

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALINE HADAD LADEIRA

**A SÚMULA VINCULANTE E O PRECEDENTE JUDICIAL:
REFLEXÕES CRÍTICAS A PARTIR DO DIREITO COMO
INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN**

POUSO ALEGRE - MG

2013

ALINE HADAD LADEIRA

**A SÚMULA VINCULANTE E O PRECEDENTE JUDICIAL:
REFLEXÕES CRÍTICAS A PARTIR DO DIREITO COMO
INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho.

FDSM-MG

2013

FICHA CATALOGRÁFICA

H125a Ladeira, Aline Hadad.

A súmula vinculante e o precedente judicial: reflexões críticas a partir do direito como integridade de Ronald Dworkin/ Aline Hadad Ladeira.

Pouso Alegre – MG: FDSM, 2013.

99p.

Orientador: Prof. Dr. Edson Vieira Filho.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós Graduação em Direito.

1. Súmula Vinculante. 2. Precedente Judicial. 3. Direito como Integridade. I. Vieira Filho, Edson. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. III. Título.

CDU 340

ALINE HADAD LADEIRA

**A SÚMULA VINCULANTE E O PRECEDENTE JUDICIAL: REFLEXÕES
CRÍTICAS A PARTIR DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD
DWORKIN**

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação 21/02/2014

Banca Examinadora

Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Gustavo Elias Kallás Rezek
USP

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre – MG
2013

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Dierle Nunes, fonte de inspiração e um dos grandes responsáveis por minhas inclinações acadêmicas; Ao Prof. Dr. Alexandre Bahia, pela orientação consistente e dedicada e pelos preciosos ensinamentos incorporados ao trabalho e à minha consciência acadêmica; Ao Prof. Dr. Edson Vieira pela presteza e auxílio dispensados, sempre com muita dedicação e compromisso.

Ao Prof. Dr. Rafael Simioni pelo elevado diálogo acadêmico, sempre muito rico e consistente. Um exemplo a ser seguido.

Aos demais Professores do Programa de Pós Graduação, cujas contribuições foram incisivas durante este projeto acadêmico. As valiosas lições foram incorporadas no trabalho, bem como em minha formação.

À Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG) e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo auxílio concedido nos anos de 2012 e 2013, respectivamente, o que facilitou a realização deste trabalho.

À Juliana Rebello pela dedicação e paciência, o que contribui sobremaneira ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM.

A todos os colegas e amigos de Mestrado que transformaram a luta diária em algo extremamente prazeroso e recompensador. Agradeço imensamente a amizade de vocês e levo comigo na memória todos nossos momentos de diversão, angústia, desespero e, sobretudo, do compromisso compartilhado.

A todos os funcionários da FDSM que tornam prazeroso o estudo e a convivência diária.

Ao meu marido Marcio Ladeira, companheiro inseparável de todos os momentos. Agradeço pelo apoio incondicional e pelo imensurável incentivo e digo, sem qualquer exagero, que devo esse trabalho a você. Não fosse por sua dedicação e carinho, não fosse por sofrer junto comigo minhas angústias, este momento jamais teria chegado. A você, Marcio, minha eterna gratidão e amor sem padrões, tal como o espírito que norteia esse trabalho.

À Dudinha por ser a melhor companheira do mundo.

À minha amada mãe, Eliana, pelo conforto de seu apoio e amor.

À toda minha família que incentivou este projeto acadêmico. Vocês são tudo na minha vida.

À Sandrelise (baixinha) pela amizade e o carinho de sempre e pelas palavras e gestos de incentivo.

RESUMO

LADEIRA, Aline Hadad. A súmula vinculante e o precedente judicial: reflexões críticas a partir do direito como integridade de Ronald Dworkin. 2013. 99f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2013.

A presente dissertação objetiva enfrentar a problemática da súmula vinculante no Brasil como um texto geral e abstrato e refletir sobre o fechamento do direito em padrões decisórios, estabelecida a relação com a flexível vinculação imposta pela regra do *stare decisis*. Com base no pressuposto de uniformidade jurisprudencial e de igualdade, fecha-se o debate com a criação de padrões sumulares em patente contradição com o sistema de precedentes originário do *common law* que encara o precedente como um princípio de maleabilidade normativa. Nessa ordem de ideias, a primeira parte do trabalho cuida de localizar e identificar a sistemática da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando questões de envolvem sua origem, características e requisitos, além de verificar a implicações de sua formulação enquanto um texto. Na sequência, a análise se volta para a regra do *stare decisis* no mundo do *common law*, ressaltando conceitos fundamentais como *ratio decidendi*, *obiter dictum* e as técnicas de superação dos precedentes (*overruling* e *distinguish*), além de traçar um paralelo com as súmulas vinculantes. Por fim, o terceiro passo é de reflexão sobre a criação e aplicação dos precedentes judiciais como um romance em cadeia, consoante a concepção do direito como integridade de Ronald Dworkin. Seguindo o método analítico com referencial teórico de no mencionado filosófico e a técnica de pesquisa bibliográfica, pode-se concluir que a uniformização idealizada pelas súmulas vinculantes deve se pautar pela comparação fática e jurídica do caso atual e precedente e se orientar segundo o direito como integridade, permitindo, assim, coerência, estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica.

Palavras-chave: *civil law* e *common law* - súmula vinculante - precedente judicial - *stare decisis* – integridade - coerência.

ABSTRACT

LADEIRA, Aline Hadad. The binding precedents and judicial precedent: critical reflections from the law as integrity of Ronald Dworkin. 2013. 99f. Dissertation (Master of Law) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Law Graduate Program, Pouso Alegre, 2013.

This dissertation aims to tackle the problems of binding precedent in Brazil as a general and abstract text and reflect on closing the right decision on standards established relationship with the flexible binding imposed by the rule of *stare decisis*. Based on the assumption of uniformity and equality, closes the debate by creating standards in patent contradiction with the precedent system originating in *common law* which sees the precedent as a principle of regulatory flexibility. Thus, the first part of the work is to identify the systematic of binding precedent in the Brazilian legal system, highlighting issues surrounding its origin, characteristics and requirements, and to verify the problem of its formulation as a text. Further, the analysis turns to the rule of *stare decisis* in the *common law* world, emphasizing fundamental concepts such as *ratio decidendi*, *obiter dictum*, and techniques for overcoming the precedents (overruling and distinguish), and draw a parallel with the Brazilian binding precedents. Finally, the third step reflects on the creation and application of judicial precedents as a chain novel, according to the conception of law as integrity Ronald Dworkin. Following the analytical method according to the theory of Ronald Dworkin and the technique of literature research, it's possible to conclude that uniformity idealized by binding precedents should be guided by facts and legal comparison of current and previous case, and orient them according to the law as integrity, which will permit consistency, stability, predictability and legal certainty.

Keywords: common law and civil law; binding precedent; judicial precedent; *stare decisis*; integrity; consistency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. AS SÚMULAS VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO.....	14
1.1 Os precedentes da tradição jurídica do <i>common law</i> e o efeito vinculante no <i>civil law</i> : questões introdutórias	15
1.2 As súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro	28
1.2.1 Dos assentos portugueses às súmulas vinculantes.....	28
1.2.2 Requisitos e características.....	35
1.2.3. Súmula Vinculante: problematização a partir do texto.	39
2. DOCTRINA DO <i>STARE DECISIS</i> E A SISTEMÁTICA DA APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL.....	44
2.1 O <i>stare decisis</i> : características, conceito e linhas de pensamento fundantes.....	44
2.2 Precedente, <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	51
2.3 Possibilidades de superação dos precedentes: <i>overruling</i> e <i>distinguishing</i>	59
2.4 O adequado grau de generalização – a questão da identidade entre os casos.....	64
3. SÚMULA VINCULANTE E O PRECEDENTE JUDICIAL DO <i>COMMON LAW</i>	66
4. O PRESSUPOSTO BRASILEIRO NA APLICAÇÃO DE PRECEDENTES E O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN.....	73
4.1 O pressuposto brasileiro na dinâmica do direito jurisprudencial.....	74
4.2. Coerência e integridade a nortear uma adequada aplicação dos precedentes no Brasil.	78
CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

INTRODUÇÃO

Pensar o direito e sua realização prática tem se tornado uma tarefa cada vez mais complicada diante da multiplicidade de perspectivas teóricas e metodológicas, sobretudo quando se está diante de uma decisão jurídica.

Tanto é assim que dentre os principais debates da atual teoria jurídica está a interação constante entre as tradições do *civil law* e do *common law*. Hoje, a dicotomia entre essas suas tradições não se apresenta tão nítida e radical como foi outrora, sendo visível uma gradativa e mútua aproximação entre elas: o direito legislado vai numa crescente nos países de *common law* assim como a jurisprudência vai ganhando espaço nos países de influência romanística^{1, 2}.

Dita “atenuação progressiva” demonstra que, embora partindo de pontos distanciados, as duas grandes tradições jurídicas do ocidente percorrem caminhos convergentes, donde se faz prudente a “comparação dos métodos que uns e outros vão imaginando para espancar o pesadelo da sobrecarga judiciária, o que nos é comum”³.

Nesse viés, desde algum tempo no Brasil, as reformas legislativas e constitucionais têm se concentrado na tentativa de uniformização da jurisprudência. De forma cada vez mais acentuada, tem-se a defesa da criação de mecanismos de padronização decisória no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deveria, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.

No momento em que o poder judiciário é provocado a decidir sobre qualquer tipo de assunto com uma grande carga de trabalho (profusão numérica de processos)⁴, além da

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro - Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 189, nov/2010, p. 40.

² Há mais de vinte e cinco anos, a convergência entre o *common law* e o *civil law* foi relatada por Mauro Cappelletti. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *The Doctrine of stare decisis and the civil law: A Fundamental difference - or no difference at all?* Tübingen: J.C.B. Mohr, 1981.

³ LEAL, Victor Nunes. A súmula do Supremo Tribunal e o *restatement of the law* dos norte-americanos. In: Problemas de direito público e outros problemas. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 59-64, v. 2. p. 5.

⁴ “Em pesquisa realizada pelo CNJ em diversos países se constatou que taxa de congestionamento no Brasil é muito alta. Segundo o texto do documento: ‘O Brasil é o país que apresenta maior taxa de congestionamento, 70%, seguido de Bósnia e Herzegovina e Portugal, com 68 e 67%, respectivamente. Observa-se elevada diferença entre a taxa mais alta, de 70%, e a mais baixa, de 3%, referente à Federação Russa. Assim como a maior taxa de congestionamento, o Brasil também apresenta o maior número de advogados por magistrado, seguido por Itália e Malta, com 25 e 33 advogados, respectivamente, conforme apresentado na tabela. Como a elevada proporção de advogados em relação a magistrados pode indicar que existe elevada propensão ao litígio e relativa incapacidade de fazer frente a essa tendência, analisou-se o coeficiente de correlação entre a proporção de advogados por magistrados e a taxa de congestionamento. Obteve-se como resultado um valor de 61,8%. Isso significa que há relação alta e significativa entre essas duas variáveis. Ou seja, quanto maior o número de

judicialização da vida política e administrativa, instauram-se há algum tempo (e se ampliam) modelos de padronização decisória para o estabelecimento de uniformidade nas decisões em busca de uma pretensa igualdade. O lema tem sido: para questões idênticas, decisões iguais.

É de se ver que as várias reformas legislativas ocorridas em nosso ordenamento jurídico nas últimas décadas permitiram a entrada de institutos incomuns à tradição do *civil law*, inspirado, sobretudo, na valorização do precedente oriundo do *common law*. Basta ver, por exemplo, a edição da emenda constitucional n. 45/04 que institui entre nós a denominada súmula vinculante (art.103-A da Constituição)⁵, além das reformas legislativas do Código de Processo Civil que instituíram as denominadas súmulas obstativas de recurso ou, ainda, deram poderes ao relator para prover (ou não) monocraticamente recurso quando haja súmula ou jurisprudência dominante⁶. Em um sistema jurídico caracterizado pela influência romanística, causa espécie o estabelecimento de normas dessa natureza.

O suposto está na possibilidade de se estabelecer “*standards* interpretativos” a partir do julgamento de alguns casos, onde um tribunal superior, diante da multiplicidade de casos,

advogados por magistrado, maior tende a ser a taxa de congestionamento desses países. [...] O Brasil possui a terceira maior produtividade quando comparado aos países da Europa. Não obstante, contrariamente à Dinamarca, essa produtividade é ainda inferior à carga de trabalho, e isso se reflete em uma taxa de congestionamento alta. Pode-se dizer que o Brasil está em posição intermediária entre a Bósnia e Herzegovina e a Dinamarca. CNJ. Estudo Comparado Sobre Recursos, Litigiosidade e Produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília: CNJ, 2011’. NUNES, Dierle. Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/dierle-nunes-padronizar-decisoes-empobrecer-discurso-juridico>>. Acesso realizado em 14/01/2013 às 00:34.

⁵ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”. Essa disposição constitucional foi regulamentada pela Lei 11.417/06.

⁶ As súmulas impeditivas de recursos e o incremento no poder dos relatores foram incluídos no art. 557 do CPC pela Lei 9.756/98: “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 10-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. § 1o Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”.

os julgaria abstraindo-se de suas especificidades e tomando-lhes apenas a “tese” subjacente. “Definida a tese, todos os demais casos serão julgados com base no que foi pré-determinado; para isso, as especificidades desses novos casos também serão desconsideradas para que se concentre apenas na tese que lhes torna idênticos aos anteriores”⁷.

Está-se encarando o precedente como ponto de chegada (fechado/padrão) com a criação de padrões decisórios. No entanto, ao contrário, na tradição do *common law* o precedente apresenta-se com um princípio, o ponto de partida. Diferentemente do que se possa supor, a regra do *stare decisis*, núcleo da padronização decisória nos sistemas de *common law*, é um comando flexível. Não existe obediência cega a decisões passadas. Ela permite que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo⁸. Assim, sempre que um precedente for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial.

O precedente, produto do desenvolvimento gradual e casuístico do *common law*, representa o princípio para as discussões dos novos casos, ou seja, “ele os problematiza e não carrega o mito de que seria possível sua aplicação em diversos outros casos de maneira lógico-subsuntiva, como pretende a súmula.”⁹ O precedente pode dinamizar o sistema jurídico se devidamente construído e aplicado, enquanto as súmulas (que, como se verá, não são precedentes), quando aplicadas mecanicamente, podem comprometer a dinâmica do direito ao fechar o debate.

Conforme já problematizado em estudo sobre o tema, no Brasil, a referência às súmulas se dá de forma desconectada com as questões, debates e teses que lhe deram origem. Assim, ao invocá-las manifesta-se sua autonomia frente à discussão subjacente – diferentemente do que ocorre com os precedentes dos países do *stare decisis*¹⁰. A súmula se caracteriza pelo seu enunciado genérico e se abstrai dos fundamentos dos julgados que a originaram, muito diferentemente do precedente do *common law*, cujo interesse se volta para toda fundamentação envolta a decisão.

Frise-se, não está se afirmando que a súmula vinculante seja necessariamente um mal em si, mas que o problema está na sua errada compreensão de pretender transformá-la em um

⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breve considerações sobre a politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro. Op. Cit. p. 25.

⁸ RE, Edward. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 31, n. 122, mai./jul., 1994, p. 281-287, p. 284.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 46.

¹⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breve considerações sobre a politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro. Op. Cit. p. 41.

texto universal, além do equívoco de que seja possível sua aplicação por mera subsunção, no paradigma filosófico em que nos encontramos. Importa lembrar, ademais, que a súmula vinculante também é um texto e, portanto, tal como a lei, carece de interpretação.

É diante desse cenário que se extrai o problema a ser enfrentado no presente estudo: com base no pressuposto de uniformidade jurisprudencial e de igualdade, fecha-se o debate com a criação de padrões sumulares, em patente contradição com o sistema de precedentes originário do *common law* que encara o precedente como um princípio de maleabilidade normativa.

Seguindo a técnica de pesquisa bibliográfica e o processo analítico a partir de Ronald Dworkin e sua hermenêutica política, o objetivo da presente dissertação é analisar a dinâmica na utilização das súmulas vinculantes e refletir sobre o fechamento do direito em um texto, estabelecida a relação com a regra do *stare decisis* e a flexível vinculação do regime dos precedentes no *common law*.

Nesse viés, necessário se faz abordar aspectos relevantes naquilo que respeita a vinculação do precedente no *common law* e o efeito vinculante no *civil law*. Ainda nesse contexto, o estudo se curvará para a origem das súmulas no direito brasileiro, o que implica uma digressão ao direito português onde se tem a origem dos assentos da Casa da Suplicação – sistemática semelhante, mas não equivalente às súmulas - influenciando o Brasil colônia. Nesse ínterim, também será oportuna a análise dos julgados e a criação das súmulas (não vinculantes) nos anos de 1960 por Victor Nunes Leal. A par disso, necessário destacar o contexto que vigia à época da introdução das súmulas vinculantes, consolidada pela Emenda Constitucional nº. 45, apontando seus requisitos e características, além da problematização a partir da sua formulação em um texto.

Na mesma toada, explora-se o modo de vinculação aos precedentes dos países de *common law*, ressaltando conceitos fundamentais como a *ratio decidendi* (elemento vinculante) e os *obiter dictum* (aspecto marginal), bem como as hipóteses de superação dos precedentes (*distinguishing* e *overruling*) já que a regra do *stare decisis* não é inflexível. A par disso, serão feitas considerações que estabelecem as diferenças inerentes ao precedente vinculante no *common law* e as súmulas vinculantes no Brasil, porquanto naquele importa toda a fundamentação (direito e fatos), enquanto nos enunciados de súmulas há uma desconexão com os fundamentos e com os fatos dos julgados que precederam sua criação. Vale dizer, a súmula vale pelo seu enunciado geral e pode não privilegiar a concretude do caso quando analisada em desconexão com os fatos. Além disso, será importante enfrentar a questão de como dizer que os casos são semelhantes sem conhecê-los, em outras palavras,

como dizer *a priori* que casos concretos enquadram-se no mesmo enunciado abstrato da súmula. Ora, só se sabe se os casos são iguais depois que os conheço e isso se dá após o trâmite do processo e não aprioristicamente.

Na sequência, o presente estudo cuida de analisar o pressuposto brasileiro na aplicação do direito jurisprudencial com devido enfoque no direito como integridade de Ronald Dworkin. É de se ver que os tribunais ao julgar um novo caso, devem respeitar a história institucional da aplicação daquele instituto como um romance em cadeia, mas permitindo rupturas devidamente fundamentadas e consoante sua concepção de integridade.

O presente estudo se justifica por problematizar o modo como a comunidade jurídica compreende as súmulas vinculantes e, a partir disso, entender a função que esse mecanismo exerce no sistema jurídico e suas consequências no acesso à justiça e na qualidade das decisões a serem proferidas pelos juízes e tribunais. Antes da criação de mecanismos de vinculação de súmulas ou outros similares, importante se faz a (re)discussão da dogmática jurídica e seus mecanismos de (re)produção e instrumentalização, consubstanciado no que pode se chamar de senso comum teórico dos juristas que instaurou um olhar estandarizado sobre a operacionalidade do direito¹¹. Nesse contexto, e a partir de uma abordagem hermenêutica, uma análise do sistema de precedentes do *common law* pode oferecer um caminho, já que o núcleo da padronização decisória do *common law* (*stare decisis*) tem como pretensão a conciliação entre estabilidade e mudança¹².

Destarte, o direito sob o paradigma do Estado Democrático de Direito não pode ser indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões, ao contrário, deve cobrar reflexões daquilo que informa e conforma a jurisdição constitucional¹³.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Op. Cit., p. 117.

¹² “A estabilidade exige uma continuidade com o passado e é necessária para permitir que os membros da sociedade conduzam suas atividades diárias com um razoável grau de certeza quanto às consequências jurídicas de seus atos. A mudança implica numa variação ou alteração daquilo que está fixo ou estável. Sem mudança, no entanto, não pode haver progresso”. RE, Edward. *Stare Decisis*. Op. Cit., p. 282.

¹³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Argumentação jurídica e decisionismo: um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 521-543, p. 524.

1. AS SÚMULAS VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO

Nos países de *civil law* o ideário da certeza jurídica remonta à concepção do direito como produto estatal, dentro dos limites e dos moldes estabelecidos pela lei. O fenômeno da codificação surge, então, como principal característica de unificação dos sistemas jurídicos ligados à tradição continental inserta no paradigma iluminista, racional, expressão máxima do positivo jurídico. Reinava a ilusão de que o legislador era capaz de ler a natureza das coisas (de todas as coisas), decifrá-las e reproduzi-las em normas, “legitimamente pensadas como universais e eternas¹⁴”. Como lembra Grossi, “o legislador pretendeu realizar uma ingerência excessiva no mundo moderno através de uma arrogante monopolização do mundo jurídico; infelizmente, fazendo isso, também demonstrou o quanto é impotente”¹⁵.

Lado outro, na tradição jurídica do *common law* o desejo de certeza transpareceu no argumento da justiça no caso concreto, culminando na autoridade do precedente vinculante. Assim é que o mundo do *common law* afasta a concepção da certeza como dogma e a concebe em termos mais maleáveis já que nesta tradição, certeza e flexibilidade são tidos como valores que competem, cada um tendendo a limitar o outro¹⁶.

Depreende-se, portanto, que a solução técnica encontrada outrora nas diferentes tradições jurídicas para alcançar unidade e certeza do ordenamento jurídico revelam-se distintas, porquanto no *civil law* a crença era no direito escrito e pretensiosamente completo, enquanto o *common law* pautou-se, desde sempre, pela combinação entre a exigência da certeza com a necessária continuidade do direito.

Eis que, quando se examina o problema da divergência jurisprudencial e as propostas para sua superação/atenuação (decisão com efeito vinculante, súmulas vinculantes, assentos, etc.), deve ter em mente essas considerações iniciais.

Nesse compasso e para a consecução dos objetivos propostos, o presente capítulo propõe, inicialmente, algumas notas introdutórias do precedente vinculante no *common law* em contraponto ao elemento vinculante na tradição continental visando examinar se existem diferenças entre a regra do precedente jurisdicional adotado pelo sistema anglo-americano e o

¹⁴ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 47-50.

¹⁵ *Ibidem*, 144.

¹⁶ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, *The Civil Law Tradition: an introduction to legal systems of Europe and Latin America*. 3. Ed. Stanford University Press, Califórnia, 2007, p. 48-49.

efeito vinculante atribuído às decisões nos países filiados ao sistema romano-germânico, para, em seguida, abordar a modalidade específica de vinculação expressa nas súmulas vinculantes. O estudo abordará sua origem, conceito e características, levando-se sempre em conta a filiação do Brasil ao sistema romano-germânico que tem como pilar a formação e sustentação do direito na lei.

1.1 Os precedentes da tradição jurídica do *common law* e o efeito vinculante no *civil law*: questões introdutórias

O objetivo do presente tópico é mapear as tradições jurídicas do *common law*¹⁷ e do *civil law* naquilo que respeita ao efeito vinculante e ao grau de autoridade exercido pelo precedente judicial nos respectivos sistemas. Assim, num primeiro momento, o presente estudo se dedicará à análise prévia do instituto do *stare decisis* de modo a entender o papel desempenhado pelo precedente judicial no *common law*, além de abordar o efeito vinculante atribuído às decisões nos países de tradição *civil law*.

Antes de propriamente desenvolver as ideias acima expostas, cumpre primeiramente pontuar algumas questões acerca das expressões “sistemas jurídicos” e “tradições jurídicas” já que é possível encontrar ambos os termos em estudos de direito comparado.

Bem a esse respeito, Streck assume que alguns autores utilizam a expressão “sistema jurídico” em vez de “tradição jurídica” e alerta para a relevante circunstância de que, mais do que uma análise de sistemas jurídicos, na verdade, está-se realizando uma comparação entre tradições jurídicas¹⁸.

Isso porque, enquanto cada país tem um sistema de direito próprio, quando se fala numa tradição é possível apontar características comuns de cada uma dessas tradições:

¹⁷ No presente trabalho, utilizar-se-á, a expressão *common law* no masculino, seguindo-se a explicação de Criscuoli (no original): Il termine “law”, dal punto di vista técnico, non ha anche il significato di “legge”, típica espressione questa di normazione imposta dall’alto: questa, oggi è indicata dal termine “statute”o “act”, mentre anticamente si usava l’espressione “common law” al femminile: Il common law, come avremo occasione di constatare in seguito, non ha il significato di “legge comune” Che bisogna “subire”, ma quello di “complesso di norme”o “sistema normativo”di elaborazione giurisprudenziale Che La società osserva con La convizione dela necessita Del suo “rispetto” come manifestazione di autoregolamento Ed intima espressione Del próprio profondo senso sociale. CRISCUOLI, Giovanni. *Introduzione allo Studio Del Diritto Inglese*. Le Fonti. 2. Ed. Giffre Editore. 1994, p. 3.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Op. Cit., p. 17.

Uma tradição legal, ao contrário do que o termo sugere, não é um conjunto de regras de direito sobre contratos, corporações e crimes, embora tais regras sejam quase sempre, em certa medida, um reflexo dessa tradição. Ao contrário, é um conjunto profundamente enraizado e historicamente condicionado de atitudes a respeito da natureza da lei, a respeito do papel da lei na sociedade e na polis, a respeito da própria organização e operação de um sistema legal, e a respeito do modo pelo qual a lei é ou deveria ser feita, aplicada, estudada, aperfeiçoada e ensinada. A tradição legal relaciona o sistema legal à cultura da qual ela é uma expressão parcial. Ela coloca o sistema legal em perspectivas culturais¹⁹.
(tradução livre)

Assim, o conjunto de regras decorrerá da própria tradição, entendida como atitudes sobre a natureza do direito historicamente enraizadas, sobre o papel do direito na política e na sociedade, sobre a organização e operacionalidade de um sistema legal. Nesse sentido, parece razoável afirmar que o termo “sistema” é mais restrito enquanto o termo “tradição” consistiria uma perspectiva mais ampla²⁰.

Portanto, a perspectiva de análise que ora se inicia buscará nos traços culturais dessas duas experiências jurídicas os elementos que denotam um determinado modo de pensar o direito. Assim, o enfoque será no processo histórico de formação das duas tradições apontando seus elementos e características próprias para, então, destacar alguns elementos comuns.

Dito isto, cumpre prosseguir apontando que, para o presente estudo, serão analisadas as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*, embora coexistam outras tradições jurídicas no direito contemporâneo²¹.

Tradicionalmente, o *common law* é caracterizado por considerar o direito legislado (*statute law*) como algo secundário e privilegiar a jurisprudência, considerada como a principal forma de manifestação e desenvolvimento do próprio direito. Assim, a posição primordial da jurisprudência constitui uma das principais características do *common law* que o diferencia da tradição do *civil law*. Para Bishop, o *common law* se funda basicamente na

¹⁹ No original: “A legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspectives. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: an introduction to legal systems of Europe and Latin America*. Op. Cit., p. 2.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Op. Cit., p. 17.

²¹ Amparado no comparativista H. Patrick Glenn, Lenio Luiz Streck, apresenta uma classificação mais sofisticada sobre as diversas tradições jurídicas, dividindo-as em sete categorias principais: *chthonical legal tradition*, *talmudic legal tradition*, *civil law tradition*, *islamic legal tradition*, *common law tradition*, *hindu legal tradition* e *asian legal tradition*. *Ibidem*, p. 16.

racionalidade enquanto o *civil law*, com suas codificações se funda no comando²². Ainda segundo o autor, esse ‘sistema de racionalidade’ está justamente em seguir precedentes, pois a racionalidade ensina a importância da estabilidade e uniformidade²³.

Como já antes anotado, a rígida diferença entre as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*, hoje, já não é mais tão nítida como foi no passado, sendo visível uma constante aproximação entre elas.

O *common law* não pode mais ser apresentado tão somente como um direito não codificado de base tipicamente jurisprudencial porquanto, a bem da verdade, existe uma tendência de codificação ocorrida em muitos países ligados, tradicionalmente, à regra do precedente. Eis, a esse respeito, o que esclarece Funken:

A Austrália, a Inglaterra e os Estados Unidos têm agora um extenso corpo de códigos nos campos da falência, propriedade intelectual, antitruste, regulação bancária, títulos e direito tributário. Nos Estados Unidos da América, o juiz Calabresi, em 1982, observou que o país entrou na *era dos estatutos* que podem ser usados como fontes de do direito. Outros concluíram pela interpretação de estatutos como *fonte primária do direito* na América. Muitos casos americanos estão realmente sendo afetados pela interpretação dos estatutos, tal como a Lei de Falências ou o Código Tributário Americano e, na realização desta tarefa, os tribunais nos Estados Unidos estão basicamente utilizando cânones desenvolvidos pela metodologia do *civil law*. Alguns estados, como a Califórnia, contam com complexos códigos civis²⁴ (tradução livre).

