



Centro Universitário de Brasília

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

Carlos Eduardo Toniolo Silva

PRECEDENTES VINCULANTES:

Instrumento de garantia à Segurança Jurídica no âmbito do Estado
Democrático de Direito

BRASÍLIA

2015

CARLOS EDUARDO TONIOLO SILVA

PRECEDENTES VINCULANTES:

Instrumento de garantia à Segurança Jurídica no âmbito do Estado
Democrático de Direito

Monografia apresentada como requisito parcial para
conclusão do curso de Bacharel em Direito da Faculdade
de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Aléssia Barroso Lima Brito
Campos Chevitarese

BRASÍLIA

2015

CARLOS EDUARDO TONIOLO SILVA

PRECEDENTES VINCULANTES:

Instrumento de garantia à Segurança Jurídica no âmbito do Estado
Democrático de Direito

Monografia apresentada como requisito parcial para
conclusão do curso de Bacharel em Direito da Faculdade
de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Aléssia Barroso Lima Brito
Campos Chevitarese

Brasília, de de 2015

BANCA EXAMINADORA

Professora Orientadora: Prof^a. Dr^a. Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese

Professora Avaliadora Indicada: Prof^a. Betina Silva

Professora Avaliadora Designada: Prof^a. Aline Oliveira

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Criador, que sempre esteve ao meu lado, por mais inesperadas que fossem minhas vias;

Ao meu pai, Leonaldo, que sempre me estimulou, pela palavra e pelo exemplo, a trilhar o longo e complexo caminho do Direito. À minha mãe, Zélia, por todo apoio e carinho;

À minha esposa Rose, pelo afeto, compreensão e apoio;

À minha mestra e orientadora, professora Aléssia, cujo entusiasmo pela Filosofia do Direito inspirou esse trabalho;

Aos amigos – colegas e professores – que fiz nestes anos do curso de Direito.

*“Três coisas devem ser feitas por um juiz: ouvir atentamente, considerar sobriamente
e decidir imparcialmente”*

Sócrates

RESUMO

O objetivo do presente estudo é investigar os precedentes judiciais vinculantes como elemento essencial para segurança jurídica, entendida como garantia do Estado Democrático de Direito. Dentro deste contexto, é enfrentado o problema deste trabalho: inquirir qual seria o alcance do poder de decisão de um magistrado, quais os seus limites e responsabilidades, e quais as balizas que impedirão a decisão arbitrária. Para tanto, como metodologia de trabalho, é empreendida uma análise teórica, utilizando o método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica e acompanhamento de recentes alterações legislativas. Como hipótese para solução do problema proposto, são debatidos os conceitos expostos por Dworkin na teoria do “Direito como integridade”, e na analogia do “romance em cadeia”. Para melhor compreensão destas propostas, este trabalho examina o funcionamento dos precedentes no sistema do *Common Law*, e a justificação das normas derivadas de precedentes judiciais de acordo com os princípios do *Stare Decisis*. Como conclusão, é investigada a crescente influência das teorias da *Common Law* no Direito brasileiro, com a progressiva adoção de institutos desse sistema no Brasil, o que é ilustrado com as alterações legislativas atinentes ao sistema processual civil, e mais recentemente, na justiça especializada trabalhista.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais. Estado de Direito. Segurança Jurídica. *Common Law*. *Stare Decisis*. Ronald Dworkin. Lionel Hart. Direito como Integridade. Súmulas.

ABSTRACT

The aim of this study is to investigate the binding judicial precedents as an essential element for legal certainty, understood as a guarantee of democratic rule of law. It is within this context that this research faces its problem: to inquire what would be the extent of power of decision of a magistrate, what its limits and responsibilities are, and which beacons are able to prevent arbitrary decisions. To that end, the methodology of work is a theoretical analysis undertaken using a deductive method, through bibliographical research and the monitoring of recent legislative changes. As a hypothesis to resolve the proposed problem, the concepts exposed by Dworkin are discussed in the theory of “law as integrity” and the analogy of the “chain novel”. To make these proposals better understood, this paper examines the workings of precedent in the Common Law system, and the justification of the rules derived from judicial precedents in accordance with the principles of *Stare Decisis*. In conclusion, this work investigates the growing influence of the theories of Common Law in Brazilian law, with institutes progressively adopting this system in Brazil, which is illustrated by the legislative changes relating to the Civil Justice system, and more recently in Labor Justice.

Keywords: Judicial Precedent. Rule of Law. Legal Security. Common Law. *Stare Decisis*. Ronald Dworkin. Lionel Hart. Law as Integrity. Binding Precedents.

SUMÁRIO

Introdução	9
1. Confiabilidade e Segurança Jurídica	12
1.1. Um exemplo histórico	12
1.2. Confiabilidade, Segurança Jurídica e Estado Democrático de Direito	13
1.3. Lacuna para garantia da segurança jurídica: a inobservância aos precedentes	16
1.3.1. Contorno teórico do termo 'lacuna'	16
1.3.2. Precedentes: a efetividade da segurança jurídica na interpretação da norma	17
1.4. Dos atributos da Prestação Jurisdicional no âmbito da Segurança Jurídica	19
1.4.1. Prestação Jurisdicional e Previsibilidade	19
1.4.2. Igualdade nas decisões judiciais – vedação à arbitrariedade	20
1.4.3. Prestação Jurisdicional e Coerência – Observância Vertical	22
2. As Decisões Judiciais no pensamento de Ronald Dworkin	25
2.1 O "Direito como Integridade" no pensamento de Dworkin	25
2.3 A discussão do Direito nos ditos "casos difíceis"	28
2.4 A teoria dos Princípios Gerais do Direito: a análise do caso 'Riggs vs. Palmer'	29
2.5 Princípios e Regras	31
2.6 A aplicação das teorias de Direito de Dworkin e o juiz Hércules	33
2.7. Dworkin e a teoria do "Romance em cadeia"	35
3. Os Precedentes no contexto do sistema do Common Law	37
3.1 Considerações Sobre o <i>Common Law</i>	37
3.2 Raízes históricas de duas concepções a respeito do Poder Judiciário	39
3.3 A <i>Common Law</i> na América: o Judiciário nos artigos de "O Federalista"	41
3.4 O Guardião da Constituição, e o Debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen	43
3.5 A certeza jurídica buscada por dois sistemas	45
4. Análise Teórica dos precedentes, e segurança jurídica	47
4.1. O Conceito de <i>Stare Decisis</i>	47
4.2. Contornos conceituais do precedente	48
4.3. A <i>Ratio Decidendi</i> no modelo do <i>Stare Decisis</i>	49
4.4 Como a doutrina <i>Stare Decisis</i> é seguida?	50
4.4.1. Modelo natural:	50
4.4.2. Modelo da regra:	51
4.4.3. Modelo de força intermediária do precedente, ou dos resultados:	52
4.5 Requisitos e limitações na aplicação do <i>Stare Decisis</i>	52
4.5.1 A Diferenciação (<i>distinguishing</i>)	53
4.5.2 A decisão em sentido contrário: o <i>overruling</i>	54
4.6. A justificação das "normas" derivadas de precedentes judiciais	55
4.7. A interpretação dos precedentes: os limites da <i>Ratio decidendi</i>	57
5. O reconhecimento dos Precedentes no sistema jurídico brasileiro atual	59
5.1. A Emenda Constitucional 45 e recepção do sistema de precedentes no Direito Civil	59
5.2. Instituições jurídicas brasileiras conexas com o <i>Stare Decisis</i> : semelhanças e diferenças	59
5.2.1. Súmulas: a uniformização da jurisprudência	60
5.2.2. Súmulas: o Efeito Vinculante	63
5.2.3. O requisito de Repercussão Geral para admissibilidade de Recurso Extraordinário	64
5.2.4. Multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia	65
5.3. O fortalecimento dos precedentes na Justiça do Trabalho: a Lei 13.015/2014	66
Conclusão	69
REFERÊNCIAS	71

Introdução

O presente estudo visa abordar um dos temas desafiadores no âmbito da filosofia do direito, o qual diz respeito à extensão do poder do juiz como intérprete da lei.

Nossa sociedade cada vez mais busca no Poder Judiciário a salvaguarda dos princípios e garantias democráticos. Mais ainda, tanto o Poder Executivo e como o Legislativo não raro tem optado por deixar ao Judiciário a última palavra em temas polêmicos e candentes. Há, assim, a possibilidade de um redimensionamento do tradicional equilíbrio de poderes como o concebeu Montesquieu.

Surge então o problema deste trabalho: dentro deste contexto, qual o seria o alcance do poder de decisão de um magistrado, e quais seus limites e responsabilidades? Sabemos que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹, mas se ao juiz cabe dizer como e em que medida essa lei será aplicada, a realidade é que “as pessoas frequentemente se vêm na eminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que qualquer norma geral que provenha do legislativo.”² Esse problema toma maior relevo dentro do nosso sistema de controle difuso de constitucionalidade, onde a cada magistrado é concedida a missão de ser o guarda (de modo difuso) da Constituição Federal.

Temos assim que a lei controla todos os homens, mas o juiz decide como aplicar a lei. Quem então controlará o juiz? Qual será o parâmetro, o limite, a baliza que impedirá a decisão arbitrária?

Assim, como hipótese para solução deste problema, iremos debater a seguinte proposta: o limite à decisão do juiz será a coerência do conjunto de suas próprias decisões – e das de seus pares –, de maneira que estas constituam uma linha fiel a si mesma. É conceito exposto por Dworkin na teoria do “Direito como integridade”, e na analogia do “romance em cadeia”. No entanto, para que essa coerência se torne efetiva, é importante a adoção de precedentes vinculantes, criados dentro do sistema de *Stare Decisis* – que explicaremos adiante.

Assim, em face dessa hipótese, o objetivo deste estudo será investigar – ainda que sinteticamente – os precedentes judiciais vinculantes como elemento essencial para segurança

¹ BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2014.

² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 3

jurídica, e esta como garantia do Estado Democrático de Direito. Para tanto, como metodologia de trabalho, iremos empreender uma análise teórica, utilizando o método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica e acompanhamento das recentes alterações legislativas.

Ainda em função deste objetivo, iremos examinar os conceitos de decisão judicial no pensamento de Ronald Dworkin, e a partir disso, o funcionamento dos precedentes no sistema do *Common Law*, e a justificação das normas derivadas de precedentes judiciais. Iremos também pesquisar como o Ocidente criou dois sistemas jurídicos distintos, a razão histórica disso e o impacto resultante em suas respectivas culturas. Em sequência, passaremos a investigar se existe alguma forma de adoção desses institutos no Brasil, e se há alguma tendência nesse sentido, tendo por base recentes alterações legislativas.

E como justificativa a esta pesquisa, temos que a importância da discussão em torno dos precedentes vinculantes pode ser considerada sob três aspectos:

No aspecto social, pois o “homem médio”, dentro da sociedade na qual vive, pauta suas ações e planeja seu futuro em função da segurança jurídica que o Estado de Direito lhe garante. Alterações no sistema judicial produzem impacto direto nesta segurança jurídica e assim condicionam as expectativas da sociedade.

Para o aspecto científico, na medida em que o debate a propósito de um sistema de precedentes tem crescido em volume e relevância em nosso país, tanto no meio acadêmico como entre magistrados e outros operadores do direito. Quando mais rico e aberto for este debate, tanto mais poderá a pesquisa e a doutrina abrir espaço à evolução de nosso sistema jurídico.

Sob aspecto pessoal, é gratificante ao estudante de direito poder participar do referido debate, ainda que nos modestos limites de um trabalho de bacharelado. Como veremos, no mundo globalizado é crescente a mútua influência entre diversos sistemas jurídicos, notadamente entre o Civil Law e o Common Law. Cremos que cada trabalho acadêmico é uma peça a mais nesse processo. Desejamos que essa interinfluência se faça sadia e proveitosa a todo o mundo jurídico.

Traçados o problema, a hipótese, o objetivo e a justificativa esse estudo passamos à sequência abreviada dos capítulos desenvolvidos:

No capítulo 1 analisamos a segurança jurídica como um dos elementos necessários à efetividade do Estado Democrático de direito, e como esta segurança é comprometida por certas lacunas em nosso sistema jurídico: em concreto a falta de respeito aos precedentes, a

qual ofende ao princípio da igualdade perante a lei, e assim prejudica a confiabilidade nas decisões judiciais.

Delimitado esse problema, no capítulo 2 iniciamos nossa busca a uma solução, tomando como marco teórico o pensamento filosófico de Ronald Dworkin, em sua análise a respeito das decisões judiciais, em primeiro momento no embate com Hart na questão dos “casos difíceis”, e logo após estudando sua teoria do “Direito como Integridade”, visto nas metáforas do “Juiz Hércules”, e do “Romance em Cadeia”.

Com o fito de melhor compreender as propostas de Dworkin, será necessário definir o que sejam os precedentes a que este filósofo se refere em suas teorias. Com esse fim, no **capítulo 3**, inicialmente faremos uma breve análise de certas razões históricas e culturais que levaram a diferenciações entre os sistemas jurídicos do *Common Law* e do *Civil Law*, tomando como marco teórico a leitura de Marinoni, analisando os distintos caminhos trilhados por esses sistemas em sua busca pela segurança jurídica. No capítulo 4 passamos à análise da teoria dos precedentes e da justificação de normas deles derivadas. Este capítulo tem como marco teórico o trabalho de Bustamante, além de alguns aportes de outros autores.

Postos os contornos descritos, no capítulo 5 passaremos a analisar como o sistema de precedentes vem sendo progressivamente recepcionado no Brasil, especialmente após as grandes mudanças da Emenda Constitucional 45. Assim, faremos uma sucinta exposição dos institutos jurídicos conexos aos precedentes. Neste contexto, traremos uma recente mudança na legislação processual, no âmbito do Direito do Trabalho: a Lei 13.015/2014, que altera significativamente o sistema recursal trabalhista, e confirma a tendência de fortalecimento da jurisprudência e dos precedentes.

1. Confiabilidade e Segurança Jurídica

Um dos melhores parâmetros para ser reconhecer a eficácia de um sistema será observar a confiança que ele inspira naqueles que o utilizam. Iremos ilustrar essa realidade com uma pequena crônica histórica, antes de passarmos ao estudo teórico do objeto desse trabalho.

1.1. Um exemplo histórico

O episódio que se toma como preâmbulo a este estudo é um dos clássicos da literatura que envolve o mundo jurídico: a história do ‘moleiro de Sanssouci’. É contada em verso por François Andrieux,³ e no Brasil Lenio Streck se refere a ela várias vezes em palestras.

Frederico “o Grande”, rei da Prússia no século XVIII, era uma exemplo destas figuras enigmáticas que foram os “déspotas esclarecidos”. Admirador da música e poesia, amigo de Voltaire e de outros filósofos da época, era também exímio estrategista militar e excelente administrador, que trouxe a seu reino um período de poder político e pujança econômica. Em certo período de paz, o soberano decidiu construir um palácio de verão em Potsdam, próximo a Berlim. Desenhado pelo arquiteto Knobelsdorff, o projeto resultou numa magnífica obra, que para muitos rivalizava com Versailles. Como lugar de descanso, afastado da capital e da corte, o lugar recebeu o apropriado nome de ‘*Sanssouci*’, ou seja, ‘sem-preocupações’.

Alguns anos depois, porém, o rei resolveu expandir as áreas e jardins em torno do palácio. Esclarecido que era, ordenou que comprassem a preço justo os terrenos adjacentes que pretendia. Foi quando soube que na encosta de uma colina próxima, o dono de um velho moinho se recusava de qualquer modo a vendê-lo, mesmo que os emissários reais lhe oferecessem soma superior ao que valia.

Incomodado pela demora, o soberano ordenou que trouxessem o teimoso moleiro à sua presença. Este compareceu no seu costumeiro traje humilde, não parecendo intimidado pela pompa do palácio real. Frederico ofereceu-lhe vultosa soma, para encerrar de uma vez querela para ele tão simples. Mais uma vez o moleiro recusou lembrando que naquela casa ‘seu pai havia morrido, e seus filhos nascido’, assim que nunca a iria vender.

³ ANDRIEUX, François-Guillaume-Jean-Stanislas. *Le Meunier de Sans-Souci*. Texto original em francês disponibilizado pela Bibliothèque Nationale de France: Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5442916n/f13.image.r=le%20meunier.langFR>>. Acesso em: 09 jul. 2014.

Contrariado, Frederico lembrou ao pobre moleiro que quem lhe falava era o rei da Prússia, e que era por mera bondade que lhe oferecia dinheiro, pois com um simples gesto poderia ordenar a expropriação do moinho, sem dar satisfação a mais ninguém. E foi nesse momento que o moleiro teria dito a célebre frase:

“Sim, majestade. Poderia... Mas ainda há juízes em Berlim!”

O soberano ficou pasmo com a resposta e com a ousadia. Sim, entre tantas de suas obras estava a reforma do sistema jurídico do reino, com o célebre Código Prussiano (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*), invocado pelo simples moleiro em sua defesa. O rei deu-se conta de que mais do que ganhar guerras ou construir palácios, havia consolidado no reino tal respeito ao poder judiciário, que mesmo um pobre moleiro não sentia medo de ir às cortes, ainda que em confronto com o próprio rei. Do palácio o moleiro saiu sossegado – ‘*sans-soussis!*’ – e Frederico manteve o moinho em paz até o fim de seus dias.

O episódio narrado como introdução não é mera recordação histórica. Ele expõe questões que já eram fundamentais naquela época, continuam sendo hoje, e certamente o serão amanhã: a limitação do poder do estado sobre o indivíduo, a correta aplicação da justiça pelo juiz, a confiança que o povo deve ter em seus juízes.

1.2. Confiabilidade, Segurança Jurídica e Estado Democrático de Direito

Este caso revela um dos maiores predicados que uma instituição – no caso, o judiciário – pode conquistar junto à sociedade: a confiabilidade. De fato, quando um cidadão, diante de uma tribuna, se sente seguro a ponto de não temer entrar em litígio contra os poderosos, sejam estas pessoas, grandes empresas ou o próprio Estado, então o que chamamos de ‘Estado Democrático de Direito’ estará consolidado, e o simbolismo iconográfico de ‘Themis vendada’ estará justificado.

No campo jurídico, a confiabilidade anteriormente referida resulta de confiança somada à estabilidade, como refere Aléssia Chevitarese: “O veredicto de uma decisão, em matéria de ‘segurança’ deve estabelecer critérios de confiança e estabilidade para a sociedade.”⁴

Com respeito à confiança assinalamos o fato de que a sociedade atual cada vez mais busca no judiciário a solução de seus problemas e anseios. É fenômeno que se acentuou na

⁴ CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. *O Direito em seu Laboratório Jurisdicional: Os Sentidos de Verdade e Segurança Jurídica*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4883eb035654015a>>. Acesso em: 8 ago. 2014.

segunda metade do séc. XX, e no Brasil especialmente nas últimas décadas. Muitos autores têm percebido essa tendência: Oscar Vilhena utilizou a expressão “Supremocracia”, ao descrever a expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal – STF, o qual tem dado a última palavra em questões não apenas judiciais, mas também políticas e morais, tomando muitas vezes espaços talvez mais apropriados ao legislativo e ao executivo. De fato, como adverte Tercio Sampaio “a sensação é que há uma espécie de crise do paradigma do direito legislado e codificado”.⁵

Como ressalta Chevitarese, “o direito é hoje mais que expressão de ordem na sociedade”⁶, a ponto de apresentar-se a idéia do “judiciário como superego da sociedade”, ou no dizer de Maus: “uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração”.⁷ Convém ressaltar que essa confiança que o cidadão tem depositado no judiciário lhe traz uma imensa responsabilidade, que a este deve corresponder com a qualidade de sua prestação jurisdicional.

