico a ser seguido³⁴⁷. Na medida em que a própria corte não respeita seus precedentes, a tendência é de enfraquecimento da força normativa de suas próprias decisões e, mais grave, de desacreditamento da corte como um todo³⁴⁸.

Como afirma Waldron, uma visão condizente com o Estado de Direito implica a exigência de que o juiz subsequente trate a decisão precedente com a devida consideração; é preciso que seja dado tempo para que o precedente seja internalizado pela sociedade³⁴⁹. A realidade brasileira, mesmo das cortes superiores, ainda está bastante distante deste ideal. As mudanças de jurisprudência são feitas de forma rápida, o que, muitas vezes, é indício de que a própria decisão precedente fora tomada de forma açodada. Igualmente, é comum que simples mudanças de

³⁴⁵ Esta problemática foi muito bem enfrentada pelo voto vencido do Ministro Teori Zavaski.

³⁴⁶ PECZENIK, *op. cit.*, p. 471.

³⁴⁷ Neste sentido, sobre a relação entre coerência material e segurança jurídica, ver Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 335-336).

³⁴⁸ WALDRON, *op. cit.*, p. 12.

³⁴⁹ WALDRON, *op. cit.*, p. 30-31.

composição ou meras discordâncias pessoais sobre a matéria acabem sendo considerados suficientes para a alteração de precedentes já sedimentados.

Como se tem insistido, essa postura de relativização da força normativa horizontal acaba impactando diretamente na força normativa vertical do precedente³⁵⁰. Por outro lado, a cultura dos precedentes que vem crescendo no País tende a alterar esta percepção, especialmente em razão dos já citados mecanismos processuais que colocam o julgador na posição de um quase legislador.

Em síntese, para que um sistema de precedentes vinculantes seja efetivo, a sua revogação deve ser vista como um ato excepcional, somente justificando-se nas hipóteses anteriormente mencionadas quando da análise do instituto no sistema de *common law*. Além disso, quando efetivamente seja o caso de alteração, existem mecanismos para mitigar eventuais efeitos nefastos gerados pela quebra da confiança. Como referido anteriormente, nos Estados Unidos, como forma de atenuar a violação ao princípio da confiança, as cortes em determinadas situações optam por proceder ao *prospective overruling*.

Dito processo sustenta-se quando existe uma confiança justificável depositada na doutrina estabelecida pelo precedente. Ainda, o valor de proteger tal confiança deve superar os benefícios de se impor a nova orientação de forma retrospectiva³⁵¹.

Embora, no Brasil, somente exista previsão legislativa expressa de modulação dos efeitos no controle concentrado de constitucionalidade³⁵², por ocasião do julgamento do HC nº 109.956/PR, o STF aplicou o novo entendimento sobre a matéria – inadmissibilidade de impetração de Habeas Corpus quando previsto recurso expresso na legislação – apenas para aqueles impetrados após a publicação da decisão. A ideia foi justamente resguardar a segurança jurídica e a

³⁵⁰ Como sustentado anteriormente, dada a realidade atual brasileira, é até mesmo saudável que determinadas matérias tenham um tempo (razoável) de maturação. A utilização dos mecanismos de uniformização, com amplo debate entre os membros da corte, pode contribuir para que se chegue a uma decisão mais bem fundamentada e coerente com a ordem jurídica.

³⁵¹ EISENBERG, *op. cit.*, p. 129 e seguintes.

³⁵² O STF, embora considere possível a modulação dos efeitos no controle incidental de constitucionalidade, tem entendimento no sentido de que tal faculdade seria reservada ao plenário (AI 681730 AgR/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma do STJ, 14-12-2007).

confiança depositada pelos operadores do direito nos precedentes anteriores através da apreciação de ofício daqueles já impetrados³⁵³.

A tutela da confiança, no caso de alteração de jurisprudência, exige que se analise, portanto, a aptidão da decisão modificada em gerar confiança³⁵⁴. De acordo com Humberto Ávila, devem ser avaliados os fatores relativos à “vinculatividade e pretensão de permanência; finalidade orientadora; inserção em uma cadeia de entendimento uniforme e capacidade de generalização”³⁵⁵. Trata-se de critérios que devem ser analisados de forma conjunta, sendo, portanto, “elementos indicativos, mas não necessários, nem suficientes”³⁵⁶.

As questões relativas à tutela da confiança e à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade são extremamente complexas, e fogem ao objetivo deste trabalho um maior aprofundamento sobre o tema. Dado o escopo do presente estudo, é suficiente a conclusão de que a importância da ferramenta, em um sistema no qual os precedentes apresentam força normativa, reside em tutelar a confiança neles depositada. O procedimento, como bem anotou Eisenberg, deve ser visto de forma excepcional e sopesado com as vantagens advindas da adoção do novo posicionamento de forma retrospectiva³⁵⁷, o que, no Brasil segue sendo a regra geral.