Assim, é preciso ter em mente que a outrora tradicional priorização da regra do precedente em contraste com a regra legislada, vai sendo abrandada na experiência contemporânea do *common law*, já que se pode perceber uma crescente (re)valorização do direito escrito nessa tradição. Edward Re chega a argumentar que a pressuposição do

²² BISHOP, Joel Prentiss. *Common law and Codification or de The Common law as a system of reasoning – How and Why essential to good government; what its perils and how averted*. Chicago: Law Book Publisher, 1888, p. 3-4.

²³ No original: “Following instinct, or conscience, or whatever else we call it – in other words, moved by impulses from the nature given by God to man, - he, while living as all must in society, establishes various customs and usages. After they become universal the court takes judicial cognizance as law. Especially it takes judicial cognizance of reason, and of the fact that directly or indirectly it is the highest guide of man. It thus becomes the highest guide of the court, so that our law is denominated a ‘system of reason’. It accepts judicial decisions as guides for future cases, because reason teaches the importance of stability and uniformity”. *Ibidem*, p. 9-10.

²⁴ No original: “For instance Australia, England and the United States now have an extensive body of codes in the fields of bankruptcy, intellectual property, antitrust, banking regulation, securities and tax law. As to the United States of America, Judge Calabresi observed in 1982 that the United States have entered the “age of statutes”⁶ and that statutes may be used as sources of law beyond their terms. Others have even drawn the conclusion that the interpretation of statutes is America's new “primary source of law”. Many American cases are indeed concerned with the interpretation of statutes, such as the Bankruptcy Act or the Internal Revenue Code and in carrying out this task, courts in the United States are basically using canons that have been developed by civilian methodology. Some states, such as California, even have complex civil codes”. FUNKEN, Katja. The best of both worlds – the trend toward convergence of the civil law and the common law system. *Social Science Research Network*. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=476461>. Acesso realizado em 18/12/2012 às 15:47.

precedente como ponto de partida não vale de *per si*, já que, “atualmente, a legislação cobre tão extensamente quase todos os ramos do direito”²⁵.

No mesmo sentido, Streck pontua que boa parte das regras de direito que se aplicam todos os dias na Inglaterra e nos Estados Unidos são regras sancionadas pelo Legislativo ou pelo poder administrativo. Conclui ressaltando que nos Estados Unidos, chega-se a falar de um fenômeno designado pelo neologismo de *staturification* do direito, em alusão ao termo *statute*, que significa lei em sentido formal²⁶.

O *civil law*, por sua vez, por possuir sua formação relacionada ao direito romano-germânico, se baseia tradicionalmente no comando legal, porquanto a lei ocupa uma posição privilegiada perante as demais fontes do direito. A partir do século XIX, quando a maioria dos países filiados ao sistema romano-germânico editou seus códigos e promulgou suas constituições, os juristas passaram a buscar na lei sua principal fonte de inspiração.

No entanto, nessa linha argumentativa de gradativa aproximação entre as duas grandes tradições jurídicas, também o *civil law* perde parte de seu valor descritivo conquanto é a jurisprudência que vai ganhando espaço onde antes o primado recaía na norma legal. Assim, “apesar do centro desse sistema ser a lei, verifica-se uma tendência à ampliação do precedente jurisdicional na experiência continental europeia onde se tornou evidente a concessão de maior espaço ao direito jurisprudencial”²⁷.

Nesse sentido, é de ver com Mancuso que, a linha transformativa do Brasil, país de tradição codicística, coroou o interesse pela experiência jurídica dos países da *common law* com a inserção das súmulas vinculantes em seu ordenamento jurídico-político, “alçada a condição de vera fonte do direito atuando em paralelo à norma legal”. Segundo o autor, a “positivação da súmula vinculante do STF (CF, art. 103-A – EC 45/2004; Lei 11.417/2006) em verdade veio *institucionalizar* a força obrigatória do precedente jurisprudencial que já vinha se firmando dentre nós”²⁸.

Assim, uma vez pontuadas essas observações iniciais, passa-se à análise da moderna e recente doutrina do precedente obrigatório (*stare decisis*) dos países de *common law* que constituem, ainda, uma das principais características que o diferenciam da tradição do *civil law*.

²⁵ RE, Edward. *Stare decisis*. Op. Cit., p. 281-287.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Op. Cit., p. 25.

²⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro*, Op. Cit., p. 40.

²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 212-213.

Diferentemente da tradição romanística que prioriza(va) assegurar valores como, igualdade, segurança jurídica, coerência do sistema, uniformidade e previsibilidade do direito mediante um sistema jurídico codificado e pretensiosamente completo, no *common law* buscou-se garantir os mesmos valores por meio da doutrina do precedente e mais tarde pelo *stare decisis*, onde igualdade é garantida pelo princípio do *likes cases should be decided alike*²⁹. Por influência da *equity*, a distribuição da justiça nessa grande e peculiar tradição jurídica é presidida por uma concepção do direito enquanto instrumento para realização do justo, objetivo alcançado quando casos iguais são tratados isonomicamente^{30 31}.

Bem a esse respeito, Sidou comenta que o juiz do *common law* é investido de uma quase função legislativa, pois, ao mesmo tempo em que busca o direito a ser aplicado em um dado caso concreto que, por sua vez, já fora perquirido por juízes sucessores, lega o resultado de sua decisão para ser empregado em casos análogos, reforçando o repertórios dos precedentes, núcleo do sistema do *common law*³². De fato, os precedentes desempenham um papel de grande importância para a tradição do *common law* onde o direito é o produto de um secular trabalho dos juízes (*judge made law*)³³.

A regra do *stare decisis* estipula que, “uma vez que um Tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subsequentes que apresentem fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior”³⁴. É uma regra estabelecida no sentido de agir de acordo com precedentes anteriores quando os mesmos pontos aparecem de novo em

²⁹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4 ed. New York: Oxford University Press, 2004, p. 3.

³⁰ Em síntese a origem do *common law* remonta a conquista normanda da Inglaterra com a constituição dos feudos e um sistema de justiça centralizado. Nesse processo foram desenvolvidos regras de procedimento e de direito substantivo que seriam aplicáveis a todos os ingleses. Daí o *common law* (ou direito comum) em oposição aos costumes locais. Paralelamente, se desenvolveu no direito inglês um conjunto de regras jurídicas denominadas *equity*. Aqueles que não aceitavam as decisões baseadas no direito comum podiam recorrer a um pedido de reconsideração direcionado ao Rei. Ao conselheiro do Rei (“consciência do Rei”), então, foi dada a prerrogativa de decidir diferentemente do estabelecido pelo direito comum no interesse da justiça. Criou-se, assim, uma Corte de Equidade (*Court of Chancery*) que atuava paralelamente ao *common law* (Tribunais Reais de Westminster). MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: an introduction to legal systems of Europe and Latin America*, Op. Cit., p. 50 e 295-297.

³¹ Conforme anota Lenio Luiz Streck, as diferenças entre o *common law* e a *equity* constituem algo semelhante a nossa separação entre direito público e direito privado, tanto que na França, onde os juristas se classificam entre privatistas e publicistas, os juristas ingleses se dividem também em *common lawyers* e *equity lawyers*. STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito Brasileiro – eficácia, poder e função*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 39.

³² SIDOU, J.M. Othon. *Processo civil comparado: (Histórico e contemporâneo) à luz do Código de Processo civil brasileiro, modificado até 1966*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 90.

³³ A respeito da atuação criativa dos juízes do *common law*, é de se ressaltar que hoje, não há dúvidas que o juiz do *civil law* também tem uma atuação criativa muito semelhantes àquele.

³⁴ FINE, Toni M. Uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte americano. *RT/Fasc. Civ.* Ano 89, v. 782, dez. 2000, p. 90-96. p. 90.

um litígio, de modo a manter a escala de justiça equilibrada e constante, não sujeita a qualquer nova mudança de opinião do juiz.

Edward Re complementa essa explicação salientando que a doutrina cuja formulação é *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se disturbe o que foi decidido) tem sua origem nas premissas do *common law* e determina que um “princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial seja considerado e aplicado na solução de um caso futuro”³⁵. Deste modo, o precedente obrigatório confere à sentença o caráter de norma geral, devendo ser aplicado em situações concretas semelhantes. O fundamento do *stare decisis* impõe aos juízes o dever funcional de considerar, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas.

Entretanto, ao contrário do que se possa supor, o *stare decisis* é um comando flexível. No ambiente do *common law* admite-se certa discricionariedade ao juiz para que, motivadamente, realize um prévio contraste entre o caso paradigma e as características e circunstâncias sob as quais se apresenta o caso concreto em análise. Assim, antes de qualquer coisa, é necessário que o tribunal determine se o princípio deduzido através do caso anterior é aplicável para, em seguida, decidir em que extensão o princípio será aplicado³⁶.

Suas bases estariam fincadas, de acordo com Eisenberg, na necessidade de o *common law* depender de padrões de congruência social (*standards of social congruence*), consistência sistêmica (*systemic consistency*) e estabilidade doutrinal (*doctrinal stability*), cujos princípios norteadores são os de “sustentabilidade” (*support*), “universalidade” (*replicability*), “objetividade” (*objectivity*) e “capacidade de resposta” (*responsiveness*).³⁷ O padrão de congruência social e consistência sistêmica cuida de identificar as situações em que uma regra tornou-se inconsistente quando aplicada sob determinado aspecto social e em confronto com outras teses. Um precedente que carregue uma tese (*doctrine*) constantemente questionada com argumentos consistentes não satisfaz a ideia de previsibilidade das decisões (confiança)³⁸.

De outro ângulo, aspecto de importante menção está no fato de que a doutrina dos precedentes não é sinônimo de *stare decisis*. A doutrina do *stare decisis*, em sua acepção

³⁵ RE, Edward. *Stare Decisis*. Op. Cit., p. 282.

³⁶ *Ibidem*, p. 281.

³⁷ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1988, p. 105-126.

³⁸ *Ibidem*, p. 106-110.

técnica, surgiu apenas mais tarde (Séc. XIX) a partir da exigência de maior rigidez dos precedentes em prol de valores da certeza e da segurança jurídica³⁹.

Tendo em vista a aceitação de que os juízes do *common law* criam direitos, foi necessária a criação de regras e princípios para regular o uso e o respeito aos precedentes judiciais e à autoridade deles para casos presentes e futuros. Dessa forma, a regra do *stare decisis* originou-se da doutrina dos precedentes tornando vinculantes decisões pretéritas, além da pretensão de distinguir com maior clareza a *ratio decidendi* (elemento vinculante para casos futuros) e os *obiter dictum* (argumentação dispensável)⁴⁰.

Nesse contexto, Streck comenta que o termo precedente foi utilizado pela primeira vez em 1557 e sua doutrina consiste em teoria que alça as decisões judiciais como fonte imediata do direito. Segue esclarecendo que a doutrina dos precedentes caracteriza o desenvolvimento histórico do *common law*, baseado na casuística e na própria dimensão histórica do fenômeno jurídico⁴¹.

Portanto, a doutrina dos precedentes não pode ser confundida com a regra do *stare decisis* que surgiu no séc. XIX (visão positivista e declaratória da doutrina dos precedentes), quando se decidiu que passaria ser obrigatório o respeito a precedentes judiciais por parte juízes e tribunais de hierarquia inferior e aos próprios tribunais e juízes que os criaram (aspecto vertical e horizontal).

Contudo, é bom não se perder de vista que, mesmo antes da doutrina dos precedentes, a tradição jurídica do *common law* sempre se pautou pela análise de decisões anteriores para alcançar o resultado de uma determinada demanda. Streck aponta, a esse respeito, várias obras⁴² que já reuniam diversas decisões judiciais que poderiam ser usadas para ilustrar os princípios legais, mas que, nem por isso, se constituíam fonte autorizada do direito. Em outras palavras, essas decisões não constituam propriamente precedentes, mas indicações de como o direito havia sido aplicado naqueles casos particulares⁴³.

Fato é que o *common law* se pautava no direito costumeiro (direito comum), apesar da sua distinção entre o precedente como fonte de autoridade legal.

³⁹ A esse respeito, Mirjan Damaska: No original: “Informal ways of assuring unity of decision making were replaced in the nineteenth century by the normativistic doctrine of *stare decisis*, and the duality of law and equity was abolished. In short, there occurred a dramatic swing in the direction of hierarchical bureaucratization.” DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 43-44.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e a súmulas vinculantes?* Op. Cit., p. 37.

⁴¹ *Ibidem*, p. 41.

⁴² “Exemplos significativos dessas obras são o *Treatise on the Laws and Customs of England* e *Note Book*, de Bracton, nessas obras nem mesmo está presente o vocábulo *precedent*”. *Ibidem*, p. 39.

⁴³ *Ibidem*, p. 39-40.

A doutrina dos precedentes estruturou-se no final do século XVII tornando o precedente como fonte imediata do direito. E conforme destaca Merryman, a evidência mais decisiva de que o precedente e o costume são formas diferentes de autoridade legal é o próprio *common law*, já que esta tradição existiu como forma de direito costumeiro muito antes de existir a doutrina dos precedentes. Nessa perspectiva, o juiz tem a obrigação de encontrar o direito na análise dos casos e declará-lo. Essa teoria declaratória significa que a fonte do direito no precedente está ele próprio ligado a fonte do direito no costume⁴⁴.

Em síntese e pelo que já se viu, é fácil perceber que o *stare decisis* é um instituto muito próprio da tradição jurídica do *common law*⁴⁵.

Demais disso, é possível sustentar (ainda que alguma reserva), que em quase todas as jurisdições, um juiz é inclinado a decidir um caso da mesma forma que um caso similar foi decidido por outro juiz. Claro que a força desse movimento pode variar de acordo com a tradição e o sistema adotado. Como se viu, no *common law* existe uma obrigação positiva de seguir uma decisão precedente na ausência de justificativa para assim não o fazer. Fato é que o precedente judicial tem um efeito persuasivo em quase todos os lugares, inclusive nos países de *civil law*, pois a observância do que foi decidido previamente é uma máxima de aplicação quase universal.⁴⁶

Também Goodhart é pontual: “todos os sistemas legais seguem precedentes posto que é uma prática natural da mente humana, seja legal ou não-legal, de aceitar o mesmo padrão em casos similares ou análogos”⁴⁷.

É possível perceber, nesse contexto, que na maioria das cortes de *civil law* - pelo menos nos países da Europa – há certa dificuldade de se anular seu primeiro *case law*. A preocupação em corrigir frequentemente suas próprias decisões é colocar em xeque a própria autoridade da corte⁴⁸.

⁴⁴ No original: “Finally, perhaps the most decisive evidence that precedent and custom are different forms of legal authority is the *common law* itself, for the common law existed as a form of customary law long before there was a doctrine of precedent”. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 9.

⁴⁵ O capítulo seguinte trará uma análise aprofundada (nos limites que o trabalho exige) acerca do *stare decisis*.

⁴⁶ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Op. Cit. p. 3; ALEKSANDER PECZENIK, Lund. The Binding Force of Precedents. In: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, MACCORMICK, Neil; SUMMERS Robert S. (Ed.), Sydney: Ashgate, 1997, p. 461-479, p. 465.

⁴⁷ No original: “All legal systems follow precedents; for it is a natural practice of the human mind, whether legal or non-legal, to accept the same pattern in similar or analogous cases”. GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case. In: *Essays in Jurisprudence and the Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1931, p. 1-26, p. 08-09.

⁴⁸ FUNKEN, Katja. *The best of both worlds – the trend toward convergence of the civil law and the common law system*. Op. Cit. Acesso realizado em 18/12/2012 às 15:47.

Um estudo comparativo alemão-americano, por exemplo, descobriu que, nos quase 50 anos de história do Tribunal Constitucional Federal Alemão (país de *civil law*), em que se publicou cerca de 4.000 decisões, afastou-se precedentes em menos de uma dúzia de casos. Esta consistência é ainda mais notável tendo em conta o fato de que 78 juízes diferentes passaram pelo tribunal durante este período⁴⁹.

Também com relação à vinculação de decisões de cortes superiores para cortes inferiores na mesma jurisdição é possível perceber algumas similitudes.

É que, a exemplo do Brasil com as súmulas vinculantes e as decisões tomadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, Espanha e Alemanha promulgaram, nas últimas décadas, disposições estatutárias que tornam algumas decisões de seus tribunais constitucionais expressamente vinculativas para os tribunais e instituições governamentais⁵⁰. Eis o que esclarece David e Vries a esse respeito:

Apesar da ausência de uma doutrina formal do *stare decisis*, há uma forte tendência por parte dos tribunais franceses, como os de outros países, a seguir os precedentes, sobretudo os de tribunais superiores. (...) A atitude dos tribunais de primeira instância de seguirem as decisões da Corte de Cassação é, em substância, muito semelhante ao de tribunais inferiores em jurisdições de *civil law* em relação as decisões dos tribunais superiores⁵¹ (tradução livre).

Fato é que, de acordo com alguns estudiosos do *civil law*, não existem grandes diferenças em como os tribunais de *common law* e os de *civil law* lidam com relação ao efeito vinculante/persuasivo de um precedentes. Por vezes, no continente europeu, esta distinção é abreviada pela expressão “precedente como uma vinculação de fato, não de direito”⁵². No mesmo sentido está Bustamante quando aduz que tanto juízes de *common law*, como os de *civil law* estão comprometidos com precedentes, apenas divergem com relação à atitude

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ No que diz respeito à Espanha, o artigo 5.1 do Estatuto Orgânico do Poder Judiciário estadual dispõe que "a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico e é obrigatória para todos os juízes e tribunais, que deve interpretar e aplicar as leis e normas administrativas de acordo com precedentes e princípios constitucionais, de acordo com a interpretação deles decorrente das decisões proferidas pelo Constitucional Tribunal". Na Alemanha, por sua vez, de acordo com a seção 31(1) da sua Lei do Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgerichtsgesetz ou BVerfGG), suas decisões são vinculantes "sobre as instituições constitucionais federais, nos estados e em todos os tribunais e órgãos."

⁵¹ No original: "Despite the absence of a formal doctrine of *stare decisis*, there is a strong tendency on the part of the French courts like those of other countries, to follow precedents, especially those of higher courts [...] The attitude of lower courts towards the decisions of the Court de Cassation is in substance quite similar to that of lower courts in common law jurisdictions towards decisions of superior courts." DAVID René; VRIES Henry P. de. *The French Legal System - An Introduction to Civil Law Systems*. New York: Oceana Publications, 1958, p. 117-119.

⁵² ALEKSANDER PECZENIK, Lund. *The Binding Force of Precedents*, Op. Cit., p. 465.

diante deles⁵³. A diferença reside, vale dizer, no papel de obrigatoriedade de aplicação do precedente, em determinadas condições.

Eis que em vários países de tradição *civil law*, dentre eles o Brasil, admite-se a vinculação a determinadas decisões judiciais de natureza constitucional que passam a adquirir força de lei com eficácia geral. Nesse momento, passa-se, então, à análise do efeito vinculante e possíveis semelhanças e diferenças frente ao que vimos falando acerca do *stare decisis*.

De plano, constata-se a posição assumida por Leal que sugere diferenças conceituais entre o *stare decisis* e o efeito vinculante, notadamente sob três aspectos. O primeiro deles diz respeito à finalidade: o *stare decisis* foi criado com o objetivo de atribuir estabilidade na regulação das relações sociais, enquanto o efeito vinculante nasceu no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade com o objetivo de controlar os demais poderes. O segundo aspecto tematizado pelo autor corresponde à abrangência dos institutos, pois o *stare decisis* visa uma abrangência interna ao judiciário e, ao contrário, o efeito vinculante preconiza uma abrangência externa em relação aos demais poderes. E por fim, na autoridade exercida pelos institutos também sugere uma diferença entre eles já que o *stare decisis* não se afigura uma regra inflexível⁵⁴, ao passo que o efeito vinculante impõe liame de caráter obrigatório⁵⁵.

O precedente jurisdicional possui maior flexibilidade do que o efeito vinculante na dinâmica de aplicação e acaba por transformar os juízes em (quase) legisladores constitucionais. Em outras palavras, o grau de coerção ou persuasão dos precedentes encontra limitações e não se equipara ao efeito vinculante emoldurado pelas recentes normas já editadas e a proposta sumular. Importa perceber que o controle de constitucionalidade praticado no Brasil se baseou, inicialmente, no modelo norte-americano que é realizado segundo a regra do *stare decisis* e não no efeito vinculante⁵⁶.

⁵³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 107.

⁵⁴ No caso do *stare decisis*, embora fale em vinculação de precedentes (*binding precedents*), aos juízes inferiores se reconhece mecanismos para sua superação (*overruling*). Assim, cabe aos demais órgãos do Poder Judiciário, mediante técnicas decisórias específicas – tais como a superação antecipada (*anticipatory overruling*) ou a superação implícita, desgarrarem-se dos precedentes da Suprema Corte e decidirem casos de maneira diversa. LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 128.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 128.

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editora, 1999, p. 103.

Com relação à sua autoridade, cumpre destacar a posição assumida por Cruz ao sustentar que o efeito vinculante concede às decisões força de lei, vale dizer, transforma-as em discursos normativos de fundamentação⁵⁷.⁵⁸

No mesmo sentido, é o entendimento de Leal:

Seu objeto transcende o *decisum* em sentido estrito, alcançando os seus fundamentos determinantes, a *ratio decidendi* subjacente ao julgador. Da vinculação aos fundamentos determinantes da decisão decorre, a exemplo dos demais países que adotam o efeito vinculante, a vedação a seus destinatários de reproduzir em substância o ato declarado inconstitucional, de manter outros atos de conteúdo semelhante e de adotar via interpretativa diversa da acolhida nos julgados do Supremo Tribunal Federal em sede de controle principal de constitucionalidade⁵⁹.

Ainda nesse contexto, Costa assevera que o efeito vinculante representa uma forma excepcional de manifestação do poder hierárquico considerando sua interferência na decisão inferior. Assume, entretanto, que a posição hierárquica, não é, por si só, condição suficiente a garantir a vinculação, visto que, normalmente, apenas os tribunais superiores, ou ainda, apenas a Corte Constitucional, gozam dessa prerrogativa⁶⁰.

No Brasil, desde 1993 com a Emenda Constitucional n.º 03, as decisões proferidas em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante sobre os órgãos judiciários e executivos, excetuando-se, portanto, o legislativo.

Aqui, cumpre tecer algumas considerações sobre a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante. Bem a esse respeito, Cappelletti orienta que o efeito *erga omnes* é próprio do modelo austríaco de controle de constitucionalidade que possui, além do caráter constitutivo, também caráter geral. Em outras palavras, “dá origem a uma anulação que, não obstante com eficácia não retroativa, mas *ex nunc* ou *pro futuro*, opera, porém, *erga omnes*, pelo que se fala, precisamente, de uma *Allgemeinwirkung* (eficácia geral)”⁶¹. A decisão prescinde, portanto, de atuação do Legislativo para irradiar seus efeitos a todos os possíveis destinatários da norma em exame, bem como impede a rediscussão da causa no Supremo Tribunal Federal.

⁵⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 257.

⁵⁸ Em Gunther é de se ver que a fundamentação de uma norma diverge de sua aplicação, ou seja, o discurso de aplicação é diferente daquele que o fundamenta. Há uma distinção, portanto, entre aplicar normas sob circunstâncias que permanecem iguais (discurso de fundamentação) e aplicá-las sob a consideração de todas as circunstâncias (discurso de aplicação). Cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

⁵⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, Op. Cit., p. 150.

⁶⁰ COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 15.

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Op. Cit., p. 118.

Segundo Mendes, a distinção entre eficácia *erga omnes* e efeito vinculante pode ser explicada a partir do §31 da Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã⁶² que trata da eficácia da decisão proferida por esta Corte em controle concentrado, atribuindo-lhe força de lei (*Gesetzeskraft*), autoridade de coisa julgada (*Rechtskraft*) e efeito vinculante (*bindungswirkung*)⁶³. Ainda nesse contexto Leal sinaliza que, embora apenas a eficácia de força de lei (§31, n. 2) esteja expressamente contemplada no texto da Lei Fundamental (art. 94, n. 2), o efeito vinculante tem sido aceito sem maiores questionamentos quanto a uma eventual inadequação constitucional. Entende-se, a esse respeito, que não há necessidade de habilitação constitucional para que a lei defina os efeitos decorrentes das sentenças do Tribunal Constitucional Federal, não havendo relação de incompatibilidade entre o texto da Lei Fundamental e o preceito legal. Da mesma forma, apesar de não constar na Lei Fundamental nem na Lei do Tribunal Constitucional Federal, é pacífico entre os germânicos que as decisões são providas de qualidade de coisa julgada, a exemplo dos demais processos judiciais⁶⁴.

Esse raciocínio, segundo Mendes, foi o que embasou a PEC n. 130/1992, convertida na Emenda Constitucional n. 3/93. De acordo com o autor, no referido projeto distinguia-se claramente a eficácia geral (*erga omnes*) do efeito vinculante. Em suas palavras: “tal como assente em estudo que produzimos sobre esse assunto, que foi incorporado às justificações apresentadas no aludido Projeto, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante deveriam ser tratados como institutos afins, mas distintos”⁶⁵. A discussão cingia-se à parte da decisão alcançada: enquanto força de lei e coisa julgada estaria abrangida apenas a parte dispositiva da decisão, já o efeito vinculante recairia sobre os fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*), tal como praticado na Alemanha.

É por bem pontuar que, apesar de previsto originariamente apenas para a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a edição da Lei 9.868/99 que regulamentou a Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade, estendeu (formalmente) o efeito vinculante para ambas as ações do controle concentrado de

⁶² “(1) As decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais da federação e dos estados, assim como todos os órgãos judiciais e autoridades administrativas. (2) Nos casos do § 13, n. 6, 11, 12, 13, a decisão do Tribunal Constitucional tem força de lei. Isso vale também nos casos do § 13, n. 8, se o Tribunal Constitucional Federal declara uma lei compatível ou incompatível com a Lei Fundamental, ou nula, a parte dispositiva da decisão deve ser publicada, pelo Ministro Federal da Justiça, no Diário Oficial Federal. O mesmo vale para a parte dispositiva da decisão de que trata o §13, nº. 12 e 14”. LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, Op. Cit., p. 118.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 188.

⁶⁴ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, Op. Cit., p. 119.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, Op. Cit., p. 186.

constitucionalidade (art. 28)⁶⁶. Também a lei 9882/99 estendeu o efeito vinculante e a eficácia contra todos às arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

A propósito, para além de adentrar no mérito de eventual inadequação constitucional ou incoerência com os supostos de um Estado Democrático de Direito, no presente momento, cumpre ressaltar que os dispositivos acima mencionados tencionam reforçar a autoridade do precedente a ele vinculando juízes e administradores.

Importa constatar, entretanto, que a legislação sobre o efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade atribui enormes poderes ao Supremo Tribunal Federal para uniformizar a jurisprudência constitucional brasileira, tentando apagar uma tradição secular de liberdade jurisdicional⁶⁷.

Falar-se hoje em súmulas vinculantes ou de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil representa um retrocesso injustificável e lamentável. A adoção de mecanismos como o europeu representa, na verdade, a adoção de um sistema que está atrás do nosso e que certamente caminha para a evolução que o nosso já conquistou.

(...)

É necessário que tenhamos consciência da riqueza de nosso sistema para que possamos preservá-lo e protegê-lo das constantes tentativas autoritárias representadas, para nós, pelo fortalecimento do controle concentrado, até a eliminação do controle difuso, além de outras tentativas extremamente autoritárias como a súmula vinculante, que representa o fim do judiciário e a desumanização do processo⁶⁸.

Pelo que se viu, o presente tópico se propôs ao exame dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*) dos países filiados ao sistema da *common law*, além de mencionar a adoção do efeito vinculante em alguns países de *civil law*, especialmente no Brasil. Reitera-se que a doutrina do *stare decisis* encontra limitações, já que existem técnicas que possibilitam a não aplicação do precedente e, ao contrário, o efeito vinculante impõe aos juízes de instâncias inferiores a adoção das decisões dos tribunais superiores.

No próximo subitem, estudar-se-á, de modo específico, o efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro por meio da adoção das súmulas vinculantes – objeto central do presente trabalho. Estas têm a sua origem não na inconstitucionalidade ou

⁶⁶ Redação da Lei 9.868/99: “Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

⁶⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo Constitucional e efetividade dos direitos fundamentais. In: *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 195-248, p. 240.

⁶⁸ MAGALHÃES, José Luís Quadros. Editorial. Reforma do Judiciário. *Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD/UFMG*, Belo Horizonte, ano 2, n. 12, maio 2000, p. 2-4.

constitucionalidade de normas, mas sim no modo como essas normas tem sido aplicadas ou afastadas na apreciação dos casos concretos.

1.2 As súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro

No presente subitem, a análise será em torno das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro que, cumpre registrar, por vezes foram tratadas pela doutrina pátria em perspectiva claramente maniqueísta.