Com relação a previsibilidade, esta se insere no contexto da Segurança Jurídica. Um sistema jurídico é seguro quando alcança estabilidade e continuidade da ordem jurídica, e assim há para o cidadão uma previsibilidade das conseqüências jurídicas de suas condutas. Na expressão de Ramírez, para o cidadão a previsibilidade jurídica “é uma manifestação eloqüente da importância do passado para, a partir do presente, prever o futuro”.⁸

Essa previsibilidade é também indispensável para constituição do Estado de Direito.⁹ Mais ainda, autores como MacCormick apontam a segurança jurídica como um dos maiores valores assegurados pelo Estado de Direito:

Entre os valores que o Estado de Direito assegura, nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez pelos princípios que a acompanham, a saber: a segurança de expectativas jurídica e a garantia do cidadão contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes .¹⁰

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Julgar ou gerenciar? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 set. 2014, caderno Opinião.

⁶ CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. *O Direito em seu Laboratório Jurisdicional: Os Sentidos de Verdade e Segurança Jurídica*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4883eb035654015a>>. Acesso em: 8 ago. 2014

⁷ MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da sociedade*. Revista Novos Estudos: CEBRAP. n° 58, Nov. 2000. p. 183-202.

⁸ RAMÍREZ, Federico Arcos. *La Seguridad Jurídica – una teoría formal*. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Dykinson S.L., 2000. p. 38.

⁹ MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 105

¹⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 22

Eis a razão porque esta segurança jurídica é tão importante para constituição do Estado de Direito: além dela pautar a conduta dos cidadãos entre si, irá garantir a defesa dos indivíduos contra o próprio estado. O mesmo autor reitera o conceito anterior, pontuando a ‘razoável certeza’ que a estabilidade do sistema judiciário produz entre as pessoas entre si, e entre estas e o Estado.

No que tange ao Estado de Direito, as pessoas podem ter, antecipadamente, razoável certeza a respeito das regras e padrões segundo as quais sua conduta será julgada [...] de suas expectativas acerca da conduta das demais pessoas. Elas podem desafiar ações governamentais que afetem seus interesses exigindo bases jurídicas claras para a ação oficial, ou pleiteando a nulidade de atos praticados em desacordo como o Direito, por meio do controle desses atos por um judiciário independente.¹¹

Na verdade, este autor trata a segurança jurídica ora como princípio, ora com direito fundamental. Campos observa que isso só reforça a tese de que “ela representa muito mais do que esses dois institutos”, e isso “traduz a transcendência da segurança jurídica em relação àquilo que a constitui – a regra, o princípio, o valor, o direito fundamental, dentre outros. Nessa perspectiva, a segurança jurídica não é só um direito, mas também um dever.”¹²

Assim, tendo como pressuposto a importância desta segurança jurídica dentro do Estado de Direito, facilmente se compreende a responsabilidade do Estado em garanti-la, e particularmente do Judiciário em praticá-la. Com efeito, cada sentença dada por um magistrado afeta em algo essa segurança, seja para consolidá-la, ou, sentido contrário, para comprometê-la.

Aliás, quando se emprega a expressão “Estado de Direito”, sabe-se de antemão que é um conceito complexo, e não livre de equívocos. Neste trabalho, acolhemos o conceito de que se trata de uma síntese entre a ordem pública e as liberdades individuais; conforme aponta Simone Goyard-Fabre:

Assim estaria realizada [...] a síntese da ordem pública e das liberdades individuais, simultaneamente, manifestar-se-ia, pela conciliação do direito (cuja positividade é a matriz da ordem) com os direitos (cujo reconhecimento é a glória do individualismo humanista), a aliança entre o cidadão e o indivíduo, isto é, o acordo das áreas do público e do privado.

¹¹ MAcCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 22

¹² CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Os Direitos Previdenciários Expectados dos Servidores Públicos Titulares de Cargos Efetivos no Paradigma do Estado Democrático de Direito Brasileiro*. Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CamposMBLB_1.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2014.

Segundo esta autora, o Estado de direito não será apenas uma modalidade de regime político, mas uma modalidade constitucional na qual se podem articular a generalidade da regra jurídica e a singularidade da existência individual.¹³

Por fim, convém precisar que previsibilidade, no âmbito jurídico, não se confunde com imutabilidade, atributo daquilo que não admite mudanças. Como leciona a ministra Cármen Lúcia: “A segurança não é imutabilidade, pois esta é própria da morte. A vida, esta, rege-se pelo movimento, ela cria, é móvel. O que se busca é a segurança do movimento”.¹⁴

É, pois, esta “segurança do movimento” que o sistema jurídico deve buscar. Desta maneira, à medida que neste sistema forem identificadas deficiências ou lacunas técnicas que possam comprometê-lo, essas devem ser sanadas, no interesse do bem comum da sociedade.

1.3. Lacuna para garantia da segurança jurídica: a inobservância aos precedentes

1.3.1. Contorno teórico do termo ‘lacuna’

Quando neste trabalho utilizamos o termo “lacuna”, convém precisar em que sentido ele é empregado. Kelsen sustentava que, tomado o sentido lógico, no campo normativo não há propriamente lacunas jurídicas, pois quando “a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta.”¹⁵ O pensador alemão sustentava que, na verdade, o que as pessoas geralmente chamam de lacuna seria mais propriamente quando “a ausência de uma norma é considerada pelo órgão aplicador do direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica.” Ou seja, nesta acepção, a dita ‘lacuna’ seria mais uma questão política do que jurídica.

Além disso, Kelsen admite o que chama de ‘lacuna técnica’: “Uma lacuna técnica apresenta-se quando o legislador omite normatizar algo que deveria ter normatizado para que de todo em todo fosse tecnicamente possível aplicar a lei.”¹⁶ Sob este prisma, o termo lacuna é entendido não com a ausência de uma lei que seria desejável sob o ponto de vista político, mas como uma falha na própria técnica do sistema jurídico, a qual pode comprometer a

¹³ GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. M. Fontes. São Paulo, 2002. p. 319

¹⁴ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Direitos previdenciários expectados: a segurança na relação jurídica previdenciária dos servidores públicos*. Curitiba: Juruá, 2012.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, M. Fontes, 2004. p. 273-274.

¹⁶ KELSEN op.cit. p. 276.

efetividade deste mesmo sistema. É nesta segunda acepção que o termo ‘lacuna’ é empregado neste trabalho.

É também nesse sentido que Cappelletti aponta os obstáculos à efetivação da justiça ideal, na qual “a efetividade perfeita, no contexto substantivo, poderia ser expressa como a completa igualdade de armas – a garantia de que a condução final depende apenas dos méritos jurídicos das partes antagônicas”.¹⁷ Os obstáculos por ele mencionados em sua obra seriam, no segundo sentido de Kelsen, ‘lacunas técnicas’ a serem superadas no aperfeiçoamento de determinado sistema jurídico.

Em face dos conceitos abordados, pode-se perguntar: sendo a segurança jurídica tão importante para o Estado Democrático de Direito, estará devidamente resguardada em nosso sistema jurídico, ou haverá lacunas técnicas para sua efetividade?

1.3.2. Precedentes: a efetividade da segurança jurídica na interpretação da norma

Não é raro pensar que a segurança jurídica se resume aos limites impostos pela Constituição à retroatividade da lei. A Magna Carta estabelece no seu art. 5º, inciso XXXVI que: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.¹⁸ Ou seja, que posta norma nova, esta não terá efeitos sobre as relações já estabelecidas, mas tão somente sobre as futuras. Em igual sentido define o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterado pela Lei nº 12.376/2010).

Art. 6º - A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada:

§ 1º - Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º - Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º - Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Porém, percebe-se que se trata de conceito abertos, assim “verifica-se que não se trata de definições fechadas, de rigor metodológico, mas de elementos identificadores da segurança

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 6.

¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 5º XXXVI. Disponível em: < www.planalto.gov.br > Acesso em: 10 mar. 2014.

jurídica”.¹⁹ Será o juiz, “a quem cabe dizer da característica fática na norma constitucional”, que irá acomodar a aplicação da norma constitucional.²⁰

Deste modo, a efetividade da segurança jurídica irá decorrer mais da interpretação e aplicação da norma que do mero princípio da irretroatividade, como bem registra Alencar:

A questão da segurança jurídica não pode se desligar da hermenêutica. Não é uma noção que pode ser definida de maneira cômoda, para simplificar o trabalho do jurista – na linha de se precaver contra a responsabilidade que poderia defluir da aplicação do direito –, porém, paradoxalmente, necessita de sério esforço hermenêutico. Segurança jurídica está atrelada à fundamentação da decisão judicial de acordo com o caso concreto.²¹

É neste campo da interpretação que reside uma das maiores lacunas de nosso sistema, já apontada por alguns autores, e para a qual será dirigido este estudo: a falta de respeito aos precedentes jurídicos em nosso sistema judicial. Esta falta de vinculação dá um vasto campo de discricionariedade ao magistrado ao interpretar a lei, o que compromete a segurança jurídica do direito como um sistema íntegro. Nosso sistema deveria garantir um respeito aos precedentes, como propõe Marinoni: “Uma decisão, na medida em que deriva de fonte dotada de autoridade e interfere na vida dos outros, constitui precedente que deve ser respeitado por quem o produzir e por quem está obrigado a decidir em caso similar”.²²

E é nesse que ponto há uma limitação do sistema. Em se tratando de casos iguais – ou seja, que tratem de mesma questão de fato e direito – ao decidir, um magistrado não precisa respeitar decisões de tribunais superiores, e nem mesmo de outros juízes pares seus. Mais ainda: não está nem sequer vinculado às suas próprias decisões, podendo dar a um caso sentença diametralmente oposta a que tenha dado a um caso semelhante dias atrás.

Esta é a razão de que muitos, como Medina, consideram o resultado das decisões judiciais uma “verdadeira loteria”²³, onde o jurisdicionado estará mais preocupado no nome do juiz de sua causa, do que na forma da lei que o resguarda ou atinge. É o que já lamentava Dworkin: “as pessoas frequentemente se vêem na eminência de ganhar ou perder muito mais

¹⁹ CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. *O Direito em seu Laboratório Jurisdicional: Os Sentidos de Verdade e Segurança Jurídica*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4883eb035654015a>>. Acesso em: 8 ago. 2014

²⁰ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

²¹ ALENCAR, Rosman Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Segurança jurídica e fundamentação judicial*. Revista de Processo, vol. 149. p. 67 – 68.

²² MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 105

²³ MEDINA, José Miguel Garcia, et alter. In *Código do Processo Civil Anotado*. OAB Paraná. Disponível em <www.oab.pr>. p. 897. Acesso em 12 abr. 2014.

em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que qualquer norma geral que provenha do legislativo.”²⁴

Nos tópicos a seguir, veremos algumas características que se esperariam de um sistema de prestação jurisdicional que efetivamente garantisse a segurança jurídica, e em que medidas tais características são – ou não – atendidas no sistema jurídico brasileiro.

1.4 Dos atributos da Prestação Jurisdicional no âmbito da Segurança Jurídica

A prestação jurisdicional se concretiza na sentença prolatada pelo juiz – seja terminativa ou definitiva.²⁵ Será tarefa quase impossível condensar a vasta bibliografia a respeito do que seja uma boa sentença, e quais seus atributos ideais. Cada autor apontará tópicos diferentes, o que causa embaraço de escolha.

No entanto, dentro dos limites deste trabalho, no âmbito da segurança jurídica, optamos por Marinoni, que ressalta as características da Previsibilidade, da Igualdade e da Coerência.²⁶

1.4.1 Prestação Jurisdicional e Previsibilidade

Como vimos, dentro do Estado Democrático de Direito, o cidadão poderá prever as consequências de seus atos, limitados e garantidos pelas normas vigentes. É o que se chama de previsibilidade, e é uma das facetas da segurança jurídica. E é nesta previsibilidade que se funda a confiança que o jurisdicionado terá no judiciário.

Assim, para que exista segurança jurídica, há que se proteger a confiança do jurisdicionado, no sentido da previsibilidade, como escreve Canotilho: “segurança jurídica e confiança andam estreitamente associadas, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança com um subprincípio ou uma dimensão específica da segurança jurídica.”²⁷

Esta proteção cabe ao Estado, como refere Sarlet: “um patamar mínimo de segurança (jurídica) estará apenas assegurado quando o Direito assegurar também a proteção da

²⁴ DWORCKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 3

²⁵ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. Ed. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 352.

²⁶ MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 121-156

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra. Almedina. 2002. p. 257.

confiança do indivíduo (e do corpo social com ou todo) na própria ordem jurídica e de modo especial na ordem constitucional vigente”.²⁸

Ora, como afirma Corsale, tal segurança se afirma “não tanto pela fórmula escrita no código, a norma abstrata, mas a dita norma individual, a concretização da regra no caso específico”.²⁹ Pelo que a previsibilidade não se restringe ao mero conhecimento da lei e a uniformidade de interpretação, pois estas “de nada adiantariam caso o jurisdicionado não pudesse contar com decisões previsíveis”.³⁰

Esta é a razão pela qual a interpretação deve tender a uma linha harmônica e coerente, e assim aproximar-se do ideal de previsibilidade. Isso não implica, obviamente, na eliminação de qualquer dúvida interpretativa, mas sim em minimizar tanto quanto possível divergências de interpretação.

Assim melhor se compreende a queixa de que “o sistema jurídico brasileiro, em tal dimensão, afigura-se completamente privado de efetividade, pois indubitavelmente não é capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas”. Como exemplo, causa impressão o fato de que a missão constitucional dada ao STJ como garantidor da unidade do direito federal é “completamente desconsiderada na prática jurisprudencial brasileira”. Mais ainda, “as decisões do STJ não são respeitadas nem no âmbito interno da Corte”.³¹

Assim, sumariamente, vemos como a desconsideração aos precedentes traz como efeito prático a imprevisibilidade das decisões judiciais. Com isso, fica comprometida a segurança jurídica, elemento basilar do Estado Democrático de direito. Aqui fica identificada uma lacuna técnica de nosso sistema jurídico.

1.4.2 Igualdade nas decisões judiciais – vedação à arbitrariedade

Outro elemento da sentença judicial, sempre no âmbito da segurança jurídica, consiste na igualdade perante a lei. É conceito ao qual nosso constituinte primário procurou dar relevo, e que permeia a construção e aplicação de nosso sistema jurídico. Não será excessivo repetir mais uma vez o caput do art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do Direito fundamental à segurança jurídica: dignidade de pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: < <http://migre.me/mVcqw>>. Acesso em 17.nov.2014.

²⁹ CORSALE, Massimo. *Certeza Del diritto e crisi dei legittimità*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 34. In Marinoni. Op. Cit.

³⁰ MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 122.

³¹ MARINONI op.cit., p. 125

natureza”.³² O tratamento desigual só será admitido para realização concreta da própria igualdade (tratar os desiguais na medida de sua desigualdade).

O primeiro campo onde se preserva esse igualitarismo será no processo civil. Nesse sentido, a doutrina jurídica brasileira procurou concretizar este princípio, sobretudo nos aspectos internos da marcha processual. Nesse campo, a igualdade é normalmente associada ao princípio do contraditório, estabelecendo a dita ‘paridade de armas’ dada aos litigantes, que devem ter as mesmas possibilidades de influir na livre convicção do juiz. Como complementação, o sistema nacional também procurou minorar as desigualdades processuais que atingem os desprovidos de meios econômicos, por meio das Defensorias públicas, e também pela instituição dos procedimentos dos Juizados Especiais.

No entanto, um processo justo é o suficiente para garantir uma sentença justa? Faz sentido a frase atribuída a Salvador Allende, “não basta que todos sejam iguais perante a lei, é necessário que a lei seja igual para todos”. Ora, como ressalta Marinoni, “o Judiciário deixa de observar o princípio da igualdade no momento mais importante da sua atuação, exatamente quando tem de realizar o principal papel que lhe foi imposto”³³, ou seja, ao proferir a sentença que porá fim ao litígio. Aceitara tese de que o procedimento é mais importante que o conteúdo da decisão não é hipótese válida, como aponta Taruffo:

Isso implica na renúncia em avaliar se uma decisão é ou não justa pelo seu conteúdo, ou pelos efeitos que ela produz, e assim o observador se refere apenas à consideração das formas em que ocorreu o processo que levou a essa decisão.³⁴

Afinal, o fim último daquele que busca a prestação jurisdicional é uma decisão racional, justa e igualitária. Igualitária no sentido de que uma pessoa espera ter a mesma sentença que qualquer outra pessoa teria, em igual situação de fato e direito. Mas não é o que acontece. O desrespeito aos precedentes – especialmente quando um juiz contraria suas próprias decisões anteriores – gera um problema de legitimidade:

A jurisdição não encontra legitimidade ao oferecer decisões diversas para casos iguais ou ao gerar decisão distinta da que foi formada no tribunal competente para a definição do sentido e do significado das normas constitucionais e dos direitos fundamentais.³⁵

³² BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Art. 5º caput. Disponível em: <www.planalto.gov.br > Acesso em: 10 mar. 2014.

³³ MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 139.

³⁴ TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In *Sui Confini - Scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 221. Apud MARINONI. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 143.

³⁵ MARINONI op. cit., p. 146.

Essa prática leva o cidadão que está diante da tribuna à incerteza se terá ou não tratamento igual a outrem. Com efeito, essa possibilidade de desigualdade transfere – em boa medida – a sentença judicial ao campo da arbitrariedade do magistrado.

A respeito dos efeitos negativos da arbitrariedade, tomada como oposto da igualdade, aponta Ramírez que esta converte o cidadão em “um súdito incapaz de organizar sua vida, sempre dependendo de observar o rosto de seus governantes, para averiguar seus bons ou maus humores, e só assim decidir em conseqüência”.³⁶

É assim possível que, eventualmente, ocorram arbitrariedades. Em todo caso, não será raro que casos iguais tenham sentenças diferentes, não só em um mesmo tribunal, mas inclusive prolatadas por um mesmo juiz. Com visto, as decisões de um juiz não estão vinculadas às de cortes superiores, nem mesmo as dele próprio. Assim se constata como nosso sistema, ainda que formalmente o proponha, ainda não possui mecanismos eficazes para garantir uma igualdade satisfatória naquilo que é o objetivo final da prestação jurisdicional, ou seja, uma sentença justa e igualitária.