³⁵³ HC nº 109.956/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma do STF, 07-08-2012. A questão, no entanto, é bastante excepcional e não parece existir no STF uma tendência geral de modulação dos efeitos em caso de alteração de jurisprudência. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do ERESP 738.689/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 22.10.2007, por seu turno, firmou a orientação de que “*salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a 'modulação temporal' de suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados*”.

³⁵⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 482 e seguintes.

³⁵⁵ *Idem, ibidem*.

³⁵⁶ *Idem, ibidem*.

³⁵⁷ EISENBERG, *op. cit.*, p. 129 e seguintes. O Professor norte-americano, com razão, aponta para os problemas de coerência sistêmica e para as complexidades adicionais que poderão resultar do processo de *prospective overruling*. A permanência de decisões contraditórias e a falta de certeza do momento em que será revogado o precedente podem acabar trazendo maiores dificuldades no que tange à previsibilidade do direito. Tal fato reforça a concepção de que a postergação dos efeitos revocatórios deverá levar em conta aspectos concretos relativos à efetiva confiança (justificada) depositada pelas partes, o que implica a necessidade de uma regulação pormenorizada dos diferentes períodos e graus de confiança. Neste mesmo sentido, refere Benjamin Cardozo que “*existe, sem dúvida, necessidade de examinar se os homens agiram de boa-fé, na suposição de que a regra seria continuada. Se o fizeram, a mudança retroativa pode ser proibida pela mesma consciência social a que se apela para a sua permissão. Tais casos de confiança legítima em erros estabelecidos – sendo suas raízes tão espalhadas e profundas que tenham de ser toleradas, se não*”.

3.3.5 A re(classificação) dos fatos e os limites de atuação dos tribunais superiores

O sistema recursal brasileiro foi moldado com o objetivo de que as cortes superiores – em sede de Recurso Especial e Extraordinário –, centrassem sua atuação nas questões de direito. As já mencionadas Súmulas nº 05 (vedação à reinterpretção de cláusulas contratuais) e nº 07 (vedação ao reexame de provas) do STJ têm por objetivo justamente limitar essa atuação, evitando o dispêndio de tempo na revisão do substrato fático-probatório. Contudo, tais circunstâncias não impedem que, em muitos julgamentos, sejam reexaminadas minúcias fáticas incompatíveis com a função constitucional das cortes.

Uma primeira explicação é a de que uma exata delimitação entre o exame do direito aplicável e dos fatos da causa é uma tarefa bastante delicada. A pretexto de se analisar o direito, acaba-se, muitas vezes, adentrando-se na seara fático-probatória – mesmo que o exame se dê de forma abstrata³⁵⁸. Como visto, ao se redefinir uma categoria de assimilação jurídica – para usar a expressão de Schauer – abre-se espaço para que novas situações fáticas passem a integrar a norma em discussão (ou sejam dela excluídas)³⁵⁹. Por ser uma questão de alta complexidade, cujo aprofundamento excede ao escopo do presente trabalho, será examinada principalmente a relação desta abertura (ou restrição) com o sistema de precedentes.

Uma investigação das decisões do STJ indica que está longe de existir um padrão que indique os limites de sua atuação na revisão das classificações jurídicas

respeitadas – são, a meu ver, mais raros do que supõem alguns de nós.” (CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. 3ª ed. Porto Alegre: Ajuris, 1978. P. 249).

³⁵⁸ Sobre a distinção entre questões de direito e de fato e o que constitui um precedente no direito britânico, ver CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 222-224.

³⁵⁹ Neste sentido, ao falar sobre o direito francês, Troper e Grzegorzczuk chegam a conclusão bastante semelhante: “*É contudo, impossível distinguir entre os elementos de um precedente e isolar a regra dos fatos, em razão de uma das particularidades do julgamento francês, ‘qualification juridique des faits’: a corte decide se os fatos do caso podem ser subsumidos nas categorias da norma. Isso é feito examinando simultaneamente os fatos e a substância da norma.*” (TROPER e GRZEGORCZYK, *op. cit.*, p. 128. Trad. livre. No original: *It is, however, impossible to distinguish between the elements of a precedent and to isolate the rule from the facts, because of one particularity of French adjudication, ‘qualification juridique des faits’: the court decides whether the facts of the case can be subsumed under the categories of the rule. This done by examining simultaneously the facts and the substance of the rule.*)