Para tanto, cumpre, inicialmente, uma pequena digressão histórica sobre a origem do instituto dos assentos em Portugal de modo a compreender seu sentido e alcance no Brasil Colônia. Na sequência, será apresentado de forma sintética o contexto do Poder Judiciário quando da introdução da súmula vinculante, levando-se em conta os objetivos que levaram à sua adoção pelo constituinte derivado na Emenda Constitucional 45/2004. E, por fim, cumpre uma análise naquilo que respeita as suas características e requisitos.

1.2.1 Dos assentos portugueses às súmulas vinculantes.

Para melhor compreensão da súmula no ordenamento jurídico brasileiro, indispensável se faz uma incursão pelo Direito português. Isso porque, em Portugal, tem-se a origem dos assentos obrigatórios definidos como enunciados de uniformização de jurisprudência emitida pelo Pleno dos Tribunais Superiores⁶⁹, influenciando o Brasil Colônia. Como mecanismo de controle do dissídio jurisprudencial, os assentos obrigatórios potencializaram a eficácia da jurisprudência e permitiram sua elevação à condição de fonte formal. Esses assentos aportaram no Brasil Colônia e aqui frutificaram, sendo recepcionados pelo Supremo Tribunal do Império⁷⁰.

A par dessas linhas introdutórias e para melhor compreensão a respeito do desenvolvimento do tema, necessário se faz a apropriação de um dado histórico.

⁶⁹ COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*, Op. Cit., p. 23.

⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. Op. Cit., p. 217.

A ocupação da Península Ibérica remonta ao ano 200 a.C. com a dominação romana e perduraria até que, nos séculos V e VI, os povos nórdicos vieram a ocupar o território, sendo depois subjugados, ainda no século VI, pelos visigodos. Este último povo, teve no Imperador Alarico um sistematizador do Direito originário das fontes romanas, ao depois alterado pelos costumes dos povos bárbaros (séc. VIII – séc. XV), tudo resultando no *Breviarum Alaricianum*, por sua vez, fonte inspiradora do Código Visigótico, ou ainda *Fuero Juzgo*, documentos que, desde então viriam a reger os povos da Península Ibérica⁷¹. Conforme aduz Mancuso:

Por essa época, o direito reinante constituía-se de uma interação entre o *Fuero Juzgo*, as *Cartas d'El Rey*, ditas cartas de foro ou “Direito foraleiro”, mais o direito canônico e, ainda, os costumes. Já nessas priscas eras podia-se identificar o que viria a se constituir num precedente remoto da uniformização da jurisprudência, a saber, o instituto das *fazañas y albedrios*⁷².

Justamente tal *façanha* significava “juízo ou assento que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso que, por autoridade de quem o fez e dos que o aprovaram, fica servindo como de aresto para se imitar quando outra vez acontecesse”⁷³. Percebe-se, pois, o embrião de uma técnica que pretendia alcançar a almejada uniformidade interpretativa.

Já no século XIII com a criação da Universidade de Lisboa, o Direito Português tomou forma e consistência própria, evolução que culminaria, em 1446, na promulgação da primeira das Ordenações por Afonso V (Ordenações Afonsinas). Em 1521 sobrevieram as Ordenações Manuelinas no reinado de Dom Manuel e caracterizavam-se por seus acréscimos e compilações sobre a Ordenação anterior⁷⁴. Fragmento de maior interesse, no entanto, estava disposto no Livro V, título LVIII:

TITULO LVIII

Dos Defembargadores, e Julgadores, que nom guardam as Ordenações, ou as interpretam. E que tomam conhecimento dos feitos que nom lhe pertencem.

E ASSI Auemos por bem, que quando os Defembargadores, que forem no depascho d'alguũ feito, todos ou alguũ delles teuerem alguũa duuida em alguũa Nolla Ordenaçam do entendimento della, vam com a dita duuida ao Regedor; o qual na Mefa grande com os Defembargadores que lhe bem parecer a determinará, e segundo o que hi for determinado se poerá a sentença. E se na dita Mefa foram issõ mefmo em duuida, que ao Regedor pareça que he bem de No-lo fazer saber, pera a Nós loguo determinarmos, No-lo fará saber, përa Nós niffo Prouermos. E os que em

⁷¹ *Ibidem*, p. 218.

⁷² *Ibidem*, p. 219.

⁷³ BUZAID, Alfredo. Da uniformização da jurisprudência. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LVIII, Coimbra, 1982, p. 134.

⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, Op. Cit., p. 219.

outra maneira interpretarem Noffas Ordenações, ou derem sentenças em alguñ feito, tendo alguñ delles duuida no entendimento da dita Ordenaçam, fem hirem ao Regedor como dito he, feram fuspenfos atee nollã Merce. **E a determinaçam que fobre o entendimento da dita Ordenaçam fe tomar, mandará o Regedor escrever no liurinho pera de pois nom viir em duuida**⁷⁵ (grifo nosso).

Por sua vez, em 1603 foram promulgadas as Ordenações Filipinas, também chamadas Ordenações do Reino onde as antes referidas *façanhas* vieram substituídas pelos Assentos da Casa da Suplicação (Livro I, Título V) que tinham, pois, por fim, fixar a “verdadeira inteligência da lei” e, quando tomados na Mesa Grande, tinham força de lei⁷⁶.

Fato é que no século XVI, o Direito português passava pela difícil etapa de tentar conciliar a aplicação do direito comum⁷⁷ com o direito português codificado nas várias ordenações que não formava, por sua vez, um todo orgânico. Naquela época, a legislação editada pelo Rei possuía caráter pontual, vale dizer, o direito comum era a regra, ao passo que a legislação nacional constituía as exceções⁷⁸. Bem a esse respeito, Mancuso esclarece:

Ao tempo das Ordenações Filipinas, o Rei, na condição de autoridade máxima, respondia, cumulativamente, pelas funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo, sendo assim compreensível que participasse também do poder legiferante, como se colhe desse fragmento, eloquente por seus próprios termos: “O Rey he Lei animada sobre a terra, e poder fazer Lei e revogá-la, quando vir que convem fazer-se assi” (Livro III, título 75, 51, parte final). De outro lado, em ocorrendo que num caso concreto não houvesse *estilos e costumes* a reger a espécie, dever-se-ia, alternativamente, recorrer ao Direito Canônico ou às leis imperiais, remanescendo a lacuna, abria-se o ensejo para a solução do caso pela intervenção do Rei, que o dirimia pelas chamadas *decretaes*.

Naturalmente, tal situação contribuiu para formação de um ambiente decisório muito instável de modo que dita conciliação somente foi possível por obra da jurisprudência dos Tribunais superiores do Reino. Assim, com o escopo de dar cabo à insegurança jurídica que assolava o Reino, criaram-se os assentos da Casa da Suplicação com valor vinculativo:

⁷⁵ Disponível em <<http://www.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l5p195.htm>>. Acesso realizado em 09.01.2013 às 10:26.

⁷⁶ BUZAID, Alfredo. *Da uniformização da jurisprudência*, Op. Cit., p. 136.

⁷⁷ “A doutrina jurídica dos séculos XV, XVI e XVII tem recebido designações muito variadas – «bartolismo», «escolástica jurídica», «mos italicus» etc.; mas a sua designação mais correcta é a de «*direito comum*» por se revelar menos unilateral do que qualquer das anteriores e por nos dar, desde logo, esta idéia: a de que ela apresenta como característica primeira a *unidade* – (i) quer enquanto unifica as várias fontes do direito (direito *justinianeu* [...], direito canônico [...] e direitos locais; (ii) quer enquanto constitui um objecto *único* (ou comum) de todo o discurso jurídico europeu; (iii) quer ainda enquanto «trata» este objecto segundo métodos e estilos de raciocinar *comuns*; (iv) forjados num ensino universitário do direito que era *idêntico* por toda a Europa; e (v) vulgarizados por uma literatura escrita numa língua então *universal* – o latim”. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. 3. ed. Portugal: Fórum da História, 2003. p. 89.

⁷⁸ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 188.

Os assentos consistiam nas decisões da Casa de Suplicação de Lisboa, que se consubstanciavam em interpretação autêntica das leis do Reino de Portugal. Tinham, portanto, força de lei. A previsão vinha contida no §1º, Título LVIII, Livro V, das Ordenações Manuelinas, bem como no §5º do Título V, Livro I, das Ordenações Filipinas, as quais dispunham igualmente que, havendo dúvida entre os desembargadores daquela Casa sobre as Ordenações, a respeito dela deliberariam, escrevendo a decisão e o entendimento que aí então se tomasse no Livro da Relação⁷⁹.

Daí se vê que no texto das Ordenações, restava palpável não apenas a extração de um julgado paradigma como também a de sua aplicação obrigatória para os casos futuros. Essa dupla finalidade fora, na sequência, reafirmada pela chamada Lei da Boa Razão de 18 de Agosto de 1769, extinta em 1822⁸⁰ quando, então, findou-se o poder da Casa da Suplicação para proferir assentos.

Em Portugal, os assentos permaneceram vigentes até que questionada sua constitucionalidade. Em 1993, os assentos foram exaustivamente examinados no acórdão nº 810/93, proferido pelo Tribunal Constitucional Português, que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º Código Civil Português na parte em que “atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral”.

Conforme notícia Costa, a essência da inconstitucionalidade estava na possibilidade de o Judiciário realizar interpretações ou integrações autênticas da legislação com força obrigatória geral, assumindo assim, características normativas impróprias desse Poder. Com o voto vencido da Conselheira Maria da Assunção Esteves, o Tribunal Constitucional Português declarou inconstitucional a norma do art. 2º do CCP na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar assentos com eficácia *erga omnes*, por violação do art. 115 da Constituição da República Portuguesa então vigente⁸¹. Isso representou a manutenção da doutrina adotada pelos assentos, mas com a vinculação restrita ao âmbito dos tribunais judiciais.

Eis que, na sequência, o Dec. lei 329-A de 12.12.1995 revogou totalmente não só o art. 2º do Código Civil Português, como todos os artigos do Código de Processo Civil Português que disciplinavam a matéria (arts. 763 a 770), de modo que os antigos assentos ficaram substituídos, pelos acórdãos para uniformização de jurisprudência.⁸²

⁷⁹ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*, Op. Cit., p. 190.

⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. Op. Cit., p. 223.

⁸¹ COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*, Op. Cit., p. 32.

⁸² Questões polêmicas que circundaram o Dec. lei 329-A de 12.12.1995 dizem respeito à abolição dos assentos em caráter retroativo e ao alcance da vinculação (se obrigatória ou não) dos acórdãos proferidos no âmbito do recurso de revista ampliada o que não se abordará por fugir aos objetivos deste estudo.

Por sua vez, em decorrência do processo de colonização, a história do direito em Portugal e no Brasil conheceu longa fase substancialmente comum:

Essa “convivência”, de certo modo, estendeu-se para além da fase de separação e independência da colônia: mesmo após 1822 o Brasil ainda conservaria, por muito tempo, o ordenamento lusitano. Não é despidendo lembrar que o Brasil somente teria o seu código civil na segunda década do século XX. Até então, subsistia basicamente o velho arcabouço das Ordenações do Reino, ainda que com muitas modificações, provocadas por legislação esparsa.

Assim também ocorreu no tocante a jurisprudência, caótica pela dispersão e multiplicidade de órgãos julgadores, necessitando, à semelhança de Portugal, providências no sentido de sua uniformização⁸³.

Certo é que, no Brasil, os assentos tiveram força de lei reconhecida pelo Decreto Legislativo nº 2.684 de 23 de outubro de 1875, regulamentado pelo Decreto nº 6.142 de 10 de março de 1876. Insta pontuar que aquele mesmo decreto autorizava o Supremo Tribunal de Justiça brasileiro a também expedir assentos interpretativos para dirimir dúvidas jurisprudenciais manifestadas em julgamentos divergentes.

Com o advento da República, extinguiu-se a competência do Supremo Tribunal de Justiça para baixar os assentos finalizando um longo período histórico caracterizado pelo funcionamento autoritário da elaboração da Lei⁸⁴. Estava, portanto, encerrado o período de vigência dos assentos no Brasil, apesar das posteriores tentativas frustradas de ressuscitá-lo: (i) no anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas elaborado por Haroldo Valladão e (ii) em 1964 na elaboração do anteprojeto de código de processo civil de 1973⁸⁵.

Os assentos desapareceram, mas a necessidade de uniformização da jurisprudência ainda era latente. Mesmo descartados pela República, os assentos obrigatórios sobreviveram enquanto ideia, reaparecendo em outros institutos criados com esse objetivo, tais como, o recurso de revista⁸⁶ e o prejudgado (Dec. n. 16.273/1923 e depois acolhidos pelo CPC de

⁸³ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. Op. Cit., p. 228.

⁸⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. Op. Cit., p. 227.

⁸⁵ No anteprojeto de Código de Processo Civil de 1973 oferecido pelo processualista Alfredo Buzaid, “revivia-se a tradição lusitana dos assentos obrigatórios, prevendo-se que a decisão tomada por maioria absoluta, no STF (questão federal) ou nos tribunais de justiça (direito local), seria obrigatória nos respectivos âmbitos, enquanto não viesse alterada por igual critério; editado o Assento, este teria força de lei após 45 dias de sua publicação no órgão oficial (artigos. 518, 519 e 520, parágrafo único). O projeto abandonou a solução dos assentos com força de lei; não suprimiu o Capítulo, mas deu-lhe nova feição, inspirada na Súmula da Jurisprudência Predominante do STF e conservada, com alterações de por menor, pelo Congresso Nacional”. *Ibidem*. p. 232.

⁸⁶ “O recurso de revista era cabível toda vez que divergissem, em suas decisões finais, duas ou mais Câmaras, turmas ou grupo de Câmaras, entre sim, quanto ao modo de interpretar o direito em tese, ou, ainda, quando fosse contrariado outro julgado das Câmaras civis reunidas. Em virtude da interposição de recurso de revista, pronunciava-se o Tribunal sobre a “tese de direito” controvertida e, se acolhida a impugnação do

1939), bem como o recurso extraordinário fundando em divergência jurisprudencial. Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1973 suprimiu o recurso de revista e o prejulgado para, em contrapartida, adotar o incidente de uniformização jurisprudencial (art. 479), onde se autorizou qualquer Tribunal do País a criar súmulas de sua jurisprudência⁸⁷, influenciado pela criação da “súmula da jurisprudência predominante” pelo STF em 1963.

Explica-se: a necessidade de uniformização da jurisprudência foi encampada pelo próprio Supremo Tribunal Federal com a criação da “súmula da jurisprudência predominante”. Sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu por meio da proposta formulada pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal quando foi incluída no Regimento Interno daquela corte em 1963. Com a intenção de traçar pequenos enunciados para os temas a respeito dos quais o STF já havia se posicionado de modo reiterado, Victor Nunes Leal inspirou a criação da súmula no ordenamento jurídico brasileiro que, naquele momento, tinha caráter apenas persuasivo. Em suas razões, o Ministro sustentou que a súmula representava o “ideal do meio termo”, pois estava “entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa de Suplicação, para a inteligência geral e perpétua da lei e a virtual inoperância dos prejulgados”⁸⁸. Nesse contexto, Leal esclarece:

Sua finalidade consistia em dar a desejável firmeza à jurisprudência da Corte a partir do imediato conhecimento de seus precedentes pelas partes interessadas e, principalmente, pelos próprios juízes. As súmulas conformam, desse modo, sistema oficial de referência dos precedentes judiciais, estruturadas em verbetes que consolidam a orientação predominante e segura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A impositividade das súmulas, no entanto, limita-se à sua autoridade moral e persuasiva, ante os fundamentos que lhes são subjacentes e a estatura do órgão que as edita. Não gozam, por si só, de autonomia normativa. Sua contribuição à uniformidade e estabilidade da jurisprudência é de fato, não de direito. Segundo Victor Nunes Leal, destinam-se a substituir loterias judiciárias das maiorias ocasionais⁸⁹.

Contudo, Barbosa Moreira lembra que, embora desprovida de eficácia vinculativa às proposições insertas na súmula exerceram, na prática, enorme influência nos julgamentos,

recorrente, procedia-se a novo julgamento quanto ao mérito da causa”. SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. Op. Cit., p. 234.

⁸⁷ Art. 479 do CPC. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

⁸⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. Op. Cit., p. 353.

⁸⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, Op. Cit., p. 133-134.

quer de juízos de primeiro grau, quer de tribunais. Complementa ressaltando que, com frequência, juízes se limitavam a aludir a súmula como fundamento de suas decisões⁹⁰.

No Brasil, mais recentemente, através da Emenda Constitucional 45/2004 foram instituídas as súmulas vinculantes oriundas do Supremo Tribunal Federal que acrescentou à Constituição o art. 103-A⁹¹. Sifuentes elucida que o seu antecedente mais próximo e semelhante são os prejulgados do Tribunal Superior do Trabalho, de observância obrigatória para os juízes, que mais tarde vieram a ser considerados inconstitucionais pelo STF⁹².

Enquanto a súmula é uma espécie de orientação ao Poder Judiciário em suas decisões, o enunciado de súmula vinculante, com exceção do Supremo Tribunal Federal, produz eficácia ampla e obriga todos os demais órgãos do Poder Judiciário bem como a administração pública direta e indireta federal, estadual e municipal a cumpri-la.

A proposta de inserção da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro estava abarcada pela PEC 96/92 – de autoria original o Deputado Hélio Bicudo - que consistia em uma reforma constitucional na parte alusiva ao Poder Judiciário.

Paralelamente, tramitava a PEC 54/95 que propunha modificação na redação do parágrafo 2º do art. 102 da CF, cujo texto ao final aprovado em 12.08.1997 na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado é o seguinte (PEC 500/97): Terão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, as decisões proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo, e as definitivas de mérito, se o STF assim o declarar, pelo voto de dois terços de seus membros⁹³.

A essa PEC 500/97 veio a ser anexada a PEC 517/97 que propunha um parágrafo 3º para o art. 102 da CF com a seguinte redação: “O STF poderá, mediante decisão de três quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre questão processual controvertida e

⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual* 27/50, São Paulo, junho 2005.

⁹¹ “Art. 103- § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. §3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.”

⁹² SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. Op. Cit., p. 236.

⁹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. Op. Cit., p. 342

excluídas as matérias relativas aos direitos e garantias individuais, aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento”⁹⁴.

Sustentava-se, naquele contexto, uma crise no Poder Judiciário, especialmente em razão da lentidão na prestação jurisdicional (sobrecarga de trabalho) e da existência de decisões díspares para casos idênticos.

Relevante passagem merece transcrição no sentido de demonstrar o sentimento que vigia a época. Em audiência pública realizada em 21 de janeiro de 1997 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, o ministro do STF Sepúlveda Pertence, declarou a falência do STF tal como funcionava:

Disse que em 1997 o STF “fingiu” ter julgado 40.000 processos. (...) Comparando com dados de outros Tribunais Constitucionais, mencionou que nos EUA chegam à Suprema Corte cerca de 4000 processos, dos quais apenas 5% são julgados. A proporção é ainda menor na Alemanha, onde dos 7000 entrados, apenas 2% chegam a ser examinados. O mesmo ocorre na Corte Constitucional espanhola. E no contato com os magistrados desses tribunais, o Ministro observou que apesar das estatísticas serem bem mais favoráveis, esses órgãos já se consideram em crise! (...) Na verdade, não há como ignorar que algo tem que ser feito. A inércia leva ao descrédito do Judiciário e à frustração do cidadão, além de não permitir que haja acesso real à democracia⁹⁵.

Fato é que a reforma visava encontrar soluções para o estado de descrédito que se encontrava o Poder Judiciário brasileiro. Em última análise, os propósitos das súmulas vinculantes eram uniformizar a jurisprudência e pôr fim a multiplicação de causas idênticas, especialmente na Justiça Federal.

1.2.2 Requisitos e características

O vocábulo *súmula* vem do latim *summula* e traduz a ideia de sumário, resumo. De acordo com Sifuentes, “a súmula de jurisprudência se refere a teses jurídicas solidamente

⁹⁴ Essa breve resenha ora apresentada se propõe contextualizar o surgimento da súmula vinculante, ressaltando, contudo, que as redações originalmente propostas foram modificadas, o mesmo se passando com a numeração dos artigos.

⁹⁵ Parecer do relator. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. *Diário da Câmara dos Deputados – Suplemento*. 14 dez. 1999, p. 155 e 156.

assentes em decisões jurisprudenciais das quais de retira um enunciado”. O enunciado, por sua vez e ainda segundo o entendimento da autora, é o preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem e pode ser utilizado para orientar o julgamento de outros casos⁹⁶.

A súmula objetiva, pois, a validade, a interpretação e a eficácia de normas acerca das quais haja controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública que acarrete grava insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (art. 103-A, parágrafo 1º, CF).

Neste ponto, imprescindível se faz a análise de dois aspectos importantes da súmula: (i) o que pode ser objeto de súmula e (ii) propriamente os requisitos para sua publicação com força obrigatória.

Com relação ao primeiro aspecto as súmulas vinculantes somente poderão ser editadas em matéria constitucional, ou seja, aquela que esteja inscrita no texto da constituição. Sifuentes explicita, nesse sentido, que não basta que se admita a sua natureza constitucional, mas imprescindível sua expressão no texto da lei maior⁹⁷.

Tereza Wambier sustenta que nem tudo pode ser objeto de súmula, mas tão somente *teses* jurídicas como sendo uma “verdade jurídica que não deixa de sê-lo em virtude de especificidades dos casos concretos que lhes são subjacentes”. Complementa ressaltando que as súmulas com efeito vinculante devem ser elaboradas com muito mais critério e de forma a não gerar, na medida do possível, “problemas interpretativos” mais complexos do que os gerados pela própria norma constitucional de que derivam⁹⁸. Ainda nesse contexto, eis o esclarecimento de Bahia a respeito das proposições da autora:

Ela parte da ideia de que a função judicial, pelo menos nas instâncias superiores, não resolvem casos, mas “temas”, que a aplicação das Súmulas apenas pode se dar se forem decotadas de um caso todas as “particularidades” que não se encaixam na Súmula, ou, dito de outro modo, se o judiciário, ao aplicar a súmula, enxergar o caso apenas como *um tema que se extrai daquele*, deixando de lado tudo o que não se encaixe⁹⁹.

⁹⁶ Ainda nesse contexto, a autora sustenta que as duas palavras – súmula e enunciado –, embora tenham significados diferentes, acabaram por ser usadas indistintamente, de modo que por súmula, atualmente, entende-se comumente o próprio enunciado, ou seja, o preceito genérico tirado do resumo da questão de direito julgada. SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. Op. Cit., p. 237-238.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 261.

⁹⁸ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso Especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 226.

⁹⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*, v. 206, p. 359-379, 2012, p. 360.

Ora, não se pode perder de vista que ao Judiciário compete o julgamento de casos concretos e não de teses jurídicas em abstrato. Desse modo, a aplicação de enunciado de súmula vinculante deve se dar às hipóteses restritas para as quais foram pensadas.

Já com relação aos seus requisitos, exige-se: (i) a edição pelo Supremo Tribunal Federal, em votação por *quorum* qualificado, onde se exige dois terços dos seus membros; (ii) a existência de reiteradas decisões sobre a matéria no STF, sempre de ordem constitucional; (iii) a limitação de seu âmbito a determinadas normas acerca das quais haja controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos, sobre questão idêntica.

Daí que, a existência de controvérsia e de grave insegurança jurídica não são, *per si*, suficientes a autorizar a edição de súmula, pois é necessário que haja similitude entre os casos que justifique trata-los como *questão idêntica*, em torno da qual se pronunciam *reiteradas decisões*. Entretanto, é de se ver em Dworkin que os “processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade política e fidelidade”¹⁰⁰, de modo que são muitos os pontos sobre os quais poderá haver divergência. Sobre esse assunto, Maues esclarece:

A identidade das questões que fundamentam a edição de súmulas não deve ser interpretada, contudo, como um dado natural, que caberia ao STF simplesmente reconhecer. Como qualquer proposição do campo do direito, a afirmação de que uma questão é idêntica a outra não se baseia apenas em uma análise de circunstâncias de fato, ou seja, sobre a ocorrência ou não de determinados eventos físicos, mas especialmente nos critérios utilizados para qualificar juridicamente esses fatos. Mesmo que não haja divergências entre os julgadores sobre os aspectos factuais de uma demanda, ainda assim pode haver soluções díspares para elas, baseadas em diferentes interpretações dadas ao caso¹⁰¹.

Isso porque os casos nunca são completamente idênticos, em outras palavras, não há uma identidade absoluta, como também não há uma diferença absoluta. Tudo é uma questão do nível de abstração que se faz frente aos casos. Com um bom distanciamento, casos diferentes podem fundamentar a criação/aplicação de uma mesma súmula.

Ademais, sem maiores delongas sobre o postulado da igualdade, sabe-se que esse princípio comporta não apenas um conteúdo negativo (isonomia), como também um aspecto positivo (direito à diferença):

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2a Edição – São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.5-6.

¹⁰¹ MAUES, Antônio Moreira. Súmula vinculante e proteção dos direitos fundamentais. In: *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão*. COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 45.

Assim, preserva-se a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas. Entretanto, viola-se o mesmo princípio quando em hipóteses de situação “semelhantes”, aplica-se, sem mais, uma “tese” anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias de caso a ser decidido e o paradigma): aí há também violação à igualdade, nesse segundo sentido, como direito constitucional à diferença e a singularidade¹⁰².

Ainda nesse contexto e recorrendo a Michael Rosenfeld em seu *The Identity of the Constitutional Subject* é de se ver que o desenvolvimento do direito à igualdade pode ser reconstruído como compreendendo três fases distintas. A primeira delas é marcada por uma (1) forte ênfase na correlação entre desigualdade e diferença (negação). O segundo estágio é dominado pela (2) correlação entre identidade e igualdade que é alcançado através de forte dependência de processos metafóricos. Por fim, a terceira fase é marcada por uma (3) igualdade mais abrangente que responde por diferenças sem explorá-las para instituir padrões de dominação ou subordinação – dar a cada um segundo suas (diferentes) necessidades¹⁰³. De modo que o discurso constitucional deve-se articular por meio de uma narrativa contrafactual que preenche o hiato que separa o sujeito constitucional no *eu* e no *outro* ao mesmo tempo em que o fortalece com uma identidade própria, distinta. Então, recorrendo aos recursos linguísticos da negação, metáfora e metonímia, Rosenfeld sustenta que, para a conformação do discurso constitucional, é necessária uma adequada interação entre os três aparatos discursivos. Só então o discurso constitucional adquire um sentido determinado¹⁰⁴.

A par disso e retomando à descrição da norma, aspecto a ser ressaltado é que a Constituição permitiu que as súmulas vinculantes fossem propostas *ex officio* ou por provocação. Esta provocação poderá ser feita pelos legitimados para a propositura da ADIN (CF, art. 103 c/c art. 103-A, parágrafo 2º). Da mesma forma, também os habilitados para o

¹⁰² NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro*. Op. Cit., p. 25-27.

¹⁰³ No original: “In general, the evolution of equality rights can be reconstructed as comprising three different stages. The first of these is marked by a strong emphasis on the correlation between inequality and difference. (...) The second stage is dominated by the correlation between identity and equality, and is reached through heavy reliance on metaphoric processes. (...) Finally, the third stage is marked by a more encompassing and finely tuned equality that accounts for differences without exploiting them to institute patterns of domination or subordination. Typical of this third stage would be equality based on the slogan, ‘to each according to his or her (different) needs.’ Thus, for instance, a woman’s constitutional right to have an abortion could be justified as a third stage equality right. Based on a second stage conception of equality, men and women should have the same control over their body. But further contextualization, through a metonymic chain of thoughts, leads to the conclusion that for a woman’s control over her body to be comparable to a man’s over his, requires awarding her certain different rights, including the right to abortion. Passage through contextualization from second stage equality as identity, to third stage equality as difference depends for its success on simultaneous preservation and transcendence of certain key identities”. ROSENFELD, Michel. *The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community*. Routledge, 2009, p. 62.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 63.

ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade poderão propor a revisão ou o cancelamento da súmula, além dos próprios ministros do STF.

Por fim, e com o objetivo de zelar pelo cumprimento das decisões sumuladas, a EC 45/2004 previu o cabimento de *reclamação* ao próprio Supremo Tribunal Federal do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, além da possibilidade de se anular o ato ou cassar a decisão e determinar que outra seja proferida (art. 103-A, parágrafo 3º). O objetivo é o de assegurar que os órgãos vinculados pela súmula vinculante efetivamente a apliquem.

Portanto, o advento da EC 45/2004 instituiu mais uma hipótese de cabimento de reclamação, qual seja, desrespeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal, além das previsões anteriores - preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do STF ou do STJ.