1.4.3 Prestação Jurisdicional e Coerência – Observância Vertical

O nosso sistema prevê o chamado “duplo grau de jurisdição”³⁷, no qual se exige – em regra – a dupla análise do mérito. Muitos avaliam que dentro dessa regra, é diminuto o poder do juiz de primeiro grau, pois na verdade será no tribunal que o litígio será resolvido de fato. Esse pensamento é verdadeiro só em parte, pois sempre há a possibilidade que a parte vencida se conformar com sentença e não recorrer, fazendo desnecessária a ação do tribunal e ocorrendo o trânsito em julgado já na primeira instância.

No entanto, só é possível que isso aconteça caso as partes saibam antecipadamente a decisão a ser proferida no tribunal. Ora, isso só ocorre “quando houver um mínimo de estabilidade na interpretação do direito, a gerar previsibilidade aos litigantes, que assim poderão decidir pela oportunidade de interposição de recursos”³⁸. Assim, a coerência lógica do sistema de duplo grau de jurisdição (juiz – tribunal), exige a existência de uma jurisprudência estável, e sobretudo, que esta seja respeitada pelos juízes “inferiores”.

³⁶ RAMÍREZ, Federico Arcos. *La Seguridad Jurídica – una teoría formal*. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Dykinson, S.L., 2000. p. 53. Tradução nossa.

³⁷ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I. 55. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 40.

³⁸ MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 165.

Desta maneira, se entende que qualquer sistema estruturado em níveis diversos deve considerar a hierarquia, ainda que tomada em termo apenas lógico. Ora os Tribunais Superiores – seja na justiça comum ou especializada – estão no cume do nosso sistema judiciário, e a eles incumbe a função e responsabilidade de dar a dita ‘correta’ interpretação da lei Federal e da Constituição. As decisões destas Cortes devem – a princípio – ser respeitadas pelos tribunais ordinários. Porém, não é raro encontrar na doutrina e entre operadores do direito o conceito de que por não haver hierarquia entre os juízes, estes não deveriam qualquer forma de respeito às decisões dos tribunais superiores a eles. Tomando o exemplo citado por Estefânia Barbosa, temos um julgado de direito previdenciário (desaposentação), no qual a juíza da vara decide:

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento segundo o qual a renúncia opera efeitos *ex nunc*. A devolução de proventos não é devida, visto que os valores recebidos tinham natureza alimentar (...). Entretanto, este juízo entende de maneira diversa. A exigência de devolução não encontra obstáculo no fato de as prestações recebidas terem caráter alimentar.³⁹

A razão desse engano reside em confundir o princípio de autonomia e independência com inexistência de qualquer respeito às decisões superiores. Por suposto, quando se argumenta em favor da hierarquia, não se está negando a independência e autonomia dos juízes. Trata-se antes de “evidenciar que, por uma razão lógica derivada da função e do lugar de inserção conferidos aos tribunais pela Constituição Federal, a hierarquia justifica uma inquestionável necessidade de respeito às decisões judiciais”.⁴⁰

Assim, para que haja segurança jurídica, não basta que exista coerência no sistema normativo. É também preciso que exista coerência e respeito à hierarquia lógica que a própria Constituição estabelece, como advertiu Calmon de Passos ao afirmar que a força vinculante dos tribunais superiores existe “independentemente de previsão legal expressa e vinculam como decorrência necessária do próprio sistema e do seu modo constitucional de operar”⁴¹. A necessidade desse respeito em favor da coerência é ainda assinalada por MacCormick:

Num estado moderno, com muitos juízes e muitas cortes e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão independentemente do juiz do caso. Fidelidade ao Estado de

³⁹ PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ação Ordinária. Vara Previdenciária de Curitiba. Ação de desaposentação. Autora: Railda Santos Alleluia. Réu: Instituto nacional de Previdência Social – INSS. AO 2008.70.00.008373-3/PR, DJPR 14 out. 2009. Disponível em <<http://migre.me/mquE4>>. Acesso em 22 out. 2014

⁴⁰ MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 167

⁴¹ PASSOS, J.J. Calmon de. *Súmula Vinculante*. Revista do TRF da 1ª Região. 1997. p. 171

Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro ⁴²

Desta maneira, pode-se observar como a falta de coerência e descaso com a hierarquia lógica, correntes em nosso sistema jurídico, podem comprometer a Segurança Jurídica.

Como ressalva necessária, observamos que o termo “coerência” pode ser tomado em dois pontos de vista, como disserta Freitas Filho: o interno e a externo. A perspectiva interna segue a “tradição interpretativista, aí entendidos autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin e Neil MacCormick”, entre outros. Já a perspectiva externa está mais ligada a “um recurso discursivo de legitimação decisória”, ou seja, “relativo às condições de inteligibilidade da linguagem”, dentro de um contexto de crítica à utilização política da doutrina jurídica, no sentido de que “o direito não seria criado para limitar o poder daqueles mesmos que o criaram”. ⁴³ A sentido empregado nesta pesquisa será o primeiro, embasado sobretudo nas teorias de Ronald Dworkin.

Finalizando esse capítulo, no qual tomamos como principal referência a Marinoni, estudamos essas três facetas desta lacuna técnica que é a falta de respeito aos precedentes: a falta de previsibilidade, de coerência e de igualdade. No capítulo a seguir, iremos investigar a proposta de um sistema de justiça que prime pela coerência e integridade, tomando como marco teórico a obra de Ronald Dworkin.

⁴² MAcCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 175.

⁴³ FREITAS FILHO, Roberto. *Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões*. Revista de informação legislativa: v. 44, n. 175. jul./set. 2007. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/140237>>. Acesso em 18 nov. 2014.

2. As Decisões Judiciais no pensamento de Ronald Dworkin

No capítulo anterior, pesquisamos certos problemas enfrentados pelo sistema jurisdicional brasileiro, que o tornam deficiente em garantir a segurança jurídica demandada por seus jurisdicionados, no contexto do Estado Democrático de Direito. Torna mais complexo esse quadro a crescente judicialização da política, que traz ao campo jurídico muitas decisões que antes seriam apenas políticas.

Assim, como possibilidades para a superação das referidas lacunas de nosso sistema jurídico, neste capítulo iremos analisar as teorias desenvolvidas por Ronald Dworkin, precisamente o “Direito como integridade”, e a analogia do “Romance em Cadeia”.

As teorias de Dworkin representam um marco no desenvolvimento da Filosofia Jurídica. Este jusfilósofo disserta sobre uma estreita aproximação entre direito e moral. E defende ainda que os jurisdicionados tenham direito a um sistema jurídico coerente, onde o direito seja uma atitude construtiva, cuja finalidade “no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática, para mostrar o caminho para um futuro melhor, mantendo uma boa-fé com relação ao passado”.⁴⁴

Como veremos, estas propostas de coerência e garantias jurídicas serão muito úteis como contribuição na busca de soluções às deficiências brasileiras. Como nos demais países de *Civil Law*, também em nosso país o antigo modelo dogmático dos grandes códigos foi gradativamente sucumbindo diante da realidade dos princípios constitucionais, das questões morais e do caráter aberto dos direitos fundamentais, os quais só alcançam significado no momento de sua efetivação. O antigo “modelo mecanicista” deixou de dar respostas às novas demandas.⁴⁵

É nesse novo e complexo cenário que estudaremos as teorias de Dworkin, buscando parâmetros que justifiquem e dêem coerência às decisões judiciais, dentro do contexto atual da *Civil Law* adotado no Brasil.

2.1 O “Direito como Integridade” no pensamento de Dworkin

A tarefa de julgar é de si complexa. Essa complexidade tem levado os filósofos e doutrinadores – desde tempos – a elaborarem teorias a respeito da fenomenologia da decisão

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3.ed. São Paulo, M. Fontes: 1999. p. 492.

⁴⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica – Fundamentos e Possibilidades para Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Saraiva: 2012. p. 233.

judicial. No âmbito desta discussão, a originalidade da obra de Ronald Dworkin, tem levado alguns estudiosos a classificá-lo como “neojusnaturalista”, enquanto outros consideram seu pensamento como uma “Terceira Teoria do Direito”.⁴⁶

Como crítica ao conceito positivista, que entende o Direito como simples modelo de regras, Dworkin propõe outra teoria de interpretação judicial. Na obra “Levando os Direitos a Sério”, este autor delinea sua Teoria do “Direito como Integridade” (chamada por alguns autores como Teoria Conceitual Alternativa)⁴⁷. Inicialmente, propõe uma distinção entre duas formas de Direitos Políticos, os quais podem ser:

a) Direitos Preferenciais (*background rights*), que “prevalecem contra as decisões tomadas pela comunidade como um todo”, sendo assim verdadeiros “trunfos políticos que os indivíduos detêm [...] quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer”.⁴⁸

b) Direitos Institucionais, que prevalecem contra decisões tomadas por uma instituição específica. Assim, na expressão do professor de Harvard: “Os direitos jurídicos podem ser identificados como uma espécie particular de um direito político, isto é, um direito institucional a uma decisão de um tribunal na sua função judicante”.⁴⁹

Nesse contexto, propõe a possibilidade de que os indivíduos tenham o direito a uma decisão judicial favorável, mesmo que não haja uma regra jurídica expressa que possa ser aplicada ao seu caso concreto. Isso só será possível caso seja feita uma distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política. Para tanto, sustenta que as decisões judiciais podem ser baseadas em argumentos de princípio, pois isso não contraria os princípios democráticos.⁵⁰ Não se propõe elencar todos os argumentos de política ou de princípios existentes, nem tampouco listar os direitos abstratos que um indivíduo possui. Trata-se de resolver os casos difíceis, onde “mesmo juízes criteriosos podem divergir”.⁵¹

Prosseguindo seu pensamento, o filósofo americano confronta a insuficiência do positivismo em dar solução aos casos difíceis, pois que concebem o Direito apenas como um

⁴⁶ DMITRUK, Erika Juliana. *O princípio da Integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin*. Revista Jurídica da UniFil. Ano IV – nº 4. 2007.

⁴⁷ FALLON JR, Richard H. *Reflections on Dworkin and the two faces of law*. Notre Dame Law Review. n. 553, 1992.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. XV.

⁴⁹ DWORKIN. op. cit., 2002. XV.

⁵⁰ Ibidem, XVI.

⁵¹ Ibidem, XIX.

sistema de regras, e assim ignoram outros padrões válidos e aplicáveis, como políticas e princípios. Definindo conceitos, propõe o que sejam argumentos de política e argumentos de princípio:

Argumentos de política (*policy*) justificam uma decisão “mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”.⁵² Deste modo, trata-se de um padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado. Toma-se como exemplo a decisões em favor de políticas de subsídios à setores de industria, os quais uma vez beneficiados contribuirão à sociedade como um todo.

Argumentos de princípio por sua vez justificam a decisão “mostrando que ela respeita ou garante um direito de um indivíduo ou um grupo”.⁵³ . O princípio, em termos genéricos, é todo padrão que não é uma regra. Será uma exigência de justiça ou equidade, e não terá necessariamente como repercussão uma melhoria social. Um exemplo seriam as leis contra discriminação.

Nesse contexto, o Direito como Integridade importaria em uma doutrina de responsabilidade política a qual estariam sujeitos dos juízes. Com essa doutrina Dworkin “condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões consideradas igualmente certas.”⁵⁴

Não se trata de coerência apenas com a decisão judicial precedente, mas coerência com os princípios que a fundamentaram. Isso significa que embora não seja exigida uma adesão estrita ao passado, a coerência com o conjunto de princípios que representa a moralidade política da comunidade implicará que todos sejam tratados com igual consideração e respeito nas decisões. É o que Dworkin chama de “força gravitacional” dos precedentes. “Gravitacional”, porque os princípios que justificaram um precedente poderão eventualmente exercer sua força em casos “além de sua órbita particular”. Mas nesses casos novos, o juiz deverá “limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”. Deste modo, só terão força

⁵² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 129.

⁵³ DWORKIN op. cit., p. 130.

⁵⁴ DWORKIN Apud BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica – Fundamentos e Possibilidades para Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 249.

gravitacional as decisões com base em princípios. As decisões utilitaristas, com base em argumentos de política, não terão nenhuma força gravitacional.⁵⁵

Estes conceitos da Teoria do Direito com Integridade serão importantes mais adiante, pois a distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio terá repercussão na maneira como Dworkin considera que os magistrados devem justificar suas decisões, pois os critérios políticos fundamentarão o legislativo ao formular lei, e os critérios de princípios embasarão o judiciário num sistema justo de decisões.

2.3 A discussão do Direito nos ditos “casos difíceis”

A aplicação da lei não será trabalhosa nos casos simples, onde a lei é clara e muitas vezes apenas se discutem fatos. O desafio do magistrado se põe nos chamados casos difíceis. Casos difíceis são aqueles que não podem ser decididos apenas com base na regras, ou porque essas não são claras, ou porque não foram escritas. E termo em inglês para casos difíceis – *hard cases* – citado por Dworkin, já era utilizado anteriormente pelos positivistas, empregado como sinônimo de lacuna da lei.⁵⁶

Dentre os positivistas, destaca-se Herbert Lionel Adolphus Hart, professor em Oxford. No contexto destas doutrinas, sustentava que não há conexão entre direito e moral, e deste modo, o magistrado não está vinculado aos princípios vigente na sociedade em que o *hard case* está sendo julgado. Reconhecia a proposição de que a moral influencia profundamente o direito, no entanto negava que ela pudesse ser utilizada como fundamento para ele:

Embora essa proposição possa, em certo sentido, ser verdadeira, não se segue daí que os critérios de validade jurídica de leis concretas, usadas no sistema jurídico, devam incluir, de forma tácita, senão explícita, uma referência à moral ou justiça.⁵⁷

Desta maneira, segundo Hart, na ausência de previsão legal, os casos difíceis deveriam ser única e exclusivamente decididos pelo magistrado através do uso razoável de sua discricionariedade, baseando-se na concepção mais apropriada para solução do caso. Ou seja, no momento da julgar, o magistrado teria total poder de decidir o caso a uma das partes, independente da moral e dos princípios que sustentam àquela comunidade ao qual o caso integra. Dworkin critica esse pensamento, pois considera que isso supõe criar novos direitos e

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 172-177.

⁵⁶ DMITRUK, Erika Juliana. O princípio da Integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. *Revista Jurídica da UniFil*. Ano IV – nº 4. 2007.

⁵⁷ HART, Herbert Lionel A. *O conceito do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007. p. 201-202.

aplicá-los ao caso.⁵⁸ Como o direito será então aplicado retroativamente, ele reputa esse meio de julgar totalmente inadequado, pois resulta em insegurança jurídica e provavelmente decisões injustas.

2.4 A teoria dos Princípios Gerais do Direito: a análise do caso ‘Riggs vs. Palmer’

Para ilustrar a impropriedade do sistema defendido por Hart e pelos positivistas, Dworkin irá estabelecer uma distinção entre o que sejam princípios e o que sejam regras. Para tanto, tomará como exemplo um caso difícil em particular: o paradigmático “Riggs x Palmer”, ocorrido em 1889, em Nova Iorque.⁵⁹

Elmer Palmer era um jovem de apenas 16 anos, e figurava como o principal beneficiário da herança de seu avô, o Sr. Riggs. No entanto, em certa época o ancião começou um novo relacionamento com uma mulher. O rapaz, imaginando que essa nova companheira pudesse levar o ancião a alterar seu testamento e assim prejudicá-lo, decidiu assassinar seu próprio avô, realizando seu intento por envenenamento em 1882.

Descoberto seu crime, Elmer é levado até a Alta Corte de Nova Iorque, onde os juízes concordaram que Palmer deveria receber a herança, pois o direito então vigente não vislumbrava possibilidade de anulação do testamento, mesmo que em favor do assassino do testamentário. Inconformados, os demais herdeiros de Riggs buscaram recurso junto a Corte de Apelações de Nova York (*New York Court of Appeals*). É nesta corte que os votos divergentes dos juízes exemplificam a teoria de Dworkin de modo cristalino.

Em primeiro lugar, o magistrado Gray, entendeu que o recurso não poderia ser aceito:

Não consigo encontrar qualquer apoio para o argumento de que a sucessão do demandado à propriedade deve ser evitada por causa de seu ato criminoso, quando a isso as leis são silentes. (...) As leis não garantem essa ação judicial, e a mera presunção não seriam forte o suficiente para sustentá-la.⁶⁰

O juiz Gray concordava com a decisão impugnada, pois de fato não havia previsão legal que impedisse alguém de receber uma herança deixada por testamento legítimo, ainda que este fosse o assassino do testador. Seguindo as teorias positivistas tão influentes à época, este magistrado tomou a literalidade da lei para sua decisão, como explica Dworkin:

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002.p. 50.

⁵⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: Sistema Unificado das Cortes – Unified Court System. Disponível em <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 17 maio 2014.

⁶⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: Sistema Unificado das Cortes – Unified Court System. Disponível em <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 17 maio 2014. Tradução nossa.

Essa teoria propõe que aos termos de uma lei se atribua aquilo que melhor chamaríamos de seu significado acontextual, isto é, o significado que lhes atribuíamos se não dispuséssemos de nenhuma informação especial sobre o contexto de seu uso ou as intenções de seu autor. Esse método de interpretação exige que nenhuma ressalva tácita e dependente do contexto seja feita à linguagem geral: o juiz Gray portanto, insistia em que a verdadeira lei, interpretada da maneira adequada, não continha exceções para assassinos. Seu voto foi favorável a Elmer.⁶¹

Entendimento oposto foi defendido pelo juiz Earl, cujo voto acabou influenciando a maioria de seus pares, e que fundou sua decisão nos princípios gerais do direito, aos quais uma decisão deve seguir:

[...] Todas as leis, bem como todos os contratos podem ser controlados em suas ações e efeitos pelas máximas gerais e fundamentais da Common Law. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, ou para tirar proveito de seu próprio erro, ou para fundar qualquer exigência sobre a sua própria iniquidade, ou para adquirir bens por seu próprio crime. Essas máximas são ditadas pelas políticas públicas, têm o seu fundamento jurídico universal administrado em todos os países civilizados, e em nenhum deles estas máximas têm sido suplantadas por leis.⁶²

Assim, a Corte de Apelos de Nova Iorque decidiu o caso em outubro de 1889, dando parecer favorável aos outros herdeiros de Riggs e excluindo Palmer do recebimento da herança.

Mais adiante, Dworkin analisa mais detidamente as razões do voto do juiz Earl. Este magistrado utiliza de um método diferente para interpretar a legislação, buscando as intenções do legislador para revelar o que seria a verdadeira lei:

[...] é um conhecido cânone da interpretação que algo que esteja na intenção dos legisladores seja parte dessa lei, tal como se estivesse contida na própria letra da lei; e que uma coisa que esteja contida na letra da lei somente faça parte da lei, se estiver na intenção de seus legisladores.