efetuadas pelos tribunais intermediários. Esta dificuldade é facilmente observável quando os tribunais deparam-se com cláusulas gerais que contêm diversos conceitos jurídicos a serem determinados. A cláusula de responsabilidade civil aquiliana do Código Civil, por exemplo, exige que o magistrado, entre outras tarefas, defina se houve ato ilícito, se está presente o nexo de causalidade, se o agir foi negligente e se o dano é indenizável.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.296.216/RS, o STJ referiu que “o Tribunal de origem assentou, com base nos elementos de convicção dos autos, que ficou configurado o dano moral reparável, porquanto provada a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade” e que seria “insuscetível de revisão o referido entendimento, por demandar análise do contexto fático-probatório dos autos, inviável em recurso especial, dado o óbice do enunciado da Súmula nº. 7 desta Corte”³⁶⁰. Tratava o caso de ação indenizatória movida contra o Detran-RS, “em face de ter licenciado veículo sem perceber adulteração no chassi”.

No julgamento do Recurso Especial nº 859.183/RS, o STJ, em caso bastante semelhante, acabou dando provimento ao recurso, sob o fundamento de que

ainda que a vistoria tenha sido realizada, e considerada regular a situação do veículo, posterior apreensão, por tratar-se de veículo furtado, não revela nexo de causalidade para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado³⁶¹.

Como referido, tais contradições não são incomuns no âmbito de atuação do STJ. Definir quando o ato de (re)classificação constitui-se ou não em uma ofensa às referidas súmulas acabou recebendo ares de verdadeira discricionariedade judicial. Este tipo de exemplo caracteriza bem as situações que Danilo Knijnik – justamente em uma tentativa de elucidar o conteúdo da súmula de nº 07 do STJ – classificou como questões mistas³⁶². Estas questões estariam em uma zona cinzenta, não enquadráveis nem em questão de fato, nem em questão de direito.

À medida que o STJ adentrasse no exame de uma questão mista, estaria procedendo a um “desenvolvimento posterior do direito”, pelo que estas, uma vez

³⁶⁰ AgRg no Recurso Especial nº 1.296.216/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma do STJ, 23-03-2012.

³⁶¹ Recurso Especial nº 859.183/RS, Segunda Turma do STJ, Ministra Eliana Calmon, 07-12--2009.

³⁶² KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 195 e seguintes.

decididas, passariam a ser questão de direito. Tal fenômeno demonstraria, ainda segundo Danilo Knijnik, “o caráter transitivo da questão mista”³⁶³. A despeito do esforço em esclarecer a dificultosa questão em sede doutrinária, o exato limite de atuações dos tribunais superiores na reclassificação jurídica das questões fáticas segue sendo de difícil identificação, principalmente levando-se em conta a prática dessas cortes.

Pretende-se, contudo, chamar a atenção para as consequências de se abrir o exame de determinadas questões em um sistema de precedentes. Como visto, as decisões são públicas, de fácil acesso e ampla divulgação. E em um sistema de precedentes vinculantes, deve-se permitir que qualquer pessoa, na mesma situação jurídica, uma vez preenchidos os requisitos legais, realize o mesmo pedido ao tribunal superior.

Desta forma, quanto mais o STJ admitir a análise de recursos referentes às chamadas questões mistas, mais sua atuação se aproximará de um tribunal de terceira instância, e maior será o número de causas por ele analisadas. Por outro lado, quanto mais o STJ limitar sua atuação a questões jurídicas e abstratas, menor será o número de processos que enfrentará, o que implicará o aumento da competência residual das cortes intermediárias.

Uma alternativa interessante tem sido apenas corrigir distorções, como faz o próprio STJ no caso do valor das indenizações por danos morais e dos honorários advocatícios³⁶⁴, bem como estabelecer apenas linhas gerais de atuação das cortes intermediárias e inferiores em determinadas matérias, sem adentrar nas minúcias fáticas³⁶⁵. Além disso, a necessidade de demonstração da repercussão geral da matéria, uma vez implementada no âmbito do STJ, tende a ser um fator determinante para que se estabeleça um padrão de atuação mais coerente e condizente com a função atribuída pela CRFB às cortes superiores³⁶⁶.

³⁶³ KNIJNIK, *op. cit.*, p. 209-211.

³⁶⁴ De acordo com Danilo Knijnik, nesses casos, os tribunais estariam apenas redimensionando as zonas conceituais, delimitando a margem de atuação das cortes inferiores (KNIJNIK, *op. cit.*, p. 210).