Outra questão que implica menção diz respeito à revisão da tese e o cancelamento dos enunciados de súmula vinculante. A Lei nº 11.417/2006, que regulamentou o art. 103-A da CF, se propôs a disciplinar a edição, a revisão e o cancelamento de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, naquilo que respeita a revisão e o cancelamento de súmula, se limitou a estabelecer o rol de legitimados, o *quórum* qualificado de apreciação pelo plenário, modelação dos efeitos temporais e a possibilidade da manifestação de terceiros nesses procedimentos, de acordo com o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que possui aplicação subsidiária.

1.2.3. Súmula Vinculante: problematização a partir do texto.

A ideia de certeza e clareza do direito tem sua origem, na modernidade, no século XVIII com o racionalismo jurídico e as primeiras tentativas legislativas para codificar os sistemas jurídicos nacionais em linhas sugeridas pelos ideais próprios do direito natural.¹⁰⁵

¹⁰⁵ A mais famosa codificação da época é o código civil francês, que entrou em vigor na virada para o século XIX. Contudo, antes mesmo do “Código de Napoleão”, notadamente na Prússia e na Áustria, já havia esforços para pôr em ordem o direito civil herdado dos romanos e, por sua vez, para torná-lo compatível com os costumes locais da época. De fato, foi a *Allgemeines Landrecht*, ou lei geral do país, da Prússia, o primeiro código legal nacional a entrar em vigor no ocidente. MEDINA, José Miguel Garcia Medina; FREIRE, Alexandre; FREIRE Alonso. Vivemos, hoje, sob um sistema de *stare (in)decisis*. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-out-17/vivemos-sistema-stare-indecisis-analise-aco-es-repetitivas>>. Acesso realizado em 17/10/2012 às 14:06.

Pretendia-se, com a consagração da “lei geral e abstrata”, conceber uma ordem jurídica completa e consistente, desprovida de lacunas e livre de contradições e que, portanto, jamais pecaria por incompletude. Em outras palavras, para o racionalismo jurídico o direito deveria ser sempre um sistema autossuficiente para fornecer uma solução unívoca para todo e qualquer caso, ou seja, o direito como fonte formal estatal¹⁰⁶.

A resposta para o caso concreto estaria sempre na regra de modo que não havia necessidade de interpretação (*in claris cessat interpretatio*). Ainda que se admitisse eventual obscuridade, estas seriam sempre aparentes, pois se acreditava na busca dos sentidos intrínsecos ao texto jurídico, como se ao interprete fosse possível fazer uma *Auslegung* (extrair o sentido)¹⁰⁷.

Essa crença da certeza do direito, segundo a qual tudo se resolveria com a submissão dos fatos à regra através de simples silogismo, poderia ser explicada a partir daquilo que representou o giro ontológico-linguístico com obras de Gadamer e Heidegger¹⁰⁸, além de outras teorias da interpretação como a de Dworkin e Habermas¹⁰⁹. Entretanto, mesmo no positivismo de Hans Kelsen denota-se uma teoria fortemente marcada pela interpretação como elemento ínsito ao direito, de modo que toda norma gera um quadro de interpretações possíveis. Nesse sentido, Kelsen defende que norma não é sinônimo de lei, mas o sentido que se apreende de uma lei^{110 111}.

Fato é que, a partir do “movimento hermenêutico” do século XX, a tarefa do intérprete do direito é a de atribuir sentidos ao texto (*Sinngebung*) o que não implica, contudo, atribuir qualquer sentido. A interpretação do direito em tempos pós-positivistas passa a ser compreendida pela filosofia da linguagem onde a preocupação é com a palavra. Não se pode

¹⁰⁶ Antonio Manuel Hespanha destaca que a soberania mede-se também pelo aspecto normativo. Em outras palavras, um estado soberano é aquele que pode produzir uma ordem jurídica autônoma e unificada. A partir do século XIX, então, o direito passa a ser o direito do Estado - a lei. HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 54-55.

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Op. Cit. p. 49.

¹⁰⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14ª ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade de São Francisco, 2005; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Editora Vozes, 2007.

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, Vol. I; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 4 e ss.

¹¹¹ Nesse sentido, recomenda-se a leitura de BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese*, Op. Cit.

dizer tudo sobre qualquer coisa, a linguagem constitui o mundo: é condição de possibilidade¹¹².

É de se ver que a lei como um texto, mesmo geral e abstrata, não é imune à condição hermenêutica que nos constitui e está, portanto, sujeita a várias interpretações¹¹³. Por maior precisão que se busque na redação de um texto legal, suas palavras sempre reservam uma margem carente de significado donde entra a atividade interpretativa. E nesse sentido, uma vez constatado o fato de que a lei não possui um sentido único e absoluto, mas que, ao invés, múltiplas interpretações são externadas à mesma lei, criam-se mecanismos que visam gerar uniformidade de interpretação:

As súmulas vinculantes fazem parte de uma audaciosa aposta: “*segurar* a interpretação do texto”, gerar uniformidade – tanto atual quanto futura – a qualquer custo. Elas são sustentadas por uma (antiga) ideia quanto a “clareza” do direito segundo a qual todos os nossos problemas estariam resolvidos com a submissão da hipótese fática à hipótese jurídica: a lei e, agora, as súmulas¹¹⁴.

A crença está no fato de que os textos podem fechar a interpretação. Protegida sob o manto da segurança em situações de reiterada controvérsia jurisprudencial, as súmulas vinculantes revivem o velho problema da proibição de interpretar pautado na certeza e na clareza do direito.

No entanto, a súmula vinculante, tal como a lei, é um texto e, portanto, sujeita às mesmas imperfeições e diferentes interpretações¹¹⁵. Em outras palavras, a súmula vinculante não é a norma (como o sentido que se apreende de uma lei) pronta e acabada apta a solucionar diversos casos por silogismo, impedindo que as particularidades de cada concreto se manifestem.

Ademais, cumpre registrar outra problemática que pode ser suscitada na prática da súmula vinculante, qual seja, a “desvinculação dos contextos materiais de interpretação”. Em ensaio publicado sobre o tema, Simioni destaca que o “problema da desvinculação dos contextos materiais de aplicação nos diz que toda interpretação de um texto normativo só pode ser realizada em concreto”¹¹⁶. Em outras palavras, não há como se interpretar um texto

¹¹² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Op. Cit., p. 49-50.

¹¹³ Cf. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese, Op. Cit., p. 369.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 360.

¹¹⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Súmulas estão sujeitas a diversas interpretações. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-24/sumula-mesmo-vinculante-sujeita-diversas-interpretacoes>>. Acesso realizado em 13/11/2013 às 10:53.

¹¹⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Nem as súmulas vinculantes escapam de interpretação. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-02/interpretar-exigencia-nao-interpretacao-sumulas-vinculantes>>. Acesso em 16.01.2013 às 20:27.

normativo sem pressupor, pelo menos, a possibilidade de sua aplicação. Isso porque, lembra o autor invocando Martin Heidegger, “todo sentido da interpretação pressupõe nossas vivências prévias, as quais, não só influenciam, mas constituem o horizonte de sentidos das possibilidades de interpretação”¹¹⁷. Assim, a súmula vinculante, como qualquer texto normativo, disponibiliza sempre um horizonte de possibilidades de determinação do sentido, que somente pode ser estabelecido diante do caso concreto. E, complementando esse raciocínio, Simioni lembra que:

A argumentação jurídica não trabalha apenas com uma lógica formal de subsunção de um caso a uma norma ou de incidência de uma norma a um caso. Em outras palavras, a questão da súmula vinculante não é só: aplica-se ou não se aplica. A argumentação jurídica pode, trabalhando com os elementos de significação do caso concreto, construir uma narrativa que conta uma história diferente daquela prevista pelo texto da súmula vinculante. Quer dizer, a normatividade de uma súmula vinculante pode, por si só, justificar bons argumentos para a definição de uma narrativa suficientemente diferente para não se constituir em uma hipótese de aplicação.

E esse problema não é novo. Ele foi o mesmo problema que fundamentou a velha *frau legis* do início do positivismo jurídico sociológico de Pontes de Miranda. E se trata do histórico problema filosófico da pretensão de universalização, segundo o qual toda regra gera as suas próprias exceções. Então, com a pretensão de produzir segurança jurídica, uma súmula vinculante produz ao mesmo tempo insegurança argumentativa. Porque a argumentação jurídica sempre poderá surpreender o formalismo da subsunção com elementos materiais não previstos pela súmula vinculante. E imprevisibilidade é, exatamente, o contrário da segurança¹¹⁸.

Assim, é de ser ter em mente que os enunciados de súmulas somente podem ser interpretados e aplicados levando-se em consideração os julgados que os formaram. Eles não surgem do nada. Nesses termos, sua aplicação deve se dar de modo discurso e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que a formaram) e as potenciais identidades como o atual caso concreto¹¹⁹.

E a propósito disso, é exatamente em termos opostos que a doutrina do *stare decisis* se impõe. Vale dizer, a utilização dos precedentes vinculantes nos países de *common law* se dá de forma problematizada, considerado toda a fundamentação envolta ao precedente bem como a concretude do caso. Assim, com um adequado aprofundamento do *stare decisis* (profundidade voltada aos propósitos da presente pesquisa), juntamente com a análise do elemento vinculante (*ratio decidendi*) e as possibilidades de superação do precedente (*overruling* e *distinguishing*), será possível delinear alguns equívocos que norteiam a

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesses público e privado*. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2009. v. 1, p. 199.

utilização da súmula vinculante no Brasil, especialmente o fato dela não ser o mesmo precedente oriundo do *common law*.

2. DOCTRINA DO *STARE DECISIS* E A SISTEMÁTICA DA APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL

O mundo do *common law* demonstra que a o respeito às decisões precedentes não significa tornar o julgamento de um caso concreto uma atividade mecânica, em que ao juiz caberia apenas verificar se algum tribunal já se pronunciou sobre a matéria para, então reproduzi-la. O espírito da regra do *stare decisis*, próprio de países de *common law*, não corresponde com esse raciocínio.

Para que se possa, portanto, entender o funcionamento da doutrina do *stare decisis*, importante se faz a compreensão dos diversos institutos jurídicos pertinentes a essa temática. O presente capítulo cuida de abordar questões teóricas/conceituais dos institutos *ratio decidendi* e *obiter dicta*, apontando como esses elementos podem ser identificados em um precedente. E ainda: problematizar a questão de como reconhecer/identificar, entre a aplicação de um precedente a um caso em julgamento, as possibilidades de *distinguishing*, *overruling*. A par disso, na sequência será estabelecido um paralelo entre o precedente com a súmula vinculante.

2.1 O *stare decisis*: características, conceito e linhas de pensamento fundantes.

Como consectário lógico de uma tradição de direito jurisprudencial, a doutrina do *stare decisis* foi estabelecida com o propósito de racionalizar o uso dos precedentes e, como consequência, conferir certeza ao sistema jurídico. Sua forma e concepção moderna remontam essencialmente do Direito Inglês como consequência direta das falhas procedimentais da doutrina do precedente (anterior ao *stare decisis*).

Como pensamento fundante da doutrina em Postema foi possível detectar a existência de duas correntes (que depois se convergem e uma só) a orientar o pensamento da época. A primeira (vigente a época)¹²⁰, tida como teoria declaratória¹²¹ (chamada por Postema de teoria

¹²⁰ Vigia na Inglaterra antes do século XIX a tese de que o juiz apenas declarava do direito. Assumindo que o *common law* estaria nos costumes gerais, defendia-se a ideia de que o juiz apenas declarava um direito preexistente, ou seja, declarava o direito como ele é. Mesmo quando a decisão embasava-se em precedente judicial anterior, também configurava a teoria declaratória na medida em que o juiz apenas declarava o direito

tradicional), se sustenta em dois aspectos: “(1) uma compreensão de adequação histórica do precedente e do conjunto de leis como um todo e (2) na crença de que as decisões que a compõe são produtos de um processo disciplinado de racionalização de experiência comum”.¹²² Tido como principal defensor Willian Blackstone, a teoria declaratória defende que os juízes jamais criam leis, mas apenas as declaram.

A segunda, por sua vez, decorre da tendência positivista surgida no século XIX e sustenta que o precedente representa regras gerais autoritárias: “essas regras são autoritárias no sentido de que (1) a razão imediata para que a regra seja seguida reside no fato de que a matéria em questão foi decidida, que a regra foi prevista e, (2) as regras determinam certo curso de ação e impedem (ou, pelo menos reivindicam impedir) deliberações posteriores sobre a propriedade da ação em questão”¹²³. A concepção positivista defende que os juízes possuem *law-making authority* e concebem o direito como produto de sua vontade.¹²⁴

Ainda segundo Postema, a tese declaratória em linha menos positivista é a que melhor justifica o efeito vinculante dos precedentes, pois implica na noção de autoridade de decisões passadas, seja como exemplo do raciocínio judicial utilizado, seja do ponto de vista da completude do conjunto de casos precedentes (ao contrário da visão positivista que defende a vinculação por uma única decisão)¹²⁵.

Também Duxbury, crítico da corrente positiva do *stare decisis*, argumenta que o fundamento positivista não estaria apto a gerar a vinculação porquanto os precedentes são

fixado nos precedentes. Cf. BLACKSTONE, Willian. *An analysis of the laws of England: an introductory discourse on the study of the law*. Oxford : Clarendon Press, 1759

¹²¹ Zenon Bankowski (et. al), ao tratar das justificativas para o precedente questiona tratar-se de “*law making*” ou interpretação. Eis que sua conclusão pauta-se na convergência dessas duas abordagens e sustenta, com base em Dworkin, o reestabelecimento da teoria declaratória de uma forma moderna. No original: “The interpretation is so far-reaching and guided by such flimsy fragments of written law, that the “law making” rationale seems at least as credible as the “interpretative” one. On the other hand, a growing and powerful body of contemporary thought in the *common law* word, associated particularly with the work of Ronald Dworkin (1986), is engaged in arguing to understanding the common law and its processes of reasoning, thereby reinstating a declaratory theory in a modern form. So there may in fact be a two-way convergence of approaches”. BANKOWSKI, Zenon et. al. Rationales for precedente. In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*, MACCORMICK, Neil; SUMMERS Robert S. (Ed.), Sydney: Ashgate, 1997, p. 481-501, p. 485.

¹²² No original: (1) a sense of the historical appropriateness of the precedent and the body of law as a whole, and (2) the belief that its component decisions are products of a disciplined process of reasoning and reflection on common law experience”. POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford University Press (1986), p. 16-17.

¹²³ No original: Theses rules are ‘authoritative’ in the sense that (1) the immediate reason for following the rule rests on the fact that the matter in question was decided, that the rule was laid down, and (2) the rules dictate a certain course of action and precludes (or, at least claims to preclude) further practical deliberation about the propriety of the action in question. *Ibidem*, p. 14-15.

¹²⁴ Cf. Hans Kelsen em sua obra “*A teoria pura do direito*” e Herbert Hart em “*Concept of Law*”.

¹²⁵ No original: “Thus, while no single precedential case is bidding in the way the positivist conception insists upon, it is clear that the traditionary conception implies a notion of authority of past decisions”. *Ibidem*, p. 22-23.

melhores descritos não como lei, mas como evidências de como os juízes interpretam a lei. Seu argumento sustenta que a vinculação positivista, só seria possível caso fosse estipulada uma sanção eventualmente aplicada ao juiz que ignorasse um precedente¹²⁶.

A teoria declaratória, por sua vez, não restou isenta de críticas, especialmente a partir do século XIX. Para os opositores dessa teoria que defendiam a atividade criativa da decisão judicial – como John Austin e Jeremy Bentham¹²⁷ – não há como conceber o *common law* como não sendo produto da atividade judicial e algo que surge do nada. Ainda nesse contexto, Wesley-Smith entende que também sozinha ela não oferece qualquer fundamento vinculatório de decisões anteriores, e ao contrário, poderia culminar em abstenção de responsabilidade dos juízes pelo que fazem, além de colocar em xeque a acusação de que o direito jurisprudencial é retrospectivo e antidemocrático¹²⁸.

Bem a propósito, Postema pontua que é bastante comum encontrar precedentes que combinam elementos das duas concepções, o que por ele foi denominado Teoria Convencionalista do Precedente (*conventionalist conception of precedent*)¹²⁹. E assim, a fundação do *stare decisis* encontrou respaldo na junção de elementos da teoria positivista com os da concepção declaratória: do positivismo apropriou-se da “concepção geral da autoridade subjacente ou força vinculante do precedente em termos de concretização da regularidade e efetiva coordenação da interação social”; e da teoria declaratória valeu-se da percepção de “como a regularidade e a coordenação são concretizadas”¹³⁰.

Noutro ângulo e conforme já pontuado, é importante replicar que a doutrina dos precedentes não deve ser encarada como sinônimo de *stare decisis*. A *common law* existiu por

¹²⁶ No original: “For the classical positivist, the idea that precedent bind future decision makers is ineligible only if there is a stipulated doctrine or sanction which will be *prima facie* applicable to those decision-makers when they ignore precedents. Without such a doctrine or sanction, it is unclear how one decision can be said to require another. (...) Precedent, therefore, are best described not as a law but as evidence of how judges have interpreted the law”. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 16-17.

¹²⁷ Cf. AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*. Cambridge: Hackett Publishing Company Inc., 1998 e BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1907.

¹²⁸ No original: “It deflects the charge that decisional law is retrospective and undemocratic and it absolves them of personal responsibility for what they do”. WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the status of *stare decisis*. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.) *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 73-87, p. 76-77 e 80.

¹²⁹ No original: “‘Two-level’ theory which draws on elements of the positivist account at one level and elements of the traditionary account at the other level”. POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the Common Law Tradition*, Op. Cit., p. 23.

¹³⁰ No original: “General account of the underlying authority or binding force of precedent in terms of achieving regularity and effective co-ordination of social interaction”. (...) “How regularity and co-ordination are achieved”. *Ibidem*, p. 31.

anos sem o *stare decisis*. A eficácia vinculante é relativamente recente, já que a onda da necessidade de certeza e segurança jurídica surgiu apenas mais tarde.

O *stare decisis* foi sistematizado no século XIX oriundo de uma tendência legalista (certeza e segurança jurídica) na Inglaterra¹³¹. O caso *London Tramways v. London County* (1898) foi central para a fundação do que havia se tornado a forma convencional da doutrina. Naquela ocasião a Câmara dos Lordes decidiu que não poderia contrariar uma decisão anterior proferida por ela mesma quando se tratasse de casos idênticos¹³². Restava aqui, instaurado o *stare decisis* horizontal.

E nesse viés, não é demais conjecturar que justamente a fundação do *stare decisis* na forma horizontal (vinculação *intra* cortes) foi o que embasou o raciocínio de Shauer. É que a análise feita pelo autor sugere diferenças entre os termos “precedentes” e o “*stare decisis*”. Tecnicamente, argumenta o autor, o *stare decisis* se refere à obrigação de uma corte seguir decisões prévias proferidas por ela mesma, enquanto o termo “precedente” se refere tanto ao *stare decisis* (vinculação horizontal) quanto à obrigação de uma corte inferior seguir decisões de uma corte superior¹³³. O precedente, portanto, (e não o *stare decisis*) atua vertical e horizontalmente. Na atuação vertical (a exemplo do que normalmente acontece nos países de *civil law*) a vinculação se justifica pela relação de inferior para superior na cadeia de comando, enquanto a questão afeta ao precedente horizontal (obrigação tomada entre a corte atual e a mesma corte do passado) trata-se de hierarquia artificial ou imposta do anterior para o posterior: “a decisão prévia se torna superior apenas porque é anterior”¹³⁴.

¹³¹ A esse respeito, Bustamante esclarece que com a ascensão do positivismo da Inglaterra do século XIX-XX, passa-se a afirmar naquele país que “o Direito é o que o juiz diz ser”, pois ganhava relevo a ideia de que a força do precedente vinha da autoridade do órgão superior e não dos seus fundamentos. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, Op. Cit. p. 49.

¹³² No original: “Of course, I do not deny that cases of individual hardship may arise, and there may be a current of opinion in the profession that such and such a judgment was erroneous; but what is that occasional interference with what is perhaps abstract justice, as compared with the inconvenience... of having each question subject to being reargued and the dealings of mankind rendered doubtful by reason of different decisions, so that in truth there is no final court of appeal. My Lords, ‘*interest rei publicae*’ is that there should be ‘*finis litium*’ sometime and there can be no *finis litium* if it were possible to suggest in each case that it might be reargued because it is ‘not an ordinary case’ whatever that may mean”. GEAREY, Adam; MORRISON, Wayne; JAGO Robert. *The Politics of the Common Law: Perspectives, Rights, Processes, Institutions*. 2. Ed. London: Routledge, 2013, p. 130.

¹³³ No original: “Technically, the obligation of a court follow previous decisions of the same court is referred to as *stare decisis* (“stand by what has been decided”), and the more encompassing term precedent is used to refer both to *stare decisis* and the obligation of lower court follow decisions of a higher one.” SCHAUER, Frederick. Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy. *KSG Working Paper*, 2007. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1007001>>, acesso realizado em 17/10/2013, p. 4 nota de rodapé.

¹³⁴ No original: “Lower courts are normally expected to follow the previous decisions of higher courts within their jurisdiction, and this relationship of lower to higher in the “chain of command” is usefully understood as vertical. (...) In addition to being obliged to follow the decisions of courts above them in the

Com o *stare decisis* a apreciação de um determinado caso passou a ser obrigatória em um tribunal no julgamento de um caso análogo posterior. Para Duxbury, o *stare decisis* comporta o pensamento de que as “decisões anteriores devem ser seguidas quando os mesmos pontos surgem novamente em juízo”¹³⁵. Ademais, o *stare decisis* significa que mesmo uma única decisão tomada individualmente pelos tribunais deve ser respeitada, conforme aquilo que Goodhart denomina de “doutrina do precedente individual obrigatório”¹³⁶. Dessa forma, enquanto a doutrina dos precedentes estava mais vinculada ao costume dos juízes e consistia em uma linha de casos, o *stare decisis* admite que apenas uma decisão possa ter efeito vinculante.¹³⁷

Cumprе ressaltar, contudo, que dita orientação foi aperfeiçoada em 1966 com a elaboração do *House of Lords’ Practice Statement*¹³⁸, quando uma declaração feita pelo Lorde Chanceler deu a conhecer que a Câmara dos Lordes poderia afastar-se dessa regra, se razões no interesse da justiça assim exigirem¹³⁹. Na ocasião, restou estipulado então que o estrito

judicial hierarchy, courts are also, although less obviously and sometimes more controversially, expected to follow their own earlier decisions. Here the relationship is horizontal, because the obligation is between some court now and the same court in the past. Horizontal precedent is thus not a matter of higher or lower courts, but rather an artificial or imposed hierarchy from earlier to later. SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction To Legal Reasoning*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 37.

¹³⁵ No original: “Earlier decision must be followed when the same points arise again in litigation”. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, Op. Cit., p. 12-13.

¹³⁶ The doctrine of the individual binding precedent. GOODHART, Arthur L. Precedent in English and Continental Law. *Law Quarterly Review*, 1934, v. 50, p. 41.

¹³⁷ O caso *Mirehouse v. Rennel* (1833) demonstra os valores da doutrina: No original: “Our common law system consists in the applying to new combination of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedent; and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise; and we are not at liberty to reject them, and to abandon all analogy to them, in those to which they have not been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as we ourselves could have devised”. MCCALLUM, Margaret; SCHMEDEMANN, Deborah A.; KUNZ, Christina L. *Synthesis: legal reading, reasoning and writing in Canada*. 2. Ed. Toronto: CCH Canadian Limited, 2008, p. 65

¹³⁸ Eis o texto que consta do *Practice Statement*: “Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for the development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a precedent decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this house”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*, Op. Cit., p. 104-105.

¹³⁹ Existe uma discussão doutrinária em relação à constitucionalidade do *Practice Statement* porquanto sua decisão foi tomada de forma desvinculada de um *case law* (fora da atividade judicante) e sem submissão a um regular processo legislativo de modificação da vinculação obrigatória, entendimento consolidado à época. *Ibidem*, p. 104

stare decisis é inimigo do desenvolvimento científico do direito e impede a abordagem racional do precedente¹⁴⁰.

O *stare decisis* não é uniforme em todos os países de *common law* e apresenta complexidades cujo estudo escapa aos propósitos desse trabalho. A título de exemplo, é possível detectar algumas (grandes) particularidades no direito americano se comparada com a inglesa. Ainda que a função do precedente e os conceitos da doutrina sejam os mesmos, o sistema jurídico americano¹⁴¹ é mais flexível, mais pragmático e menos conservador que o Direito inglês e, portanto, a dimensão do *stare decisis* não configura a mesma¹⁴².

É possível elencar três fatores essenciais a justificar a diferença do *common law* americano em relação ao inglês: a consolidação de uma constituição rígida em contraposição à flexível constituição inglesa; a organização do estado sob a forma federativa em paralelo à organização unitária da Inglaterra; e, por fim, o princípio da supremacia do judiciário como intérprete da constituição (*judicial review*) em paralelo a supremacia do parlamento inglês. Ainda sobre esse último aspecto, deve-se ressaltar que a ideia do *stare decisis* aplicado ao controle de constitucionalidade é ainda mais recente, adaptando-se após o surgimento e consolidação do *judicial review*¹⁴³ nos Estados Unidos.¹⁴⁴

O fato é que a doutrina do *stare decisis* nunca desfrutou nos EUA da mesma autoridade que por vezes lhe é (foi) dada na Inglaterra¹⁴⁵. A regra geral é que os precedentes

¹⁴⁰ GEAREY, Adam; MORRISON, Wayne; JAGO Robert. *The Politics of the Common Law: Perspectives, Rights, Processes, Institutions*, Op. Cit., p. 130.

¹⁴¹ Dentre as peculiaridades do direito Americano enumeram-se as seguintes: adoção do federalismo, descentralização do Poder Judiciário e a existência de constituição escrita e de códigos. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, Op. Cit. p. 88-89.

¹⁴² *Ibidem*, p. 90.

¹⁴³ O *judicial review* se consolidou como doutrina a partir da decisão do presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos John Marshall, no emblemático caso *Marbury vs. Madison* (1803), ocasião em que Marshall declara a inconstitucionalidade da lei em face da constituição, (re)afirmando sua supremacia. Ainda a esse respeito, Larry Kramer pontua que, antes mesmo da decisão do caso *Marbury*, já se noticiava vários casos em que os juízes declararam a inconstitucionalidade de lei federal. A importância da decisão do *Chief Justice Marshall* é que foi a primeira no âmbito da Suprema Corte. KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 115.

¹⁴⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 66. Foi apenas em 1958, com o caso *Cooper vs. Aaron* que a Suprema Corte americana fixou a obrigatoriedade de observância de suas decisões por todos os demais órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário (*stare decisis* vertical) – art. VI da Constituição estipula a decisão vinculante (*binding effect*) sobre os Estados.

¹⁴⁵ O direito inglês e o direito americano, embora integrantes do mesmo sistema, apresentam hoje distinções essenciais, levando alguns autores a classificar o modelo americano como misto, pela aproximação em certos aspectos como a *civil law*. Nesse sentido e de modo ainda mais ousado, Taruffo entende que os sistemas americano e britânico estão cada vez mais diferentes. Segundo o autor, depois de profundas reformas ocorridas nas últimas décadas no ordenamento judiciário inglês– *Rules of Civil Procedure*, *House of Lords* não ser mais uma Corte suprema, a recente modificação na nomeação dos juízes feita, agora, pelo Poder Executivo e o *Lord Chancellor* não ser mais o chefe da magistratura – a divisão entre o sistema inglês e o americano “tornou-se profunda e radical. Os sistemas já eram historicamente distintos por várias razões, mas, agora, esses não são nem

devem ser seguidos em prol da uniformidade e estabilidade, mas “mesmo em se tratando de um precedente *a priori* obrigatório, os tribunais americanos não se consideram estritamente obrigados a segui-lo se ele não prima pela correção e razoabilidade”¹⁴⁶. Claro, essa possibilidade não é totalmente livre, mas, ao contrário, deve-se pautar em critérios de correção e razoabilidade, considerando o contexto social, político e econômico vigente¹⁴⁷. Ainda a esse respeito, interessante observar o que diz Nelson de Souza Sampaio:

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte não está vinculada às suas decisões que são, entretanto, obrigatórias para os demais órgãos judiciais. Segundo estatística feita, aquele alto pretório teria reformado (*overruled*) 105 de seus julgados, entre 1810 e 1974. O *stare decisis* não é tão anquilosador da jurisprudência como se possa imaginar. Em verdade, cada dia ele adquire mais flexibilidade, mesmo na Inglaterra, onde, desde 1966, a Câmara dos *Lords* passou a ter mais ductilidade na revisão de suas decisões¹⁴⁸.

Rosenfeld ressalta que há grande respeito pela função judicial no mundo do *common law* americano. Segundo o autor, a combinação entre generalidade e abstratidade das normas constitucionais deste país somada a tradição do precedente garantem grande margem para construção judicial e constitucional do direito¹⁴⁹.