É muito importante observar que no texto citado o juiz “se apega à distinção entre texto, que chama de ‘letra da lei’, e a própria lei, que chama de ‘lei’ propriamente. Ao invocar essa teoria, Earl afirmava que na interpretação da lei não se deve ignorar o contexto histórico, mas levar em conta os antecedentes daquilo que denominamos de princípios gerais do direito.”⁶³

⁶¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: Sistema Unificado das Cortes – Unified Court System. Disponível em <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em 17 maio 2014. Tradução nossa.

⁶² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: Sistema Unificado das Cortes – Unified Court System. Disponível em <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em 17 maio 2014. Tradução nossa

⁶³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 24-25.

Além disso, Dworkin considera que o aspecto mais importante da controvérsia Riggs vs. Palmer não era “se os juízes deveriam seguir a lei ou adaptá-la, tendo em vista os interesses da justiça”; mas sim o fato de ter sido uma controvérsia sobre “a natureza da lei, sobre aquilo que realmente dizia a própria lei sancionada pelos legisladores”.¹⁰

2.5 Princípios e Regras

Tomando como referência este caso, Dworkin passa a delimitar mais profundamente os conceitos de regra e princípio. A distinção entre eles é de natureza lógica. Cada um destes conjuntos de padrões aponta para decisões particulares, mas a natureza das orientações que cada um oferece é distinta.

As regras são estritas, e se aplicam dentro de uma forma de “ou tudo ou nada”. Assim, se em um determinado caso uma regra é válida, sua resposta deve obrigatoriamente ser aceita. Se não for válida, a resposta que propõe é inaplicável. Como no exemplo proposto pelo autor: “a velocidade máxima permitida é noventa quilômetro por hora”: não se discute infração se tal limite objetivo não foi violado. A regra se aplica ou não se aplica.⁶⁴

Já os princípios jurídicos funcionam de maneira distinta. Suas consequências jurídicas não se operam de modo automático como as regras, nem seguem a forma de “tudo ou nada” (*all or nothing fashion* – como refere Alexy). Os princípios podem ser operados dentro de um sistema de peso ou importância, que permite gradação em sua aplicação ou não. E mesmo quando houver o entrecruzar, ou aparente conflito de princípios, o julgador deverá tomar em conta a força relativa de cada um no caso concreto.

Também Alexy atende a pressupostos semelhantes aos de Dworkin, considerando que “a distinção entre princípios e regras é uma distinção qualitativa e não de grau”. No entanto, desenvolve a idéia de princípios como “mandamentos de otimização”, no sentido de que “princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização”.

Alexy ressalta ainda que “a realização completa de um determinado princípio pode ser – e freqüentemente é – tolhida pela realização de outro princípio”. Para ilustrar essa realidade,

⁶⁴ DWORKIN. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 39-41.

emprega a metáfora da “colisão entre princípios”, a qual deve ser resolvida por meio de uma “dimensão de peso” (ou ponderação), para que se possa chegar a um resultado ótimo.⁶⁵

Com base nesses conceitos, e tomando o mesmo princípio invocado no caso americano a pouco analisado – “a ninguém é permitido lucrar com o próprio erro” – vemos que na verdade é comum que em determinadas situações pessoas obtenham vantagem de atos jurídicos ilícitos por elas cometidos, e isso de modo perfeitamente legal. O exemplo mais conhecido é a usucapião: um homem que utiliza terreno que sabe que não lhe pertence durante determinado tempo, sem uso de violência, acabará por adquirir a propriedade em detrimento do antigo dono. Não se trata apenas de um contra-exemplo ou exceção ao princípio enunciado. Como explica Dworkin, o princípio “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessita uma decisão particular”, aplicando-o ao fato concreto. Neste caso poderá entrar em pauta outro princípio, por exemplo, uma política pública em outra direção, como a que garante a posse a quem a exercer de forma mansa e pacífica durante determinado tempo, tornando fértil, por meio do labor, um terreno antes abandonado.

Vejamos que nessa hipótese ilustrativa, se um princípio não prevalece, isso não significa que é inválido. Apenas que no caso outro princípio teve mais força para ser aplicado. Lembramos novamente que os princípios podem ser operados dentro de um sistema de peso ou importância, ao contrário das regras que operam no “tudo ou nada”. No entanto, o filósofo americano reconhece que muitas vezes essa distinção entre regra e princípios não será fácil, pois não raro eles parecem se confundir.

Em face desta teoria das regras e princípios, os julgadores de certo lugar poderão adotar duas diferentes orientações: a primeira seria aceitar que os princípios, embora não estejam explicitamente positivados no ordenamento jurídico, devem possuir obrigatoriedade de lei. A segunda orientação negaria que princípios possam ser obrigatórios, pois como não são leis, o juiz ao aplicá-los, estaria julgando além do direito.⁶⁶

A escolha de uma ou outra dessas orientações irá afetar a resposta possível de um magistrado diante dos casos difíceis. Se optar pela primeira orientação, teremos que o juiz estará aplicando direitos de obrigações que já existiam no sistema jurídico – os princípios. Se

⁶⁵ ALEXY. Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Apud SILVA. Virgílio Afonso. *Princípios e Regras: Mitos e equívocos a respeito de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. v. 1. 2003. p. 610-611.

⁶⁶ DWORKIN. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 46-48.

pelo contrário optar pela segunda orientação, se admite que o juiz esteja criando um direito novo, distinto do já existente.

2.6 A aplicação das teorias de Direito de Dworkin e o juiz Hércules

Assim, tomando a teoria dos direitos exposta em sua obra “Levando os Direitos a Sério”, Dworkin propõe que há um caminho para alcançar uma resposta correta nos casos difíceis. Será a aplicação da teoria do “Direito como Integridade”, há pouco exposto.

Para demonstrá-lo, utiliza a figura o juiz filósofo Hércules, o qual “aceita as leis e acredita que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores”. Consciencioso, ele irá procurar o melhor caminho para que se chegue a uma resposta correta em tais casos.

Assim, Hércules precisa descobrir a intenção da lei, e também o conceito de princípios subjacentes nas regras positivadas de seu sistema jurídico. Assim terá meios para solução dos casos semelhantes, que devem ser decididos da mesma maneira; e para os casos difíceis – nos quais não está clara a regra.

Para tanto, Dworkin propõe o caminho a seguir. Talvez pareça penoso à primeira vista, mas lembremos que o nome escolhido – Hércules – não é em vão, pois o autor o imagina com qualidades a serem buscada por um magistrado ideal.

Em primeiro lugar, Hércules deverá estudar a constituição, procurando compreender as regras nela contidas, as interpretações judiciais dela extraídas, e a filosofia política que embasa os direitos ali organizados, desenvolvendo “uma teoria da constituição na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo”.⁶⁷

Como segunda ação, esse juiz ideal irá procurar qual a interpretação – hermenêutica – que vincula de modo mais satisfatório o corpo das leis já promulgadas com a sua responsabilidade enquanto juiz. Utilizará também uma teoria política para interpretar a lei no intuito de descobrir o seu fim.⁶⁸ É importante ainda considerar que o juiz Hércules, embora não seja passivo, também não é um ativista, pois entende que “sob o regime do direito como integridade, os problemas constitucionais polêmicos pedem uma interpretação, não uma emenda”⁶⁹

⁶⁷ DWORKIN. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 165-168.

⁶⁸ DWORKIN. Op. cit. 2002. p. 169-171.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3.ed.São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 472- 479.

E o terceiro e último passo nessa tarefa interpretativa, em busca da melhor resposta judicial, será a análise dos precedentes, posto que os passos anteriores ainda não lhe trouxeram segurança suficiente. Nesta análise, é fundamental que nosso juiz tome em conta os argumentos de princípios que embasaram tais precedentes:

Mas, uma vez que Hércules será levado a aceitar a tese dos direitos, sua interpretação das decisões judiciais será diferente de sua interpretação das leis em um aspecto importante.

Quando interpreta as leis, ele atribui à linguagem jurídica, como vimos, argumentos de princípio ou de política que fornecem a melhor justificação dessa linguagem à luz das responsabilidades do poder legislativo. Sua argumentação continua sendo um argumento de princípio. Ele usa a política para determinar que direitos já foram criados pelo Legislativo. Mas, quando interpreta as decisões judiciais, atribuirá à linguagem relevante apenas argumentos de princípio, pois a tese dos direitos sustenta que somente tais argumentos correspondem à responsabilidade do tribunal em que foram promulgadas.⁷⁰

Analisando os precedentes, Hércules deverá identificar o que chama de “força gravitacional” destes precedentes nas decisões anteriores. Esta repousa – diz – na equidade, pois os casos semelhantes devem sempre ser tratados do mesmo modo.⁷¹ O que irá definir a força gravitacional de um precedente serão os argumentos de princípio que o justificaram. Assim, este juiz acabará por construir uma verdadeira cadeia de princípios que fundamentaram o direito costumeiro, que devem ser suficientes para justificar de maneira coerente porque determinadas decisões foram tomadas.⁷²

Este último passo da tarefa imposta a Hércules é muito importante. Como visto, ao buscar a interpretação da lei sob a ótica do argumento político, o juiz irá investigar a intenção do legislador, ao tempo em que este criou a lei. E ao buscar a interpretação do argumento de princípio, irá buscar na hermenêutica e nos precedentes as razões de princípio que os embasaram.

Assim, Hércules é o arquétipo do juiz que aplica a teoria do “Direito como Integridade”. Reconhece que suas decisões carregam uma responsabilidade política, e assim devem estar de acordo com as escolhas morais e políticas da sociedade na qual está inserido. Mais ainda, essas decisões devem ser coerentes com os princípios jurídicos que esta sociedade elegeu e consolidou em sua história.

⁷⁰ DWORKIN. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 173.

⁷¹ DWORKIN. op. cit. p. 176.

⁷² DWORKIN op. cit. p. 182.

Não é difícil perceber que essa coerência proposta na aplicação do “Direito como Integridade” só é possível dentro de um sistema de respeito aos precedentes, onde a sequência de decisões jurídica do corpo de magistrados – a jurisprudência – de determinada sociedade se apresente como um conjunto harmônico.

2.7. Dworkin e a teoria do “Romance em cadeia”

No intuito de ilustrar, e assim tornar mais clara sua teoria da Integridade, Dworkin cria uma analogia com o campo da literatura, a que chama de “Romance em Cadeia”:

Imagina um romance literário que seria escrito ao longo do tempo não apenas por um escritor, mas por um conjunto de autores. Cada um criaria um capítulo da obra, e em seguida a passaria ao próximo autor para que escrevesse sua respectiva parte.

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu, para escrever então um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebeu, e repassado ao romancista seguinte, e assim por diante.⁷³

Dworkin observa que nessa situação imaginária, cada romancista (à exceção do primeiro) tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar. Interpretar porque deve ler o que seus antecessores escreveram, “analisando elementos como personagens, trama, gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade, e não como um novo começo”.

Seguindo o contexto dessa analogia, o que se espera de um escritor ao mesmo tempo criativo e responsável? Em primeiro lugar, que não simplesmente copie o que já foi escrito, mas introduza elementos novos, atuais à sua época. Em segundo, que permaneça fiel à coerência literária da ‘saga’, de maneira que o leitor que já a acompanha reconheça as características de cada personagem, e perceba o desenrolar de cada trama. O leitor de longas séries quer encontrar novidades, e respostas à perguntas antigas, mas certamente não quer contradições, e muito menos falsidades.

A analogia se aplica de modo claro à tarefa do juiz. Segundo a metáfora do “romance em cadeia”, tal como o romancista, o magistrado tem um dever de coerência em relação ao que seus antecessores escreveram e construíram. É um compromisso em relação à segurança jurídica, como já visto. Sua jurisprudência deve estar em consonância com os precedentes já existentes, de maneira a manter o conjunto harmônico e equilibrado. No entanto – e eis o

⁷³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: M. Fontes: 1999. 3.ed. p. 275-277.

desafio – deve ser autenticamente criativo, ao trazer algo novo a este conjunto, em resposta às novas demandas de sua época.

Como é fácil perceber, a analogia do “romance em cadeia” é afim com o sistema do *Common Law*, onde há respeito aos precedentes, e às tradições jurídicas

Em sentido contrário, essa analogia fará pouco sentido em um sistema onde cada autor não tem nenhuma obrigação com o que já foi escrito, e pode mesmo contradizer o que ele próprio escreveu no capítulo anterior. Será como uma novela ruim, onde a cada capítulo um personagem desaparece sem explicação, e outros surgem do nada. O drama subitamente se transmuda em comédia, e a pergunta feita hoje não será respondida amanhã.

Esse método de romances nos parece insatisfatório, no entanto, é a analogia de do nosso atual sistema jurídico: não há preocupação com a coerência interna das cortes, nem respeito aos precedentes dos tribunais superiores. Não há sequer respeito à igualdade, pois casos iguais são tratados de modo diferente.

3. Os Precedentes no contexto do sistema do *Common Law*

Vimos em capítulo anterior menção à necessidade dos precedentes na garantia da segurança jurídica. Depois, examinamos o pensamento de Dworkin com relação à construção da decisão judicial, e como os precedentes tem papel fundamental no sistema por ele proposto, ao estudarmos sua teoria da Integridade, e sua analogia do “romance em cadeia”

A fim de melhor compreender o significado e os resultados concretos dos precedentes, faremos uma análise do contexto no qual ele surgiu e se firmou, ou seja, o sistema do *Common Law*.

3.1 Considerações Sobre o *Common Law*

A abordagem do sistema jurídico anglo-saxão está inserido no âmbito do Direito Comparado. Tal estudo é de grande proveito para o aperfeiçoamento de qualquer sistema jurídico, como aponta René David, “o Direito Comparado é útil para melhor conhecer nosso direito nacional e para aprimorá-lo”.⁷⁴ O mesmo autor ainda considera benéfica a influência deste estudo para o Poder legislativo e sobre a Jurisprudência de cada país.

É de René David a proposta moderna e largamente difundida, de agrupar os sistemas jurídicos em famílias. Embora faça referência a sistemas jurídicos menos influentes, tais como o russo, o muçulmano, o hindu e os vigentes na África e no extremo oriente, afirma como sendo dois os sistemas mais relevantes no mundo moderno, chamados por ele de “famílias” de direitos: a família Romano-Germânica, e a família da *Common Law*.

A primeira família de direitos, que merece a nossa atenção, é a família do direito romano-germânico. Esta família agrupa os países em que a ciência do direito foi formado com base no Direito Romano. (...) Desde o século XIX, na família romano-germânica, um papel preponderante é atribuído à lei, e os diversos países pertencentes desta família passam a adotar os "códigos". [...]

A segunda família de direitos é a da *Common Law*, que compreende o direito da Inglaterra e os direitos modelados segundo o direito Inglês. [...] A *Common Law* foi formada por juízes que tinham que resolver disputas específicas, e até hoje ela mantém, de maneira flagrante, a marca desta origem.⁷⁵

No entanto, é necessário observar que a divisão proposta por René David, embora continue a ser uma referência, deve ser contextualizada ao tempo atual, visto que tanto o

⁷⁴ DAVID, René. *Les Grans Systèmes de Droit Contemporains*. Paris: Dalloz, 2002. p. 4. Tradução nossa.

⁷⁵ DAVID op.cit. p. 16-18. Tradução nossa.

sistema do *Civil Law* como o *Common Law* tem operado uma mútua influência entre si. Sua proposta hoje é mais vista sob o aspecto terminológico e sistemático, como disserta Miguel Reale:

Na realidade, são expressões diversas que, nos últimos anos têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *Common Law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística.⁷⁶

Assim, no tópico a seguir, passamos a analisar aspectos comparativos entre estes dois sistemas, concernentes ao estudo sobre os precedentes e seu impacto positivo no sistema brasileiro.

Como visto, nas culturas de origem anglo-saxônica – de modo geral – é vigente o sistema jurídico do *Common Law*. Com relação à compreensão desse sistema, já houve entre nós – de cultura latina – uma série de equívocos construídos pelo senso comum, os quais, no entanto, vem sendo superados à medida que uma série de mudanças culturais tem trazido oportunidades de aproximação e convergência, como lembra Marinoni:

A contraposição entre o *Common Law* e o *Civil Law* cedeu lugar à idéia de que estes sistemas constituem dois aspectos de uma mesma e grande tradição jurídica ocidental. Mas o *Civil Law* e o *Common Law*, tendo surgido em circunstâncias política e culturais diferentes, fizeram surgir tradições jurídicas particulares, caracterizadas por institutos e conceitos próprios.⁷⁷

Desta maneira, as referidas mudanças desenvolvidas no *Civil Law* trazem a oportunidade de refletir sobre o papel que tem os magistrados nesse sistema, e isso traz uma inevitável comparação com o mesmo papel desempenhado pelo magistrado do *Common Law*, e das ferramentas que ele dispõe para alcançar a distribuição da justiça:

Não há dúvidas que o papel do atual juiz do *Civil Law* e, principalmente, o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *Common Law*, especialmente a da realizada pelo juiz americano. Acontece que apesar da aproximação dos papéis dos magistrados de ambos os sistemas, apenas o *Common Law* devota respeito aos precedentes – o que se afigura altamente nocivo ao sistema de distribuição da justiça, à afirmação do Poder e à estabilidade do direito no Brasil.⁷⁸

⁷⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares do Direito*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987. p. 71

⁷⁷ MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 15.

⁷⁸ MARINONI op. cit. p. 17.

Com efeito, ao observar o *modus operandi* dos magistrados, transparecem certas contradições existentes no sistema do *Civil Law*:

A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria ao *Civil Law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. (...) contudo, nem ao se ‘descobrir’ que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do *Civil Law* rotineiramente decidem de diferentes modos os ‘casos iguais’, abandonou-se a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica.⁷⁹

Ainda dentro do campo da compreensão dos dois sistemas jurídicos ocidentais, outro aspecto será objeto de estudo: as raízes históricas dos dois sistemas, o que será indispensável para melhor compreender a razão das diferenças de suas concepções.

3.2 Raízes históricas de duas concepções a respeito do Poder Judiciário

Separadas pelas poucas milhas do canal da Mancha, Inglaterra e França foram o palco de duas revoluções que a seu modo e em suas épocas, causaram uma inflexão na cultura ocidental, e por obrigatória extensão, no mundo jurídico dos países por elas afetados.

Na Inglaterra, os conflitos entre o rei e o parlamento inglês culminaram em 1688 com a Revolução Gloriosa, após a qual Guilherme de Orange ascende ao trono sob a condição de aceitar a supremacia do parlamento, com seus poderes monárquicos limitados pela *Bill of Rights* (a Declaração dos Direitos). A partir desse histórico documento, começa a “firmar-se o conceito de um governo representativo [...] como garantia institucional indispensável das liberdades civis”.⁸⁰

Cerca de um século depois, em 1789, a Revolução Francesa convulsionou aquele país. Ela rompeu paradigmas seculares, e seu conteúdo ideológico “forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo”, desde então até nossos dias.⁸¹

No entanto, em cada uma destas Revoluções, o Poder Judiciário – na figura dos magistrados – teve um papel próprio, o que iria condicionar os rumos do direito nesses países dali em diante.

⁷⁹ MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 17.

⁸⁰ COMPARATO. Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 62.