³⁶⁵ Neste sentido, como explicam Cross e Harris (CROSS e HARRIS, *op. cit.*, p. 223-224), John Salmond havia proposto como critério para diferenciar a existência de um precedente ou não justamente a possibilidade de se extrair um princípio geral da decisão.

³⁶⁶ Sobre a importância do caráter exemplificativo, repetitivo, relevante ou transcendente da questão mista para decidir sobre sua revisibilidade, ver KNIJNIK, *op. cit.*, p. 234-235.

3.3.6 Peculiaridades das competências constitucionais originárias e da jurisdição constitucional do STJ

Não há dúvidas de que a hierarquia das cortes é imprescindível para a determinação da força normativa de suas decisões. Todavia, como já foi visto, no sistema brasileiro existem algumas competências constitucionais que acabam transformando as atribuições das cortes superiores. Trata-se das competências originárias – em que atuam como se fossem um tribunal de primeira instância – e das competências originárias recursais, na qual, de igual forma, é analisado o substrato fático-probatório de uma forma completa, atuando a corte como um tribunal intermediário.

Ocorre que as matérias decididas nesses processos nem sempre coincidirão com a competência recursal em que as cortes atuam como uniformizadoras do direito. Imaginem-se, por exemplo, os casos em que o STF julga matéria penal sem conexão com a CRFB. Surge a questão de que, em outros processos de jurisdição ordinária, as partes não contariam com a possibilidade de recurso ao STF para fazer valer a decisão proferida na ação de competência originária.

Poder-se-ia questionar, portanto, acerca da real força normativa do precedente. Por uma razão de coerência, parece que o STF deveria observar a jurisprudência do STJ em matéria penal, na medida em que é este o tribunal com atribuição constitucional de uniformização da matéria infraconstitucional. Por óbvio, em caso de não ser observada a jurisprudência do STJ, igualmente não caberia recurso da decisão do STF. Existem, em verdade, duas competências finais concorrentes na mesma matéria.

Embora o STF não se encontre propriamente em uma hierarquia superior nestes casos, e tampouco exista recurso que faça com que seja reafirmada sua jurisprudência em casos ordinários, quando a matéria não é constitucional, os demais critérios de aferição da força normativa dos precedentes atuam fortemente. O STF apresenta grande respeitabilidade dentro do sistema, assim como a maioria de seus integrantes. Os votos são geralmente bem fundamentados, e a discussão no âmbito da corte é bastante ampla. Em síntese, tais fatores fazem com que a normatividade acabe sendo alta – ao que se soma o fato de que o STJ apresenta a

tendência de seguir as decisões do STF –, sendo possível classificá-las, no mínimo, como fortemente persuasivas.

Em razão desses mesmos fatores, costuma-se atribuir um considerável peso aos precedentes do STJ que envolvam análise de matéria constitucional. Cumpre asseverar que, embora doutrinariamente seja polêmica tal possibilidade, não é incomum que o STJ – seja em sede de jurisdição ordinária ou extraordinária – adentre na análise da constitucionalidade da matéria a ela submetida³⁶⁷.

As decisões, nesses casos, não poderão ser consideradas vinculantes, já que sujeitas à reforma por parte do STF. Desta forma, é possível classificá-las como fortemente persuasivas ou apenas persuasivas, a depender da probabilidade de reforma da questão constitucional.

3.3.7 Maior responsabilidade no julgamento como necessária contrapartida à abstrativização (ou objetivização) dos julgados por parte do STF

Como já referido, após as reformas processuais analisadas, ocorreu uma significativa alteração da forma como as cortes superiores devem exercer suas funções. Neste sentido, tem-se falado muito no processo de abstrativização ou objetivização dos julgamentos realizados pelo STF³⁶⁸. Ocorre que uma das consequências desse processo – para além da mudança da percepção acerca dos efeitos da decisão – é a possibilidade de que ocorra uma ampliação do próprio objeto a ser analisado. O foco desloca-se da problemática específica da causa para a problemática jurídica vista de uma forma abstrata.

Embora tal atitude reforce o caráter prospectivo da atuação do tribunal e seja coerente com um sistema de precedentes, implica uma exigência de maior responsabilidade por parte dos julgadores, o que nem sempre condiz com a atuação do Tribunal.

³⁶⁷ Para uma opinião favorável à jurisdição constitucional do STJ, ver Teori Albino Zavaski (ZAVASKI, Teori Albino. *Jurisdição constitucional do Superior Tribunal de Justiça. Revista de Processo*. V. 212. Ano 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 17 e seguintes).

³⁶⁸ Rosito, *op. cit.*, p. 407-409.