Por sua vez e conforme já anotado de passagem, com o *stare decisis* a vinculação do precedente se orienta em sentido vertical e em sentido horizontal. O vertical se constitui pela exigência dos tribunais inferiores respeitarem as decisões de tribunais superiores e, por sua vez, o sentido horizontal exige que os tribunais superiores sigam seus próprios precedentes. Duxbury é pontual quando demonstra que, ainda que a força vinculante seja comumente explicada em termos de hierarquia, ou seja, uma geralmente uma corte é considerada obrigada a seguir os precedentes estabelecidos por uma corte superior, deve-se ter em mente que o precedente pode operar tanto horizontal quanto verticalmente¹⁵⁰.

Destarte, o sistema do *stare decisis* não implica em mera repetição acrítica de julgados anteriores, mas, ao contrário, deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades (fato e direito) ao caso paradigma e atual. E, conforme será demonstrado na sequência, da flexibilidade ínsita ao *stare decisis* extraem-se técnicas de não aplicação de um

mesmo comparáveis”. TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *Revista de Processo*, v. 181, 2010, p. 169.

¹⁴⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante, Op. Cit., p. 91.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 91.

¹⁴⁸ SAMPAIO, Nelson de Souza. O supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Poder Judiciário. *Revista de Direito Público*, n. 75, p. 11.

¹⁴⁹ ROSENFELD, Michel. Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court. *International Journal of Constitutional Law*. New York. Vol. 4, Nº 4, 2006.

¹⁵⁰ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, Op. Cit., p. 28.

precedente, já que será o atencioso exame dos fatos do caso paradigma e daquele em julgamento que determinará, em grande parte, a adequação ou não do precedente.

E mesmo para o precedente efetivamente vinculante, é preciso ressaltar que a impositividade do *stare decisis* não vale para a todo o teor do julgado, senão para parte nuclear da motivação onde estão expostos os fundamentos que embasam a solução do caso concreto. Deve-se separar, portanto, aquilo que é vinculante (*ratio decidendi* – chamada de *holding* nos EUA) dos argumentos marginais ou aquilo que é dito de passagem.

2.2 Precedente, *Ratio decidendi* e *obiter dictum*

Mas, afinal, o que se está a tratar quando se fala no termo precedente? Importa perceber que, normalmente, o termo precedente é usado de modo a englobar tanto decisões judiciais como “precedentes como tal”, de um lado, e o que aqui se propõe chamar de “força gravitacional” do outro (noções conceitualmente distintas). Então é feita a distinção entre o precedente vinculante e persuasivo ou como anota Hondius a distinção entre os aspectos sociológico e político (onde um precedente é vinculante) e o aspecto normativo (onde um precedente só é persuasivo)¹⁵¹.

O ponto é que, para que uma decisão assuma a condição de precedente, dependerá de que ela seja efetivamente seguida na resolução de casos análogos. Conforme aponta Streck, “há, sim, uma diferença qualitativa, que sempre exsurgirá a partir da *applicatio*”. Não há como falar em precedente sem sua possibilidade de “capilarização sistêmica”¹⁵². Em outras palavras, a autoridade de um precedente depende do seu elemento hermenêutico/argumentativo, cujo conteúdo será vinculante se decorrente da proposição jurídica aplicável aos fatos controvertidos.

O precedente terá, portanto, uma *ratio decidendi* que constitui o elemento vinculante da decisão. Em outras palavras, a parte da decisão que realmente vincula é a *ratio decidendi* que equivale à *rule*. Importa ressaltar, contudo, que a decisão concreta é vinculante para as partes, mas é a *ratio decidendi* abstratamente considerada que adquire força de lei para todos.

¹⁵¹ HONDIUS, Ewoud. Precedent and the Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3. Disponível em <<http://www.ejcl.org/113/article113-3.pdf>>, acesso realizado em 12/09/2013 às 11:51.

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. O que é isto, o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Op. Cit. p. 43.

Ademais, é errônea a ideia de que todo conteúdo de uma decisão precedente possui igualdade de peso. Essa sessão cuidará de demonstrar, portanto, a crucial distinção entre *ratio decidendi* (ou *ratio*) e *obiter dicta* (ou *dictum*) relevando suas limitações, abordando aspectos teóricos e práticos.

A definição do que seja *ratio decidendi* e qual o método mais eficaz de identificá-lo no bojo de um precedente é ponto bastante controvertido na doutrina. Fornecer com exatidão a definição de *ratio decidendi* e qual o método adequado para identificá-la é tarefa difícil e demanda o estudo atencioso das principais teorias e dos diversos métodos para determiná-la. Bustamante, nesse sentido, chega a sustentar que, diante de disputas doutrinárias infundáveis acerca do que deve ser considerado vinculante em um precedente judicial, o conceito de *ratio decidendi* parece estar fadado à indeterminação¹⁵³.

Nessa ordem de ideias e com amparo na literatura jurídica inglesa, Souza aponta pelo menos cinco definições mais comuns do que seja *ratio decidendi*, ressaltando que nenhuma delas pode ser admitida sem reservas:

- a) A regra de Direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de Direito do caso;
- b) A razão explicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação explícita para resposta dada à questão do caso;
- c) A regra de Direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de Direito do caso;
- d) A razão implicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação implícita para a resposta dada à questão do caso;
- e) A regra de Direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de Direito do caso¹⁵⁴.

Historicamente, Cordopatri revela que a *ratio decidendi* expressa, dentro da regra explícita do precedente, os valores adquiridos através da prática e experiência, valores que já haviam inspirado o sistema a exercer controle significativo das relações jurídicas, relações que surgiram antes de qualquer solução dos tribunais para um caso concreto¹⁵⁵. Segundo o autor, a *ratio decidendi* possui a solução hermenêutica enunciada no caso concreto, mas que cumpre o papel de orientar (abstratamente) casos similares. Em última análise, a *ratio decidendi* é identificada com a motivação da decisão¹⁵⁶.

¹⁵³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais, Op. Cit., p. 259.

¹⁵⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, Op. Cit. p. 126.

¹⁵⁵ CORDOPATRI, Francesco. La ratio decidendi (profilo storico e comparativo). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1989, v. 44.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 704-709.

Segundo Duxbury, a *ratio decidendi* pode significar tanto razão da decisão quanto razão para decidir. O raciocínio do juiz pode ser fiel à *ratio*, mas a *ratio* em si mesma considerada é mais que o raciocínio e, em muitos casos, pode haver uma parte do raciocínio que não integra a *ratio*, mas *obiter dicta* (aquilo que é dito de passagem). Em casos reais, ambos os conceitos muitas vezes se confundem um no outro¹⁵⁷.

Assim, para além de um raciocínio reducionista e de modo a superar a suposição de que existe um enunciado fixo e único, com uma existência objetiva e contínua que apenas precisa ser identificado/reproduzido, a ideia é demonstrar que a formulação/identificação da *ratio* é uma iniciativa criativa e por vezes irá envolver escolhas entre várias possibilidades.

Cumprido, pois, uma breve incursão sobre as principais propostas apresentadas para caracterizar a *ratio decidendi* de um precedente.

Precursora das teorias de relevo propostas para caracterizar a *ratio decidendi*, a denominada teoria clássica afirma que a *ratio decidendi* de um caso é a proposição ou regra de direito sem a qual o caso seria decidido de forma diversa. Em outras palavras, a *ratio decidendi* seria a proposição jurídica necessária à decisão.¹⁵⁸

Nesse sentido, a tese de Eugene Wambaugh propõe um curioso teste para determinar se uma dada proposição é a *ratio decidendi* de um precedente. A ideia se baseia em separar aquilo que se considerou como principal proposição jurídica do precedente e inserir uma palavra que inverta seu significado. Se mesmo com a inversão, o resultado se mantiver a proposição não constitui a *ratio decidendi* do precedente. Mas, se ao contrário, a inversão de sentido modificar também o resultado do julgamento, tem-se a *ratio decidendi* do precedente¹⁵⁹.

¹⁵⁷ No original: “*Ratio decidendi* can mean either ‘reason for decision’ or ‘reason for deciding’. Judicial reasoning maybe integral to the ratio, but the ratio itself is more than the reasoning, and within many cases there will be a part of judicial reasoning that constitutes no part of the ratio but obiter dictum. An *obiter dictum* is literally ‘saying by the way’. In real cases, both concepts often blur into one another”. DUXBURY, Neil, *The nature and authority of precedent*, Op. Cit., p. 68.

¹⁵⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Op. Cit. p. 52. Entre os defensores dessa caracterização da *ratio decidendi* cita-se Edmund Morgan e John Salmond. Cf. MORGAN, Edmund Morris; DWYER, Francis Xavier. *Introduction to the Study of Law*. 2. Ed. Chicago: Callaghan, 1948 e SALMOND, John. *The Theory of Judicial Precedent*. *Law Quarterly Review*, Vol. XVI, 1900. Salmond se posiciona contrariamente a teoria declaratória do direito e afirma que o juiz deve se limitar a formulação das proposições que são necessários para a devida decisão do caso particular. No original: “So long as judges affect to be looking for and declaring old law, they cannot adequately express the principles on which they are in reality making new”. p. 376-390.

¹⁵⁹ No original: “If the deciding court could have believed the negation of the proposition without changing the outcome of the case the proposition is *dictum* rather than *ratio decidendi*”. WAMBAUGH, Eugene. *The study of case*. 2 ed. Boston: Little Brown, 1894, p. 11-18. No mesmo sentido, no original: “In short, when a case turns only on one point the proposition or doctrine of the case, the reason for the decision, the ratio decidendi, must be a general rule without which the case must have been decided otherwise”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*, Op. Cit., p. 52.

Baseado no raciocínio aristotélico, essa teoria sustenta que a *ratio decidendi* de um caso é a premissa maior de um silogismo, cuja premissa menor são os fatos do caso e a decisão a conclusão. O teste proposto, portanto, consiste em verificar se para o tribunal chegar à decisão teve de aplicar essa regra jurídica¹⁶⁰. Se uma hipotética mudança no conteúdo da premissa maior (regra ou proposição) resultar em uma mudança da decisão (resultado) ela é necessária e tem-se, realmente a *ratio decidendi* do caso. Se, a contrário senso, a mudança na premissa não implicar alteração da decisão, constata-se a desnecessidade e a presença de um *dictum*¹⁶¹.

Essa frágil teoria de que a *ratio decidendi* de um precedente consiste em solitária e única proposição de lei sem a qual o caso deve ser decidido de outra forma foi questionada por Rupert Cross em *Precedent in English Law* e por Herman Oliphant em *A Return to Stare Decisis*. Oliphant, demonstrando a insustentabilidade daquela teoria, procede a uma interessante analogia de ver um precedente na ótica de um torcedor ao entrar em um estádio: “O espectador tem a escolha, não só de onde se sentar considerado todo o campo (ângulo de visão ou área temática legal), mas também de quão longe subir nas fileiras da arquibancada (nível de generalização). Sem lógica interna é possível um lugar de descanso em qualquer dimensão”¹⁶². E é nessa perspectiva que a teoria de Oliphant afasta a possibilidade de o precedente (ou seu elemento vinculante) ser considerado uma norma geral e abstrata, mostrando apenas uma experiência judicial quanto às respostas para determinados fatos. Segundo seu entendimento, as virtudes do princípio do *stare decisis* estão ligadas ao fato de que as decisões judiciais representam a experiência passo a passo dos tribunais ao tratar com os casos concretos¹⁶³.

Importa constatar que alguns estudiosos, possivelmente tomados pelo instinto do realismo jurídico, adotaram uma abordagem empírica para *ratio decidendi* em razão do ceticismo com relação à figura do juiz e de suas justificações quando de uma decisão. O suposto realista estava embasado em pressupostos verificáveis que estivessem embasados na ciência.¹⁶⁴

¹⁶⁰ HARDISTY, James. Reflections On *Stare Decisis*. *Indiana Law Review*, v. 55, n.1, p. 58.

¹⁶¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Op. Cit., p. 127.

¹⁶² No original: “The spectator has a choice not only of where around the field to sit (angle of view or legal subject area), but also of how far up the rows of bleachers to go (level of generalization). No internal logic dictates a resting place in either dimension”. OLIPHANT, Herman. A Return to *Stare Decisis*. *American Bar Association Journal*, n. 14. 1928.

¹⁶³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Op. Cit. p. 128.

¹⁶⁴ No original: “The predictable element is what courts have done in response to the stimuli of the facts of the concrete cases before them. Not the judges’ opinions, but which way they decide cases, will be the dominant subject matter of any truly scientific study of law”. OLIPHANT, Herman. *A return to stare decisis*. Op. Cit., p. 71-77.

Fato é que o pensamento da escola do realismo jurídico adotou a posição de que os fatos específicos do precedente são, não apenas necessários, mas a suficiente representação da *ratio decidendi* (forma de positivismo realista fático como contraponto - por exemplo - ao positivismo normativista de Hans Kelsen)¹⁶⁵. Em sua forma mais extrema, a posição realista sustentou que as explicações por escrito dos juízes não têm qualquer influência sobre o resultado dos casos e que esses casos representam somente a disposição dos juízes a se comportar em resposta a um estímulo¹⁶⁶. A bem da verdade, esse posicionamento extremista entende que não existe distinção entre *ratio decidendi* e *dicta*, ficando ao livre arbítrio do juiz destinatário delimitar qual, dentre os fundamentos utilizados no precedente, lhe serve como melhor *ratio*¹⁶⁷.

A formulação mais sustentável dessa posição foi apresentada por Arthur Goodhart quem define *ratio decidendi* como “os fatos relevantes da causa somados a decisão que foi proferida a respeito deles”. A essência de seu argumento, pois, é que a *ratio decidendi* de um determinado caso concreto deve ser encontrada não nas razões nas quais o juiz baseou sua decisão, mas, ao contrário, deve ser buscada levando-se em conta os fatos materiais nos quais o juiz baseou sua decisão^{168, 169}.

Goodhart apresenta dois princípios para explicar o que é a *ratio decidendi* de uma lide: i) em qualquer caso futuro em que os fatos são A, B e C o Tribunal deve adotar a conclusão X e, ii) em qualquer caso futuro em que os fatos são B e C o Tribunal deve adotar a conclusão X. A ausência de A no segundo caso, não afeta o resultado se este foi concebido como insignificante ou secundário. Assim, segundo entendimento do autor, um Tribunal cria um princípio, uma regra de direito quando determina quais são os fatos relevantes sobre os quais baseou sua decisão¹⁷⁰. O autor compartilha do ceticismo de Oliphant e de outros realistas com

¹⁶⁵ Cf. A obra do Realista Escandinavo ROSS, Alf. *On law and justice*. The Lawbook Exchange, Ltd., 1959.

¹⁶⁶ No original: “Written explanations have no bearing whatever on the outcome of cases and that cases represent only judges’ disposition to behavior in response to stimuli”. COLLIER, Charles W. *Precedent and Legal Authority: A Critical History*. Wisconsin: Law Review, 1988, p. 771-825.

¹⁶⁷ Nesse sentido, Rupert Cross destaca que alguns realistas levaram a sério a brincadeira feita por Lord Asquith em um determinado julgamento: “The rule is quite simple, if you agree with the other bloke you say it is part of the *ratio*; if you don’t you say it is *obiter dictum*, with the implication that he is a congenital idiot”. CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, Op. Cit., p. 42.

¹⁶⁸ No original: “The *ratio decidendi* of a case can be defined as the material facts of the case plus the decision thereon”. GOODHART, Arthur. L. *Precedents in English Law and Continental Law*. *The Law Quarterly Review*, Vol. L, p. 47.

¹⁶⁹ No original: “Founds his conclusions upon a group of facts selected by him as material from among a larger mass of facts, some of which might seem significant to a layman, but which to a lawyer are irrelevant. It follows that our task in analyzing a case is to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them. It is by his choice of the material facts that the judge creates law”. GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. Op. Cit., p. 161-183.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 179.

relação à possibilidade de a *ratio decidendi* de um precedente ser encontrada apenas nas manifestações dos juízes de uma proposição jurídica, porém acredita que através delas é possível identificar os fatos em que ele baseou a sua decisão¹⁷¹.

O modelo de Goodhart, no entanto, foi largamente rejeitado e a principal razão para tal rejeição é que, às vezes, é quase impossível formular a *ratio decidendi* apenas por referência aos fatos, considerados como materiais pelo tribunal, e a decisão com base nesses fatos. Muitas vezes, é essencial saber por que certos fatos foram considerados materiais e para isso pode ser necessário saber quais porções da lei estavam na mente do tribunal quando a seleção foi feita¹⁷². Em outras palavras, identificar a *ratio* pela referência aos fatos materiais poderia ser explicado se fosse razoável supor que ambos, juízes e advogados, se concentraram estritamente no direito relacionado a esses fatos e, além disso, supor que a parte da decisão relacionada a esses fatos tenha uma qualidade maior do qualquer outra coisa dita pelo juiz.

Ademais, deve-se ter em conta que a *ratio decidendi* comporta duas diferentes abordagens. Em sua *abordagem descritiva*, a expressão *ratio decidendi* é utilizada para descrever o caminho pelo qual o juiz do precedente alcançou a decisão. Ou seja, “descritivamente, a expressão significa apenas uma explicação do raciocínio da corte para sua conclusão, com base em investigação sociológica, histórica e até psicológica”¹⁷³.

No entanto, é sua *abordagem prescritiva* o ponto prático crucial decorrente da doutrina do ‘*binding precedent*’, ou seja, a medida na qual os tribunais/juízes posteriores estão obrigados por decisões precedentes. A questão essencial, portanto, não é a descrição de como o juiz chegou à decisão, mas o que no precedente é vinculante para aquele que julgará o caso subsequente.

E nesse ponto, é de se ver que o efeito das decisões posteriores em decisões precedentes, tem levado muitos estudiosos a argumentar que a *ratio decidendi* de um caso é determinada (pelo menos em parte) por casos subseqüentes¹⁷⁴. Bem a esse respeito, Marshall argumenta que algumas autoridades tentaram anexar a noção de *ratio decidendi*

¹⁷¹ No original: “The reasons given by the judge in his opinion or his statement of the rule of law which he is following are of peculiar importance for they may furnish us with a guide for determining which facts he considered material and which immaterial. His reason may be incorrect and his statement of the law too wide, but they will indicate to us on what facts he reached his conclusion”. *Ibidem*, p. 175-176.

¹⁷² No original: “Sometimes it is quite impossible to formulate the *ratio decidendi* merely by reference to the facts, regarded as material by the court, and the decision based on those facts. It is often essential to know why certain facts were regarded as material and for this purpose it may be necessary to know what portions of the law were in the mind of the court when the selection was made”. CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, Op. Cit., p. 73.

¹⁷³ No original: “Descriptively the phrase imports merely an explanation of the court's reasoning to its conclusion, based on sociological, historical and even psychological inquiry”. STONE, Julius. *The ratio of the ratio decidendi*. *The Modern Law Review*, vol. 22, n.6, 1986, p. 600.

¹⁷⁴ Nesse sentido, cita-se Sidney Post Simpson and Julius Stones.

exclusivamente para as percepções dos tribunais posteriores chamados a aplicar as decisões anteriores.¹⁷⁵

Cada caso tem implícito todo um amontoado de possíveis princípios de decisão. Quando um caso é decidido ninguém pode estar certo de qual dentre os possíveis princípios de decisão está destinado, eventualmente, a tornar-se um controlador. Apenas um estudo de toda uma série de decisões sobre um problema específico do direito, irá revelar, em alguma extensão, qual é o destino de um precedente no dinâmico processo de restringir, ampliar, interpretar, reinterpretar e reformular o cerne da doutrina (tradução livre).

Há inúmeros casos em que o âmbito exato de um precedente é gradualmente definido por casos posteriores. Mais comumente isso ocorre quando a linguagem da decisão anterior é reduzida e circunscrita por casos subsequentes. Da mesma forma, o alcance de um precedente pode ser expandido por opiniões posteriores. É nesse contexto que Goodhart observa que alguns precedentes permanecerão sempre indeterminados. Outras decisões são frequentemente necessárias antes que o escopo de um princípio seja finalmente determinado¹⁷⁶.

Por fim e na perspectiva de superação do positivismo jurídico, pontua-se que as mencionadas teorias (acima) não encontram mais sustentação, pois pressupõem a existência de apenas uma razão para decidir em cada caso concreto. MacCormick¹⁷⁷, em moderna concepção, nos revela que a *ratio decidendi* deve ser entendida como regra de direito extraída das razões, ou seja, na motivação ou fundamentação das sentenças judiciais. Para o autor a *ratio decidendi* é uma decisão expressa ou implicitamente dada por um juiz que é suficiente para resolver uma questão de direito posta em causa pelos argumentos das partes em um caso, sendo um ponto necessário à fundamentação da decisão no caso¹⁷⁸. E, nesse contexto, Bustamante complementa:

¹⁷⁵ No original: "Some authorities (possibly moved by the instincts of legal realism) have attempted to attach the notion of *ratio decidendi* solely to the perceptions of later courts called upon to apply earlier decisions". MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*. MACCORMICK, Neil; SUMMERS Robert S. (Ed.), Sydney: Ashgate, 1997, p. 506-507.

¹⁷⁶ No original: "Some precedents will always remain indeterminate. Further decisions are frequently required before the scope of a principle is finally determined. Paton's metaphor is a sound one: one case, so to speak, plots a point on the graph of tort, but to draw the curve of the law we need a series of points". GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. Op. Cit., p. 18.

¹⁷⁷ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

¹⁷⁸ No original: "A *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his/her justification (or one of his/her alternative justifications) of the decision in the case". *Ibidem*, p. 153.

A dificuldade para determinar a *ratio decidendi* de um caso qualquer decorre, em minha opinião, da pressuposição de que há apenas uma *ratio* em cada caso julgado. Tal premissa resultaria plausível enquanto se admitisse como inquestionável a tese positivista de que as razões dadas pelo juiz para sua decisão são irrelevantes para determinar a regra jurisprudencial. Uma teoria dos precedentes que supere o Positivismo Jurídico e sua exasperação do momento *auctoritas* no raciocínio jurídico não pode aceitar essa tese. É nas razões que os juízes dão para justificar suas decisões que deve ser buscados os precedentes. A ausência dessas razões ou sua superação por outras consideradas mais fortes em uma argumentação imparcial afeta a aplicação e, em casos mais graves, a própria validade da norma adscrita produzida pelo Judiciário. É na motivação ou fundamentação das sentenças judiciais que as regras jurisprudenciais devem ser encontradas¹⁷⁹.

Portanto, deve-se buscar nas normas adscritas¹⁸⁰, encontradas na fundamentação das decisões, as regras que podem servir como paradigma para solução de casos futuros. E cada uma das normas adscritas é uma *ratio decidendi* do caso paradigma¹⁸¹ de sorte que o elemento vinculante de um precedente deve ser encontrado não nas regras ou princípios de direito, nem tampouco nos fatos materiais, mas nas razões que os juízes dão para justificar suas decisões. E desse modo, a *ratio decidendi* deve ser obrigatoriamente analisada em correspondência com a questão fática que ela solucionou.

O *obiter dictum*, por sua vez e a contrário senso, corresponde ao enunciado, interpretação jurídica ou argumentação expressamente contida na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda. Em outros termos, um *obiter dictum*, consiste no conjunto de afirmações e argumentos contidos na motivação do juiz, mas que não constituem fundamentos da própria decisão¹⁸².

É de se ver, pois, que em se tratando de precedente, inexistente uma regra jurídica pronta e acabada apta a solucionar casos futuros. Ao contrário, o próprio precedente (regra jurídica) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa (elemento hermenêutico), impossível, pois, sua aplicação de maneira lógico/subsuntiva.

E ainda, é de suma importância que, analisadas as circunstâncias do caso concreto, seja verificada a possibilidade de aplicação do precedente sem que ocorram graves distorções, situação em que o precedente deverá ser afastado. É que, tendo em vista que a doutrina do *stare decisis* não exige uma vinculação absoluta com as decisões anteriores, mas, ao contrário,

¹⁷⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, Op. Cit., p. 270.

¹⁸⁰ “Nos casos difíceis, entre as circunstâncias do caso e a disposição normativa existe uma grande distância que somente pode ser encurtada por uma norma que tenha relação com o caso e que possa encontrar fundamento na disposição que se encontra nas fontes formais do Direito. A jurisprudência encarrega-se de fundamentar e concretizar ditas normas, que recebem a denominação de normas adscritas porque se adscrevem das disposições existentes nas fontes jurídicas. Essas normas vinculam os destinatários do Direito e são as que conferem, portanto, força vinculante à jurisprudência”. *Ibidem*, p. 271.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 271

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto, o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Op. Cit., p. 44-45.

exige o respeito com o passado, é possível a revogação (*overruling*) ou a distinção (*distinguishing*) de um precedente como será abordado no próximo item.

2.3 Possibilidades de superação dos precedentes: *overruling* e *distinguishing*

Nos sistemas de *common law*, os precedentes constituem o ponto de partida para a discussão/resolução de novos casos, de modo que sempre que ele for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de revisão, levando-se em conta o contexto social e a totalidade do ordenamento jurídico. Deste modo, mesmo para os precedentes obrigatórios, a tradição *common law* desenvolveu técnicas que possibilitam sua não aplicação, cujos principais métodos são o *distinguishing* (distinção entre os casos) em razão das alterações das circunstâncias em que o precedente foi elaborado e o *overruling* (revogação/superação) pela criação de novo precedente em detrimento da decisão anterior.

As regras quanto ao precedente refletem a prática dos tribunais e são de grande importância devido ao seu papel em alcançar o grau adequado de certeza quanto à lei, mas eles não devem ser considerados como tão rígidos que não possam se desenvolver, a fim de atender às necessidades contemporâneas.

Importa pontuar, contudo, que, o fato de os juízes terem a possibilidade de não seguir os precedentes, não coloca em xeque sua vinculação ou obrigatoriedade. Apenas demonstra que a vinculação por precedentes do *stare decisis* não é absoluta ou inexorável. Mas, é bom que se diga, em ambos os casos é fundamental a motivação da não aplicação do precedente. Em outras palavras, mesmo que o julgador não aplique o precedente, ele não pode simplesmente ignorá-lo, mas deve explicar, motivadamente, o porquê de sua não aplicação¹⁸³. Nesse sentido, a autoridade do precedente se mantém, pois, mesmo não sendo aplicado, ele continua sendo a base ou o ponto de partida para decisão que, por sua vez, repita-se, deve trazer em seu bojo, a fundamentação para a superação do precedente anterior. Vale dizer, essa relativa facilidade não indica violação ou enfraquecimento da força vinculante (*binding force*), pois a própria necessidade de justificação evidencia sua autoridade na tradição do *common law*. O eventual afastamento deve ser justificado/motivado pelo julgador porque representa a conexão do juízo com o que foi decidido no passado¹⁸⁴.

¹⁸³ DUXBURY, Neil. *The authority of precedent*, Op. Cit. p. 111-112.

¹⁸⁴ No original: "That judges will not follow, and will be entirely within their rights not following, precedents can make it seem odd (even if not technically incorrect) to talk of a doctrine of binding precedent. It

No caso do *overruling* há a revogação total de um precedente onde ao juiz é dada a possibilidade (motivada) de não segui-lo oportunizando a construção de novo fundamento jurídico¹⁸⁵. A revogação pode se dar de forma expressa ou implícita, esta quando do resultado de determinado julgamento for possível perceber que a decisão precedente foi revogada, sem, contudo, constar expressamente seus termos. A revogação implícita pode recair apenas sobre determinado ponto sem que isso afete as demais questões objeto de julgamento¹⁸⁶.

Os princípios que norteiam a revogação de precedentes (*overruling*) centram-se, pois, na mudança na concepção geral do direito e na sua consequente congruência com as relações sociais, aliada à necessidade de proteção de valores ligados à segurança jurídica. Eisenberg é pontual quando anota aquilo que, para ele, configura o princípio básico do *overruling*:

O primeiro princípio que rege o *overruling* é o seguinte: um entendimento deve ser revogado se (i) falhou substancialmente em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica, e (ii) os valores que sustentam o padrão de estabilidade doutrinária e o princípio do *stare decisis* – valores de igualdade, proteção justificada da confiança, prevenção da surpresa injusta, reprodutividade e sustentabilidade – não servirão melhor à preservação de um entendimento do que à sua revogação. Esse é o princípio básico do *overruling*¹⁸⁷ (tradução livre).

Em consonância com o explicitado acima, Harris, quando do afastamento do *strict stare decisis* na Inglaterra, concluiu que os precedentes deveriam ser mais fáceis de revogar: "a presunção, até agora, tem sido a de que os valores *stare decisis* devem prevalecer sobre o *overruling* de precedentes ‘meramente errados’. Eu acho que a presunção deve ser revertida em favor do *overruling* de precedentes errados a menos que a sua manutenção possa ser justificada nas circunstâncias por valores imperiosos do *stare decisis*"¹⁸⁸.

would be a mistake, nevertheless, to think that the judicial capacity to act appropriately by not following a precedent necessitates the conclusion that precedent are a weak form of authority". *Ibidem*, p. 111-112.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 117.