⁸¹ HOBSBAUWM, Eric J. *A Era das Revoluções*. 32. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014. p. 98.

Na Inglaterra medieval, a Revolução consolidou a supremacia do Parlamento contra o absolutismo. Nesta ascensão do Parlamento contra os excessos do monarca, os magistrados ingleses tiveram um papel fundamental, colocando-se ao lado dos que buscavam estabelecer limites ao absolutismo então dominante:

Na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na França, os juízes não só constituíram uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo e em pôr freios no abuso do governo, como ainda desempenharam papel importante para a centralização do poder e para a superação do feudalismo.⁸²

Ao contrário, na França, o sistema surgido após a Revolução de 1776 nutria profundos ressentimentos contra a classe dos magistrados, e isso se deve ao papel exercido por estes no Antigo Regime, atitude bem diversa dos juízes ingleses:

Antes da Revolução Francesa, os membros do judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade – mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuava sob as togas. Nessa época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais.

Os juízes pré-revolucionário se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o status quo e a não permitir que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem atingidas. Não havia qualquer isenção para ‘julgar’.⁸³

Este é um momento crucial. A Revolução Francesa, em uma visão radical de mudança e construção de uma ordem nova, tomou a decisão de extinguir tudo o que pudesse manter ou representar a ordem antiga. E assim, viu nos magistrados e em seu poder uma ameaça à ordem nova que desejava. Era assim necessário restringir e subjugar esse poder. Houve então uma interpretação estrita às doutrinas de Montesquieu, e se pensou num sistema jurídico onde o juiz fosse despido de seu poder decisório. Segundo o paradigma revolucionário, o magistrado não seria mais do que a ‘*bouche de la loi*’ – a boca da lei.

De acordo com Montesquieu, o ‘poder de julgar’ deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de ‘direitos novos’. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria o poder de executar decisões que constituem o ‘poder de julgar’. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, devendo o julgamento ser apenas ‘um texto exato da lei’. Por isso,

⁸² MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 55.

⁸³ MARINONI op. cit. p. 51.

Montesquieu acabou concluindo que o ‘pode de julgar’ era, de algum modo, um ‘poder nulo’ (*em quelque façon, nulle*).⁸⁴

Esta preocupação em afastar o juiz do papel de intérprete da lei fez surgir a necessidade de uma lei que dispensasse a interpretação. É então a época em que surgem os grandes códigos, que se propunham a abranger toda e qualquer situação de conflito.

Imaginava-se que, com um legislação clara e completa, seria possível ao juiz simplesmente aplicar a lei, e, deste maneira, solucionar os casos litigiosos sem a necessidade de estender ou limitar o seu alcance e sem nunca se deparar com a ausência ou mesmo conflito entre as normas.⁸⁵

Assim, o sistema adotado após a Revolução Francesa pretendia assim substituir a capacidade do juiz em interpretar a lei por um sistema de códigos que pudesse abordar toda e qualquer situação concreta, solucionando assim todos os possíveis litígios entre as pessoas. Mais adiante, veremos como esta proposta se revelou impraticável, levando esse sistema a um eventual esgotamento.

3.3 A *Common Law* na América: o Judiciário nos artigos de “O Federalista”

Ao confrontarmos as origens históricas dos atuais sistemas de *Common Law* e da Civil Law, há ainda um elemento sobre o qual deter atenção: o sistema jurídico americano. Uma análise profunda entre as diferenças entre a *Common Law* inglesa e americana extrapolaria os limites deste trabalho. Iremos apenas considerar alguns pontos referentes ao nosso estudo.

O sistema jurídico americano é oriundo do sistema inglês, mas modificado pelas idéias democráticas e federalistas que moldaram o nascimento da nação norte-americana. Tais ideais estão condensados na obra “*The Federalist Papers*”, publicado por Alexander Hamilton em colaboração com James Madison e John Jay anos após a independência americana. Nesses escritos são traçadas as bases teóricas da estrutura política americana, tais como republicanism, presidencialismo, democracia representativa e federalismo.⁸⁶

A obra constitui um conjunto de 85 artigos publicados na imprensa de Nova York entre 1787 e 1788. Divididos em seções, os artigos apresentam princípios gerais da Constituição, principalmente a separação entre poderes, delineando as funções da Câmara dos Deputados, Senado, Presidência e Judiciário Federal. Os capítulos de 78 a 83 dão diretrizes sobre o Poder Judiciário, instruindo e justificando importantes conceitos aplicados até hoje

⁸⁴ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 169

⁸⁵ MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 57.

⁸⁶ HAMILTON, Alexander; MADINSON, James; JAY, John. *O Federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p.38.

nos estados modernos, tais como: inamovibilidade do magistrado, garantia do juiz só perder o cargo por sentença que o declare indigno, irredutibilidade de seus salários, regras de competências, etc.

Nesta obra, um tópico relevante para nosso estudo é a doutrina que dá ao judiciário a possibilidade anular leis inconstitucionais pela “suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites das suas atribuições”.⁸⁷

Essa doutrina tornou-se efetiva anos depois, em uma histórica decisão da Suprema Corte Americana, a primeira envolvendo a possibilidade de controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário. Trata-se do famoso caso “Marbury x Madison”, o qual procuraremos sintetizar da melhor maneira possível:

Nas eleições presidenciais do ano de 1800, o democrata Thomas Jefferson derrotou o presidente federalista John Adams. Porém, dias antes de deixar a presidência, Adams aponta diversos juízes para cortes federais. Essas indicações foram feitas com base em uma lei federal – o “*Judiciary Act*” de 1789 – que aumentava o número de juízes.

Ao assumir a presidência, Jefferson percebe essa nomeação como maneira dos federalistas manterem alguma forma de poder, e assim ordena que o novo secretário de estado, James Madison, não nomeie parte dos juízes que Adams havia apontado. Willian Marbury era um desses.

Julgando-se prejudicado, este entra com uma ação junto a Suprema Corte Americana contra Madison como o fim de concluir seu processo de nomeação como juiz. A decisão dessa corte será paradigmática: o voto do juiz Marshall levantou questões e princípios até então inéditos no Direito Americano. Marshall apreciou que o “*Judiciary Act*” de 1789 entrava em conflito com a Constituição e assim arguiu a questão da “Revisão Judicial”: era “dever do Judiciário interpretar as leis para aplicá-las”. Como a Constituição é a lei máxima do ordenamento “cabe aos juízes interpretar todas as leis inferiores de acordo com ela, e se há um conflito entre uma lei inferior com a Constituição, cabe ao Judiciário determinar a inconstitucionalidade da lei e anulá-la”. Traduzindo parte de sua sentença temos: “Portanto, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, considerado essencial a todas as constituições escritas, de que uma lei em choque

⁸⁷ HAMILTON, Alexander; MADINSON, James; JAY, John. *O Federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 460.

com a Constituição é nula, e que os tribunais, assim como outros departamentos são limitados por aquele instrumento. Concluímos então que a norma deve ser anulada. (*The rule must be discharged*)”.⁸⁸

Este conceito de controle de constitucionalidade por parte dos juízes irá desenvolver-se ao longo da história, alargando as atribuições e o poder do judiciário.

3.4 O Guardião da Constituição, e o Debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen

No entanto, as propostas americanas sobre o controle de constitucionalidade, hoje tão difundidas e estabilizadas, não foram imediatamente aceitas, em particular no velho continente. Como refere José Levi, por bom tempo “a Europa foi refratária ao controle de constitucionalidade em moldes americanos”.⁸⁹

Dentro desse contexto, outra discussão teórica teve lugar, já no período entre guerras: o debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, o qual reflete uma antiga preocupação jurídico-filosófica: a busca de modelos de Estado que possam suavizar os abusos de poder cometidos pelos atores estatais. O conteúdo dessa discussão versava sobre qual seria a melhor maneira de garantir a defesa da Constituição.⁹⁰

Schmitt publica, entre 1929 e 1931, alguns estudos, onde retoma e desenvolve o conceito de Benjamin Constant sobre a existência de um poder neutro, intermediário e regulador (*pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur*), que seria exercido pelo que chamava de Guardião da Constituição. Para ele, o guardião seria o Presidente do Reich – o império alemão. Ressalta ainda que este guardião “não estaria acima dos outros poderes constitucionais, mas ao lado, em uma relação de coordenação”. Mais ainda, “esse poder neutro não teria uma atuação contínua e regulamentadora, mas apenas intermediária, reguladora, defensora e só ativa em momentos de emergência”.⁹¹

Kelsen era partidário da existência de um Tribunal Constitucional como guardião da Constituição. Convém observar que ele não fazia uso frequente da palavra “guardião”, utilizando-a apenas ao rebater expressamente a posição de Schmitt.

⁸⁸ KLAUTAU FILHO, Paulo. *A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803)*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, N. 2, jul./dez. – 2003. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/download/50/50>>. Acesso em 31 out. 2014.

⁸⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. *Controle de Constitucionalidade: Evolução brasileira determinada pela falta do Stare Decisis*. Revista dos Tribunais. Ano 101. v. 920 junho/2012. p. 134

⁹⁰ FURLAN, Fabiano Ferreira. *O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen*. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Ano 3, nº 11 jan/mar. Belo Horizonte. 2010. p. 127.

⁹¹ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 193.

Para ele, “a jurisdição constitucional é compreendida como a garantia jurisdicional da Constituição que tem por objetivo assegurar o exercício regular das funções estatais”.⁹² Kelsen ainda mitigava a via difusa do controle de constitucionalidade, receando contradições nas decisões de corte menores, que pudessem comprometer a própria autoridade da constituição.

Para Schmitt, a neutralidade apresentada pela “Teoria Pura do Direito” de Kelsen não passava de um apoio das idéias liberais de proteção à burguesia. Argumentava que o Tribunal Constitucional atribuía poderes de legislador a seus membros, que assim ficariam politizados, o que romperia com o equilíbrio constitucional. Compreendia ainda que a possibilidade de revisão dos atos do legislativo por um tribunal Constitucional ameaçava a separação entre os poderes. Defendia que a estrutura judicial foi pensada para funcionar após a ocorrência do evento (*post eventum*), e assim a inversão dessa ordem transformaria o juiz em um personagem politicamente ativo, o que seria tarefa do legislador. Essa inversão de papéis imergiria o Estado num mundo de ficção. Entendia, por fim, dois últimos perigos neste tribunal: o estabelecimento de uma aristocracia de toga, e o poder de este tribunal fixar suas próprias competências, através de definições constitucionais.⁹³

Kelsen, em oposição, vislumbrava no exercício da jurisdição constitucional a possibilidade de “proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria”.⁹⁴

Sobre a suposta politização da Corte Constitucional, respondia que era um erro considerar que o exercício do poder só caberia ao legislativo, na medida em que o próprio legislador autorizava o juiz a avaliar os interesses em conflito, dentro dos limites estabelecidos em lei. A anulação de uma lei no exercício do controle de constitucionalidade não seria apenas o cumprimento da função jurisdicional, mas se constituiria desdobramento de uma função legislativa. A anulação de uma lei teria o mesmo conteúdo genérico de sua criação. Aponta ainda que a atividade do “legislador negativo” será sempre e absolutamente determinada pela Constituição.⁹⁵

Por fim, é preciso advertir que Kelsen não esgotava a concepção de guardião da constituição na figura do Tribunal Constitucional, admitindo outros atores institucionais no controle difuso de constitucionalidade. Mas, sobretudo, depositava sua confiança na implementação de garantias ao equilíbrio do sistema democrático.

⁹² KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 123

⁹³ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 73.

⁹⁴ KELSEN op. cit. p. 181.

⁹⁵ KELSEN op.cit. p. 153.

De qualquer maneira, o debate repercute até hoje. Tanto Schmitt quanto Kelsen reconheciam a existência de jogos de interesses no Parlamento, por meio de trocas de apoio por cargos e benefícios, atitudes que minavam a democracia. É uma realidade que perdura em nossos dias, e cada um desses jusfilósofos procurava vias para evitar tais frutos negativos do sistema democrático.

3.5 A certeza jurídica buscada por dois sistemas

Vimos assim que a preocupação com o equilíbrio de poderes, o controle constitucional e a busca da certeza jurídica foi preocupação constante da filosofia do direito, influenciando a doutrina, a magistratura e a sociedade. Observamos que o termo ‘certeza’ aqui é tomado enquanto previsibilidade nas decisões jurídicas, evitando assim conotação de dogmatismo.

Restringindo nosso estudo aos tempos modernos e contemporâneos, tomamos como referência as teses de René Davi sobre sistemas jurídicos. Como visto, é necessário que a classificação proposta por este pensador seja contextualizada ao tempo atual, dada a mútua influência que o *Civil Law* e o *Common Law* têm operado uma entre si.

No entanto, retomando suas raízes históricas, vemos que o percurso histórico das diferentes culturas analisadas favoreceu, à época, a constituição de dois sistemas jurídicos distintos. É importante observar que já em suas origens ambos entendiam a segurança jurídica como garantidora da liberdade, no entanto cada sistema buscou meios próprios de efetivá-la. Assim, a *Civil Law* nascida da Revolução Francesa entendeu que “manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica”:

[...] o *Civil Law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, com ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Mais, imaginou que a lei seria o suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos.⁹⁶

Em sentido oposto, a *Common Law* desde seu início reconheceu que a segurança jurídica estava mais vinculada à um sistema de interpretação da lei, do que na própria lei:

Isso significa que, nos países que não precisam se iludir com o absurdo de que o juiz não poderia interpretar a lei, naturalmente aceitou-se que a segurança e a previsibilidade teriam de ser buscadas em outro lugar. E que lugar foi esse? Ora, precisamente nos precedentes, ou mais precisamente, nos *Stare Decisis*.⁹⁷

⁹⁶ MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 61.

⁹⁷ MARINONI op. cit. p.62

Revisadas as raízes históricas dos dois sistemas – *Common Law* e *Civil Law* – adquirimos melhor compreensão da maneira como cada sistema busca garantir a segurança jurídica.

Vimos ainda discussões sobre o poder judiciário nos artigos de Madison, e o debate em torno da guarda da Constituição, por Schmitt e Kelsen. No próximo capítulo, passaremos aos aspectos teóricos da teoria dos precedentes.

4. Análise Teórica dos precedentes, e segurança jurídica

Neste capítulo iremos discutir aspectos teóricos dos precedentes, em uma abordagem breve, visto ser tema vasto e que transporia os limites deste trabalho.

A teoria dos precedentes, tal como operada na *Common Law*, está intimamente ligada ao conceito do *Stare Decisis*, o qual será o primeiro tópico a ser analisado nesta parte de nosso estudo.

4.1. O Conceito de *Stare Decisis*

Stare Decisis et non quieta movere: não se mude o que está decidido. A frase latina exprime o núcleo sobre o qual o sistema jurídico da *Common Law* está assentado, ou seja, a prática do respeito aos precedentes. De fato, a proximidade entre os conceitos é tal, que em diversas obras os dois termos são usados indistintamente, de maneira aleatória. No entanto, definir o que seja “*Stare Decisis*” não será tarefa simples, como reconhece Lima. Será um sistema de raciocínio através do qual se chega a uma sentença, ou uma maneira de justificar e dar legitimidade às sentenças prolatadas? Há autores a defender ambas as posições, como refere Schauer, indicando que “tem sido dito que precedentes são tanto uma forma de argumentação quanto de justificação”⁹⁸. Mas seja qual for a posição adotada, serão os precedentes a base das decisões judiciais no *Common Law*.

Assim, esse sistema possui uma dinâmica própria, e como já foi dito, não toma como referência Códigos estáticos, mas o corpo das decisões judiciais, sobretudo das cortes superiores, pelo que se pode facilmente identificar que “a característica marcante do sistema *Common Law* é a importância acordada às decisões dos juízes, e em particular aos juízes de apelação, como fonte do direito.”⁹⁹

De fato, o sistema de precedentes trabalha menos por normas abstratas do que por situações concretas, expressas e coligidas em um grande corpo jurisprudencial. No *Common Law*, como assinala Edward Levi, “o modelo básico de raciocínio jurídico é o raciocínio por exemplos.”¹⁰⁰ Seria assim um sistema eminentemente empírico, embora não descarte de forma alguma o valor dos conceitos abstratos.

⁹⁸ LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no Direito*. São Paulo. LTr. 2001. p. 43

⁹⁹ BEATSON, Jack. *Has the Common Law a future?* 1997. Apud Lima, Op. Cit. p. 25

¹⁰⁰ LEVI, Edward. *An Introduction to legal Reasoning*. 1949. Apud Lima, Op. Cit. p. 25

Tomar como referência algo precedente não é uma construção exclusivamente jurídica. Com efeito, no dia-a-dia, quando um indivíduo tem uma decisão a tomar, normalmente irá consultar previamente sua própria experiência, ou na ausência desta, de alguém que a tenha. Não será desarrazoado que antes de inovar se considere como válido o fato de que, se algo já foi realizado de certa maneira e sob as mesmas condições, poderá sê-lo no futuro. Embora possa parecer mero senso comum, Schauer assinala que o “suporte em precedentes é uma parte da vida em geral”¹⁰¹. Para ilustrar, o autor cita exemplos trazidos do cotidiano: uma criança que toca no fogo e se queima, não o fará novamente. Um médico que reconhece em um paciente os sintomas de tifo, faz seu diagnóstico com base na experiência precedente em outros casos semelhantes.

No entanto, como reflete Schauer, há um limite a se observar: a probabilidade de que o passado será igual ao presente ao mesmo tempo determina, mas também exaure o valor da prévia experiência. Assim, se o passado for verificado com errado, o valor da experiência *in casu* será rejeitada.

Retomados estes conceitos ao campo jurídico, poderíamos considerar que a doutrina do *Stare decidis*, ou do respeito aos precedentes, seria: “o poder e obrigação das cortes de basear as decisões em decisões prévias”, como refere Merryman.¹⁰² Tomando como referência os citados doutrinadores americanos, Lima prefere tornar mais explícito tal conceito:

A prática de aplicar precedentes ditos corretos ao processo de raciocínio jurídico, de modo que o resultado alcançado num caso presente similar não seja diferente do resultado adotado no caso precedente. A similaridade entre as decisões deve ser suficiente para demonstrar que um caso semelhante foi tratado da mesma forma, e para permitir que o público preveja a provável consequência legal de seus atos.¹⁰³

Postos estes aspectos introdutórios a respeito do *Stare Decisis*, passaremos ao estudo dos precedentes judiciais, procurando seus contornos, características e limitações.

4.2. Contornos conceituais do precedente

Tomados os conceitos anteriores, temos a importância do precedente no sistema do *Common Law*. Mas é preciso, previamente, evitar um erro conceitual: não será toda e qualquer decisão que servirá como precedente. É verdade que esta palavra é usada indistintamente para referir-se a um julgado ocorrido anteriormente. Mas em termos técnicos,

¹⁰¹ SCHAUER, Frederic. *Precedent*. Stanford Law Review. 1987. Apud LIMA, op. cit.

¹⁰² MERRIMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition*. 1985. Apud LIMA, op. cit.