O já mencionado caso da alteração da contagem do prazo para ajuizar as ações de repetição do indébito tributário, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, é um interessante exemplo deste processo³⁶⁹. Na realidade, tratava-se de recurso interposto contra decisão do Tribunal Regional da 4ª Região, que havia considerado inconstitucionais os efeitos retroativos do artigo 4º da Lei Complementar 118/2005 – autoproclamada interpretativa –, que trazia o novo critério de contagem, mais favorável à Fazenda Nacional.

Embora a Relatora, Ministra Ellen Gracie, tenha entendido que se tratava de dispositivo inconstitucional, referiu que seria necessário abordar de forma expressa como deveria ser interpretada a regra de transição³⁷⁰. Ampliou-se, portanto, o objeto do recurso, a fim de que fosse examinada a tese que havia sido firmada no âmbito do STJ a esse respeito. Dita tese tratava da aplicação de uma regra de transição, que fazia com que se estendessem, na prática, os efeitos do critério anterior por mais cinco anos. Ao final, embora tenha sido negado provimento ao recurso da Fazenda Nacional, acabou por adotar-se um critério intermediário e a ela favorável – aplicação do novo critério para todas as ações ajuizadas após a *vacatio*, com a superação da regra de transição do STJ, mais favorável aos contribuintes.

O questionamento levantado no presente tópico não diz tanto com o processo de objetivização em si, mas sim com a responsabilidade adicional que decorre de sua adoção. Evidencia-se, pelo teor dos votos, que não existia uma real compreensão de que estava sendo afastada a regra de transição já firmada no âmbito do STJ através da sistemática dos julgamentos repetitivos³⁷¹. A falta de atenção dos magistrados, em processos desta natureza, acaba fazendo com que, muitas vezes, após a finalização dos julgados, a identificação da *ratio decidendi* se torne uma tarefa bastante complicada, prejudicando o adequado funcionamento do sistema de precedentes. Além disso, cria um déficit de legitimação da própria corte, levantando questionamentos sobre a própria força normativa dos precedentes.

³⁶⁹ Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, Plenário do STF, Relatora Ministra Ellen Gracie, 04-08-2011.

³⁷⁰ Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, p. 20.

³⁷¹ A questão fica bastante clara ao se analisar o voto do Ministro Luiz Fux, que chama a atenção para o entendimento firmado pelo STJ, sem que nenhum dos Ministros esclareça expressamente a posição sobre o ponto.

3.4 AS CORTES INTERMEDIÁRIAS ENQUANTO FORMADORAS DE PRECEDENTES

Como referido na introdução, o escopo principal do presente trabalho é a análise das funções das cortes superiores em um modelo de precedentes. Porém, algumas questões merecem um maior aprofundamento com relação às cortes intermediárias.

Uma atuação condizente com o sistema de precedentes, exposto neste trabalho, supõe que as cortes intermediárias e inferiores respeitem os precedentes das cortes superiores, como forma de garantir a coerência do Poder Judiciário como um todo. Muitos críticos do sistema de precedentes vinculantes alegam que o sistema centrado nas decisões das cortes superiores acaba fazendo com que as demais cortes fiquem relegadas a uma atuação subalterna, incompatível com a atribuição constitucional do magistrado – que seria, nesta linha de argumentação, da defesa da ordem jurídica³⁷². A alegação, a toda evidência, está assentada em premissas falaciosas.

Mesmo considerando os precedentes dos tribunais superiores como formalmente vinculantes, existe um papel interpretativo fundamental a ser desenvolvido pelas demais cortes, consistente na identificação da *ratio decidendi* e no processo de *distinguishing*, que, como visto, é essencial para o desenvolvimento do direito. Além disso, nas questões ainda não analisadas, são estas as cortes que emitirão as primeiras decisões, que irão servir de base para os julgamentos dos tribunais superiores.

Contudo, a justificação de um sistema de precedentes mais restrito não é a preocupação central deste último tópico. O que se pretende examinar são algumas funções exercidas pelas cortes intermediárias enquanto formadoras de precedentes,

³⁷² Como referido anteriormente, a intenção do presente trabalho não é apresentar uma justificação da adoção um modelo de precedentes vinculantes e mais restrito. Como bem lembra Frederick Schauer, “*sem uma resposta universal para a questão de se a estabilidade é uma coisa boa, não podemos decidir se o precedente é uma boa coisa.*” (SCHAUER, Frederick. Stanford Law Review. Fev., 1987. 39 *Stan. L. Rev.* 571. Precedent. P. 20. Trad. livre. No original: *Without a universal answer to the question of whether stability is a good thing, we cannot decide whether precedent is a good thing.*). Em outras palavras, a adoção de um sistema de precedentes mais restrito é, em grande parte, uma questão de política judiciária e, como visto, parece ser o caminho que vem sendo trilhado no Brasil aos menos nas últimas décadas.

nas quais sua atuação acaba se assemelhando (ou, ao menos, deveria) às das cortes superiores. E é por esse motivo que merecem uma maior atenção.