¹⁸⁶ CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, Op. Cit., p. 128-129.

¹⁸⁷ No original: "The first principle that governs overruling is as follows: A doctrine should be overruled if (i) it substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and (ii) the values that underlie the standard of doctrinal stability and the principle of *stare decisis* – the values of evenhandedness, protecting justified reliance, preventing unfair surprise, replicability, and support – would be no better served by the preservation of a doctrine than by its overruling. Call this the basic overruling principle". EISENBERG, Melvin A., *The nature of the common law*, Op. Cit. p. 105. Cumpre ressaltar aqui que Eisenberg faz menção a duas formas de revogação de precedente: *overturning* (revogação total e parcial de um precedente) e *overruling* (revogação total – extrema). No entanto, é mais comum encontrar apenas a denominação *overruling* para designar a forma geral de revogação de precedentes, apenas diferenciando os graus (total ou parcial).

¹⁸⁸ No original: "The presumption to date has been that *stare decisis* values should prevail over the overruling of 'merely wrong' precedents. I think that the presumption should be reversed in favor of the overruling of wrong precedents unless their retention can be justified in the circumstances by overriding *stare decisis* values". HARRIS, Bruce V. Final Appellate Courts Overruling Their Own 'Wrong' Precedents: the Ongoing Search for Principle. *Law Quarterly Review*, v. 118, p. 408-427, 2002, p. 420.

É de se ver que o exemplo histórico do *common law* demonstra que uma rigidez por demais excessiva em relação à aplicação dos precedentes judiciais pode levar a resultados indesejáveis e que, portanto, se faz necessário admitir mecanismos que permitam uma maleabilidade normativa quando da prestação jurisdicional¹⁸⁹.

Assim, antes mesmo de se configurar uma ruptura, a revogação de precedentes ultrapassados ou errados representa a continuidade do *common law*. A bem da verdade, a discricionariedade de revogação atribuída aos juízes dessa grande tradição jurídica constitui-se, antes, um dever como forma de cumprir o papel de coesão interna e externa que o precedente ocupa no sistema jurídico¹⁹⁰.

Com relação à eficácia do precedente que enuncia uma nova regra, tem-se a possibilidade de retroação ou prospecção. Sobre a retroatividade, Souza esclarece, diferenciando o efeito retroativo puro do clássico:

A diferença é que, na aplicação retroativa pura, o precedente novo será aplicado a todos os fatos que tiveram lugar antes e depois dele, incluindo aqueles que já foram objeto de sentença transitada em julgado. Enquanto que, na aplicação retroativa clássica (a mais empregada), o precedente novo será aplicado aos fatos que tiveram lugar antes e depois dele, excluindo-se aqueles que já foram objeto de sentença transitada em julgado e as situações em que tenha havido decadência ou prescrição¹⁹¹.

No direito inglês, a retroatividade clássica é mais utilizada e, portanto, o precedente tem efeito retroativo para os fatos constituídos antes e depois dele, excetuando aqueles prescritos ou decadentes e os que já transitaram em julgado. Nos Estados Unidos, por outro lado, a tendência é que a aplicação seja prospectiva. Importa constatar que, com relação ao *common law* inglês, a manutenção dos precedentes é algo expressivo uma vez que os juízes raramente estabelecem um novo precedente (*overruling*). A opção frequentemente utilizada pelo órgão julgador nesse sistema é a distinção (*distinguishing*), ou seja, distinguir a situação

¹⁸⁹ No contexto da aplicação do direito jurisprudencial como fonte do direito no Brasil, especialmente para a busca de resoluções naquilo que respeita a litigiosidade repetitiva, Dierle Nunes *et. al.*, alerta para o posicionamento restritivo dos Tribunais no julgamento de recursos especiais repetitivos e repercussão geral: “os exemplos mais evidente são as técnicas de julgamento por amostragem (causa piloto) mediante o incidente de julgamento de recursos especiais repetitivos e repercussão geral – sob os pressupostos dos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil pelos Tribunais Superiores brasileiros. Contudo, o posicionamento absolutamente restritivo que os tribunais vêm adotando em relação à recorribilidade das decisões proferidas em consonância com os paradigmas firmados tende a “engessar” o direito, praticamente suprimindo a possibilidade de que decisões sobre teses jurídicas já decididas cheguem às instâncias superiores, mesmo diante de circunstâncias que aconselhem a superação do precedente ou a sua não aplicação ao caso concreto (distinção), em razão de peculiaridades essenciais”. NUNES, Dierle; *et. al.* Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. *Revista de Pesquisa em Direito Libertas*, Vol. 1, no 1, Julho-Dezembro. Disponível em <<http://www.libertas.ufop.br/index.php/libertas>>. Acesso realizado em 17/10/2014 às 13:13, p. 21.

¹⁹⁰ DUXBURY, Neil. *The authority of precedent*, Op. Cit., p. 120-122.

¹⁹¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, Op. Cit., p. 160.

fática atual em face do precedente¹⁹². Em ambos os sistemas – americano ou inglês – a regra geral é a de que o *overruling* só pode ser feito por um tribunal de hierarquia superior ao tribunal que advoga pela revogação daquele entendimento¹⁹³. Entretanto, Duxbury noticia que, ao menos nos Estados Unidos, dada a flexibilidade ínsita ao do *stare decisis*, desde o século XIX existe a possibilidade de um tribunal revogar seus próprios precedentes. Na Inglaterra, essa possibilidade foi aperfeiçoada em 1966 quando a *House of Lords* estabeleceu que a possibilidade de revogar seus próprios precedentes¹⁹⁴.

Do efeito prospectivo da revogação, vale dizer, vigora premissa da confiança do sistema de precedente já que, não raras às vezes, as condutas pessoais são pautadas naquilo que os tribunais decidem¹⁹⁵. Três são as variações do efeito prospectivo: a aplicação prospectiva pura, aplicação prospectiva clássica e aplicação prospectiva a termo. Enquanto que, na aplicação prospectiva pura, o novo precedente somente será aplicado aos fatos ocorridos depois de sua elaboração (excetuando-se inclusive o caso em julgamento), na aplicação prospectiva clássica ele é aplicado tanto aos fatos ocorridos após sua criação como aos fatos que deram origem ao precedente. Por fim, na aplicação prospectiva a termo, determina-se o *dies a quo* para sua aplicação¹⁹⁶.

De modo geral, entende-se que as novas regras formuladas e anunciadas por ocasião da revogação de um precedente serão devidamente problematizadas e fundamentadas em doutrinas jurídicas/sociais (*principle of support*). Assim, a difusão da revogação acontece de forma satisfatória e o novo entendimento fica acessível, antes mesmo do seu anúncio como nova regra¹⁹⁷.

¹⁹² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, Op. Cit., p. 43 e ss.

¹⁹³ DUXBURY, Neil. The authority of precedent, Op. Cit., p. 118.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 123-125.

¹⁹⁵ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the common law*, Op. Cit., p. 128-129.

¹⁹⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, Op. Cit., p. 162. “Atualmente na Inglaterra, apesar da utilização, na sua imensa maioria, do efeito retroativo do precedente, admite-se, de modo excepcional, sua aplicação prospectiva. Nos Estados Unidos, a aplicação prospectiva é possível nos seguintes casos; a) Em casos penais, quando o Direito Judicial estende a sanção penal a condutas que não estavam criminalizadas no Direito anterior. Nestes casos, os critérios para determinar se as garantias constitucionais no campo do processo penal vão ser aplicadas retrospectivamente exige a consideração destes três critérios: a) os fins a que servem os novos padrões; b) a extensão da confiança que têm os operadores jurídicos nos velhos padrões; e c) o efeito que teria na Administração de Justiça uma aplicação retroativa dos novos padrões. b) Em processos cíveis contra funcionários que atuaram de acordo com uma lei posteriormente declarada inconstitucional. c) Em casos cíveis contra partes que celebram um contrato ou adquirem uma propriedade confiando numa decisão (que posteriormente é derogada) ou em uma lei declarada posteriormente inconstitucional. d) Para proteger as pessoas cujos atos não estavam expostos à responsabilidade civil antes da mudança da *case law*”. *Ibidem*, p. 172.

¹⁹⁷ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*, Op. Cit., p. 127.

O exercício da distinção (*distinguishing*), por sua vez, é o que fazem os juízes quando no processo de decisão distinguem um caso do outro¹⁹⁸. E nesse exercício, a recusa se dá em função da ausência de convergência entre os fatos e a conformação da decisão (fundamentos) a esses fatos¹⁹⁹. Duxbury defende que o *distinguishing* representa uma espécie de revogação parcial do precedente, porquanto sua natureza é de adaptar o que foi decidido no caso pretérito ao caso atual²⁰⁰.

Perceba-se, então, que para a atividade de distinção, é necessário enfrentar a questão da *holding* e dos *dictum* do precedente. Ausente uma correta delimitação da questão nuclear do precedente das considerações periféricas, o exercício de distinção resta prejudicado. Em outras palavras, o registro insuficiente das questões fáticas precedentes impossibilita uma correta confrontação do caso atual, assim como uma fundamentação equivocada ou que não privilegie um intenso contraditório entre as partes pode culminar na revogação total do precedente - prejudicada, assim, a distinção²⁰¹.

Para que se faça, portanto, a seleção do elemento vinculante (*ratio decidendi*) daquilo que é dito de passagem (*obiter dicta*), o juiz conta com a técnica da distinção. Dessa forma, se o juiz considerar que o precedente não é aplicável ao caso sob sua jurisdição porque os fatos são diferentes, ele deve distinguir os fatos do processo em julgamento com os fatos do precedente. Se não for possível distingui-los, ele deve aplicar o precedente e indicar em sua decisão as razões pelas quais considera que o precedente deve ser modificado pelo tribunal superior (*to overruling*)²⁰².

Em última análise, a coerência da aplicação dos precedentes vinculantes no *common law* comporta um pensamento problemático que passa, necessariamente, pela concretude do caso. Ressalvadas as hipóteses de afastamento motivado, sempre que houver uma analogia fática entre o caso anterior e aquele em julgamento, deve-se aplicar a decisão precedente. Passa-se, então, a análise do tipo de identidade que se busca.

Por oportuno, há de se ressaltar aqui que as súmulas vinculantes (espécie de “precedente judicial” *latu senso*) da forma como regulamentada do direito pátrio, possuem expressos mecanismos para sua revisão (art. 103, § 2º da Constituição Federal; Lei Federal nº 11.417/2006 e; Regimento Interno do STF).

¹⁹⁸ DUXBURY, Neil. *The authority of precedent*, Op. Cit., p. 113.

¹⁹⁹ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*, Op. Cit., p. 186.

²⁰⁰ DUXBURY, Neil. *The authority of precedent*, Op. Cit., p. 115.

²⁰¹ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*, Op. Cit., p. 186.

²⁰² *Ibidem*, p. 186-187.

2.4 O adequado grau de generalização – a questão da identidade entre os casos.

Pelo que se viu até aqui, é pressuposto que haja uma identidade entre os fatos dos dois casos - atual e precedente - para que o julgamento esteja vinculando pela decisão precedente. Resta, assim, compreender o tipo de identidade que se busca e se esta deve ser absoluta.

Parece óbvia *prima facie* a constatação de que uma identidade absoluta compromete a própria condição de existência/aplicação da doutrina do precedente vinculante (*stare decisis*).

O que se busca, na verdade, é um nível apropriado de generalidade, já que um bom distanciamento pode ocasionar a aplicação de um mesmo precedente para casos concretos tidos como diferentes, da mesma forma que contrário também é problemático, já que a identidade absoluta/restritiva compromete a própria lógica do *stare decisis*.

Shauer é bastante elucidativo ao tratar do grau de especificidade de um precedente e dos eventos futuros. Segundo seu raciocínio, “sempre será possível distinguir um precedente, embora isso se torne comparativamente mais difícil se a descrição for feita em termos gerais”²⁰³. Imaginemos, então, a seguinte situação:

Se decisores subsequentes descreverem e continuarem o precedente relevante como um caso envolvendo ‘carro’, então uma tentativa de distinguir um caso concreto, pois envolve um carro vermelho será convincente, precisamente porque a amplitude da descrição no primeiro caso limita substancialmente possíveis fatores de distinção em casos posteriores. (...) No nível em que criamos a prática do precedente, a força das normas de precedente será refletido na generalidade das categorias em que as decisões são feitas. A categoria precedencial de ‘veículos’ terá mais força do que categorias menores de ‘carros’, ‘caminhões’ e ‘motocicletas’ e que, por sua, vez têm maior poder sobre o futuro de categorias de ‘Buicks’ ou ‘Toyotas’²⁰⁴ (tradução livre).

Prosseguindo na lógica argumentativa do autor, é possível dizer que a questão da força do precedente se dissolve no problema do “tamanho” da vinculação. Exatamente porque sempre podemos caracterizar um evento futuro como sendo “diferente”, não faz sentido a

²⁰³ SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*. Vol. 39, n. 3; 1987, p. 571-605. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso realizado em 28/08/2013 às 13:45, p. 594.

²⁰⁴ No original: “If subsequent decisionmakers describe and carry on the relevant precedent as a case involving “car,” then an attempt to distinguish an instant case because it involves a red car will be unpersuasive, precisely because the breadth of the description in the first case substantially limits possible distinguishing factors in subsequent cases. (...) At the level at which we create the practices of precedent, the strength of the norms of precedent will be reflected in the generality of the categories in which decisions are made. A precedential categories of “vehicles” will have greater force than smaller categories of “cars”, “trucks, and “motorcycles”, which in turn will have greater power over the future than categories of “Buicks” or “Toyotas”. *Ibidem*, p. 594-595.

distinção entre quando um precedente é aplicável (vinculativamente) e quando ele apenas controla. Também não se pode dizer apenas que as categorias apropriadas de decisão são tão amplas ou tão restritas. Em vez disso, deve-se ter em mente que, provavelmente, as regras do precedente se assemelham a regras de linguagem – “série de práticas não substancialmente redutível a detalhes”²⁰⁵.

Dessa forma, um sistema no qual o precedente atua com um “constrangimento” (*constraint*) relativamente forte será aquele em que os decisores ignorem as “diferenças finas” (mas justificáveis) na busca de grandes semelhanças²⁰⁶.

À primeira vista, prossegue o autor, um *precedent-governed system* descrito nesses termos não parece mais justificável do que aquele caracterizado pelo tratamento de decisões anteriores como sendo tão importantes apenas porque são anteriores²⁰⁷. No entanto, isso se justifica pelas denominadas “virtudes do constrangimento precedencial” (*The Virtues Precedential Constraint*) atuando conjuntamente. São elas: os argumentos de equidade (*argument from fairness*); os argumentos de previsibilidade (*the argument from predictability*); os argumentos de força dos decisores (*the argument from strengthened decisionmakers*). Este último, por sua vez, comporta a eficiência dos decisores (*efficiency decisionmakers*), força das instituições (*strengthening the decisionmaking institution*) e estabilidade (*precedent and stability*)²⁰⁸.

Então, o que se busca é a atribuição adequada de generalidade aos fatos constantes no bojo do precedente, cuja significância será dada como membro de uma categoria.

Importa considerar que, na prática, isso pode depender da generalidade que o decisor está tendendo a considerar. Isso foi, diga-se de passagem, reconhecido por Lord Reid no caso *Scruttons Ltd v. Midland Silicones Ltd* (1962) quando assim se manifestou: “o resultado poderia depender de se eu estava ou não lutando para obter uma *ratio* estreita”²⁰⁹.

²⁰⁵ No original: “Thus, the question of strength once again dissolves into the question of size. Because we can always characterize any overriding event as a difference, it makes no sense to draw a distinction between whether a precedent is applicable and whether a precedent controls. Both inapplicability and noncontrollingness express themselves in terms of distinction between an instant case and some putative precedent case. We cannot say that the appropriate categories of decision are just this big, or just this small. Instead, the rules of precedent are likely to resemble rules of language – series of practices not substantially reducible to specifics”. *Ibidem*, p. 595.

²⁰⁶ No original: “A system in which precedent operates as a comparatively strong constraint will be one in which decisionmakers ignore fine but justifiable differences in the pursuit of large similarities”. *Ibidem*, p. 595.

²⁰⁷ No original: “At first glance, a precedent-governed system describe this way, as one in which relevant differences are suppressed, seems no more justifiable than one characterized as treating prior decisions as important merely because they are prior”. *Ibidem*, p. 595.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 595 e ss.

²⁰⁹ MCLEOD, Thomas Ian. *Legal Method*. 2 ed. London: Macmillian, p. 142.

Nesse contexto, Kaufmann entende que a “igualdade nunca existe realmente, sendo sempre uma abstração da também nunca realmente existente desigualdade”. Na realidade, prossegue o autor, a igualdade “existe sempre apenas em maior ou menor grau de semelhança ou diferença”. Esse abstrair, de que se falou, ou seja, “a ‘equiparação’ ou ‘distinção’ de semelhanças e diferenças, implica necessariamente uma decisão e, portanto, o exercício do poder, o qual não pode, contudo, ser arbitrariamente manipulado, devendo antes ser argumentativamente fundamentado”²¹⁰.

3. SÚMULA VINCULANTE E O PRECEDENTE JUDICIAL DO *COMMON LAW*.

Após a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, que instituiu a súmula vinculante em nosso ordenamento, muito se falou sobre a introdução do sistema de precedente judicial e da regra do *stare decisis* – característicos dos países de *common law*.

No entanto, a instituição legislativa de mecanismos vinculatórios como súmula vinculante, efeito vinculante para decisões de tribunais superiores, além da vinculação da motivação das decisões de cortes superiores (para citar apenas estes)²¹¹, revela-se problemática quando confrontada com o *common law* e sistema do *stare decisis*.

Conquanto o ideal de uma justiça equânime constitua preocupação comum aos vários ordenamentos jurídicos, as alternativas, no entanto, variam e devem se pautar nas particularidades de cada tradição.

Isso porque a sistemática de aplicação dos precedentes do *common law* não se consolidou da *noite para o dia* ou simplesmente a partir da entrada em vigor de uma lei que a estipulasse. Bem ao contrário, o sistema de precedente e o *stare decisis* são fruto do desenvolvimento histórico do *common law* de modo tão próprio que se pode, inclusive, sustentar o respeito ao precedente (ao menos na Inglaterra e nos EUA) mesmo inexistindo qualquer regra legal ou constitucional que explicita a obrigatoriedade de se seguir o

²¹⁰ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004, n. 08, V, p. 180.

²¹¹ Também o projeto para alteração do Código de Processo Civil busca valorizar o modelo de precedentes vinculantes.

precedente. Está na tradição desse sistema, arraigado na consciência naqueles que nele estão inseridos²¹².

Na esteira de Bentham e Austin, (embora críticos da teoria declaratória do *stare decisis* que suplantava a acusação antidemocrática e retrospectiva do direito jurisprudencial), é de se ter em mente que o “*judge-made law*” caracteriza-se como método prospectivo de formação do direito (ainda que com ressalvas ao efeito retroativo das decisões) na medida em que a *rule* é criada a partir da decisão de um determinado caso concreto. Dito de outra maneira, o *common law* opera com regras que são postas *a posteriori*. O *judiciary law*, ao menos na decisão que estabelece o precedente, age *ex post facto*²¹³.

Na direção oposta, o *civil law* se caracteriza por regras cujo carácter é *a priori*, ou seja, são formadas sob a égide de um método retrospectivo. É a partir da lei posta que o juiz veicula sua decisão em concreto. A lei e a súmula vinculante são *ante casum*, com o objetivo de solucionarem casos *pro futuro*²¹⁴.

E, se valendo do que Cappelletti chama de “intensificação da criatividade jurisprudencial”²¹⁵, não se pode perder de vista que o ordenamento jurídico brasileiro continua, essencialmente, enraizado no método retrospectivo, razão pela qual seu caráter está longe de ser vislumbrado, epistemologicamente, como um sistema de precedentes. Em outras palavras, toda essa crescente valorização da jurisprudência não é suficiente para alçá-la ao patamar de fonte ou principal forma de expressão do direito como acontece nos países de *common law*²¹⁶.

Apesar da interação entre as tradições de que tanto se falou aqui, não se pode perder de vista a dicotomia ainda existente entre elas que implica, necessariamente, em um modo diferente, metodologicamente, de enxergar o direito. O juiz da *common law* (especialmente o inglês) estuda a solução aplicável ao caso concreto consultando a coleção de precedentes e,

²¹² ABOUD, George. Precedente Judicial *versus* Jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 514.

²¹³ No original: “It must be observed that a judicial decision *primae impressionis*, or a judgment by which a new point of law is for the first time decided, is always an *ex post facto* law with respect to the particular case on which the point first arose, and on which the decision was given”. AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence: Or, The Philosophy of Positive Law*. 3. Ed. In two Vols.- vol. 1. London: J. Murray, Albemarle Street, 1869, p. 503.

²¹⁴ ABOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedente: notas para evitar alguns enganos. In: *Revista de Processo*, n. 165, 2008, p. 227/228. Disponível em <<http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/2009/02/artigo-repro-sumula-vinculante-e-precedentes-notas-para-evitar-enganos.pdf>>. Acesso realizado em 07/11/2013 às 10:12.

²¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31 e ss.

²¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. Op. Cit. p. 205.

após encontrar a solução, se pergunta se aquele entendimento pode ter sido modificado por alguma lei. Nesta tradição, portanto, a lei (interpretada restritivamente) possui caráter de exceção à solução dada pelos precedentes vinculantes para o caso em questão²¹⁷.

É nesse contexto que reside o perigo: na pressa de se implantar um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro no suposto de gerar maior eficiência, estas reformas acabam por suprimir verdadeiros direitos e garantias fundamentais do cidadão, na medida em que se ignoram a flexibilidade ínsita ao sistema de precedentes do *common law*.

É como adverte Mancuso: “o problema da divergência jurisprudencial e das alternativas técnicas para sua prevenção/superação (súmula, enunciados normativos, assentos obrigatórios), passa pela questão premonitória de se identificar o registro *político-jurídico* de cada país”²¹⁸. Ou seja, se o ponto de referência recai no precedente, ou se recai na lei.

Evidente, no entanto, que a diferença residual na formação e no modo de pensar entre os juízes das duas grandes tradições não pode ser imaginada em termos absolutos. Pensar assim seria um retrocesso na argumentação envolta da atual inexistência de rígida e estanque separação entre elas, além do movimento de aproximação recíproca. De fato, foi demonstrado como o absolutismo da lei está de todo equivocado (juiz como boca da lei), do mesmo modo como são problemáticas opiniões extremistas (como a defendida pelo realismo jurídico) a respeito da autossuficiência do precedente²¹⁹. Assim, sem se desconectar das particularidades de cada tradição, lei e precedente convergem para uma atuação em paralelo.

A questão é que não basta o simples transplante do *stare decisis* como se isso fosse solucionar o problema da sobrecarga judiciária. É preciso bem aprender as nuances do sistema vigente no *common law*, mas jamais perder de vista que a cultura jurídica brasileira é fundamentalmente centrada no primado do direito escrito. E é daí que surgem os equívocos na sistemática de aplicação de precedente no Brasil. A despeito da súmula vinculante existem distinções assentes entre a concepção do *binding precedent* no *common law*.

Castanheira Neves destaca o papel dos precedentes como “*starting points* do *legal reasoning*”, ou seja, um princípio argumentativo a partir do qual as partes expõem seus

²¹⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente Judicial à sumula vinculante*, Op. Cit. p. 310.

²¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, Op. Cit. p. 201.

²¹⁹ “A teoria nascida no terreno da common law anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam direitos, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do direito legislado da Europa Continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito mas apenas aplicam o Direito já criado. Esta teoria implica que só há normas jurídicas gerais, aquela implica que só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber – em regra – Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que instituiu um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica”. KE LSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Op. Cit. p. 282.

argumentos, e como “concepções de tipo heurístico” (não conceitualmente vinculantes) do sistema jurídico. “São, pois, fundamentos normativos para um pensamento problemático e de intenção teológico concreta”²²⁰. O elemento vinculante de um precedente não aparece de pronto e por isso sua aplicação não acontece de forma automática ou silogística. Em outras palavras, os precedentes dependem do contraditório exercido entre as partes e da concretude do caso.

Ademais, a despeito de decisões iguais para casos iguais, foi trabalhado o quão difícil, senão impossível, é acontecer que em tudo se identifiquem duas causas submetidas à justiça. Serão, quando muito, análogas, divergindo em alguns pontos e coincidindo em outros. E isso se manifesta na questão da identificação da *ratio decidendi* do precedente – extrair os pontos relevantes e os aspectos marginais da sentença – que por sua vez, se dissolve na tarefa de interpretação das decisões.

Williams demonstra que esse exercício faz parte de um processo gradual de aprendizagem, inclusive para os países de *common law*: “encontrar a *ratio decidendi* de um precedente é uma importante parte do treinamento de um jurista. Isso não é um trabalho mecânico, mas uma arte que se adquire gradualmente através da prática e de estudo”²²¹.

E disso já se pode extrair uma enorme diferença entre o precedente do *common law* e a súmula vinculante, qual seja, o modo de sua aplicação. O precedente constitui um critério jurídico que serve de problematização e fundamentação para casos análogos a partir de uma “ponderação material de referência concreta ou casuística, cuja solução não está logicamente pré-determinada, mas vai se constituindo através daquela ponderação”²²².

Bem ao contrário, a súmula vinculante rompe com o processo de conhecimento e não permite a necessária problematização a nortear a decisão. E ademais, como dizer que casos são similares para decidi-los de forma coerente antes de passar pelo processo em si mesmo? Sim, pois só é possível conhecer um caso após o trâmite do processo e com análise de todos os dados trazidos pelas partes em contraditório. A súmula vinculante rompe, pois, com o processo de conhecimento e possibilita a decisão apriorística de quais casos são “semelhantes” para julgá-los do mesmo modo. Há, portanto, um evidente decisionismo no

²²⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 62.

²²¹ No original: “Finding the *ratio decidendi* of a case is an important part of the training of a lawyer. It is not a mechanical process but is an art that one gradually acquires through practice and study”. WILLIAMS, Glanville Llewelyn. *Learning the Law*. Londres: Stevens, 1978, p. 62.

²²² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais*, Op. Cit., p. 74.

prejulgamento da similitude a embasar a aplicação de determinado enunciado de súmula vinculante.

Nessa linha argumentativa, Abboud enfatiza que a eficácia do precedente depende diretamente dos pressupostos lógicos, ou seja, dos motivos da decisão que o originou²²³. Ao contrário, a súmula vinculante vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos associados aos fatos dos julgados que embasaram sua criação.

Perceba-se que o sistema de precedente se tornaria ilógico caso fossem desassociados fato e direito. Separar a conclusão jurídica acerca dos fatos seria incoerente e levaria a uma decisão arbitrária, conquanto o *common law* baseia-se na *justiça do caso concreto*²²⁴.²²⁵ Como as súmulas se configuram pelo seu enunciado genérico, da sua leitura (apenas) não é possível identificar nem os fatos nem a proposição jurídica a permitir a compreensão da *ratio decidendi* apta a vincular os casos futuros.

Do mesmo modo como os assentos portugueses, a súmula vinculante desvincula-se dos casos que a originaram²²⁶, se impondo como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para (todos) os casos futuros. No entanto, da mesma forma como os códigos pretensamente únicos, completos e de previsibilidade exaustiva – “permanência compacta e rígida, impermeável a história” – a “tendência a estabilizar o instável” pelas súmulas vinculantes não se prestam a resolução das constantes práticas sociais²²⁷.²²⁸

E tudo isso culmina no diferente alcance (conteúdo) do verbete sumular em paralelo com o precedente do *stare decisis*. Eis, a esse respeito, o esclarecimento de Abboud:

A súmula vinculante possui seu conteúdo facilmente evidenciado no texto de verbete sumular enunciado pelo STF, a súmula vinculante encerra-se da mesma forma que a legislação em um texto normativo, que passa a ter validade após sua publicação, ou seja, súmula vinculante: são aqueles verbetes proferidos por dois terços dos membros do STF sobre matéria constitucional que atenda aos requisitos do art. 103-A e seguintes da Constituição. Em contrapartida, os precedentes não são prescrições literais e abstratas no formato legislativo, o precedente deve ser identificado com o caso decidido, para se concluir qual a regra

²²³ ABOUD, George. *Precedente Judicial versus Jurisprudência dotada de efeito vinculante*, Op. Cit., p. 519.

²²⁴ Goodhart na sua concepção de *ratio decidendi* (embora passível de críticas) ressalta a importância dos fatos numa decisão, especialmente no grupo de fatos selecionados pelo juiz como importantes, nos quais ele baseia sua decisão. GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*, Op. Cit., p. 168.