¹⁰³ LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no Direito*. São Paulo. LTr. 2001. p. 45

temos que “quando utilizada de maneira mais estrita, a palavra precedente significa decisões vinculantes de Cortes Superiores da mesma jurisdição, assim como decisões da mesma Corte de apelação.”¹⁰⁴

Nesses termos, o precedente deverá revestir-se de determinadas características próprias. Em primeiro lugar, constituirá decisão acerca de matéria de direito – *point of law*, nos termos do *Common Law* – e não matéria de fato. Ainda assim, muitas decisões que tratam de matéria de direito apenas enunciam o que diz a lei, não trazendo uma solução judicial ou lhe dando uma interpretação. Estas também não constituirão precedente. Não basta mesmo que a decisão seja a primeira a interpretar uma norma. Será preciso mais do que isso. Para ser considerado um precedente, a decisão enfrentará todos os principais argumentos relacionados à questão de direito em tela, no caso concreto.

Em resumo, o autêntico precedente será uma decisão judicial que trata de matéria de direito, elaborando uma tese jurídica pela primeira vez, ou ainda, delineando-a definitivamente de maneira cristalina.¹⁰⁵ Assim, o precedente terá origem no que é chamado de *leading case*, um caso ao mesmo tempo primeiro, principal e condutor de outros que o seguirão.

4.3. A *Ratio Decidendi* no modelo do *Stare Decisis*

Na construção do precedente, os fundamentos que levaram à decisão serão de uma importância basilar para o modelo do *Stare Decisis*. Será a fundamentação, ou a razão de decidir, que dará o significado de um precedente, mais do que a decisão em si mesma. Como assinala Yupanqui:

Ao contrário do que se normalmente se crê, não é a decisão que recebe a qualidade de precedente. Esta recai no fundamento ou elaboração argumentativa (...) que sustenta a decisão tomada. Esta recebe o nome de *ratio decidendi*.¹⁰⁶

Como consequência, não será propriamente a decisão do precedente que irá vincular o juiz do caso novo, mas sim os fundamentos e a razão de decidir do paradigma precedente. Desta maneira, a razão de decidir, ou seja a *ratio decidendi* no termo latino apropriado pelos

¹⁰⁴ SUMMERS, Robert. Apud MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 213.

¹⁰⁵ MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 214.

¹⁰⁶ ABAD YUPANQUI, Samuel B. Código Procesal Constitucional. Lima: Palestra, 2005. p. 46. Apud TAVARES, André Ramos. As decisões vinculantes (precedentes) da justiça constitucional. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 15-33. Tradução nossa.

anglo-saxônicos, será em primeira perspectiva a tese jurídica ou interpretação da norma para o caso em questão.

É necessário observar, no entanto, que a *ratio decidendi* não pode ser confundida com a ‘fundamentação’, como existe no processo civil nacional. A *ratio decidendi*, no sistema do *Common Law*, é extraída – ou mais bem elaborada – a partir de elementos da fundamentação, do dispositivo e do relatório.

A razão disso é que “na decisão do *Common Law*, não se tem em foco somente a segurança das partes, mas também a segurança dos jurisdicionados, em sua globalidade”. Vejamos que uma sentença, ao ser prolatada, passa a ser protegida pela ‘coisa julgada’, garantindo assim segurança às partes. E a *ratio decidendi* de um precedente – dentro do sistema do *Stare Decisis* – ao vincular a magistratura, passa a garantir segurança a todos os jurisdicionados.

4.4 Como a doutrina *Stare Decisis* é seguida?

Tomado o princípio de que os precedentes, dentro do sistema do *Common Law*, são tomados como referência nas decisões judiciais, cumpre analisar de que maneira a doutrina do *Stare Decisis* é seguida. Referência nesse campo são os estudos de Alexander, o qual propõe três modelos básicos pelos quais os precedentes poderiam ser seguidos: o modelo natural, o modelo da regra e o modelo do resultado.¹⁰⁷ Os exemplos a seguir são do próprio autor citado:

4.4.1. Modelo natural:

Considere-se que um pai tem uma filha de 13 anos, que lhe pede para ir a um show de rock. Pesando riscos e benefícios, o pai decide autorizar. Ora, é bem provável que quando o irmão mais novo também chegar aos 13 anos e fizer pedido idêntico, provavelmente irá utilizar o fato da irmã a título de precedente.

Por esse caso hipotético, se depreende os dois valores pelos quais o modelo natural justifica a constrição que os precedentes causam: igualdade de tratamento, e confiança numa justa expectativa.

Os dois valores citados são de caráter natural, não constituindo assim regra. Assim, ao adotá-los, os tribunais teriam ampla margem de liberdade de seguir ou não o precedente.

¹⁰⁷ ALEXANDER, Larry. *Constrained by Precedents*. Southern California Law Review n.4 (1989). Apud. LIMA, *Precedentes no Direito*. São Paulo: LTr. 2001. p. 49

Alexander considera que esse dois valores, embora muito plausíveis, poderiam levar a uma versão muito fraca e com pouca vinculação da doutrina do *Stare Decisis*, justamente por permitir demasiada discricionariedade aos tribunais.

4.4.2. Modelo da regra:

Este modelo prevê que os tribunais teriam a autoridade de promulgar uma regra geral, algo como uma lei que seria vinculante aos tribunais hierarquicamente inferiores ou de igual hierarquia.

Pode-se entender essa vinculação sob duas dimensões, como refere Alexander: A primeira dimensão seria o nível de ‘força de constrição’. Em versão mais forte o precedente seria comparável a uma provisão constitucional: a corte constricta não poderia de nenhuma forma decidir de maneira contrária. Em versão mais fraca, os precedentes seriam mais passíveis de decisões em contrário.

A segunda dimensão seria o modo como é construído o precedente por um tribunal. Deveria satisfazer três condições: Primeiro, a regra do precedente deve ter uma formulação canônica (*canonical formulation*), mesmo que o cânon não apareça explicitamente na decisão original. Segundo, a regra deve ser tratada separadamente das razões que levaram a sua adoção pela corte, pois só a regra, e não as razões irão vincular os tribunais subordinados.

Pelo modelo da regra, um tribunal teria apenas duas escolhas: ou seguir o precedente de forma canônica, ou decidir de modo contrário a este. Em princípio, qualquer prática em alargar ou estreitar os limites do precedente não seria aceitável, e significaria decidir de modo contrário àquela regra.

Alexander considera o modelo da regra melhor que o modelo natural, pois os tribunais inferiores, e as pessoas em geral, absorvem melhor as direções vindas de regras gerais. Além disso, tais regras providenciam maior previsibilidade judicial, em face de outros fatores que também poderiam afetar as decisões, tais como inclinação política do magistrado, classe econômica do jurisdicionado, etc.

No entanto, há problemas ao modelo da regra. O mais óbvio e grave é que se poderia argumentar que o tribunal ao criar uma regra estaria agindo como um legislador. Alexander avalia que esse problema é tão grave que bastaria para colocar de lado o modelo da regra.¹⁰⁸

¹⁰⁸ ALEXANDER, 1989 Apud. LIMA, *Precedentes no Direito*. São Paulo: LTr. 2001. p. 52-54.

4.4.3. Modelo de força intermediária do precedente, ou dos resultados:

Um terceiro modelo poderia ser tomado, procurando o equilíbrio entre o fraco modelo natural, e o rígido modelo da regra. Lima lembra que nos embates entre teorias jurídicas, não raro modelos que buscam equilíbrio entre os extremos são justamente os que ‘vingam’.

O modelo intermediário é – sobretudo – um equilíbrio de fatos. Seria a separação e individualização dos fatos que levaram o tribunal precedente a decidir do modo como decidiu. O tribunal constrito poderá dar atenção aos fatores presentes no fato que o tribunal precedente decidiu. Por exemplo, estando presentes os fatos A, B e C, deve-se tomar a decisão X. Se estiverem presentes tais fatos, não há dúvida de que o precedente deve ser seguido. Se, no entanto, houver outros fatores pesando mais que A, B e C, o tribunal constrito provavelmente decidirá de modo diverso do precedente. O mesmo tempo quem que há considerável garantia de previsibilidade, outros fatores podem ser pesados, e os tribunais constritos não ficarão nem excessivamente livres, nem demasiado constritos.¹⁰⁹

Desta maneira, Alexander pondera que, nos sistemas jurídicos onde há o respeito aos precedentes, o modelo dito intermediário é o mais seguido, tanto pelos operadores do direito quanto pelos tribunais. O modelo da regra seria utilizado por tribunais inferiores, com relação aos hierarquicamente superiores. E o modelo natural seria empregado quando juízos de mesmo grau, ou sem vínculo jurisdicional algum, utilizariam precedentes uns dos outros, apenas como referência à suas decisões.

4.5 Requisitos e limitações na aplicação do *Stare Decisis*

Algo fundamental para que se possa aplicar a doutrina do *Stare Decisis* é definir a identidade – ou a falta dela – entre um precedente e o caso apresentado à corte. Como não existem casos exatamente iguais, é óbvio que entre um precedente e o caso ao qual se quer aplicá-lo, certamente existirão diferenças. Dentre essas diferenças, a questão é definir quais serão relevantes, e quais não.¹¹⁰

“A identificação de padrões relevantes é um dos caracteres mais distintos do sistema jurídico baseado em casos, e é muitas vezes chamado paradigma analítico. Schauer chama de regras de relevância ou regras de categorização”. É de ser observar que a determinação dos

¹⁰⁹ ALEXANDER, 1989 apud. LIMA, *Precedentes no Direito*. São Paulo: LTr. 2001. p. 55-56.

¹¹⁰ SCHAUER, 1987 apud LIMA, *Precedentes no Direito*. São Paulo: LTr. 2001. p. 63.

padrões ou fatos relevantes muda através dos tempos. Por exemplo, a raça ou gênero já foi fator determinante para certas escolhas, hoje é fator com menos importância.

Se a assimilação é praticada de uma maneira mais geral e inclusiva, os precedentes serão mais úteis e mais usados. Se um juiz lê os precedentes muito estritamente, certamente passará a fazer muitas distinções entre casos, e acabará fazendo menos uso dos precedentes.

A identidade de um precedente, para sua aplicação, pode ser determinada também pelo uso da linguagem jurídica na decisão prévia. Palavras muito abrangentes farão o precedente ter um uso igualmente abrangente. Termos muito específicos e caracterizados produzirão um precedente limitado, e conseqüentemente de difícil assimilação. Tal escolha poderá, inclusive, ser uma decisão do próprio magistrado, com vistas a restringir um futuro uso de sua decisão.¹¹¹

Outro ponto a se tomar em conta ao estudar a similitude de casos é o conjunto dos fatos. Pode ser que haja, hipoteticamente, um precedente prevendo que acontecendo a soma das situações “A+ B + C”, a decisão deverá ser “X”. Assim, encontrando apenas a situação “A + B”, o tribunal não estaria vinculado ao precedente. No entanto, pode acontecer que ainda assim, considerando a relevância dos dois primeiros fatores (“A + B”), o tribunal decida aplicar o precedente. Isso seria tornar mais abrangente a regra do precedente. Mas de certo modo, é um meio de repelir (*overruling*) o precedente, quanto à necessidade do fato “C”.¹¹²

4.5.1 A Diferenciação (*distinguishing*)

Como visto, no ato de julgar, poderá acontecer que o magistrado reconheça que o caso concreto sob sua análise é distinto do precedente proposto. Então fará uma distinção (*distinguishing*). É justamente esta possibilidade de aplicar distinções uma das mais importantes ferramentas para a evolução do direito no *Common Law*.

Para melhor compreensão do que seja o *distinguishing*, Lima cita as palavras do juiz Jack Weinstein, que explana:

A *Stare Decisis* não é uma barreira para a justiça; as regras passadas pela corte mais alta no país ou por uma corte intermediária não são imutáveis. A *Stare Decisis* não se aplica quando princípios constitucionais ou morais são desafiados pela sua aplicação. A corte inferior só está vinculada quando, primeiro, a regra da corte superior é absolutamente clara; segundo, mudanças na jurisprudência, leis e condições fazem certo que a regra

¹¹¹ SCHAUER, 1987 apud LIMA, op. cit. p. 64.

¹¹² ALEXANDER, Larry. *Constrained by Precedents*. Southern California Law Review n.4 (1989).

permanecerá imutável na corte suprema; e em terceiro, a regra se aplica inequivocadamente aos fatos perante a corte. Minha posição é...que mesmo quando todas as três condições são satisfeitas, uma regra previamente enunciada não pode, e não deve, prevenir um juiz americano de seguir a constituição e o que ele ou ela considera seus imperativos morais. Os precedentes podem ser distinguidos em várias frentes, como, por exemplo, por caracterizar a ‘regra’ como dictum, e por achar linhas paralelas de autoridade.¹¹³

Observe-se que quando Weinstein emprega o termo ‘norma’, o usa no sentido de precedente judicial, e não lei. De qualquer maneira, o trecho explana como o juiz do *Common Law* tem certa liberdade em julgar, e poderá decidir um caso sem estar estritamente vinculado a todos os aspectos do precedente, e mesmo assim sem ferir a integridade do *Stare Decisis*. Isso o fará empregando o *distinguishing*. É esta liberdade, dentro de seus limites, que possibilita aos juízes manterem o direito atualizado. O uso do modelo de força intermediária, anteriormente aludido, evitaria que o excesso de liberdade tirasse os valores de previsibilidade e confiabilidade que o sistema jurídico possui.

Além disso, pela passagem referida, se deduz que ao empregar o *distinguishing*, sempre haverá uma regra jurídica ou princípio, deduzidos de um caso anterior. Nota-se também referência ao termo latino *Dictum*: (singular: *dicta*) estes seriam os elementos da decisão que não vinculam nem obrigam, e assim não carregam em si conteúdo decisório, fazendo apenas parte dos motivos. É justamente em diferenciar entre o que será conteúdo do precedente, e o que será *dictum*, que o juiz terá segurança em sustentar o *distinguishing*.

4.5.2 A decisão em sentido contrário: o *overruling*

Ao analisar o instituto do *distinguishing*, observa-se o momento em que um juízo alarga ou estreita os limites de um precedente. Porém, haverá momentos em que a argumentação no sentido de aplicar o precedente será forçada, ou claramente insuficiente. Os fatos claramente irão apontar em outra direção. Este será o momento de o tribunal tomar uma decisão em sentido contrário ao precedente proposto. É o chamado ‘*overruling*’, expressão que carrega em si sentidos como anular, ter sentido contrário, ou mesmo rejeitar.¹¹⁴

Ao decidir de modo contrário, um juízo terá em conta uma série de argumentos variáveis. Possivelmente, o maior valor ligado ao precedente será a justiça, a qual ele jamais

¹¹³ WEISTEIN, 1995. Apud LIMA, *Precedentes no Direito*. São Paulo: LTr. 2001. p. 66. Tradução nossa.

¹¹⁴ LYNTON. Jonathan S. *Ballentine's Legal Dictionary and Thesaurus*. Thomson Learning. Albany, NY:1995. p. 468.

poderá ferir, como assinala Luban: “se um precedente é em si injusto, perpetuar sua injustiça é em geral um mal ontologicamente maior do que tratar casos iguais de maneira diferente”.¹¹⁵

Assim, o valor de um precedente será intrínseco e substantivo. Mesmo sendo uma referência jurídica consolidada, o operador do direito deverá avaliar se foi decidido corretamente em sua origem. Ou seja, se um juiz decidisse tal caso no dia de hoje, daria a mesma sentença?

Por fim, pode-se tomar em conta que não raro, será mais cômodo ao magistrado utilizar o *distinguishing*, do que justificar um *overruling*, embora este último muitas vezes seja o mais honesto. Em verdade, como afirma Lima, “muitas vezes os juízes distinguem o indistinguível”.¹¹⁶ Talvez o façam, em alguns casos, por recear que uma decisão em contrário seja atitude muito forte. Por outro lado, quando a mudança de conceitos jurídicos ainda está sendo amadurecida, distinções sejam apropriadas. O que certamente não será desejável são as distinções impróprias e forçadas, ou mesmo feitas com hesitação. Neste caso, a consequência provavelmente será a imprevisibilidade.

4.6. A justificação das “normas” derivadas de precedentes judiciais

Depois da Filosofia produzida por Hart, os juristas passaram a olhar o Direito a partir do ponto de vista interno, ou seja, a perspectiva dos que obedecem e aplicam normas jurídicas. Os estudiosos do direito entenderam que não se pode analisar o Direito com o mesmo método dos cientistas que formulam suas leis físicas. Isso foi uma “autêntica revolução na filosofia jurídica”.¹¹⁷

No entanto, passado este momento, outros autores – entre eles Dworkin – perceberam que nenhuma teoria positivista pode ser completamente adequada para entender a natureza do direito, quando se abandona a perspectiva do observador. O positivismo ‘puro’ estaria enfraquecido enquanto teoria jurídica, pois advoga uma separação a priori entre o Direito e Moral, o que pouco corresponde à prática do Direito em sociedades avançadas.

Como bem aponta Bustamante, “Parece mais plausível que, apesar de o Direito e a Moral poderem ser conceitualmente diferenciados, haja uma mútua dependência entre

¹¹⁵ LUBAN, 1991. Apud LIMA. *Precedentes no Direito*. São Paulo: LTr. 2001. p. 67. Tradução nossa.

¹¹⁶ LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no Direito*. São Paulo. LTr. 2001. p. 68

¹¹⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo. Noeses. 2012. p. 251

ambos”.¹¹⁸ Essa nova forma de se entender o Direito e sua relação com a moralidade gerou sérias conseqüências para a teoria dos precedentes judiciais.

Diferentemente do *Civil Law*, o *Common Law* deixou-nos como legado um rico conjunto de ferramentas metodológicas para interpretar e aplicar precedentes judiciais. A vasta literatura no Reino Unido sobre a definição do *ratio decidendi* de um caso, e sobre os métodos de extraí-la na atividade prática de argumentação jurídica é, de fato, um ponto de partida sólido para uma teoria da adjudicação. Ou seja, tais ferramentas metodológicas se apresentam como razões para se decidir questões controvertidas e superar muitas das dificuldades que nós encontramos nos denominados *hard cases*.

Mas mesmo a teoria inglesa dos precedentes judiciais é também fortemente positivista. A ideia que é um risco a possibilidade dos juízes criarem o *case law* por sua própria autoridade está na base dessa teoria. Foi essa idéia que levou os juristas a se preocuparem em distinguir entre a *ratio decidendi* – a parte vinculante da decisão judicial – e o *obiter dictum* – os elementos sem conteúdo de autoridade que se manifestam nos pronunciamentos judiciais.

Foi este ‘perigoso poder de criação’ do Direito por parte dos juízes, reconhecido pelo Positivismo, que levou a uma abordagem muito estreita dos precedentes judiciais. Em seu entender, tornou-se necessário interpretar as normas de modo estrito. Uma decisão anterior somente poderia vincular uma posterior “nas questões fáticas e jurídicas levantadas e discutidas perante a corte”, no dizer de Whittaker.¹¹⁹ Assim o Positivismo restringia a criação jurídica do direito, dentro do âmbito do *Common Law*.