As cortes intermediárias possuem uma importante e ampla *competência final residual*. Isso ocorre, ao menos, em três situações bastante comuns: (1) enfrentamento da legislação estadual; (2) matéria de fato não analisada pelos tribunais superiores³⁷³; e (3) matéria considerada sem repercussão geral pelos tribunais superiores. Nesses casos, os tribunais intermediários funcionam, na prática, como última instância recursal, o que exige uma coerência ainda maior em sua atuação. Suas decisões acabarão servindo de padrão normativo no âmbito de sua competência, a exigir uma maior preocupação no processo de uniformização da jurisprudência.

O problema reside justamente no fato de que, como referido anteriormente, é muito grande o número de magistrados e câmaras neste nível de jurisdição. A situação, ao menos no âmbito de algumas cortes, chega a ser tão caótica que decisões conflitantes são tomadas na mesma seção de julgamento pelos mesmos magistrados. Assim, podem ocorrer situações em que divergências entre as Câmaras acabem levando a diferentes soluções para a mesma situação jurídica, sem a possibilidade de recurso para uma esfera superior. Essa abominável loteria jurídica deve necessariamente ser evitada pelos tribunais, por meio dos mecanismos de uniformização de jurisprudência já disponíveis, sob pena de restarem configuradas situações atentatórias ao princípio da isonomia, as quais nada contribuem para a respeitabilidade do Poder Judiciário.

³⁷³ Sobre o tema, Danilo Knijik refere existir uma “margem de decisão” própria do “juiz dos fatos”, a qual não será objeto de controle pelas jurisdições extraordinárias. Tal situação conduzirá até mesmo a decisões conflitantes, dado o caráter local ou casuístico, o que, ainda segundo o Autor, deve ser tolerado pelo sistema (KNIJNIK, *op. cit.*, 207-208).

4. CONCLUSÕES

Ao longo do presente trabalho, buscou-se demonstrar a importância de se formular uma teoria de precedentes, a fim de que se possa compreender como o atual sistema jurídico brasileiro pode ser melhor operacionalizado. O caminho percorrido, no sentido de primeiro expor o funcionamento do sistema de *common law*, para apenas depois proceder à análise de particularidades, tomou como premissa a necessidade de se situar historicamente o desenvolvimento daquele sistema como forma de compreender adequadamente o momento por que passa o Brasil.

De igual sorte, o estudo das categorias lógicas, indispensáveis ao funcionamento de qualquer sistema que tenha por base precedentes vinculantes, também se apresentou como um pré-requisito indispensável às tarefas principais de analisar a normatividade das decisões proferidas pelas diferentes cortes e propor um modelo decisório para as cortes superiores brasileiras.

Neste contexto, algumas conclusões sintetizam as ideias centrais que se buscou transmitir ao longo do trabalho, como se expõe a seguir.

a) Mesmo no sistema de *common law*, o direito jurisprudencial já foi visto com desconfiança, tendo sido sinônimo de insegurança jurídica. Ao longo dos anos, principalmente no direito britânico, verificou-se uma grande alteração da percepção dos juristas acerca do valor do precedente dentro do sistema jurídico. Portanto, é equivocado presumir que existe uma natural associação entre precedentes e segurança jurídica. O que pode garanti-la é uma doutrina mais formal e restrita de precedentes.

b) Ao longo do presente trabalho, buscou-se demonstrar a necessidade de se ter o domínio do funcionamento das categorias lógicas inerentes a um sistema de precedentes vinculantes. Na medida em que a utilização dos precedentes no processo de argumentação jurídica tornou-se uma realidade no direito brasileiro (e

no *civil law* de modo geral), faz-se imperioso o estudo do processos de identificação da *ratio decidendi*, do processo de *distinguishing* e do processo de *overruling*.

c) Com relação à identificação da *ratio decidendi*, embora diversos doutrinadores tenham tentado elaborar fórmulas para tanto, é possível concluir que não existe um método lógico hábil que permita solucionar todos os casos. Trata-se, em verdade, de um processo interpretativo, que exige a identificação da norma contida na decisão anterior, considerando sempre que esta norma mostrava-se necessária à solução do caso. Ainda, em muitas oportunidades, somente por meio da análise de uma cadeia de julgamentos será possível identificar a correta *ratio decidendi*.