²²⁵ No original: “Decision on question of fact do not constitute a precedent, for every case is considered to be unique. In order to constitute a precedent, a decision must concern a point of law”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*, Op. Cit., p. 169.

²²⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais*, Op. Cit., p. 12.

²²⁷ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Op. Cit., p. 104 e 133.

²²⁸ “A ideologia jurídica pós-iluminista fica profundamente perturbada com a visão de uma norma que vive além da sua produção e elasticamente modifica-se, segundo seu percurso, que continuamente se reproduz recebendo mensagens dos diferentes terrenos históricos por onde passa”. *Ibidem*, p. 133.

jurídica que foi formulada na Suprema Corte, logo, toda fundamentação utilizada na formulação do precedente precisa ser levada em conta na aplicação do precedente²²⁹.

Ademais, conforme restou demonstrado no tópico que versou sobre a *ratio decidendi* de um precedente, não por raras as vezes, haverá controvérsia acerca da parte vinculante da decisão, ou seja, na identificação da *ratio decidendi* prescritiva do precedente – proposição jurídica derivada do caso precedente que obriga a decisão do caso subsequente. E por isso, no precedente, interessa toda fundamentação envolta na decisão bem como sua posterior aplicação. E nesse ponto, é de se ver que o efeito das decisões posteriores em decisões precedentes, tem levado muitos estudiosos a argumentar que a *ratio decidendi* de um caso é determinada por casos subseqüentes²³⁰. Vale dizer, o que não foi objeto de consideração exaustiva pelo tribunal por meio de um intenso contraditório, não pode ser considerado vinculante e sim *dicta*²³¹.

Via reversa (e mais uma vez), a súmula vinculante impera e se encerra no seu texto normativo abstraindo-se da fundamentação e da concretude dos casos que lhe deram origem. Ela vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram sua criação.

E a respeito da autoridade por ela exercida, Porto é elucidativo ao tratar do que, para ele, configura a fundamental diferença entre súmula vinculante e *stare decisis*: “na espécie *stare decisis* a decisão de adotar o precedente cabe ao juiz posterior, ou seja, àquele que está no momento julgando e não se constitui uma imposição do juízo anterior como no caso da edição de súmula, máxime quando e se de caráter vinculante”²³².

Ademais, a jurisprudência ou súmula vinculante (ao menos no plano teórico) depende de decisões reiteradas de uma dada matéria a fim de serem tomadas como paradigma. Em sentido contrário, no *stare decisis* uma única decisão forma um precedente. Além disso, a vinculação no Brasil é exercida, quase exclusivamente, na forma vertical, enquanto no *stare decisis* o precedente atua vertical e horizontalmente.

Em suma e pelo que restou anotado até aqui, os precedentes são resultado de um desenvolvimento histórico do *common law* que visa garantir alguns princípios estruturantes da *rule of law*, tais como, segurança jurídica, coerência e estabilidade. Princípios cuja pretensão

²²⁹ ABBOUD, George. *Precedente Judicial versus Jurisprudência dotada de efeito vinculante*, Op. Cit., p. 522-523.

²³⁰ Cf. tópico 2.2 onde versou sobre *ratio decidendi*.

²³¹ ABBOUD, George. *Precedente Judicial versus Jurisprudência dotada de efeito vinculante*, Op. Cit., p. 523.

²³² PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 766.

de alcance repousa na doutrina dos precedentes vinculantes como uma programação que se sustenta numa cadeia lógica e coerente (ao menos ideologicamente). De um precedente se extrai um princípio aplicável às causas futuras a partir do respeito à integridade e à coerência.

Doutra parte, viu-se também que a regra de vinculação do *stare decisis* é flexível que passa, necessariamente, por uma noção de justiça no caso concreto. Ao contrário, a vinculação idealizada pela Emenda Constitucional n. 45 e as súmulas vinculantes não permite a necessária problematização e o ajuste jurisprudencial pelos juízes, além de ter a pretensão de “capturar a racionalidade a partir de um retorno a uma espécie de ‘essencialismo jurídico’, em que cada súmula – que, não é um precedente – contenha a substância (universalidade) de todos os casos”²³³.

Por essa razão, necessária se faz a reflexão, sob os supostos teóricos de Ronald Dworkin, da realidade das súmulas vinculantes no Brasil e sobre o fechamento do direito em um texto, estabelecida a relação com a regra do *stare decisis* e a flexível vinculação do regime dos precedentes no *common law*.

²³³ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Op. Cit., p. 47-48.

4. O PRESSUPOSTO BRASILEIRO NA APLICAÇÃO DE PRECEDENTES E O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

Na medida em que os precedentes são entendidos como decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões subsequentes quando há uma experiência comum ou questão semelhantes entre os casos, é possível afirmar que aplicar lições do passado para solucionar problemas atuais faz parte da razão humana prática. No entendimento de Schauer, em diversos subsistemas, seja no direito, seja fora dele, o fato de que algo foi feito antes garante, *per si*, uma razão para que se faça da mesma maneira de novo²³⁴.

O corpo de precedentes disponíveis para serem considerados em qualquer sistema jurídico representa uma acumulação de conhecimento do passado. Diante disso, na medida em que as decisões de hoje funcionarão como precedentes aos futuros julgadores deve haver uma responsabilidade especial em relação a vincular o futuro antes de se chegar lá²³⁵.

E essa responsabilidade está, justamente, na problematização que o precedente ocasiona na dinâmica para se encontrar a resposta adequada à solução jurídica. Edward Re é pontual: “o caso decidido estabelece um princípio e ele é na verdade um *principium*, um começo”²³⁶.

Nesse contexto, o objetivo do presente capítulo é o de demonstrar a distorcida e problemática aplicação de precedentes no Brasil, cuja sistemática se dá (no mais das vezes) por mera subsunção, por vezes encarada sob a ótica da tese jurídica, separando, cirurgicamente, direito dos fatos. E nesse cenário, o estudo se voltará para análise do modelo do direito como integridade de Dworkin e sua correspondência com o modelo de precedentes vinculantes do *common law* - incompatível com a tendência de padronização decisória adotada pelo Brasil.

A análise será circunscrita aos padrões sumulares que prescrevem um enunciado fixo e literal (tal como a lei), em paralelo ao direito como integridade e a lógica da doutrina dos precedentes que é por uma maleabilidade normativa, privilegiando as singularidades de cada caso concreto.

²³⁴ SCHAUER, Frederick. *Precedent*, Op. Cit., p. 572.

²³⁵ *Ibidem*, p. 573.

²³⁶ RE, Edward. *Stare decisis*, Op. Cit., p. 282.

4.1 O pressuposto brasileiro na dinâmica do direito jurisprudencial.

Segundo Damaska, o uso dos precedentes no *civil law* tem sido caracterizado da seguinte forma: o que o juiz procura no “precedente” é uma “regra como pronunciamento de autoridade superior” desconsiderando a concretude do caso. Assim, o que a doutrina de *common law* desvaloriza como mero *dictum* é bem-vindo justamente porque ficou independente dos fatos²³⁷.

Interessante observar que Damaska atribui a vinculação na tradição do *civil law* a um “ideal hierárquico”, enquanto confere a vinculação no *common law* a um “ideal coordenativo”²³⁸. O juiz continental procura regras de autoridade hierárquica cada vez mais concretas em decisões anteriores, desconsiderando o contexto factual envolvente. Assumindo a natureza da vinculação desta norma de concretização progressiva, o autor alerta para os padrões de decisão (*standards*) que, com o tempo, se tornariam intoleravelmente rígidos. Em suma, enquanto uma organização judiciária composta de juízes “livremente” hierárquicos pode exigir uma doutrina do precedente vinculante como um estabilizador ideológico interno, uma carreira judiciária estritamente hierárquica pode ser bem melhor sem ele²³⁹. Repare que a vinculação hierárquica de que trata o autor não é pelo espírito de obediência a um superior, mas nas regras de autoridade hierárquica!²⁴⁰ Eis, a esse respeito a seguinte passagem:

É verdade que quando os tribunais fiscalizam a Constituição seu texto torna-se inevitavelmente coberto por *gloss* judicial. Mas o grau em que o brilho surge do texto varia dependendo da maneira em que as decisões judiciais são tratadas. Há uma técnica que é facilmente conciliável com textualismo: decisões referentes a um texto são destacados de seus contextos factuais e convertidos em normas abstratas que enchem “vasos conceituais” a governar com conteúdo mais específico. (...) O *case law* americano, no entanto, é de uma natureza diferente:

²³⁷ No original: “What the judge was looking for in the ‘precedent’ was a rule like pronouncement of higher authority, the facts of the case stripped to their shadows. Thus what conventional common-law doctrine would devalue as mere dictum was welcome precisely because it stood independent of the concrete constellation of facts in the case”. DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale University Press, 1986, p. 33-34.

²³⁸ *Ibidem*, p. 23 e ss.

²³⁹ No original: “It is worth noting that a doctrine of formally binding precedent would be far more rigid in continental than in the common law institutional framework. The primary reason is not so much the greater spirit of obedience to superiors in the former than in the latter as the understanding of precedent. The continental judge seeks ever more concrete rules in prior decisions disregarding the enveloping factual context. Assuming the binding nature of this progressive norm concretization, decisional standards would in time become intolerable rigid, each new decision a drop in the formation of an ever longer stalactite of norms. In short, while a judicial organization composed of loosely hierarchical judges may require a doctrine of binding precedent as an internal ideological stabilizer, a hierarchical career judiciary may well better off without it”. *Ibidem*, p. 37.

²⁴⁰ A ideia central de Mirjan Damaska reside num estudo comparativo entre as tradições do ponto de vista de suas respectivas organizações judiciárias.

fato e direito continuam a ser mais estreitamente entrelaçadas, e os precedentes tornam-se uma história da qual um pensamento ordenado não pode derivar facilmente de regras claras. As decisões de ‘aplicar’ um texto são comparadas umas com as outras, ao contrário de se debruçar num esquema de textos para sua concretização²⁴¹ (tradução livre).

E assim, o pressuposto equivocado na utilização no precedente no Brasil é o de que mediante o julgamento de um único caso, sem um contraditório dinâmico como garantia de influência e não surpresa para sua formação²⁴², mediante a técnica de causa piloto, o Tribunal Superior formaria um julgado (interpretado por muitos como precedente) que deveria ser aplicado a todos os casos idênticos²⁴³.

Para resolver o problema da sobrecarga do judiciário no Brasil, há uma evidente prevalência de comandos como “celeridade processual” em detrimento da análise efetiva de casos concretos que são encarados apenas do ponto de vista de teses jurídicas/pautas gerais.

Atribui-se às “regras de autoridade hierárquica” um “esgotamento argumentativo”, quando se sabe que no sistema de *case law* o precedente é um princípio. A partir dele, de modo discursivo e profundo, verificar-se-á, inclusive com análise dos fatos, se o precedente deverá ou não ser repetido. Além do mais, com bem ressalta Fine, “se concede respeito ao precedente somente se ele for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório exercido pelas partes”,²⁴⁴.

Como bem lembra Nunes, o precedente dos Tribunais Superiores é tido como um encerramento discursivo, onde, estabelecida a “tese jurídica”, esta deve ser aplicada de modo mecânico para causas repetitivas. E ademais, “esses importantes Tribunais e seus ministros produzem comumente rupturas com seus próprios entendimentos, ferindo de morte um dos

²⁴¹ No original: “It is true that when courts police the constitution, its text inevitably becomes covered by judicial gloss. But the degree to which the gloss submerges the text varies, depending on the manner in which court decisions are treated. There is a technique that is easily reconcilable with textualism: decisions referring to a text are detached from factual contexts and converted into abstract norms that fill conceptual vessels of the governing text with more specific content. Here the judicial gloss is translucent; as the gloss thickens the text may even become clearer. American case-law, however, is of a different nature: fact and law remain more closely intertwined, and precedent becomes a story from which ordering thought cannot easily derive clear rules. Decisions “applying” a text are compared to one another, rather than fitted into the scheme of the text as its concretization”. DAMAŠKA, Mirjan R Reflections on American Constitutionalism. In: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, Supplement. U. S. Law in an Era of Democratization (1990), p. 421-443, p. 426-427.

²⁴² NUNES, Dierle. Fundamentos e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional democrático. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (orgs.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 187.

²⁴³ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas. In: *Revista TST*, Brasília, vol. 79, n. 2, 2013, p. 119.

²⁴⁴ FINE, Toni M. *Uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte americano*, Op. Cit. p. 94.

princípios do modelo precedencialista: a estabilidade”²⁴⁵. Não há a reconstrução da cadeia de julgados; não se leva a sério a integridade; ignora-se *o leading case* (o caso mais novo é visto como o mais importante); não se preocupa com a *ratio decidendi* de um precedente. Em outras palavras, são desconsideradas questões basilares do direito jurisprudencial²⁴⁶.

²⁴⁵ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas, Op. Cit., p. 124.

²⁴⁶ A título de exemplo da instabilidade jurisprudencial no direito brasileiro, pode-se citar a questão que envolve a sucessão do cônjuge e do companheiro: “A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que cuida da sucessão do companheiro, foi suscitada no julgamento do Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1.135.354-PB, e recebeu, perante a Corte Especial, paradigmático voto favorável da lavra do ministro Luis Felipe Salomão. Apesar da percuciência do voto do relator, os ministros Cesar Asfor Rocha e Teori Zavascki, a despeito de rejeitarem o recurso, adiantaram entendimento contrário à tese da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Lamentavelmente, em razão de questão prévia atinente ao cabimento do próprio recurso, o incidente restou prejudicado. Assim, uma das mais importantes questões que paira sobre o direito privado, “e que está realmente a intranquilizar toda a sociedade brasileira”, nas palavras do ministro Sidnei Beneti, ainda pende de solução. O fato é que, sem um norte confiável, os julgados dos tribunais estaduais divergem a respeito da matéria, com crescente posicionamento favorável à inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, o que dilata sobremaneira a importância do artigo 1.829, aplicável não apenas à sucessão do cônjuge, como também à do companheiro, para aqueles que entendem que o artigo 1.790 do Código Civil desponta inconstitucional. Contudo, o artigo 1.829 do Código Civil longe está de receber interpretação coerente. Por paradoxal que possa parecer, é o próprio STJ, detentor do monopólio da função nomofilática, que tem contribuído para polemizar a exegese da lei. Em outubro de 2009, no julgamento do Recurso Especial 1.111.095-RJ, a 4ª Turma prestigiou a vontade do testador, para excluir da herança os herdeiros do cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens, ao argumento de que o pacto antenupcial e o testamento constituíam ato jurídico perfeito. Neste precedente, no entanto, havia a prevalência da questão de direito intertemporal, muito bem destacada no voto do ministro Luis Felipe Salomão. Tanto o pacto antenupcial, quanto o casamento, assim como o testamento, haviam sido celebrados antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Por essa razão, aquele acórdão estava fadado a se tornar um precedente único, dificilmente aplicável a outros casos análogos. Ainda assim, importa destacar a robustez e a clareza de raciocínio do voto divergente proferido pelo ministro João Otávio de Noronha, que dava a exata dimensão da controvérsia. No mesmo ano de 2009, a matéria veio a ser novamente debatida pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial 992.749/MS, relatado pela ministra Nancy Andrighi, em cujo voto foi examinada toda a evolução sucessória do cônjuge. Pretendendo sistematizar a matéria, sem embargo do louvável esforço da ilustre relatora, a 3ª Turma conferiu interpretação contrária à letra do artigo 1.829 do Código Civil. Na hipótese concreta, negou-se ao cônjuge casado sob o regime da separação convencional a condição de herdeiro necessário, em decorrência de peculiaridades fáticas do caso vertente (o que irrompe paradoxal em sede de recurso especial), em particular, a circunstância de o vínculo matrimonial ser recentíssimo e o cônjuge sobrevivente ser 31 anos mais jovem do que o autor da herança. A despeito de alguns reflexos deste precedente nas decisões proferidas, desde então, pelas cortes estaduais, tanto a doutrina quanto a jurisprudência repudiaram o entendimento *contra legem* e continuaram a prestigiar a interpretação sistemática da lei. Já em 2011, a própria 3ª Turma do STJ posicionou-se em sentido contrário ao entendimento secundado no apontado acórdão relatado pela ministra Nancy Andrighi, evidenciando que aquele precedente tinha aplicação exclusiva à excepcionalidade do caso. Assim é que no julgamento do Recurso Especial 54.567-PE, de relatoria do ministro Massami Uyeda, a 3ª Turma do STJ sufragou entendimento em absoluta simetria com o texto legal, no sentido de que o cônjuge casado sob o regime da participação final nos aquestos pode herdar os bens particulares do autor da herança, nas hipóteses do artigo 1.829 do Código Civil. Ainda em 2011, agora no julgamento do Recurso Especial 974.241-DF, a 4ª Turma do STJ decidiu que o cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial herda os bens particulares do autor da herança e não tem direito hereditário sobre a meação do falecido, posicionamento este respaldado em sólida construção doutrinária, estruturada no consistente voto-vista do ministro Luis Felipe Salomão. Mais recentemente, em outubro de 2013, no julgamento do Recurso Especial 1.377.084-MG, relatado pela ministra Nancy Andrighi, a 3ª Turma agasalhou orientação diametralmente oposta, no sentido de que o direito à herança do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial recai sim sobre a meação do falecido. Estariam, portanto, excluídos da herança do cônjuge supérstite os bens particulares do de cujus, como forma de prestigiar o regime de bens do casamento, para efeitos sucessórios”. TUCCI, José Rogério Cruz. Jurisprudência sobre sucessão do cônjuge é instável. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-10/paradoxo-corte-jurisprudencia-sucessao-conjuge-instavel>>, acesso realizado em 11/12/2013 às 9:36.

Fato que a utilização de precedentes no Brasil tem seguido uma lógica que é estranha a qualquer sistema de *case law*, especialmente ao inglês e ao norte-americano. “O resultado é um ecletismo improvisado entre duas tradições diversas, sem que haja uma real interlocução entre elas”²⁴⁷. Em outras palavras, oficializou-se no Brasil um sincretismo equivocado entre as tradições do *common law* e do *civil law* onde se avaliza qualquer possibilidade de aplicação de “precedentes” (não obstante as diferenças dos sistemas jurídicos). A propósito das diferenças das tradições jurídicas, elucidativos são os argumentos de Streck:

É importante registrar que, no sistema romano-germânico, para que haja a utilização de um precedente (e precedente não pode ser apenas decorrente de uma apreciação isolada, sem uma “integridade”) como razão de decidir – e é de se revelar que tal utilização deve ocorrer de forma excepcional, já que tal sistema tem a lei como paradigma e núcleo central – tal circunstância deve ocorrer de forma análoga ao modelo da *common law*: os precedentes não vale por si só. Mais: o precedente não devem ser aplicados de forma dedutivista/subsuntiva, como se fossem uma premissa maior. Ora, fosse assim e os precedentes seriam regras ou princípios; logo, perderiam sua razão de ser! Para o precedente ser aplicado, deve estar fundando em um contexto, sem a dispensa de profundo exame acerca das peculiaridades do caso que o gerou. Logo, a fundamentação de um princípio através do uso de jurisprudência, em nosso sistema, não dispensa o que é mais caro para a *common law* – a justificação acerca da similitude do caso que está servindo como *holding*. Aliás, vale advertir que, mesmo na *common law*, as decisões não são proferidas para que se possa servir de precedente para casos futuros; são, antes, emanadas para solver as disputas no caso concreto e, também por isso, não basta a simples menção do precedente para solucionar a controvérsia. Este deve vir acompanhado da necessária justificação e contextualização no caso concreto²⁴⁸.

Fato é que as reformas processuais, dentre as quais se destacam as súmulas vinculantes, têm revelado um compromisso com a redução do número de processos. E esse tipo de prestação jurisdicional deve ter por norte que “eficiência, quando bem entendida, é uma medida da relação entre o resultado ou objetivo de uma atividade, ao custo de alcançá-la”. E, portanto, “a velocidade e o custo que um sistema de justiça incorre para resolução dos casos, nos dizem pouco sobre sua eficiência se não formos informados de suas metas: sem referências as elas a eficiência é um ideal sem conteúdo”²⁴⁹.

²⁴⁷ RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31.

²⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma. In: SRETCK, Lenio Luiz; CALLEGARI, André Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*, 2005, n. 2, Porto Alegre; São Leopoldo, 2006, p. 172.

²⁴⁹ No original: “And indeed there is ubiquitous concern with increased efficiency. In the midst of this concern, a tendency is discernible to deemphasize preoccupations with procedural form - including residual differences between common law and civil law regimes - and concentrate instead on measures likely to contribute to the efficient functioning of civil justice. But consider that efficiency, properly understood, is a measure of the relation of the valued output, or goal of an activity, to the cost of achieving it. The speed and cost

Nesse envolvimento pela eficiência se faz perceptível a tendência em desenfatar as questões processuais sobre a forma, incluindo as diferenças residuais entre o *common law* e o *civil law*. No entanto, enquanto persistirem vestígios no processo civil de atitudes díspares nas estruturas de autoridade entre o *common law* e o *civil law*, eles não devem ser desconsiderados, mesmo se a preocupação principal é o aumento da eficiência processual²⁵⁰.

Assim, se a sugestão é de que os precedentes sirvam para uniformizar a jurisprudência, necessário se faz o abandono definitivo da “pretensão metafísica de aprisionar os fatos de antemão”²⁵¹. Tal como a experiência do direito comum demonstra, a utilização do precedente apenas pode se dar fazendo comparação entre as hipóteses fáticas a permitir a aplicação do anterior ao novo. O mesmo raciocínio deve nortear a aplicação das súmulas (que não são precedentes), ou seja, o sentido destas apenas pode ser dado quando vinculadas aos casos que lhe deram origem²⁵².

Passa-se, então, a reflexão do que vimos falando sobre a objetificação do direito sob os supostos teóricos de Ronald Dworkin.

4.2. Coerência e integridade a nortear uma adequada aplicação dos precedentes no Brasil.

Para além daquilo que decorre da aplicação generalizada de precedentes ou súmulas vinculantes para resolver um sem-número de processos tidos por idênticos (identidade analisada sob a ótica da tese jurídica em abstrato) deve-se ter por norte a coerência e integridade, pilares da teoria representada pela analogia do romance em cadeira desenvolvida por Ronald Dworkin. Trata-se, pois, de conciliar estabilidade e flexibilidade, entre a necessidade de seguir o precedente e a exigência de um julgamento justo para o caso concreto.

at which a justice system disposes of ingested cases tell us little about its efficiency unless we are informed of its goals: without reference to them, efficiency is a content less ideal”. DAMASKA, Mirjan. The Common Law – Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction. The future of categories. In: CARPI, Federico. Toronto: *International Association of Procedural Law*, 2009.

²⁵⁰ No original: “Thus, so long as vestiges persist in civil procedure of attitudes traceable to disparate common law civil law structures of authority, they should not be disregarded, even if one’s principal concern is the increase of procedural efficiency”. *Ibidem*.

²⁵¹ RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*, Op. Cit., p. 95.

²⁵² NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas. In: Revista TST, Brasília, vol. 79, n. 2, 2013, p. 119.

Fato é que a racionalização e a customização da prestação jurisdicional (o julgamento de teses a despeito de casos) esbarram no Estado Democrático de Direito, desvirtuam coerência e integridade, e se volta para um agir da filosofia da consciência onde cada julgador, a partir de uma postura solipsista, pode adotar um grau zero de sentido para dizer o direito ao caso concreto. Ramires é pontual quando ressalta que o “fundamento hermenêutico de uma teoria de precedentes inicia justamente no seu papel de salvaguarda da tradição, da coerência e da integridade do direito, a despeito das tentativas de fragmentação e dos casuísmos”²⁵³.

O fenômeno na estandardização impresso pela dogmática jurídica, cuja pretensão é a da homogeneização do direito por discursos de fundamentação prévios consubstanciados em súmulas (vinculantes ou não), foi, como bem lembra Ramires, progressivamente alimentada justamente para combater a “liberdade excessiva” (filosofia da consciência) antes (e ainda atualmente) exercida pelos julgadores²⁵⁴. O resultado é um direito puramente objetivo, onde coerência e integridade restam inobservados.

Palavras de ordem a forçar dita objetificação do direito são, entre outras, igualdade, segurança jurídica²⁵⁵ e previsibilidade das decisões, elementos constitutivos do Estado de Direito²⁵⁶. Todas a subsidiar a aplicação descontextualizada dos julgados produzidos pelos Tribunais Superiores.

E dentre todas elas, se sobressai a igualdade como principal expoente da proteção da integridade e da coerência do direito através da aplicação de precedentes oriundos do mecanismo da súmula vinculante, mas, é preciso advertir, essa igualdade deve decorrer da similitude jurídica e fática dos casos confrontados, não apenas da tese jurídica. Não há como alcançar integridade e coerência pela simples confrontação de teses jurídicas em abstrato, onde o precedente ganha contornos autônomos, independentes da realidade fática do caso que lhes deu origem. Retoma-se, nesse sentido, a percepção da teoria clássica da *ratio decidendi*,

²⁵³ RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*, Op. Cit., p. 95.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 100-101.

²⁵⁵ No original: “As a philosopher of law among the ranks of lawmakers, I always had a certain inclination to remind colleagues that certainty is unattainable, and that the motto one can do is aim to diminish uncertainty to an acceptable degree. What degree is acceptable depends on the fact that other values, including justice in the light of developing but currently unforeseen situations, are at stake”. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Op. Cit., p. 11.

²⁵⁶ “As pessoas precisam de regras para viver e trabalhar juntas como eficiência, e precisam ser protegidas quando confiam em tais regras. Contudo, estimular e recompensar a confiança nem sempre são atitudes de importância decisiva; às vezes é melhor que certas questões permaneçam sem regulamentação por convenção para permitir o jogo de opiniões independentes, por parte dos juízes e do público quanto àquilo que os juízes poderão vir a decidir”. DOWRKIN, Ronald. *O império do Direito*, Op. Cit., p. 176.

cujo fundamento paira apenas na proposição jurídica necessária para o deslinde do caso concreto, ou seja, pela dissociação do direito ao fato.

O alcance da coerência e da integridade reside, pois, não na ideia simplista de repetição acrítica de precedentes, mas de respeito na associação da concretude do caso ao direito. A integridade e coerência em Ronald Dworkin, aqui pensadas e adotadas, não guardam relação com a obediência irrestrita e servil das orientações fundadas em discursos de fundamentação prévios verbalizados pelos Tribunais Superiores. Nesse contexto, absolutamente oportuna a advertência de Dworkin:

Qualquer estratégia de argumentação Constitucional com pretensões à integridade constitucional total deve buscar respostas que combinem bem com nossas práticas e tradições – que se apoie firmemente em nossa continuidade histórica, bem como no texto da Constituição – para que essas respostas possam, de maneira aceitável, ser consideradas como descrição de nossos compromissos com a nação²⁵⁷.

O precedente, repita-se, é o ponto de partida para as discussões e todo tribunal chamado a decidir um caso, cuja matéria tenha sido decidida em sentenças anteriores, pode e deve submeter os precedentes a teste de fundamentação racional, vale dizer, o juiz não deve aceitar cegamente o precedente²⁵⁸. Nesse contexto, não se apresenta viável o fechamento hermenêutico ou codificação dos precedentes como pretende a súmula, já que um “sistema fundando no *stare decisis* não está preso a leituras exegéticas dos precedentes”²⁵⁹. Nesse sentido, oportuna se faz a seguinte passagem a respeito do *stare decisis*:

As principais vantagens da doutrina é que ela leva a coerência na aplicação e desenvolvimento dos princípios em cada ramo do direito e, em virtude dessa característica, permite aos advogados prever, com razoável certeza, qual atitude dos tribunais seja provável em um determinado conjunto de fatos. O sistema é flexível na medida em que pode encontrar uma resposta para qualquer problema legal e é essencialmente prático de modo que os tribunais estão perpetuamente lidando com circunstâncias reais (tradução livre)²⁶⁰.

²⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 174-175.

²⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. ABBOD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e a súmula vinculante? Op. Cit. p. 46-47.

²⁵⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese. Op. Cit., p. 366.

²⁶⁰ No original: “The main advantages of the doctrine are that it leads to consistency in the application and development of the principles in each branch of the law, and by virtue of this characteristic it enables lawyers to forecast with reasonable certainty what the attitude of the courts is likely to be to a given set of facts. The system is flexible in that the courts are perpetually dealing with actual circumstances”. EDDEY, Keith James. *The English Legal System*, 3 ed. Londres: Sweet e Maxwell, 1982, p. 129.