Porém, em fins do século XX, houve uma diminuição da influência do Positivismo, devido à ascensão das teorias de argumentação jurídica, as quais buscavam “aproximar o direito real do direito ideal”,¹²⁰ ao proporem olhar o direito a partir da perspectiva do participante, e assim voltarem para a justificação racional das decisões judiciais concretas. Sob esse ponto de vista, o modelo positivista da teoria inglesa tradicional deixou de ser a única opção como referência para interpretação e aplicação do Direito judicial. Muda radicalmente o fundamento da obrigação de seguir os precedentes judiciais.

Assim, na questão da interpretação e aplicação dos precedentes, pode-se identificar a “tensão entre *ratio* e *auctoritas*”, que caracteriza o Direito positivo de modo geral. Em um dos pólos dessa tensão está o elemento de autoridade inato ao próprio Direito. No outro pólo, o Direito lastreado pela moral, em um confronto delineado por Bustamante:

¹¹⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo. Noeses. 2012. p. 251

¹¹⁹ WHITTAKER, Simon. *Precedent in English law: a view from the citadel*. *European review of law*, 5-6. 2006 p. 715

¹²⁰ BUSTAMANTE, op.cit. p. 254

Direito e Moral compartilham o fato de que ambos necessitam um ao outro: o Direito sem a moralidade perde seu aspecto ideal e se transforma em uma prática arbitrária, onde o mais forte cria leis para o mais fraco; ao passo que a Moral sem a facticidade do Direito é um mero sistema de saber cultural que carece de qualquer garantia de eficácia.¹²¹

Desta maneira, não haveria apenas razões de ordem institucional para que se seguissem os precedentes, mas também razões de ordem moral. É por isso que em casos concretos essas razões morais demandem uma reinterpretação do Direito, o *overruling* de uma regra jurisprudencial que já não encontre respaldo moral para sua aplicação, ou seja, esteja moralmente superada. Quando essa situação acontecer, deve-se buscar um equilíbrio entre o princípio da segurança jurídica e da correção substancial, para se decidir se o *case law* deve ou não ser modificado.

Isso se compreende melhor dentro do modelo de Estado Constitucional contemporâneo, onde os atos judiciais devem, quanto possível, atender à justificação racional, e não apenas ter por base a ‘autoridade’ dos juízes e tribunais. Essa responsabilidade do magistrado é tanto maior quando se toma em consideração o efeito modificativo que uma sentença poderá operar no sistema jurídico, como sustenta Gilmar Mendes ao comentar que “as sentenças posteriores que modifiquem a situação normativa, com eventual mudança de orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima”.¹²²

4.7. A interpretação dos precedentes: os limites da *Ratio decidendi*

Ao estudar a teoria dos precedentes, naturalmente surgem perguntas: o que deve ser contado como precedente judicial? Seria trabalho do operador do direito extrair o *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso que se quer tomar como paradigma dali em diante. Mas é justamente a noção do que seja o *ratio decidendi*, e quais seriam os critérios para sua determinação, que ainda hoje constituem tema fortemente controverso. Como bem observa Marshall, “não há uma única forma de dizer o que aconteceu em um caso particular, e descrevê-lo é selecionar as suas notas mais relevantes para o propósito em questão”.¹²³

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez: sobre *El Derecho y El Estado Democrático de derecho en Términos de Teoría Del Discurso*. 4ª Ed., Madrid. Trota. 2005. p. 535

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional – O controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*. São Paulo. Saraiva. 1998. p. 284

¹²³ MARSHALL, Geoffrey. *What is bidding in a precedent*. Apud MACORMICK, Neil e SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents – A comparative study*. Aldershot. Dartmouth. 1997

Ultrapassa os limites de este estudo aprofundar esta controvérsia. Basta lembrar que a maioria dos autores da teoria positivista “compartilham o pressuposto de fundo de que o juiz cria por sua própria autoridade institucional o direito jurisprudencial”.¹²⁴ Em oposição, a teoria declaratória argumenta que os juízes somente declaram o direito, pelo que sempre deverão embasar suas decisões em razões juridicamente reconhecidas, deduzida de princípios jurídicos gerais, por meio de uma argumentação racional. No entanto, como aponta Zimmermann, “Uma nítida e claramente demarcada distinção sobre quando, e em que extensão, os tribunais estão declarando ou criando o Direito é provavelmente impossível de ser estabelecida”.¹²⁵

Tendo em vista tal obstáculo se entende que Bustamante proponha ser “mais correto que uma disputa pura e simples entre a teoria declaratória e a teoria positivista parece, a meu ver, reconhecer um pouco de razão a cada um desses *approaches*”.¹²⁶ Da teoria positivista se toma a afirmação – em geral correta – de que os juízes têm de fato certo poder criativo ao interpretar e aplicar a norma aos casos concretos. E da teoria declaratória se adota a tese de que os magistrados, ao aplicar o Direito ao caso concreto, estão adstritos à sistematização racional do Direito.

Em vista dessa busca pelo equilíbrio entre as teorias que buscam justificar o direito extraído dos precedentes, tem toda propriedade o modelo proposto por Dworkin, de *Law as integrity* – Direito com integridade, visto em capítulos anteriores deste estudo: de fato, sob este prisma, cada magistrado, em cada nova decisão, agrega o material normativo trazido pelas decisões anteriores, e assim realiza uma forma de ‘síntese’ do conhecimento acumulado pelo tribunal em julgamentos anteriores.

Encerrado este capítulo sobre os contornos teóricos dos precedentes, e visto a relação destas teorias com as propostas de Dworkin, veremos no capítulo seguinte em que medida as propostas do respeito aos precedentes enquanto garantidor da segurança jurídica em influenciado e modificado o sistema jurídico brasileiro.

¹²⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo: Noeses. 2012.p. 261

¹²⁵ ZIMMERMANN, 1998. Apud BUSTAMANTE, op.cit. p. 264

¹²⁶ BUSTAMANTE, op.cit. p. 264

5. O reconhecimento dos Precedentes no sistema jurídico brasileiro atual

As preocupações com o aperfeiçoamento do sistema judiciário não são exclusivas de filósofos como Ronald Dworkin, nem tampouco restritas aos doutrinadores americanos ou europeus. Também no Brasil diversos pensadores e organizações têm escrito e agido a esse respeito, e um relevante resultado nesse sentido foi a Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004. Esta Emenda alterou de modo profundo o sistema judicial brasileiro, mas nesse estudo abordaremos somente as modificações relativas à valorização dos precedentes e da jurisprudência.

5.1. A Emenda Constitucional 45 e recepção do sistema de precedentes no Direito Civil

Conforme a Exposição de Motivos publicada em despacho da Presidência da República, os três poderes buscaram uma aliança de metas e propostas, através do chamado “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”. Esse documento reconheceu haver no país um “consenso em torno das dificuldades na eficácia do Judiciário”, as quais “solapam a crença dos cidadãos no regime democrático”. Em função disso, a Exposição apresentou uma série de dificuldades a serem superadas, melhorias já em curso e propostas de novas soluções.¹²⁷

Nesta Exposição de Motivos, dois tópicos têm especial relação com esse estudo: o 2º tópico: “Reforma do sistema recursal e dos procedimentos”; e também o 10º tópico: “Coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas”. Nestes dois campos, a EC 45 fortaleceu a importância dos precedentes, o que confirma, com já visto, a tendência de aproximação entre o *Common Law* e o *Civil Law* que tem tomado curso atualmente.

5.2. Instituições jurídicas brasileiras conexas com o *Stare Decisis*: semelhanças e diferenças

Dentro da tendência já apontada, referente à aproximação entre os dois grandes sistemas jurídicos ocidentais, passaremos a uma rápida análise de institutos jurídicos os quais foram gradualmente sendo adotados no direito brasileiro, que guardam semelhança – ainda que não identidade – com o *Stare Decisis* da *Common Law*.

¹²⁷ BRASIL: exposição de motivos/MJ 204, de 15/12/2004 - D.O.U. de 16/12/2004, p. 8: Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e Republicano - Reforma do judiciário.

No entanto, é necessário observar que, como aponta Nogueira, estas mudanças no nosso sistema jurídico se operam por “diversos instrumentos, inseridos por leis distintas que não guardam harmonia entre si”.¹²⁸ Assim, nem sempre os precedentes serão utilizados de maneira correta. Este autor lamenta que no mais das vezes apenas é feita a “citação do número do recurso que constitui o precedente que está sendo invocado para justificar uma determinada decisão”. É um mau uso do conceito do precedente, pois “a força do precedente se perde quando respeitá-lo passa a ser sinônimo de mencionar o número ou transcrever a ementa”.¹²⁹

Outra dificuldade apontada por autores é a razão da utilização dos precedentes: no Brasil, os precedentes têm sido vistos como mera solução para acelerar os julgamentos e “desafogar o judiciário”. Esta prática pode resultar danosa, pois conduz precedentes sem o necessário embasamento segundo os princípios do *Stare Decisis*. Como adverte Nogueira:

Os precedentes na Common Law são precipuamente usados como fonte do direito, o que faz a decisão que se estabelece como precedente ter uma formatação completamente diferente. Há o cuidado sensivelmente maior em julgar o caso concreto baseado em precedentes, posto que o Tribunal trabalha com o precedente como fonte de direito, e não como técnica de aceleração do julgamento dos recursos.¹³⁰

Feitas essa ressalvas, passamos a analisar alguns dos institutos jurídicos adotados no sistema brasileiro onde se percebe a influência do *Stare Decidis*.

5.2.1. Súmulas: a uniformização da jurisprudência

Podemos buscar o conceito do que seja ‘súmula’ na própria raiz latina do termo – *summula* – diminutivo de *summa*: o ponto mais alto de algo, a primeira categoria, o ponto essencial. Também significa o sumário, a sinopse de um assunto, ou ainda a ‘autoridade suprema’ em determinada matéria.¹³¹ Dentro desses contornos, pode-se entender que, dentro do contexto jurídico, súmula seria a busca do ponto essencial, dentro do sumário do que se pensa em determinada matéria.

Desde seu início, o instituto das súmulas proporcionou parâmetros para decisões dos tribunais inferiores e dos juízos singulares. Além disso, o próprio legislativo tomou como

¹²⁸ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisisset Non Quieta Movere: A vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 220.

¹²⁹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisisset Non Quieta Movere: A vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 226.

¹³⁰ NOGUEIRA, op.cit. p. 227.

¹³¹ LEITE, Roberto Babiloni. *Manual de direito sumular do trabalho*. São Paulo. Ltr. 1999. p. 13

referência as súmulas para a edição de dezenas de leis, procurando a “sabedoria nelas contidas”, no dizer de Barros.¹³²

O atual Código do Processo Civil brasileiro, nos art. 476-479, permite a criação de súmulas. Estas poderão ser criadas através do chamado ‘procedimento de uniformização da jurisprudência’.¹³³ Tal procedimento será iniciado pelo juiz, seja com ou sem petição de uma das partes, em um tribunal de segunda instância. É necessário, para tanto, que haja duas decisões discrepantes, em idênticas situações de fato e de direito, entregues pelo mesmo tribunal. Será então uma turma especial deste tribunal que decidirá qual é o entendimento a ser seguido, dora em diante, no assunto submetido. Tal decisão é conhecida como súmula, e é normal que venha a ser publicada em revistas jurídicas.

A edição de súmulas consolidou-se nos Tribunais de Justiça dos estados da Federação, e hoje, dado a disseminação da tecnologia, facilmente as encontramos nos sites oficiais destes juízos. Ao tempo deste estudo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹³⁴ havia editado 43 súmulas; o de Minas Gerais, 98 súmulas;¹³⁵ e São Paulo, 147 súmulas.¹³⁶

São notórias, sobretudo, a súmulas dos Tribunais Superiores. O Supremo Tribunal Federal já editou 736 súmulas, e o Superior Tribunal de Justiça 510 súmulas. Estes rápidos dados demonstram a consolidação que o respeito aos precedentes, materializados em súmulas, conquistou no âmbito jurídico nacional.

Mas convém observar que, ao contrário do que muitos poderiam pensar, a disseminação de súmulas não visa tolher e reprimir a liberdade e criatividade dos juristas, como diz Buzaid, ao assinalar que “a súmula é estabelecida não para impor cega obediência ao primado da exegese, estancando, desvanecendo ou estiolando o espírito criador dos juristas em busca de fórmulas novas que atendam ao objetivo da justiça”.¹³⁷

¹³² BARROS, 1986 apud TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Judiciário e Segurança Jurídica – A questão da súmula vinculante*. Rio de Janeiro. América Jurídica. 2004. P.75

¹³³ LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no Direito*. São Paulo: LTr. 2001. p. 104.

¹³⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: Súmulas do TJ RS: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/sumulas/sumulas_do_tribunal_de_justica/>. Acesso em: 8 out. 2014.

¹³⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO D MINAS GERAIS: Súmulas do TJ MG: (29 súmulas cíveis e 69 súmulas criminais) – Disponível em: <<http://migre.me/18HTT>>. Acesso em: 8 out. 2014

¹³⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO: Súmulas do TJ SP: Disponível em: <<http://migre.me/18I1d>>. acesso em: 8 out. 2014.

¹³⁷ BUZAID, Alfredo. *Uniformização da jurisprudência*. Revista Ajuris, nº 34. Porto Alegre, 1985. P 212.

Desta forma, as súmulas – sobretudo dos tribunais superiores – consolidaram sua força na prática jurídica brasileira. Fato reconhecido por vários autores, dentre os quais citamos Streck, que assinala:

Não se pode conceber que juízes de primeiro grau e outros tribunais julguem à revelia das proposições constantes na súmula. Em face da autoridade que a Constituição outorga ao Supremo – e ao STJ – não dar força de lei à jurisprudência dominante firmada em Súmula seria frontar sua soberania, reconhecer a imperfeição do Poder Judiciário e, finalmente, impedir a certeza jurídica.¹³⁸

Todavia, embora goze do supracitado respeito e prestígio, e serem muito usadas no país – algumas vezes súmula de um estado é mesmo usada em outro – a súmula produto do incidente de uniformização, terá apenas ‘efeitos persuasivos’, como refere Medina:¹³⁹

A súmula produto do incidente de uniformização, de efeitos persuasivos, não se confunde com as súmulas vinculantes, previstas no art. 103-A, CF, e regulamentada pela Lei 11.417/2006. As primeiras apontarão a orientação jurisprudencial seguida pelo tribunal, representado um norte importante no que tange à solução da controvérsia de direito, sem, contudo, dispor de qualquer eficácia vinculatória.

Aliás, como assinala o próprio Código do Processo Civil¹⁴⁰, a súmula apenas “constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”; não será considerada como lei¹⁴¹, e assim não obrigará os juízos inferiores.

Deste modo se chega ao ponto em que, mesmo que haja certa “eficácia natural das súmulas”¹⁴², como refere Mancuso, ou seja, “sua aptidão para prevenir os excessos da divergência jurisprudencial – embora não possua obrigatoriedade – ainda assim remanesce um entendimento de que se poderia chegar a um “ponto ótimo” no caminho na uniformização. Isto seria alcançado quando houvesse determinado tipo de súmula, não somente com o caráter de jurisprudência predominante, mas sim dotada de eficácia vinculante.

¹³⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro – Eficácia, poder e função*. 2ª Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1998. P. 141-143

¹³⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. In *Código do Processo Civil Anotado*. OAB Paraná. Disponível em <www.oab.pr>. p. 901. Acesso em: 12 abr. 2014.

¹⁴⁰ BRASIL. Lei 5.895, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 abr. 2014.

¹⁴¹ MOREIRA, Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 17ª ed. p. 225.

¹⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 318

5.2.2. Súmulas: o Efeito Vinculante

Em 2004, no entanto, houve importante mudança em nosso sistema jurídico. A referida Emenda Constitucional n.º 45, entre tantas inovações, trouxe a possibilidade de súmulas que possuíssem esse efeito vinculante sobre todos os órgãos do Poder Judiciário, e também sobre a Administração Pública direta e indireta, seja nas esferas federal, estadual e municipal. Segundo esta emenda, somente o STF terá competência para, apenas em matéria constitucional que tenha sido objeto de reiteradas decisões daquela casa, editar, revisar e cancelar o ‘enunciado vinculante’.

Não faltarão críticos à sua adoção das Súmulas Vinculante em nosso sistema jurídico, mas boa parte dos doutrinadores aponta suas vantagens, entre eles Wambier, que refere:

Somados os prós e contras (e há inúmeros prós e inúmeros contras), sempre nos pareceu conveniente a adoção do sistema de súmulas vinculantes. Sempre consideramos ser uma medida vantajosa, já que se de um lado acaba contribuindo para o desafogamento dos órgãos do poder judiciários, de outro lado, e principalmente, desempenha papel relevante no que diz respeito a valores prezados pelos sistemas jurídicos: segurança e previsibilidade.¹⁴³

É verdade que a maneira como as Súmulas Vinculantes foram entendidas em nosso Direito não as identifica plenamente com o conceito de precedente, ainda que haja certa aproximação prática: “as súmulas foram vistas como normas gerais e abstratas, tentando-se compreendê-las como se fossem autônomas em relação aos fatos e valores relacionados com os precedentes que as inspiraram”.¹⁴⁴ Há muitos críticos em relação a elas, Streck entre outros¹⁴⁵. Mas é inegável que sua adoção foi mais um passo na aproximação entre a *Common Law* e a *Civil Law*.

Convém observar que essa inovação não adentra na prerrogativa do poder legislativo em criar a lei, assim uma súmula vinculante jamais irá restringir o legislativo, como lembra Medina: “Importante frisar que o Poder Legislativo, no âmbito de sua atuação normativa, não se vincula à súmula prevista pelo art. 103-A, CF, estando livre para editar lei em sentido diametralmente oposto”.¹⁴⁶

¹⁴³ WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional 45/2004* (reforma do judiciário): lei 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. P. 120-122.

¹⁴⁴ MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 482

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas do Direito Brasileiro. Eficácia, Poder e Função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

¹⁴⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. In *Código do Processo Civil Anotado*. OAB Paraná. Disponível em <www.oab.pr>. Acesso em 12 abr. 2014.

Deste modo, quando o legislador houve por bem conceder essa eficácia à Súmula Vinculante, supriu lacuna que havia em nosso sistema, fato inclusive lamentado por integrantes dessa corte, como vemos no aresto do min. Oscar Corrêa, ao comentar a inobservância destas, em voto no RE 101214-5-RS:

[...] se se conhece a súmula – e o juiz brasileiro não a pode desconhecer – e se não a aplica, autoriza-se a interposição do remédio processual para repor a orientação da Corte Maior; e se obriga, desnecessariamente, a iniciativa da parte, exigem-se ônus injustificáveis e requiere-se prestação jurisdicional a que se poderia e deveria evitar.

Uma análise menos profunda poderia sugerir que o direito sumular poderia exacerbar a função judicante, que seria ‘tentada’ a extrapolar seus limites. Ao contrário, as súmulas “colocam parâmetros seguros, que impedem o arbítrio e a injustiça ocorrentes quando respostas discrepantes são dadas em casos substancialmente análogos”¹⁴⁷, como bem sintetizou Dawson, professor de Harvard:

A compulsão para que o precedente seja respeitado e seguido é, na sua essência, um meio de limitação de poder. Significa que uma corte não pode julgar um caso obedecendo à tendência do momento, sem primeiramente agir em coerência com as decisões judiciais que antecederam aquele caso. Assim, pois, uma decisão do passado, cujas razões foram expostas, deve ser aplicada em casos similares e futuros onde caibam as mesmas razões, e somente novas e persuasivas razões poderão ditar uma decisão que não seja similar às decisões antecedentes. Parece-nos ser este um meio de evitar arbitrariedades, que deve ser um dos principais objetivos de todo sistema jurídico.¹⁴⁸

Outro aspecto pelo qual se reconhece a eficácia da súmula vinculante é a circunstância de que, se a norma legal se exterioriza num comando de pressupõe uma prévia interpretação – no mais das vezes a clareza da lei precisa ser demonstrada – já a interpretação de uma súmula é facilitada, já que a mesma deriva de longo “processo de decantação” de muitos julgados uniformes sobre um mesmo tema.¹⁴⁹

5.2.3. O requisito de Repercussão Geral para admissibilidade de Recurso Extraordinário

Em continuidade às reformas apresentadas pela EC 45, em 2006 a lei 11.418 introduziu significativa alteração nos requisitos à utilização do Recurso Extraordinário, exigindo para sua admissibilidade a demonstração da “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”, vide o art. 102 §3º da CF, norma constitucional que foi

¹⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 324

¹⁴⁸ DAWSON, John P. *As funções do juiz – Aspectos do Direito Americano*. Rio de Janeiro, Forense. 1963. p. 25

¹⁴⁹ MANCUSO, op.cit. p. 324

regulada pelo art. 543-A do Código de Processo Civil. Além dos critérios de relevância (seja econômica, social, política ou jurídica) e da transcendência (aos limites subjetivos da causa), importa a esse trabalho o previsto no §3º do referido artigo, o qual prevê que “haverá repercussão geral sempre que a decisão impugnada for contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.¹⁵⁰ Ora, essa prerrogativa concedida pela EC 45 “contém, naturalmente, a idéia de precedente constitucional obrigatório ou vinculante”, pois como assinala Marinoni, “não há como conciliar a técnica de seleção de casos com a ausência de efeito vinculante”.¹⁵¹

5.2.4. Multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia

Ainda com relação às alterações da Lei 11.418, o artigo 543-B do CPC “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”¹⁵².

De acordo com essa norma, o Tribunal de origem das “idênticas controvérsias” irá selecionar um ou mais recursos representativos e os encaminhará ao STF, ficando os demais sobrestados. Caso seja negada a Repercussão Geral, todos os recursos sobrestados em questão ficarão automaticamente inadmitidos. Se pelo contrário a Repercussão Geral no caso for admitida, os Tribunais poderão retratar ou prejudicar os recursos sobrestados em questão.

Marinoni considera essa norma deficiente, pois os Recursos fundados em igual controvérsia podem ter origem em Tribunais diversos, o que torna – em parte – ineficaz o dispositivo legal. Propõe que o mais adequado seria “admitir que a decisão proferida em face do primeiro recurso a chegar ao STF, por constituir precedente vinculante, incide sobre os demais casos ainda não julgados, desautorizando decisão distinta” da Suprema Corte.¹⁵³

Observa-se no caso do art. 543-B do CPC que a estratégia escolhida pelo legislador não admite completamente a força obrigatória dos precedentes, mas sem dúvida constitui mais um passo na tendência dessa aceitação.

¹⁵⁰ BRASIL. Código do Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, alterada pela Lei nº 11.418, de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 31 jul. 2013.

¹⁵¹ MARINONI, L. Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 472.

¹⁵² BRASIL. Código do Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, alterada pela Lei nº 11.418, de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 31 jul. 2013

¹⁵³ MARINONI, op.cit. p. 432

Nestas páginas efetuamos uma análise – ainda que resumida e exemplificativa – de sucessivas alterações no sistema processual, através das quais, é possível constatar uma tendência, que tem alterado o sistema jurídico brasileiro através da adoção de elementos da *Common Law*, em especial de um aumento do respeito aos precedentes.

Ao tempo deste trabalho, uma nova mudança legal veio confirmar essa direção, não mais no processo civil, mas no campo processual da Justiça do Trabalho. É o que estudaremos no tópico a seguir.

5.3. O fortalecimento dos precedentes na Justiça do Trabalho: a Lei 13.015/2014

Como vimos anteriormente, o processo civil tem adotado diversos elementos da *Common Law*, nos sentido de prestigiar o respeito aos Precedentes. É um meio de garantir maior coerência à prestação jurisdicional, e assim proteger a Segurança Jurídica, a qual é, como dito, elemento basilar do Estado Democrático de Direito.

Também no campo do processo do trabalhista se observa essa tendência, o que se confirma pela recente edição da Lei 13.015/2014. De modo resumido, o dispositivo estabelece mudanças no sistema recursal da justiça do trabalho. Iremos pesquisar em que sentido estas fortalecem o respeito aos precedentes no âmbito desta justiça especializada.¹⁵⁴

Antes de analisar as mudanças processuais, é interessante observar os passos legislativos prévios à aprovação da lei, pois caracterizam um desdobramento do “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”, referente à EC 45: é importante observar que o texto do projeto tem como base a Resolução 1451/2011 do TST – Tribunal Superior do Trabalho. Ainda na fase de deliberações, na Câmara dos Deputados, houve alterações promovidas em razão de negociações entre o TST e diversas confederações, federações, associações e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), a matéria foi objeto de debate em audiência pública e, após novas negociações, foi aprovada em 2013. O Projeto de Lei da Câmara

¹⁵⁴ A guisa de esclarecimento, apenas observamos que a Lei 13.015/2014 também apresenta importantes alterações relativas aos embargos declaratórios e aos recursos repetitivos, estendendo ao processo do trabalho algumas experiências do processo civil, e mesmo as ampliando. No entanto, como estas duas alterações não são diretamente objeto deste estudo, não foram tratadas aqui. Também é preciso frisar que ao tempo desta pesquisa esta lei ainda não havia sofrido regulamentação face ao Regimento Interno do TST.

63/2013, foi sancionado pela presidenta da República, e assim transformado na Lei 13.015/2014.¹⁵⁵

Entre outras inovações, a lei em pauta alterou exigências para acolhimento do Recurso de Revista no TST. Como é sabido, este recurso tem cabimento, entre outros, quando algum Tribunal Regional do Trabalho der ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional.

Ora, com a intenção de disciplinar o uso desse recurso, desde 1998 a lei impôs aos Tribunais Regionais o dever de uniformizar sua própria jurisprudência. A nova redação do parágrafo 3º do art. 896 da CLT apenas explicita o mecanismo para isso, o “incidente de uniformização da jurisprudência” previsto no CPC, a ser aplicado no processo trabalhista:

§ 3º Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicação, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).¹⁵⁶

Percebe-se já naquela época a tendência de fortalecimento da importância dos precedentes. Essa norma é, inclusive, um imperativo de ordem lógica: se os Tribunais Regionais se voltam ao TST para que este uniformize a jurisprudência em nível nacional, porque não deverão estes Regionais fazê-lo em nível regional – ou seja, no âmbito de suas respectivas competências territoriais?

No entanto, parece que foi tímido o esforço dos Regionais para efetivar essa uniformização. Assim, foi agora acrescentado o parágrafo 4º, que possibilita que, constatada jurisprudência conflitante no TRT, o TST possa determinar o retorno dos autos à origem, a fim de dar cumprimento ao previsto no referido parágrafo anterior, ou seja, que proceda ao dever de uniformizar a jurisprudência:

§ 4º Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência.”

§ 5º A providência a que se refere o § 4º deverá ser determinada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, ao emitir juízo de

¹⁵⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - TST –. Fonte: assessoria parlamentar do TST. Disponível em: <<http://migre.me/18HPI>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

¹⁵⁶ BRASIL. Lei 13.015 de 21 de julho de 2014. Disponível em <<http://migre.me/IN2Mo>>. Acesso em: 20 set. 2014.

admissibilidade sobre o recurso de revista, ou pelo Ministro Relator, mediante decisões irrecuráveis.

Ademais, ficam estabelecidos parâmetros para que cada Regional estabeleça seus próprios paradigmas, ou seja, tenha seus precedentes devidamente estabelecidos:

§ 6º Após o julgamento do incidente a que se refere o § 3º, unicamente a súmula regional ou a tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista, por divergência.¹⁵⁷

Acreditamos que esta mudança é de grande importância, pois traz uma alteração de costumes no campo do respeito aos precedentes. Os Tribunais Regionais se verão obrigados a trabalhar mais profundamente na construção de suas jurisprudências, tornando-as mais sólidas e coerentes. Como refere o informe do próprio TST “as alterações promovidas fortalecem a uniformização da jurisprudência no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, sem que haja prejuízo da interposição de recurso de revista por divergência”.¹⁵⁸

Assim, é importante observar dois aspectos que a Lei 13.015/2014 acentua no processo trabalhista:

Primeiro, o fato de um Tribunal Superior cobrar aos Regionais a obrigação de uniformizarem suas próprias jurisprudências. Sob este prisma, a coerência – tão necessária à segurança jurídica – já não é tratada como algo apenas recomendável ou possível: segundo a nova lei, cobra-se uma obrigação. Segundo, pode-se reconhecer a tendência de que os Tribunais Regionais do Trabalho não mais sejam considerados exclusivamente como cortes recursais, existentes só para cumprir o princípio do duplo grau de jurisdição. A ser posta em prática, essa via poderá também proporcionar aos Regionais – dentro dos limites de suas respectivas competências – o status de cortes uniformizadoras de jurisprudência.

Concluindo esse capítulo, percebemos que é palpável o fato de que o respeito aos precedentes tem aumentado no sistema jurídico brasileiro. Pudemos discutir esse fenômeno no processo comum, e também na justiça especializada trabalhista. Se essa tendência irá se confirmar, e se a maneira como tem sido operada será benéfica à prestação jurisdicional, será objeto de futuros estudos. Esperamos que estes venham a confirmar o progresso e o aperfeiçoamento da Justiça brasileira, para o bem de toda nossa sociedade.

¹⁵⁷ BRASIL. Lei 13.015 de 21 de julho de 2014. Disponível em <<http://migre.me/IN2Mo>>. Acesso em: 20 set. 2014.

¹⁵⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - TST. Assessoria parlamentar do TST. Disponível em: <<http://migre.me/I8HPI>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

Conclusão

O **objetivo** deste estudo foi investigar os precedentes judiciais vinculantes como proposta válida para o aperfeiçoamento de nosso sistema judicial.

Para tanto, identificamos ser a segurança jurídica elemento fundamental para constituição do Estado Democrático de Direito. Mas esta segurança jurídica só é possível com uma prestação jurisdicional que possua atributos de previsibilidade, igualdade nas decisões judiciais (vedação à arbitrariedade) e coerência nas decisões, com observância à lógica vertical nas cortes. Tais atributos são garantidos quando há um sistema eficaz de precedentes judiciais.

Assim, apoiados em textos de Guilherme Marinoni, identificamos um **problema**: nosso sistema judicial, por não dispor de um sistema eficaz de respeito aos precedentes, é deficiente ao assegurar os atributos acima mencionados, e assim garantir a segurança jurídica.

Como **hipótese** para solução deste problema, buscamos nas teorias de Ronald Dworkin, em especial do “Direito como integridade”, expresso na analogia do “Romance em Cadeia”, respostas às nossa indagações, concluindo que a aplicação do “Direito como integridade” apresenta hipótese satisfatória de garantia de coerência e segurança jurídica.

Para melhor compreensão das teorias de Dworkin, investigamos o contexto jurídico dentro do qual os precedentes se consolidaram, o *Common Law*. Estudamos suas raízes históricas, proximidades e diferenças com relação à *Civil Law*. Ainda, com base nos estudos de Bustamante, procuramos os contornos teóricos dos precedentes e do *Stare Decidis*.

Por fim, trazendo a teoria à realidade brasileira, verificamos as formas de influência, e eventual adoção de institutos assemelhados aos precedentes no sistema jurídico nacional. Vimos ainda alterações legislativas recentes nesse sentido. E também comentamos, com base em Nogueira, o que há de acerto e desacerto na maneira como os precedentes são aplicados no Brasil.

Como conclusão, acreditamos que há sim uma crescente influência das teorias da *Common Law* no Direito brasileiro. Isso é perceptível nas várias alterações legislativas que regem a matéria. Essas mudanças têm aumentados a importância da jurisprudência, e assim dos precedentes, no direito nacional. No entanto, é necessária uma atenção dos estudiosos e operadores do direito, no sentido de que essas modificações constituam os precedentes como

fonte legítima e legal de direito, dentro de um corpo coerente e sólido, e não apenas um instrumento de “desafogar” o judiciário.

Por fim, ao encerrar este estudo, tomamos a liberdade de trazer as palavras de um antigo magistrado norte-americano, citado por Miguel Reale: “A lei deve ser estável, contudo não pode permanecer estática. Assim, todo o pensamento sobre a lei tem se esforçado em conciliar as demandas conflitantes sobre a necessidade de estabilidade, e da necessidade de mudança”. Não resistimos apresentá-lo em sua língua original: “*Law must be stable and yet it cannot stand still. Hence all thinking about law has struggled to reconcile the conflicting demands of the need of stability and of the need of change*”.¹⁵⁹

Este é um dos grandes desafios do pensamento jurídico: o sutil equilíbrio entre a mutação e a continuidade, tão necessárias e aparentemente tão opostas. Cada um de nós, à sua maneira, é convidado a participar nesta incessante busca por respostas.

* * *

¹⁵⁹ POUND, Roscoe. *Interpretations of Legal History*. New York: MacMillan, 1923, p. 1.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Controle de Constitucionalidade: Evolução brasileira determinada pela falta do Stare Decisis. *Revista dos Tribunais*. ano 101. v. 920 junho/2012.
- ANDRIEUX, François-Guillaume Jean-Stanislas. *Le Meunier de Sans-Souci*. Texto original em francês disponibilizado pela Bibliothèque Nationale de France: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5442916n/f13.image.r=le%20meunier.langFR>>. Acesso em: 09 jul. 2014.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica – Fundamentos e Possibilidades para Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Art. 5º caput. Disponível em: <www.planalto.gov.br > Acesso em: 10 mar. 2014.
- BRASIL. *Lei 13.015, de 21 de julho de 2014*. Disponível em <<http://migre.me/IN2Mo>>. Acesso em 20 set. de 2014.
- BRASIL. *Lei 5.895, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 abr. 2014.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.
- BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Revista Ajuris*, nº 34. Porto Alegre, 1985.
- CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Os Direitos Previdenciários Expectados dos Servidores Públicos Titulares de Cargos Efetivos no Paradigma do Estado Democrático de Direito Brasileiro*. Disponível em <<http://migre.me/p9HMHV>>. Acesso em: 9 jul. 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. *O Direito em seu Laboratório Jurisdicional - Os Sentidos de Verdade e Segurança Jurídica*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4883eb035654015a>>. Acesso em 8 out. 2014
- COMPARATO. Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- CORSALE, Massimo. *Certeza Del diritto e crisi dei legittimità*. Milano: Giuffrè, 1979.
- DAVID, René. *Les Grans Systèmes de Droit Contemporains*. Paris: Éditions Dalloz, 2002.
- DAWSON, John P. *As funções do juiz – Aspectos do Direito Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- DMITRUK, Erika Juliana. O princípio da Integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. *Revista Jurídica da UniFil*. Ano IV, n. 4. 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. Julgar ou gerenciar? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 set. 2014, caderno Opinião.
- FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa* : v. 44, n. 175, jul./set. 2007. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/140237>>. Acesso em 18 nov. 2014.
- FURLAN. Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 3, nº 11 jan/mar. 2010
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre El Derecho y El Estado Democrático de derecho en Términos de Teoría Del Discurso*. 4ª ed. Madrid: Trotta. 2005.
- HAMILTON, MADINSON; JAY. *O Federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.
- HART, Herbert Lionel A. *O conceito do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.
- HOBBSBAUWM, Eric J. *A Era das Revoluções: 1789-1848*. São Paulo: Paz e Terra, 2014.
- ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Madrid: Civitas, 1995.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: M. Fontes, 2004.
- KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, jul./dez. – 2003. Disponível em: <<http://migre.me/mBibL>>. Acesso em 31 out. 2014.
- LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no Direito*. São Paulo: LTr, 2001.
- LYNTON. Jonathan S. *Ballentine's Legal Dictionary and Thesaurus*. Albany, NY: Thomson Learning, 1995.

- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da sociedade. *Revista Novos Estudos – CEBRAP*. n. 58, novembro de 2000.
- MEDINA, José Miguel Garcia. In Ordem dos Advogados do Brasil (Seção do Paraná) *Código do Processo Civil Anotado*. Disponível em www.oab.pr. Acesso em 12 abr. 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Súmulas do TJMG: (29 súmulas cíveis e 69 súmulas criminais) - Disponível em: <<http://migre.me/l8HTT>>. Acesso em: 8 out. 2014.
- MIRANDA, Pontes de. *Democracia, Liberdade, Igualdade: Os três Caminhos*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- MOREIRA, Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quieta Movere: A vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- POUND, Roscoe. *Interpretations of Legal History*. New York: MacMillan, 1923.
- RAMÍREZ, Federico Arcos. *La Seguridad Jurídica – una teoría formal*. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Dykinson S.L., 2000.
- REALE, Miguel. *A Teoria da Interpretação segundo Túlio Ascarelli*. In Conferências de Discursos. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66878/69488>>. Acesso em 25 out. 2014.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Súmulas do TJRS: - Disponível em: <<http://migre.me/l8KJE>>. Acesso em: 8 out. 2014.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Súmulas do TJSP. Disponível em: <<http://migre.me/l8I1d>>. Acesso em: 8 out. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do Direito fundamental à segurança jurídica: dignidade de pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: < <http://migre.me/mVcqW>>. Acesso em 17.nov.2014.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e Regras: Mitos e equívocos a respeito de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. v. 1. 2003.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, poder e função*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- TAVARES, André Ramos. As decisões vinculante (precedentes) da justiça constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte. ano 3, n. 11.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 55ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Judiciário e Segurança Jurídica: A questão da súmula vinculante*. Rio de Janeiro. América Jurídica. 2004.
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - TST. *Sancionado projeto que dá celeridade aos processos trabalhistas*. Assessoria parlamentar do TST. Disponível em: <<http://migre.me/18HPI>>. Acesso em: 8 out. 2014.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo, *Revista Direito GV*, v. 4 n.2, pág. 441-464, 2008.
- WHITTAKER, Simon. Precedent in English law: a view from the citadel. *European Review of Law*, 5-6. 2006.