d) A utilização de precedentes pelos operadores do direito é uma prática interpretativa e argumentativa. Para afastar a incidência da *ratio* de determinado precedente, pode-se proceder ao processo de *dinstinguishing*, consistente na indicação de diferenças relevantes no caso. O processo, muitas vezes, é feito de forma conjunta com a identificação da *ratio decidendi*, e é por meio de interpretações extensivas e restritivas da norma contida nos precedentes que ocorre o próprio desenvolvimento do *common law*.

e) Nas últimas décadas, é possível perceber que ocorreu uma aproximação entre os sistemas de *common law* e *civil law*. Principalmente em razão de uma série de mudanças legislativas, o precedente judicial acabou assumindo uma crescente importância no direito brasileiro, sendo inexorável a conclusão de que se trata de verdadeira fonte de direito. Ocorre que essas alterações não foram acompanhadas pelo desenvolvimento de uma doutrina adaptável à realidade nacional, o que faz com que ainda não seja claro, para grande parte dos operadores do direito, o valor normativo e a forma de utilização dos precedentes dentro do sistema.

f) Ao se analisarem os sistemas judicial e processual brasileiro, percebe-se que se está fazendo uma opção por adotar um sistema de vinculação moderada; os precedentes dos tribunais superiores estão deixando de ser meramente ilustrativos, para serem vinculantes (no caso da súmula vinculante e dos julgamentos repetitivos, por exemplo) ou fortemente persuasivos (decisões isoladas das turmas dos tribunais superiores, por exemplo). A força normativa do precedente pode ser medida pela utilização de três principais critérios: 1) a forma como o ordenamento jurídico trata o

precedente e quais são as consequências previstas para o caso de este não ser seguido; 2) a hierarquia da corte que prola a decisão e a probabilidade de a decisão vir a ser reformada no caso de o precedente não ser seguido pelas cortes inferiores; 3) a prática dos operadores jurídicos – tanto os juízes como os advogados e doutrinadores – com relação ao precedente, ou seja, o grau de normatividade por eles geralmente atribuído ao precedente. Critérios adicionais, como, por exemplo, a respeitabilidade da corte e dos magistrados, poderão ser utilizados nos casos em que os critérios principais não sejam aplicáveis.

g) A força normativa vertical do precedente está intimamente ligada à sua força normativa horizontal. Neste sentido, quanto mais sólida e coerente forem as posições dos tribunais superiores, maior força normativa será atribuída pelas cortes inferiores às suas decisões.

h) Os tribunais superiores, uma vez cientes de sua função de formadores de precedentes, devem fundamentar seus julgados em normas universalizáveis, como forma de garantir uma atuação coerente e de acordo com o Estado de Direito.

i) Os precedentes vinculantes podem, excepcionalmente, ser afastados, seja parcialmente e, no caso, pelo estabelecimento de uma exceção inicialmente não prevista (*defeasibility* intrínseca do precedente), seja em razão de sua revogação (*overruling*). Em um sistema que privilegia a estabilidade, o ato de revogação deve ser excepcional, sob pena de enfraquecer a confiança depositada nos precedentes e no Poder Judiciário como um todo.

j) Se, por um lado, os magistrados muitas vezes julgam sem o devido cuidado e não se esforçam na tarefa de estabelecer um sistema coerente, deixando de tributar o devido respeito aos precedentes, por outro, muitas vezes, os demais aplicadores do direito não cumprem seu papel de demonstrar com clareza os aspectos relevantes dos casos, tampouco se esforçam em demonstrar as contradições dos tribunais. Buscar um sistema coerente é um papel de todos os operadores do direito, sendo necessária uma alteração cultural.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Precedente in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents*. Hants: Dartmouth, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría Del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AARNIO, Aulus. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: Kluwer, 1987.

AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence*. New Jersey: The Law Book Exchange, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANKOWSKI, MACCORMICK e MARSHAL. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents*. Hants: Dartmouth, 1997.

BENDITT, Theodore M. The Rule of Precedent. In: GOLSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University, 1987.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on The Laws of England*. Filadélfia: J. B. Lippincott, 1893.

BLACKSHIELD, Anthony. 'Practical Reason' and 'Conventional Wisdom'; The House of Lords and Precedent. In: GOLSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University, 1987.

BRONAUGH, Richard. Persuasive Precedent. In: GOLSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University, 1987.

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

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução de A. Menezes de Cordeiro. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. 3ª ed. Porto Alegre: Ajuris, 1978.

CAVALCANTI FILHO, Teophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

CORDRAY, Margareth e CORDRAY, Richard. *Washington University Law Review*. V. 82. 2004. The Philosophy of Certiorari: Jurisprudential considerations in Supreme Court case selection.