Assim, para além dos benefícios²⁶¹ que sustentam a aplicação de precedentes judiciais como fonte imediata do direito, é de suma importância que esse exercício aconteça de forma responsável. Conforme pontua Taruffo, há um grande risco de a discricionariedade pertinente ao processo de aplicação do direito se desvirtuar em arbítrio, servindo o processo de concretização normativa uma mera efetivação de escolhas subjetivas do julgador²⁶². Trata-se, portanto, “de estabelecer os limites entre decisões discricionárias e decisões arbitrárias, o que é de óbvia importância no âmbito da administração da justiça no moderno Estado de Direito”²⁶³. A urgência de respostas deve ser encarada, tal como propõe Ronald Dworkin, levando-se em conta toda a história institucional de decisões anteriores que tratam de uma mesma temática, respeitando a coerência e a integridade do direito. Observa-se que o juiz é produto da história institucional de seu cargo e sua decisão deve zelar pela integridade²⁶⁴.

Dworkin defende um direito como integridade, formado por uma comunidade de princípios²⁶⁵ onde a coerência deve ser vista não apenas em cada regra do direito, mas em todo seu sistema. As proposições jurídicas não são como descrições objetivas, mas parte de uma estrutura maior de princípios jurídicos abstratos com carga de valor substancial que combinam elementos descritivos e valorativos.

Em Dworkin, o direito como prática interpretativa exsurge de uma teoria de cunho normativo. Em outras palavras, o direito (inseparável de uma teoria política substantiva) é produto da construção interpretativa, na qual os participantes se apropriam da história institucional constituída para, assim, sob os supostos da moralidade política da sociedade, encontrar a melhor justificativa. Assim, Dworkin não está apenas preocupado em demonstrar que os juízes articulam argumentos de moralidade política na construção de suas decisões,

²⁶¹ Dentre as razões para sustentar o uso e os benefícios dos precedentes judiciais permitindo um sistema judicial coerente sem decisões inconsistentes, destacam-se a segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade. FINE, Toni M. *Uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte americano*. Op. Cit., p. 95-96.

²⁶² TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano LV. n. 1. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 15.

²⁶³ *Ibidem*, p. 15.

²⁶⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. In: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357. p. 325.

²⁶⁵ “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça (...). A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (...) Um princípio (...) enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas necessita de uma decisão particular”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36/42.

mas também em demonstrar quais são os valores que devem orientar essa argumentação (igualdade, dignidade etc.) e em como evitar que isso caminhe para o subjetivismo.

Assim, uma atitude interpretativa cuidadosa deve reconhecer a prática social como portadora de um valor em si que responde a uma finalidade/propósito e reforça um princípio afirmado, independentemente das regras que a descrevem. A finalidade/propósito da prática social fica sujeita a valoração, dentro dos limites históricos da compreensão de cada prática, o que autoriza sua modificação. Nessa *interpretação criativa* (construtivista) a prática social deixa de ser algo incompreensível, mecânico, além do intérprete, tornando-se algo reconstruído diante desse significado, modificada ao longo do tempo, pois repercute na prática alterando sua forma, e a cada nova forma se tem uma nova interpretação. Assim, superando, portanto, o “*agulhão semântico*”²⁶⁶ das teorias positivistas e realistas, Dworkin demonstra que a atividade interpretativa da prática social descola-se da intenção do autor como algo objetivamente dado e passa para o intérprete, cuja preocupação é com a finalidade²⁶⁷.

O direito como integridade “condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que podem não fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”²⁶⁸.

O direito como integridade pedem que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios²⁶⁹.

A coerência com o conjunto de princípios que representa a moralidade política da comunidade implica que todos sejam tratados com igual consideração e respeito nas decisões. Não se trata de coerência apenas com a decisão judicial precedente, mas coerência com os princípios que a fundamentaram, apesar de não ser necessária uma adesão estrita ao passado. A isso Dworkin atribui o nome de “*força gravitacional*” dos precedentes²⁷⁰, pois justamente

²⁶⁶ Dworkin refuta as teses positivistas e realistas (*agulhão semântico*) como fatos históricos e circunstâncias aplicáveis por subsunção lógica ao caso concreto, excluindo o interprete cujo papel seria apenas o de investigar e traduzir a intenção originária contida na norma.

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 55 e ss.

²⁶⁸ Essa ideia está intimamente relacionada com a doutrina da responsabilidade política a que estariam sujeitos os juízes nas tomadas de decisões. *Ibidem*, p. 127/203.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 291.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 176.

essa força será ampliada para além do elemento vinculante (*ratio decidendi*), já que a decisão deve estar baseada em princípios. Vale dizer, a *ratio decidendi* não fecha a argumentação.

Nesse contexto, Hershovitz relaciona o *stare decisis* com a integridade de Dworkin:

A chave para entender a prática do *stare decisis*, devo argumentar, repousa em outro ponto. Especificamente, ela repousa na virtude que Ronald Dworkin chama de integridade. Integridade é um valor realizado por padrões de comportamento reiterados no tempo. A única demanda que a integridade faz sobre ambos, indivíduos e tribunais, é que eles reconheçam que o que eles fizeram no passado influencia o que eles devem fazer agora. *Stare decisis*, eu pretendo mostrar, promove a integridade no processo de decisão judicial. Como nós veremos, um Tribunal sem a preocupação com a integridade de seus próprios processos de decisão não precisaria distinguir ou rejeitar seus precedentes. Ele poderia simplesmente ignorá-los²⁷¹ (tradução livre).

Ademais, a congruência sistêmica, aqui trazida por Eisenberg, imprime a noção de respeito ao precedente como forma de realizar valores como igualdade, coerência e continuidade do ordenamento, equilibrando a exigência de certeza e confiabilidade às de flexibilidade e adaptação de modo a atender a dinâmica social²⁷². O elemento vinculante, quando corretamente problematizado/aplicado, se presta a uniformizar a jurisprudência e alcançar a dita congruência sistêmica, além de combater a liberdade excessiva (filosofia da consciência) ainda hoje exercida pelos julgadores. E no âmbito do *civil law*, Taruffo ressalta a importância de um judiciário hierarquicamente bem estruturado e que respeite decisões tomadas em instâncias superiores (e também as instâncias superiores devem guardar coerência com seus próprios julgados) promovendo certeza e segurança jurídica²⁷³. E o respeito, repita-se, não implica em aplicação passiva, porquanto é possível afastar um entendimento considerado injusto ou superado²⁷⁴.

²⁷¹ No original: “The key to understanding the practice of *stare decisis*, I shall argue, lies elsewhere. Specifically, it lies in the virtue Ronald Dworkin calls integrity. Integrity is a value that is realized by patterns of behavior a Cross time. The unique demand that integrity makes upon both individuals and courts is that they recognize that what they have done in the past affects what they ought to do now. *Stare decisis*, I aim to show, promotes integrity in judicial decision making. As we shall see, a court with no concern for the integrity of its own decision making would no need to distinguish or overrule its precedents. It could simply ignore them”. HERHOVITZ, Scott. Integrity and *Stare decisis*. In: HERSHOVITZ, Scott (ed.). *Exploring Law’s Empire*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 103-104.

²⁷² EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Op. Cit., p. 105-126.

²⁷³ TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione dela creazione giudiziaria del diritto*. Op. Cit., p. 26.

²⁷⁴ O espantoso, nesse contexto, são os dados publicados em recente pesquisa promovida pela revista Consultor Jurídico onde revela haver alto grau de descumprimento da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em suas súmulas vinculantes. Cf. <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/justica-trabalho-campea-reclamacoes-supremo-tribunal-federal>>. Acesso realizado em 31/10/2013 às 16:00. E comentando dita pesquisa, Medina é categórico: “Tais números, segundo meu modo de pensar, não chegam a surpreender. Inexiste, entre nós, preocupação com a manutenção de uma jurisprudência íntegra e constante. Escrevi, há mais de dez anos, aqui na ConJur, que a súmulas vinculantes, se pouco convincentes, acabariam não sendo observadas. Hoje observa-se que súmulas vinculantes criadas pelo Supremo Tribunal Federal são diária e solenemente desrespeitadas. Logo, a proliferação de decisões com anseio vinculante acaba tendo tal efeito de direito, mas, muitas

Tucci lembra que “a harmonia dos precedentes judiciais, além de constituir precioso elemento de confiança no Poder Judiciário, tem enorme repercussão na sociedade, porque uma conduta uniforme de julgar confere estabilidade aos conceitos e às relações jurídicas”. Além de não zelar pela coerência e integridade, “não há conspiração maior contra a previsibilidade e a segurança do direito do que as repentinas e inusitadas alterações da jurisprudência!”²⁷⁵. Assim, o respeito (e não a servil obediência) ao que decidem os tribunais superiores de modo a alcançar uniformidade jurisprudencial guarda estreita relação como a congruência sistêmica na dinâmica dos precedentes.

Nesse sentido, enfatiza-se que integridade não significa decidir casos semelhantes da mesma forma, não significa seguir fielmente os precedentes de modo a alcançar coerência. A coerência deve ser dar com os princípios da comunidade e, portanto, o juiz poderá se afastar da vertente de decisões anteriores em busca de fidelidade aos princípios como mais fundamentais a esse sistema como um todo²⁷⁶. Quando de uma nova decisão instaura-se um novo processo de interpretação e reinterpretação combinando elementos do passado e do futuro, já que a prática jurídica contemporânea é política em desenvolvimento. O direito como integridade pede aos juízes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso²⁷⁷. Ainda aqui, importa frisar que Dworkin repudia a ideia de uma prática utilitarista, ou seja, a utilização de precedentes como o meio para a redução do volume de processos. É a subversão dos argumentos de princípio político para os de procedimento político²⁷⁸.

Ademais, com o modelo de integridade proposto por Dworkin será possível limitar a liberdade de decisão (filosofia da consciência), conforme pontua Michel Rosenfeld:

Para prevenir abusos, os intérpretes devem manter um nível de integridade segundo o qual se descola de uma via interpretativa disponível para outra que só seria justificável SE acompanhada por uma assunção plena e sincera de todos os encargos associado à última via interpretativa. Em consonância com essa exigência de integridade, um interprete não pode recorrer a uma via interpretativa disponível para pressionar por uma vantagem em uma ocasião, para, em seguida, na próxima ocasião, abandonar essa via interpretativa em favor de outra, a fim de evitar uma

vezes, não de fato. A quantidade muito grande de reclamações dirigidas ao Supremo Tribunal Federal, assim, é reflexo desse estado de coisas. Não admira, diante disso, que o referido tribunal, que criara, entre 2007 e 2009, 27 súmulas vinculantes, criou, entre 2010 e 2011, apenas mais quatro súmulas vinculantes e, desde o início de 2011, não publicou qualquer outra dessas súmulas”. MEDINA, José Miguel Garcia. Os caminhos percorridos pela jurisprudência do STF. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <www.conjur.com.br/2013-out-28/processo-caminhos-percorridos-jurisprudencia-stf>. Acesso realizado em 31/10/2013 às 16:45.

²⁷⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. Mudança de entendimento nas câmaras empresariais. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-out-28/jose-rogerio-tucci-mudanca-entendimento-camaras-empresariais>>, acesso realizado em 11/12/2013 às 15:57.

²⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, Op. Cit., p. 171 e ss.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 275 e ss.

²⁷⁸ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio, Op. Cit., p. 6.

sobrecarga. Um intérprete, no entanto, pode mudar de uma perspectiva interpretativa disponível para outra que ele acredita sinceramente que a última perspectiva é mais adequada para promover a tentativa de reconciliação pedida e se ele ou ela está plenamente preparado para assumir todos os encargos que podem decorrer da adoção dessa nova perspectiva²⁷⁹ (tradução livre).

Daí que a salvaguarda da coerência e integridade do direito, devem ter como pressuposto aquilo o que Ronald Dworkin asseverou para ilustrar sua tese acerca da integridade: o juiz deve se comportar como um autor em uma cadeia literária (*chain novel*), dividindo espaço com outros autores, cada qual escrevendo um capítulo de um “romance sem fim”, sendo-lhe permitido revisar a história escrita pelos outros, mas para seguir o caminho traçado anteriormente e não para trilhar um percurso solitário. “O dever de um juiz é interpretar a história legal em que ele se encontra, não inventar um melhor”²⁸⁰.

Em suma, um romance em cadeia, onde cada julgador é responsável pela redação de um capítulo de uma obra em construção, tarefa que deve ser desempenhada com absoluta responsabilidade, já que o ideal que se busca é um romance único e coeso²⁸¹. O romance deve guardar fidelidade ao enredo traçado, já que não propõe um gênero livre.

Aliás, é bom que se diga, o significado de cada capítulo do enredo delineado não surgirá de pronto, pois dependerá de nova (re)leitura, já que, ao mesmo tempo em que se escreve um novo capítulo, se (re)interpreta o passado que, por sua vez, adquire novos contornos e significados²⁸².

Ademais, a estrutura do direito como um conjunto coerente de princípios sobre equidade, justiça e devido processo (as virtudes do direito para Dworkin) e que irá, conseqüentemente, possibilitar a coerência e a integridade, deve decorrer de uma sucessão de casos concreto e não de pautas gerais ou da mera discussão de teses jurídicas. Dito de outro modo, a integridade e coerência na prestação jurisdicional significa a reconstrução histórica

²⁷⁹ No original: “To prevent abuses, interpreters should be held to a standard of integrity according to which shifts from one available interpretive avenue to another would only be justifiable IF accompanied by a full and sincere assumption of all the burdens associated with the latter interpretative avenue. Consistent with this requirement of integrity, an interpreter may not resort to an available interpretative avenue to press for an advantage on one occasion and then on the next occasion, abandon that interpretative avenue in favor of another order to avoid a burden. An interpreter, however, may switch from one available interpretive perspective to another if that interpreter sincerely believes that the latter perspective is better suited to promote the attempted reconciliation sought and if he or she is fully prepared to assume all the burdens that might flow from adoption of the new perspective”. ROSENFELD, Michael. *Just interpretations: Law between Ethics and Politics*. Los Angeles: University of California Press, 1998, p. 28.

²⁸⁰ No original: “We know from the parallel argument in literature that this general description of interpretation in law is not license for each judge to find in doctrinal history whatever he thinks should be there. The same distinction holds between interpretation and ideal. A judge’s duty is to interpret the legal history he finds, not to invent a better history”. DWORKIN, Ronald. *Law as interpretation. Chicago Journals: Critical Inquiry*, v. 9, n. 1, p. 179-200, 1982, p. 194-195.

²⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*, Op. Cit., p. 275 e ss.

²⁸² ROSENFELD, Michael. *Just Interpretations*, Op. Cit., p. 18.

da cadeia de casos concretos julgados e interpretados, ou seja, de uma efetiva realidade e não teses jurídicas em abstrato.

Nesse contexto e com base no referencial filosófico adotado, o paradigma consubstanciado na adoção das súmulas para a resolução de casos futuros (de modo generalizado com a desconsideração das especificidades do caso concreto de que ela se originou), deve ser norteado pela coerência e integridade propostos por Dworkin possibilitando, assim, a correta sistemática de aplicação das súmulas (vinculantes ou não), além do controle/cuidado na estandarização do direito.

Em última análise, para que a utilização dos precedentes aconteça de forma adequada, para além de se instalar no Brasil o fenômeno de um “*common law* à brasileira”²⁸³, deve-se ter por norte a abertura (ou o ponto de partida) e a problematização que o precedente ocasiona e não encará-lo como fechamento do direito. Ainda sobre a estandarização do direito, nega-se a própria percepção de que ele é uma prática social constante e que, portanto, não há como fechar o discurso e, conseqüentemente, o debate. Dworkin é categórico quando enfatiza que “a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto peça de legislação”²⁸⁴.

²⁸³ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. Op. Cit., p. 41.

²⁸⁴ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Op. Cit., p. 176.

CONCLUSÃO

O momento é de reflexão imparcial e prudente sobre a melhor técnica para se alcançar, na experiência judiciária brasileira, o ideal de uniformidade que não exclua a eventualidade motivada de modificação e que privilegie a concretude e a singularidade do caso. Trata-se, pois, de conciliar valores como certeza e estabilidade com o ideal de justiça e flexibilidade.

Se a intenção é alcançar a uniformidade com a criação de padrões decisórios, tal como a súmula vinculante, deve-se levar em conta toda a história institucional de decisões anteriores que tratam de uma mesma temática, respeitando a coerência e a integridade do direito de modo a retratar a moralidade política da comunidade. Não se trata, portanto, de um marco zero interpretativo, mas um “desenvolver” que se dá pelo encadeamento de capítulos.

Deste modo, o precedente, abstratamente considerado, não pode ser concebido como “a solução” para a produção de um mundo jurídico homogeneizado, como se todos os casos pudessem ser abarcados com uma tese jurídica antes estabelecida, onde a concretude dos fatos revela-se dispensável, inconveniente até. Tal como a integridade de Dworkin nos ensina, novas circunstâncias/contextos sempre vão emergir quando da construção de um novo capítulo, inviável, pois, a compreensão sempre universal e homogênea da vida e de seus problemas concretos. E por isso, sem uma sucessão de casos concretos, apenas pelo confronto de teses, a redação de um novo capítulo resta prejudicada, pois não contará com novos elementos que, inevitavelmente, emergem da factível dinâmica social.

Se a proposta é de que os precedentes sirvam para uniformizar a jurisprudência, necessário se faz o abandono definitivo da pretensão metafísica de ler decifrar a natureza de todos os fatos, aprisionando-os em normas universais e eternas. Tal como a experiência do direito comum demonstra, a utilização do precedente apenas pode se dar fazendo comparação entre os casos (hipóteses fáticas) a permitir a aplicação do anterior ao novo. Isso vale para as súmulas (que não são precedentes), ou seja, o sentido destas apenas pode ser dado quando vinculadas aos casos que lhe deram origem.

Ademais, quando se avaliza a utilização das súmulas vinculantes apenas sob a ótica da tese jurídica, desvela-se o viés condicionante da produção jurídica em que direito passa a ter um caráter meramente reprodutivo daquilo que dizem os Tribunais Superiores (que não raramente produzem graves rupturas em seus próprios entendimentos). Em outras palavras, o direito passa a ser aquilo que é dito por eles em detrimento da legislação produzida democraticamente.

Cumprе ressaltar que não se ignora aqui a necessidade de redução da complexidade representada pela crise do Poder Judiciário, muito ao contrário. O que não se valida, em absoluto, é a desvirtuação da finalidade de instrumentos como a súmula vinculante, transformando-os em mecanismos de estandarização do direito e de bloqueio ao acesso à justiça como se seu compromisso fosse, tão somente, o de reduzir o elevado número de processos. Inarredável, portanto, a superação desse modo pragmático e objetivo de pensar o direito para a (re)introdução da facticidade do mundo jurídico que deve primar pela coerência e integridade nas decisões.

Em última análise, não há como prever ou delimitar um final para o romance que se delineia, já que o enredo sempre contará com a influência de novos elementos da concreta dinâmica social. E ditos elementos se voltam para o passado e o presente com influência no futuro nessa intermitente construção onde, em cada nova decisão, instaura-se um novo processo de (re)interpretação a permitir integridade e coerência. A única previsão que se pode estabelecer é o ponto de partida, o primeiro capítulo – a constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, George. Precedente Judicial *versus* Jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedente: notas para evitar alguns enganos. In: *Revista de Processo*, n. 165, 2008, p. 227/228. Disponível em <<http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/2009/02/artigo-repro-sumula-vinculante-e-precedentes-notas-para-evitar-enganos.pdf>>. Acesso realizado em 07/11/2013 às 10:12

ALEKSANDER PECZENIK, Lund. The Binding Force of Precedents. In: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. MACCORMICK, Neil; SUMMERS Robert S. (Ed.), Sydney: Ashgate, 1997, p. 461-479.

AUSTIN, John. Austin. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: University Press, 1995.

AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence: Or, The Philosophy of Positive Law*. 3. Ed. Vol. 1. London: J. Murray, Albemarle Street, 1869.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*, v. 206, p. 359-379, 2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesses público e privado*. 1^a. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. Súmulas estão sujeitas a diversas interpretações. *Revista Consultor Jurídico*, 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-24/sumula-mesmo-vinculante-sujeita-diversas-interpretacoes>>. Acesso realizado em 13/11/2013, às 10:53.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. In: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 40-62.

BANKOWSKI, Zenon; et. al. Rationales for precedente. In: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. MACCORMICK, Neil; SUMMERS Robert S. (Ed.), Sydney: Ashgate, 1997, p. 481-501.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 27/50. São Paulo, 2005.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1907.

BISHOP, Joel Prentiss. *Common law and Codification or The Common law as a system of reasoning – How and Why essential to good government; what its perils and how averted*. Chicago: Law Book Publishers, 1888, p. 1-29.

BLACKSTONE, Willian. *An analysis of the laws of England: an introductory discourse on the study of the law*. Oxford: Clarendon Press, 1759

BODENHEIMER, Edgar. *Jurisprudence: the philosophy and method of the law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1962.

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

BUZAID, Alfredo. Da uniformização da jurisprudência. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LVIII, Coimbra, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *The Doctrine of stare decisis and the civil law: A Fundamental difference - or no difference at all?* Tübingen: J.C.B. Mohr, 1981.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

COLLIER, Charles W. *Precedent and Legal Authority: A Critical History*. Wisconsin: Law Review, 1988, p. 771-825.

COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CORDOPATRI, Francesco. La ratio decidendi (profilo storico e comparativo). *Rivista di Diritto Processuale*. v. 4. Padova: CEDAM, 1989.

CLÈVE, Clèmerson Merlin A *fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CRISCUOLI, Giovanni. *Introduzione allo Studio Del Diritto Inglese*. Le Fonti. 2. Ed. Giffre Editore. 1994.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4 ed. New York: Oxford University Press, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo Constitucional e efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 195-248.

DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DAMAŠKA, Mirjan. Activism in Perspective. In: *The Yale Law Journal*, Vol. 92, No. 7, Symposium on the Legacy of the New Deal: Problems and Possibilities in the Administrative State, Part 1 (Jun., 1983), pp. 1189-1197, p. 1196.

DAMAŠKA, Mirjan R. Reflections on American Constitutionalism. In: The American Journal of Comparative Law, Vol. 38, Supplement. U. S. Law in an Era of Democratization (1990), p. 421-443

DAVID René; VRIES Henry P. de. *The French Legal System - An Introduction to Civil Law Systems*. New York: Oceana Publications, 1958.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2a Edição – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Law as interpretation*. Chicago Journals: Critical Inquiry, v. 9, n. 1, p. 179-200, 1982.

EDDEY, Keith James. *The English Legal System*. 3 ed. Londres: Sweet e Maxwell, 1982.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1988.

FINE, Toni M. Uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte americano. *RT/Fasc. Civ.* Ano 89, v782, dez. 2000, p. 90-96.

FUNKEN, Katja. The best of both worlds – the trend toward convergence of the civil law and the common law system. *Social Science Research Network*. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=476461>. Acesso realizado em 18/12/2012 às 16:52.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Editora Vozes, 2007.

GEAREY, Adam; MORRISON, Wayne; JAGO, Robert. *The Politics of the Common Law: Perspectives, Rights, Processes, Institutions*. 2. Ed. Londres: Routledge, 2013.

GOODHART, Arthur L. Precedent in English and Continental Law. *50 Law Quarterly Review*, 1934.

GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case. In: *Essays in Jurisprudence and the Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1931, p. 1-26.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Fundação Boiteux, 2004.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, Vol. I;

HARDISTY, James. Reflections On Stare Decisis. *Indiana Law Review*, v. 55, n.1.

HARRIS, Bruce V. Final Appellate Courts Overruling Their Own "Wrong" Precedents: the Ongoing Search for Principle. *Law Quarterly Review*, v. 118, p. 408-427, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14ª ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade de São Francisco, 2005;

HERHOVITZ, Scott. Integrity and Stare decisis. In: HERSHOVITZ, Scott (ed.). *Exploring Law's Empire*. New York: Oxford University Press, 2008.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. 3. ed. Portugal: Fórum da História, 2003.

HONDIUS, Ewoud. Precedent and the Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3, 2007. Disponível em <<http://www.ejcl.org/113/article113-3.pdf>>. Acesso realizado em 12/09/2013 às 11:51.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Victor Nunes. A súmula do Supremo Tribunal e o *restatement of the law* dos norte-americanos. In: *Problemas de direito público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 59-64, v. 2.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MCCALLUM, Margaret; SCHMEDEMANN, Deborah A.; KUNZ, Christina L. *Synthesis: legal reading, reasoning and writing in Canada*. 2. Ed. Toronto: CCH Canadian Limited, 2008.

MAGALHÃES, José Luís Quadros. Editorial. Reforma do Judiciário. *Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD/UFMG*. Belo Horizonte, ano 2, n. 12, maio 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. MACCORMICK, Neil; SUMMERS Robert S. (Ed.), Sydney: Ashgate, 1997.

MEDINA, José Miguel Garcia. Os caminhos percorridos pela jurisprudência do STF. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <www.conjur.com.br/2013-out-28/processo-caminhos-percorridos-jurisprudencia-stf>. Acesso realizado em 28/10/2013 às 15:05.

MEDINA, José Miguel Garcia Medina; FREIRE, Alexandre; FREIRE Alonso. Vivemos, hoje, sob um sistema de stare (in)decisis. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-out-17/vivemos-sistema-stare-indecisis-analise-acoes-repetitivas>>. Acesso realizado em 17/10/2012 às 14:06.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MERRYMAN, John Herny; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: an introduction to legal systems of Europe and Latin America*. 3. Ed. Stanford University Press, Califórnia, 2007.

MAUES, Antônio Moreira. Súmula vinculante e proteção dos direitos fundamentais. In: *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão*. COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; Lobão, Ronaldo (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORGAN, Edmund Morris; DWYER, Francis Xavier. *Introduction to the Study of Law*. Callaghan, 1948.

MCLEOD, Thomas Ian. *Legal Method*. 2 ed. London: Macmillian.

NEVES, António Castanheira. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

NUNES, Dierle. Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/dierle-nunes-padronizar-decisoes-empobrecer-discurso-juridico>>. Acesso realizado em 14/05/2013 às 15:09.

NUNES, Dierle. Fundamentos e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional democrático. In: *Constitucionalismo e Democracia*. FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NUNES, Dierle, et. al. Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. *Revista de Pesquisa em Direito Libertas*, Vol. 1, nº 1, Julho-Dezembro. Disponível em <<http://www.libertas.ufop.br/index.php/libertas>>. Acesso realizado em 29/11/2013 às 16:10.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas. In: *Revista TST*, Brasília, vol. 79, n. 2, 2013.

TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano LV. n. 1. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Jurisprudência sobre sucessão do cônjuge é instável. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-10/paradoxo-corte-jurisprudencia-sucessao-conjuge-instavel>>. Acesso realizado em 11/12/2013 às 9:36.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Mudança de entendimento nas câmaras empresariais. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-out-28/jose-rogerio-tucci-mudanca-entendimento-camaras-empresariais>>. Acesso realizado em 11/12/2013 às 15:57.

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

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Argumentação jurídica e decisionismo: um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 521-543.

OLIPHANT, Herman. A Return to Stare Decisis. *American Bar Association Journal*, n. 14. 1928.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. In: *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. MARINONI, Luiz Guilherme (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford University Press 1986.

RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RE, Edward. Stare Decisis. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, n. 122, mai./jul., 1994, p. 281-287.

ROSENFELD, Michel. *The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community*. Routledge, 2009

ROSENFELD, Michel. Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court. *International Journal of Constitutional Law*. New York. Vol. 4. Nº 4, 2006.

ROSENFELD, Michael. *Just interpretations: Law between Ethics and Politics*. Los Angeles: University of California Press, 1998.

SAMPAIO, Nelson de Souza. O supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Poder Judiciário. *Revista de Direito Público*, n. 75.

SALMOND, John. The Theory of Judicial Precedent. *Law Quarterly Review*, Vol. XVI, 1900.

SIDOU, J.M. Othon. *Processo civil comparado: (Histórico e contemporâneo) à luz do Código de Processo civil brasileiro, modificado até 1966*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Nem as súmulas vinculantes escapam de interpretação. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-02/interpretar-exigencia-nao-interpretacao-sumulas-vinculantes>>. Acesso realizado em 30/05/2013 às 15:18.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011.

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction To Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick. Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy. *KSG Working Paper*, 2007. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1007001>>. Acesso realizado em 08/08/2013 às 16:45.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*. Vol. 39, n. 3; Feb. 1987, p. 571-605. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1228760>>. Acesso realizado em 10/09/2013 às 13:37.

STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. SRETCK, Lenio Luiz; CALLEGARI, André Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.), 2005, n. 2, Porto Alegre; São Leopoldo, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito Brasileiro – eficácia, poder e função*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. *The Modern Law Review*, vol. 22, n.6, 1986, p. 600.

TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *Revista de Processo*, v. 181, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro - Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 189, nov./2010.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: *Direito Jurisprudencial*. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-95.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso Especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of case*. 2 ed. Boston: Little Brown, 1894.

WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the status of stare decisis. In: *Precedent in Law*. GOLDSTEIN, Laurence (org.). Oxford: Clarendon, 1987, p. 73-87.

WILLIAMS, Glanville Llewelyn. *Learning the Law*. Londres: Stevens, 1978.