CROSS, Rupert e HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon, 1991.

DELGADO, Mauricio Godinho. "As duas faces da nova competência da Justiça do Trabalho?", in *Nova competência da Justiça do Trabalho*, COUTINHO, Grijalbo Fernandes e FAVA, Marcos Neves (coord.), São Paulo: LTr, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

EVANS, Jim. Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century. In: GOLSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University, 1987.

FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.

GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case. *Yale law journal*. Vol. XL. Nº 2. Dezembro de 1930.

HARE, R. M. *Freedom and Reason*. Oxford: Oxford University Press, 1963.

HARE, R. M. *A linguagem da moral*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. In: *Harvard Law Review*, v. 71, nº 4, fev. 1958, p. 593-629.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Cambridge: Harvard University, 1967.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The Path of the Law. 10 *Harvard Law Review* 457, 1897.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LLEWELLYN, Karl N. *The Bramble Bush: on our law and its study*. New Orleans: Quid Pro Books, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras*. Revista de Informação Legislativa. Nº 160, out/dez. 2003.

LUNARDI, Giovani Mendonça. *A universalidade dos juízos morais na ética de Hare*. Dissertação de Mestrado. UFSC. 2003. Disponível em <http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/86253/195286.pdf?sequence=1>

MACCORMICK, Neil. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. *New York Law Review* 58 (1983).

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. Why Cases Have Rationes and What These Are. In: GOLSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University, 1987.

MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. Further General Reflections and Conclusions. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents*. Hants: Dartmouth, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MARSHAL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents* Hants: Dartmouth, 1997.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil. *Revista de Processo*. V. 199. Ano 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. V. 206. Ano 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MOORE, Michael S. Precedent, Induction, and Ethical Generalization. In: GOLSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University, 1987.

PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents*. Hants: Dartmouth, 1997.

POSTEMA, Gerald. Classical Common Law Jurisprudence (Part 1). *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol II, n. 02, inverno de 2002.

POSTEMA, Gerald. Classical Common Law Jurisprudence (Part 2). *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol III, n. 01, verão de 2002.

POSTEMA, Gerald. *Legal positivism: early foundations*. Paper publicado em dezembro de 2011, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1975470.

POSTEMA, Gerald J. Some Roots of our Notion of Precedent. In: GOLSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University, 1987.

POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias Del pensamiento jurídico*. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1950.

POUND, Roscoe. *Law and morals. The McNair Lectures, 1923, delivered at the University of North Carolina*. New York: Ed. Augustus M. Kelley, 1969.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução L. Cabral de Mendonça. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

RADRUCH, Gustav. Five Minutes of Legal Philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n. 01 (2006), p. 13-15, trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson.

- RAWLS, John. Justice as Fairness. *The philosophical review*. vol. 67. Nº 2. 1958.
- ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais – racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Editora Juruá, 2012.
- SCHAUER, Frederick. Giving Reasons. *47 Stanford Law Review*. 633. 1994-1995.
- SCHAUER, Frederick. *Positivism*. University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series N. 2010-01.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. *39 Stanford Law Review* 571. Fevereiro de 1987.
- SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities, and stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- SEN, Amartya. A ideia de justiça. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Daninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SHAPIRO, Scott, J. *The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for de perplexed*. Public law and legal theory workin paper series, nº 77, marck 2007, Michigan University.
- SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho*. Cidade do México: Ed. Porrúa, 1981.
- SILTALA, Raimo. *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical hilosophy of Law*. Portland: Hart Publishing, 2000.
- SUMMERS, Robert S. Precedente in the United State (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents Hants: Dartmouth*, 1997.
- TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLVIII, n. 2, p. 411- 430, 1994.
- TARUFFO, Michele. Institucional Factors Influencing Precedents. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents Hants: Dartmouth*, 1997.
- TARUFFO, Michele e LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents*. Hants: Dartmouth, 1997.
- TROPER, Michel e GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents*. Hants: Dartmouth, 1997.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. Agosto de 2011.

WEBER, Max. *O direito na economia e na sociedade*. Trad. Marsely de Marco Martins Danta. São Paulo: Ícone, 2011.

WESLEY-SMITH, Peter. Theories of Adjudication and the Status of *Stare Decisis*. In: GOLSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação rescisória: a súmula n. 343-STF e as funções institucionais do Superior Tribunal de Justiça*, disponível em bdjur.stj.gov.br.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Jurisdição constitucional do Superior Tribunal de Justiça*. *Revista de Processo*. V. 212. Ano 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais.