

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

André Luis Bitar de Lima Garcia

PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Uma análise crítica sobre a utilização do *distinguishing* no Supremo Tribunal Federal

Belém-PA

2013

André Luis Bitar de Lima Garcia

PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Uma análise crítica sobre a utilização do *distinguishing* no Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará, na linha de pesquisa Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos, sublinha Direito Processual, Processo Civil e Direitos Fundamentais como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Rosalina Moitta Pinto da Costa.

Belém-PA

2013

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPa

Garcia, André Luis Bitar de Lima

Precedentes no direito brasileiro: uma análise crítica sobre a utilização do *distinguishing* no Supremo Tribunal Federal / André Luis Bitar de Lima Garcia; orientadora, Rosalina Moitta Pinto da Costa. Belém, 2013.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, 2013.

1. Precedentes judiciais – Brasil.- 2. Brasil. Superior Tribunal Federal.- 3. Direitos fundamentais.- I. Costa, Rosalina Moitta Pinto da.- II. Universidade Federal do Pará. Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDDir: 341.4650981

André Luis Bitar de Lima Garcia

PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Uma análise crítica sobre a utilização do *distinguishing* no Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará, na linha de pesquisa Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos, sublinha Direito Processual, Processo Civil e Direitos Fundamentais como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientadora: Profa. Dra. Rosalina Moitta Pinto da Costa.

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Rosalina Moitta Pinto da Costa
Orientadora

Profa. Dra. Gisele Santos Fernandes Góes

Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo

Apresentado em: ___/___/___

Belém-PA

2013

Deus, fonte de tudo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois sem Ele nada posso fazer. Que alegria é dizer com a liturgia da Igreja: “Na verdade, é justo e necessário, é nosso dever e salvação dar-Vos graças sempre e em todo lugar, Senhor, Pai santo, Deus eterno e todo-poderoso”.

À Eva, minha amada esposa e companheira de céu, por todo amor e apoio.

À Clara, minha filha, presente de Deus.

Aos meus queridos e amados pais, Garcia e Silvânia, e a todos da minha família (avós, padrinhos, tios e primos), pela amizade, incentivo e carinho.

A inesquecível vó Eva (*in memoriam*), pelo espaço da casa onde muitas vezes estudei e pelos vários gestos de amor.

Aos meus amigos pelas conversas, conselhos e orações.

Na pessoa dos meus sócios, agradeço a todos (associados, ex-associados, estagiários e funcionários) que integram o escritório Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro & Scaff - Advogados, pela compreensão e apoio em muitos momentos difíceis nesta árdua caminhada que envolvia o exercício da advocacia e a dedicação no curso de mestrado.

Ao meu sócio e amigo Pedro Bentes Pinheiro Filho, pelas viagens que fizemos juntos a congressos e encontros da ANNEP (Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo), momentos decisivos para que eu pudesse tomar a decisão de ingressar no mestrado e avançar na pesquisa sobre a temática dos precedentes.

Aos professores (em especial, Gisele Góes e Antônio Maués, que muito me ajudaram no desenvolvimento desta pesquisa) e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará.

Aos amigos que fiz no mestrado, sem dúvida uma turma especial. Foram muitos os momentos de alegria, amizade e solidariedade, tornando suave o dia-a-dia de aulas, trabalhos e discussões.

A minha orientadora Rosalina Costa, por sempre ter acreditado na pesquisa e pelos vários ensinamentos, sempre de forma tão humilde e cordial.

RESUMO

O trabalho discute os precedentes judiciais na realidade brasileira, visando contribuir para a melhor compreensão da técnica da distinção (*distinguishing*) através da análise de casos do Supremo Tribunal Federal. O sistema brasileiro necessita da força dos precedentes, sobretudo diante do nosso controle de constitucionalidade, da presença das cláusulas processuais abertas e do conteúdo do princípio da igualdade. Contudo, enfatizamos que a implementação do *stare decisis* no Brasil não ocorrerá de maneira automática, tampouco via imposição legislativa. A partir da contraposição de duas teorias gerais sobre precedentes (precedente como regra de Frederick Schauer e precedente como princípio de Ronald Dworkin), analisamos criticamente duas decisões do STF, com a finalidade de estabelecer critérios para a utilização da técnica do *distinguishing*. Na pesquisa, os precedentes são considerados princípios, havendo espaço para sua possível distinção e para a proteção de direitos fundamentais. A teoria do direito escolhida como suporte das conclusões do trabalho foi a de Ronald Dworkin.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo. Precedentes. Supremo Tribunal Federal. Distinção. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The paper discusses judicial precedents in the Brazilian reality, to contribute to a better understanding of the distinguishing through the analysis of cases the Federal Supreme Court. The Brazilian system needs the force of precedent, especially given our control of constitutionality, the presence of open procedural clauses and of content of the principle of equality. However, we emphasize that the implementation of stare decisis in Brazil will not occur automatically, either via legislative imposition. From the contrast of two general theories of precedent (as previous rule Frederick Schauer principle and precedent as Ronald Dworkin), we discuss two decisions of the Federal Supreme Court, in order to establish criteria for the use of the technique of distinguishing. In the research, the precedents are considered principles, with space for a possible distinction and for the protection of fundamental rights. The theory of law chosen to support the conclusions of the study was that of Ronald Dworkin.

Keywords: Neoconstitutionalism. Precedent. Federal Supreme Court. Distinction. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A SUPERAÇÃO DO MITO DA INCOMPATIBILIDADE DO <i>STARE DECISIS</i> COM O <i>CIVIL LAW</i>	11
2.1	OS DIFERENTES CONTEXTOS DE FORMAÇÃO DO <i>CIVIL LAW</i> E DO <i>COMMON LAW</i>	11
2.2	A TENDÊNCIA EVOLUTIVA DE CONVERGÊNCIA DAS DUAS TRADIÇÕES JURÍDICAS	13
3	O PRECEDENTE JUDICIAL NO SISTEMA BRASILEIRO	18
3.1	OS MODELOS CLÁSSICOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O HIBRIDISMO ENCONTRADO NO BRASIL (SISTEMA PLURAL DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE)	18
3.2	AS CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS E OS PRECEDENTES	23
3.3	O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES ...	28
3.4	<i>STARE DECISIS</i> NO BRASIL?	30
4	INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DE PRECEDENTES E A TÉCNICA DA DISTINÇÃO	39
4.1	PERSPECTIVAS DE CONCEPÇÕES GERAIS SOBRE PRECEDENTE NAS TEORIAS DE FREDERICK SCHAUER E RONALD DWORKIN	39
4.1.1	A teoria do precedente como regra: A limitação do uso da técnica da distinção	39
4.1.2	A teoria do precedente como princípio: O direito como integridade e o modo de interpretar e aplicar precedentes	41
4.2	REFLEXÕES SOBRE ALGUNS CONCEITOS FUNDAMENTAIS	47
4.2.1	Grau de eficácia do precedente	47
4.2.2	<i> Holding e obiter dictum</i>	50
4.3	O <i>DISTINGUISHING</i> NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	55
4.3.1	<i> Leading case</i>: ADIN 3.421/PR	55
4.2.2	<i> Leading case</i>: HC 110.280/MG	65
5	CONCLUSÃO	75
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, iremos expor a origem e características das duas principais tradições jurídicas no ocidente, o *civil law* e o *common law*. O objetivo não é apresentar uma análise exaustiva de cunho histórico, mas sim no que a abordagem contribui para o estudo dos precedentes. Pretendemos demonstrar a transformação ocorrida no *civil law* principalmente em virtude do impacto do constitucionalismo, a quebra do mito da incomunicabilidade entre as tradições de *civil law* e *common law* e, mais especificamente, desmistificar a suposta incompatibilidade do *stare decisis* com o *civil law*.

Em um segundo momento, o nosso olhar se volta para o sistema brasileiro, a fim de demonstrar que as características do nosso ordenamento jurídico, sobretudo diante do controle de constitucionalidade, da presença das cláusulas gerais processuais e do conteúdo do princípio da igualdade exigem respeito aos precedentes. Ao mesmo tempo, alertamos que ainda não convivemos em nosso país com o *stare decisis* nos moldes do *common law*. Apesar do reconhecimento da utilidade e necessidade de um sistema precedencialista para o direito, denunciamos a ânsia tupiniquim por uma “importação” mecânica (quase que a “toque de caixa”) da experiência do *common law*, o que gera inúmeros desvios na compreensão e aplicação dos precedentes.

No quarto capítulo, serão apresentadas duas perspectivas antagônicas de concepções gerais sobre precedente (teoria do “precedente como regra” de Frederick Schauer e teoria do “precedente como princípio” de Ronald Dworkin). Verificaremos que o modelo de interpretação construtiva (direito como integridade), desenvolvido por Ronald Dworkin, é o mais adequado para interpretar e aplicar precedentes e proteger direitos fundamentais, haja vista que estabelece a possibilidade da não aplicação de um precedente (técnica da distinção) quando se verifica a violação de um princípio ou direito fundamental. Depois será discutido o que é precedente, sua natureza jurídica, seus graus de eficácia e a maneira mais adequada de compreender o *holding* e *obiter dictum*. Para finalizar, faremos um estudo de casos a partir de julgados do STF¹, com o objetivo de averiguar

¹A pesquisa tratou apenas de precedentes do STF e compreendeu, de maneira preponderante, o período após a Constituição Federal de 1988. As decisões coletadas foram retiradas do sítio oficial da Suprema Corte (www.stf.jus.br).

criticamente como os ministros vêm realizando a técnica do *distinguishing* em suas decisões.

A pesquisa busca contribuir para o aprimoramento do sistema processual e para o desenvolvimento do direito. Nós que sempre fomos habituados e preocupados com a interpretação da lei, devemos agora também dedicar atenção à compreensão e à interpretação dos precedentes. Caso contrário, continuaremos a observar na praxe forense inúmeras transgressões que vão desde a mera citação de ementas descontextualizadas (como se isso fosse devotar respeito aos “precedentes”) até a instalação de um verdadeiro “manicômio jurídico”, onde os juízes, dotados atualmente de maior poder para interpretar a lei, criam em gabinetes fechados o seu “próprio direito”, sem preservar a unidade e coerência do sistema jurídico.

2 A SUPERAÇÃO DO MITO DA INCOMPATIBILIDADE DO *STARE DECISIS* COM O *CIVIL LAW*

2.1 OS DIFERENTES CONTEXTOS DE FORMAÇÃO DO *CIVIL LAW* E DO *COMMON LAW*

Sempre foi comum escutar nos bancos das faculdades a contraposição entre a tradição de *civil law*, de inspiração romano-germânica e a tradição de *common law*, de base anglo-saxônica. Não por acaso essas tradições representam os dois grandes complexos para compreender e aplicar o direito no Ocidente.

Não se pretende neste trabalho uma abordagem apenas de cunho histórico relacionada à origem e desenvolvimento dessas tradições. Mesmo reconhecendo a importância do aspecto histórico que envolve a formação de cada tradição jurídica, a pesquisa objetiva identificar no que a compreensão destes dois grandes complexos (*civil law* e *common law*) contribui para o estudo da temática dos precedentes.

Cada tradição jurídica se desenvolveu a partir de cenários bem diferentes. A França (país que bem representa a tradição de *civil law*), após o período marcado pelo *Ancien Régime*, passou a conviver com uma nova ordem política e jurídica, que fosse capaz de eliminar a confiança nos juízes, figuras que até então estavam ao lado da monarquia e dos senhores feudais.

Essa desconfiança na magistratura francesa se justificava, afinal no “antigo regime” os membros do Judiciário francês constituíam uma classe aristocrática, que além de não procurar qualquer compromisso com os valores da liberdade, igualdade e fraternidade, ainda mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal. Os juízes pré-revolucionários eram vistos como propriedades, eis que seus cargos eram comprados e herdados. Com isso, a atuação da magistratura reduzia-se a manter o *status quo* (ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 25).

Com a Revolução Francesa, a busca pela garantia da liberdade dos cidadãos passou a ser um objetivo claro. Para alcançar esse desiderato, o juiz foi submetido ao parlamento, através do dogma da supremacia da lei como forma de eliminar os desmandos do antigo regime. O princípio da legalidade era o fundamento para a imposição do Estado liberal.

O direito foi reduzido à lei e o executivo e o Judiciário assumiram posições de subordinação ao parlamento. O poder dos juízes estava limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo. O juiz era apenas a “bouche de la loi” (“a boca da lei”), como definiu Montesquieu. Imaginava-se que a impossibilidade do juiz interpretar a lei era sinônimo de certeza jurídica. A lei, dotada de plenitude e abstração, era bastante e suficiente para que o juiz pudesse solucionar os conflitos. A mera observação e descrição da norma (técnica da subsunção) constitui o ponto caracterizador do positivismo jurídico e, portanto, representa o “berço” do *civil Law*.

Por outras palavras, os processualistas que definiram essa ideia de jurisdição estavam sob a influência ideológica do modelo do Estado Liberal de Direito e, por isso, submetidos aos valores da igualdade formal, da liberdade individual mediante a não interferência do Estado nas relações privadas e do princípio da estrita separação dos poderes como mecanismo de subordinação do executivo e Judiciário à lei.

O cenário na Inglaterra (país que bem representa o *common law*) porém é diferente, pois a origem desta cultura jurídica advém de regras não escritas. O desenvolvimento do *common law* em terras inglesas acontece de forma contínua e gradual, estando o juiz a desempenhar um papel importante, ao lado do Parlamento, na luta contra os arbítrios da monarquia.

Acerca disso, René David explica:

O jurista inglês – que subestima a continuidade dos direitos continentais, convencido de que a codificação provocou uma ruptura com a tradição destes direitos – gosta de valorizar a continuidade histórica do seu direito; este surge-lhe como sendo produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução; orgulha-se desta circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova da grande sabedoria da *common Law*, das suas faculdades de adaptação, do seu permanente valor, e de qualidades correspondentes nos juristas e no povo inglês. (DAVID, 2002, p. 355).

Como se nota, a atividade do julgador em cada tradição assume funções bem diferentes. Enquanto no *civil law* o juiz apenas descreve os termos da lei, no *common law* ele não só a interpreta, como extrai direitos e obrigações.

Em outra análise, percebemos que o *civil law* busca a segurança jurídica no texto da lei, em face da desconfiança do juiz nutrida no período pré-revolucionário. Temia-se que o juiz assumisse o papel de legislador “disfarçadamente”, pelo que os franceses procuraram a todo custo impedir a atividade interpretativa judicial na

aplicação do direito. A lei procurava ser, tanto quanto possível, clara, completa, coerente e genérica.

O *common law*, por sua vez, busca a segurança no precedente (*stare decisis*²), com a consciência de que nenhum código eliminaria a possibilidade de o juiz interpretar a lei. A rigor, uma das maiores diferenças existentes entre o *civil law* e o *common law* está justamente na importância que um e outro conferem à lei e ao precedente judicial como fonte do direito.

A doutrina clássica do *civil law* observa a lei como fonte primária do direito e entendia que a jurisprudência não constituía fonte de direito (DAVID, 2002, p. 16). O direito inglês, ao contrário, é essencialmente jurisprudencial (“case law”); suas regras são, fundamentalmente, as que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores (DAVID, 2002, p. 408-409).

Tudo isso se percebe, pois na Inglaterra o Legislativo não se opôs ao Judiciário, chegando, na realidade, a com ele se confundir. O juiz era visto como um aliado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades dos cidadãos (ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 27).

Nesse contexto, na Inglaterra, diferentemente do que ocorreu na França, não existiu o clima de desconfiança do Judiciário, o que fez com que não houvesse a necessidade de criar e impor o dogma da aplicação estrita da lei. A Revolução Gloriosa de 1688, correspondente inglesa da Revolução Francesa, jamais teve a pretensão de criar um novo direito, de anular os poderes dos juízes e subjugá-los ao Legislativo. Pelo contrário, instituiu uma ordem em que os poderes do monarca estavam limitados pelos direitos e liberdades do povo inglês, o que sem dúvida facilitou o desenvolvimento do *common law* e, a partir dele, o controle da legitimidade dos atos estatais (MARINONI, 2010c, p. 48).

2.2 A TENDÊNCIA EVOLUTIVA DE CONVERGÊNCIA DAS DUAS TRADIÇÕES JURÍDICAS

Ocorre que tais diferenças apontadas resumidamente acima provocaram o dogma (mito) da incomunicabilidade entre as tradições do *civil law* e *common law* e mais especificamente a incompatibilidade do *stare decisis* com o *civil law*.

²A expressão “stare decisis” é uma redução da frase latina “stare decisis et non quieta movere”, que pode ser traduzido por “manter como foi decidido e não mexer no que está quieto”.

A norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento, típica do direito da Revolução Francesa, não sobreviveu aos acontecimentos históricos (MARINONI, 2010c, p. 67). Com o passar do tempo, a lei, antes considerada suficiente para a resolução dos conflitos, não mais atendia aos anseios sociais, pois desconsiderava as desigualdades, o avanço cultural e tecnológico, bem como as necessidades do caso concreto e o pluralismo das questões sociais (surgimento dos grupos de “pressão”: sindicatos, associações, etc.).

Ocorre, portanto, a dissolução da lei coerente e abstrata, tal como sonhado pelo positivismo clássico, que tinha como premissa a existência de uma sociedade de homens “livres e iguais”.

Essa nova realidade implicou em uma nova concepção de direito e a transformação do princípio da legalidade, que passou a agregar um conteúdo substancial. A Constituição assume plena eficácia normativa, rompendo com a ideia de supremacia da lei. Passamos a perceber a necessidade de atribuição de sentido ao caso concreto e a exigência de uma concepção crítica da lei, que deve necessariamente se conformar às circunstâncias da causa, do direito material e, sobretudo, aos valores da Constituição, especialmente os direitos fundamentais e os princípios constitucionais de justiça.

Assim é que, principalmente a partir da segunda metade do século XX, a metodologia jurídica sofreu significativas transformações, com implicações na concepção de Direito e na maneira de compreender e aplicar o direito processual civil.

Algumas características do pensamento jurídico contemporâneo podem ser destacadas, como bem sintetiza Fredie Didier Junior (2010, p. 258-259): i) Reconhecimento da *força normativa da Constituição* e de que vivemos em um Estado Constitucional e não mais Legislativo (MITIDIERO, 2007); ii) Importância da *teoria dos princípios*, os quais são normas jurídicas com eficácia imediata; iii) Inegável mutação da *hermenêutica jurídica* e o reconhecimento da função criativa e normativa da atividade jurisdicional (CAPPELLETTI, 1993); iv) Valorização da *teoria dos direitos fundamentais*, os quais devem ser interpretados de modo a dar-lhes o máximo de eficácia (COSTA, 2010).

A união destas principais características marca o que a doutrina chama de *neoconstitucionalismo*³, cujo conteúdo traz de forma indissociável a conclusão que vivemos atualmente uma nova fase metodológica da ciência processual, com a releitura das principais categorias do direito processual (MARINONI, 2008). Daí a doutrina falar em uma *quarta* fase da evolução da ciência processual (após o sincretismo, o conceitualismo e o instrumentalismo), a qual se dá o nome de neoprocessualismo (CAMBI, 2006; BARROSO, 2005)⁴, cujo enfoque é a tutela constitucional do processo e a jurisdição a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (MARINONI, 2009).

Dentro desse contexto, antigos dogmas devem ser quebrados. É preciso deixar claro, por exemplo, que o juiz da atualidade não é mais servo do Legislativo; hoje, sob o influxo do neoconstitucionalismo, o seu papel é tão criativo quanto o do seu colega do *common law*.

Aliás, o reforço do papel criativo do juiz, ajuda a quebrar outro dogma: a suposta incomunicabilidade entre as tradições do *civil law* e *common law*. A respeito da aproximação das duas tradições, Mauro Cappelletti já dizia o seguinte:

Apresso-me em advertir não constituir propósito das páginas que seguem sugerir, inteiramente, a existência de um profundo fosso entre as maiores famílias jurídicas do mundo contemporâneo. Tal fosso, se acaso existiu, vem sendo superado pelo menos em parte, como de resto confirmado pelo próprio fato, repetidamente observado, de que, em linha de princípio, os resultados deste estudo – sobre a inevitável criatividade da função judiciária, a crescente e aumentada necessidade e a intensificação de tal criatividade em nossa época etc. – aplicam-se a ambas famílias jurídicas. (CAPPELLETTI, 1993, p. 116).⁵

³Já podemos verificar considerável literatura no Brasil a respeito desta nova fase (também denominada por alguns como *pós-positivismo*, ou, ainda, *neopositivismo*). Como exemplo, ver os estudos de Daniel Sarmiento (2009) e Luís Roberto Barroso (2005).

⁴Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2009) aborda esta nova fase sob a perspectiva de um *formalismo-valorativo*, tese que tem como escopo inicial o trabalho de doutorado desenvolvido pelo processualista da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Dierle Nunes (2012), por sua vez, expoente da escola mineira de processo, fala em um *processualismo constitucional democrático (neoinstitucionalismo)*, cuja característica principal é a busca pela democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudossocialização processual (neoliberalismo processual) e da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, ao partir do necessário aspecto participativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões. Para um estudo mais detalhado das escolas de processo existentes no Brasil e as fases metodológicas do processo, ver a obra de Marco Félix Jobim (2011).

⁵Ainda sobre a aproximação das duas tradições e os vários pontos de convergência dos sistemas, cf. Luiz Guilherme Marinoni (2010c); Gerald Postema (1987); Paulo Henrique Dias Drummond e Priscila Soares Crocetti (2010); René David (2002).

A partir destas premissas teóricas e considerando o dever estatal de garantir acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988; WATANABE, 1988) sob uma perspectiva ampla⁶, é que verificamos a tendência de convergência das duas tradições jurídicas.

É necessário destacar que a impossibilidade de o juiz interpretar a lei não é sinônimo de certeza jurídica, tal como imaginava, utopicamente, a tradição do *civil law*. Não há mais espaço para compreender a jurisdição apenas como mera dicção da letra da lei. A realidade atual de que o juiz interpreta a lei exige que a segurança e a previsibilidade dos cidadãos sejam buscadas em outro lugar, no caso, precisamente, no *stare decisis* (MARINONI, 2010a, p. 558).

De um modo geral, percebemos que a doutrina contrária à adoção do *stare decisis*, nos países do *civil law*, criou três mitos, visando demonstrar sua incompatibilidade com o sistema, quais sejam: a) o *common law* não existe sem o *stare decisis*; b) o juiz do *common law*, por criar o direito, realiza uma função absolutamente diversa da do seu colega do *civil law*; e c) o *stare decisis* é incompatível com o *civil law* (ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 38).

Inicialmente, é preciso dizer que *common law* e *stare decisis* não se confundem, este último é apenas um dos elementos do primeiro. A formação do *common law* se iniciou em 1066 com a conquista normanda, enquanto que o *stare decisis* somente fora estabelecido na segunda metade do século XIX. Ademais, o *common law* funcionou muito bem, por vários séculos, como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi* (ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 38).

Também não se sustenta a ideia que vincula o *stare decisis* à criação judicial do direito e, por conta disso, conclui por sua incompatibilidade no *civil law*. Primeiro, porque, como já visto, atualmente, nos países de tradição romano-germânica, é dominante o pensamento de que o juiz não apenas declara um texto de lei, mas o interpreta, atribui um sentido a partir das circunstâncias do caso concreto. Segundo, porque, durante bastante tempo, na Inglaterra, conviveram harmonicamente o *stare decisis* e a chamada teoria declaratória (ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 39).

⁶Gisele Góes (2009, p. 863) resume com precisão, em um tripé conceitual, esta nova forma de pensar a jurisdição e o acesso à justiça: “certificar a existência do direito – realizar, satisfazendo o direito afirmado – e caso não haja imediata satisfação pela natureza mandamental que o provimento deve encerrar, deverá o Poder Judiciário assegurar a satisfação pelos meios coercitivos mais apropriados, sopesando a cada caso concreto via postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (Dworkin, Alexy e Ávila)” (grifo nosso).

Por fim, também deve ser superado o mito de que o *stare decisis* é incompatível com os sistemas em que a lei se apresente como fonte primária do direito (*civil law*). Primeiro, porque existem países de *common law*, como os Estados Unidos da América, em que a quantidade de leis é tão intensa como em países de *civil law*. Segundo, porque a Inglaterra, há algum tempo, vem implementando sua legislação, como por exemplo o Código de Processo Civil que já tem mais de dez anos, sem que para isso tenha defendido o fim do *stare decisis*. Terceiro, porque os países do *civil law* têm cada vez mais adotado a técnica de verticalização das decisões judiciais através dos precedentes vinculantes, sobretudo pelas cortes constitucionais (ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 39).

Assim, diante de todo o impacto provocado pelo constitucionalismo e a consequente eliminação dos dogmas da supremacia da lei e do juiz como aplicador mecânico do Legislativo, é preciso reconhecer a jurisprudência como fonte do direito (TUCCI, 2004; SIFUENTES, 2005) e rechaçar a suposta incomunicabilidade entre as tradições do *civil law* e *civil law* e mais especificamente entre o *civil law* e o *stare decisis*. “Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil Law*” (MARINONI, 2010c, p. 72).

3 O PRECEDENTE JUDICIAL NO SISTEMA BRASILEIRO

3.1 OS MODELOS CLÁSSICOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O HIBRIDISMO ENCONTRADO NO BRASIL (SISTEMA PLURAL DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE)

Em razão do objeto do trabalho, a expressão jurisdição constitucional é utilizada aqui em sentido estrito, ou seja, apenas no tocante ao controle de constitucionalidade das leis e à proteção dos direitos fundamentais.

Feita essa observação, verificamos que os modelos com que os países realizam a jurisdição constitucional variam de acordo com inúmeros fatores, como, por exemplo, a estabilidade da Constituição, as condições históricas, políticas e sociais, o modelo de Estado, etc. De toda maneira, é fato que dois modelos clássicos exerceram forte influência ao longo da história, quais sejam: o modelo americano da *judicial review* e o europeu-kelseniano.

O primeiro modelo do *judicial review* caracteriza-se pela “faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais” (SILVA, 2001, p. 49). Por outras palavras, o exercício da jurisdição constitucional é confiado a todo aparelho jurisdicional, não existindo processos específicos para tratar das questões acerca da constitucionalidade. Como as decisões proferidas possuem efeito apenas *inter partes*, o modelo americano dispõe do *stare decisis* como mecanismo de uniformização das decisões constitucionais.

No modelo europeu, por sua vez, tal como concebido originalmente por Kelsen, o exercício da jurisdição constitucional é confiado exclusivamente a um tribunal que não faz parte do Poder Judiciário. Existe um monopólio do contencioso constitucional, o que significa que os juízes ordinários não podem conhecer do contencioso reservado à Corte Constitucional, cujas declarações produzem efeito *erga omnes* (FAVOREU, 2004, p. 28; 32).

Os dois modelos sucintamente apresentados são considerados pela doutrina como modelos clássicos de justiça constitucional. Porém, com o passar do tempo tais modelos circularam entre os países, provocando aproximações.

Pegoraro (2004, p. 42-43) e Segado (2004, p. 93) observam que, após a Segunda Guerra, ocorre uma hibridação dos modelos do *judicial review* e da *verfassungsgerichtbarkeit*, mediante a inclusão da difusão do controle por meio de processo incidental e com a instituição de um tribunal que concentra as decisões de eficácia *erga omnes* nas sentenças. Fala-se, assim, em um *tertium genus*.

Com efeito, segundo Fernández Segado (2004, p. 09), a diferenciação existente de maneira paradigmática e histórica entre o modelo americano e europeu perdeu muito de sua capacidade analítica, não sendo mais suficiente para explicar todas as formas de jurisdição constitucional praticadas em parte da Europa e na América Latina.

O sistema brasileiro é um espelho desse hibridismo. Há controle de constitucionalidade difuso, de inspiração no *judicial review* estadunidense, e controle concentrado, de inspiração no modelo austríaco.

Uma das características marcantes do sistema brasileiro consiste no fato do juiz controlar a constitucionalidade da lei e ter em suas mãos a possibilidade de utilizar as técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto e, ainda, suprir a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. Diferentemente do que acontece em grande parte da Europa, onde o controle de constitucionalidade não é deferido à “magistratura ordinária”, todo e qualquer juiz nacional tem o poder-dever de exercer o controle de constitucionalidade nos casos concretos (MARINONI, 2010c, p. 73-74).

De fato, não há como se dar força normativa à Constituição sem um controle de constitucionalidade; ainda mais no caso do Brasil, onde não existe o monopólio da declaração de inconstitucionalidade. Isso quer dizer, nosso país é um sistema *plural*, cuja característica fundamental é a concorrência no exercício do controle de constitucionalidade, ou seja, vários órgãos judiciais podem apresentar argumentos a favor ou contra a constitucionalidade das leis.⁷

Sem dúvida, essa característica do direito nacional acaba por aproximar bastante as duas tradições de *civil law* e *common law*.⁸ Particularmente no Brasil, a convergência das duas grandes tradições jurídicas ocidentais pode ser percebida

⁷A noção de sistema plural é fruto dos estudos de Lucio Pegoraro (2004, p. 25-130; 145-168). Para uma análise das atuais características do controle de constitucionalidade no Brasil e a compreensão de que o sistema brasileiro se caracteriza como um sistema plural, cf. Antonio Maués (2010).

⁸Aliás, como se sabe, não é apenas no direito que existe esta tendência nacional para a mistura, mestiçagem e hibridismo. Sobre a origem histórica da formação da cultura brasileira, indispensável a leitura de Sérgio Buarque de Holanda (2010).

através da tendência de uniformização da jurisprudência e verticalização das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.⁹

Partindo-se da premissa de que os Tribunais Constitucionais realmente criam direito¹⁰¹¹, não há como pensar na sobrevivência de um sistema plural de constitucionalidade onde os Tribunais Regionais e os Tribunais de Justiça não respeitam os precedentes do STF. Admitir o contrário é não compreender o verdadeiro papel do STF como Corte Constitucional em uma *visão retrospectiva e prospectiva dos conflitos* (GÓES, 2010, p. 305), que não se confunde com a concepção estrita de Tribunal *ad hoc* (característica principal do modelo de justiça constitucional concebido por Kelsen, em que o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é exercido por um tribunal que não pertence ao Poder Judiciário, excluindo dessa atribuição o juiz ordinário).

O respeito e a credibilidade do Supremo Tribunal Federal e, por consequência, do Poder Judiciário passam por um sistema de precedentes obrigatórios, nos moldes do *stare decisis* norte-americano. O sistema plural de controle de constitucionalidade presente em nosso país exige que as decisões do STF vinculem o próprio Tribunal (dimensão horizontal) e os demais juízes (dimensão vertical).

Aliás, basta ler a redação do art. 102 (missão do STF de guarda da Constituição) e do art. 102, I, alínea “I” (previsão da reclamação constitucional) para perceber que o constituinte ampara esta tese (sistema de precedentes). E isso também vale para os precedentes proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, afinal a esta Corte cabe a última palavra acerca da interpretação da lei federal no país.

Seguindo nessa linha de raciocínio, importa ainda fazer referência à mudança que tem sofrido, atualmente, o sistema de controle de constitucionalidade

⁹ São exemplos disso: i. A chamada “objetivação” do recurso extraordinário; ii. Criação da súmula vinculante - CF, art. 103-A; iii. Repercussão geral do recurso extraordinário - CF, art. 102, § 3º; iv. Julgamento dos recursos especiais repetitivos - CPC, art. 543-C-; v. Aumento do poder dos relatores - CPC, art. 557-; vi. Julgamento liminar de improcedência - CPC, art. 285-A.

¹⁰ Como diz Segado (2004, p. 87-88): “*La gran novedad del último medio siglo reside en la progresivamente mayor asunción por los tribunales constitucionales de funciones que, desbordando los estrictos límites del ‘legislador negativo’, caen de lleno en El ámbito de las funciones creadoras de derecho propias de un legislador positivo*”.

¹¹ O presente trabalho não se propõe a aprofundar a discussão se os juízes criam ou não direito. Ver a esse respeito o debate travado entre Hebert Hart (1996), que afirmava o papel criativo da jurisdição, e Ronald Dworkin (1978), que o negava.

das leis no direito de nosso país¹², notadamente em função da chamada “objetivação” do recurso extraordinário¹³, que, muito embora instrumento de controle difuso de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao controle abstrato.

A “objetivação” do recurso extraordinário, ao lado de outros expedientes (ex: criação da súmula vinculante - CF, art. 103-A -; repercussão geral do recurso extraordinário - CF, art. 102, § 3º -; julgamento dos recursos especiais repetitivos - CPC, art. 543-C-; aumento do poder dos relatores - CPC, art. 557-; julgamento liminar de improcedência - CPC, art. 285-A), demonstra, claramente, a tendência de uniformização da jurisprudência e verticalização das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro¹⁴.

Ora, se é certo que o juiz brasileiro tem o poder-dever de controlar a constitucionalidade da lei, deixando de ser simplesmente a *bouche da la loi*, o sistema de precedentes se revela de grande importância a fim de conferir segurança às partes e permitir que o advogado tenha condições de orientar seus clientes sobre como os tribunais estão decidindo determinada situação concreta.

Nesse sentido, diz Marinoni:

Quando o controle de constitucionalidade é deferido ao Supremo Tribunal e à magistratura ordinária, a necessidade de um sistema de precedentes é ainda mais evidente, já que não está em jogo apenas a unificação da interpretação do direito infraconstitucional, mas também a própria afirmação judicial do significado da Constituição. (MARINONI, 2010c, p. 74).

Ademais, muito importante a observação feita por Lucas Cavalcanti da Silva:

¹²Cf., nesse sentido, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet Branco (2009); Luís Roberto Barroso (2009); Clémerson Merlin Cleve (1995); Gilmar Mendes (1998); Gilmar Mendes (2000); Mauro Cappelletti (1984); Gilmar Mendes (2004).

¹³O recurso extraordinário deixou de ser visto, em alguns casos (decisões tomadas pelo Pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade), como um mero recurso de interesse subjetivo das partes do processo. Daí falar em “objetivação” do recurso extraordinário, ou seja, o exame da constitucionalidade é feito *em tese* (de forma abstrata) --- apesar do RE se tratar de um controle difuso ---, extrapolando a ideia de processo subjetivo (efeitos apenas inter-partes) e passando a *vincular* o Tribunal em outras oportunidades. O recurso extraordinário resgata, assim, a “missão jurídica” do STF e o (superfaturado) controle incidental de constitucionalidade e sua real contribuição para o sistema, fazendo com que o STF deixe de ser uma simples “Corte de Revisão” dos tribunais, estrangulada e abarrotada por ter de julgar processos repetitivos e com efeitos apenas entre as partes do litígio. Sobre o assunto, cf. Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha (2010).

¹⁴A respeito desta tendência, ver Fernando Scaff e Antonio Maués (2005); José Henrique Mouta Araújo (2013).

...encarar os precedentes do Supremo Tribunal Federal como de seguimento obrigatório em sede de controle difuso de constitucionalidade não torna imutável a jurisprudência ou insignificante a atuação do juiz de primeiro grau. Pelo contrário, além de curar a uniformidade do texto constitucional e a estabilidade das instituições, a teoria do 'stare decisis' privilegia os valores constitucionais da igualdade e da efetividade da jurisdição, além de oferecer à jurisprudência condições de contribuir para o desenvolvimento do Direito. (SILVA, 2010, p. 72).

Nesse contexto, é imprescindível, urgente e plenamente viável a adoção de um sistema precedencialista no Brasil¹⁵. A prática "lotérica" da jurisprudência brasileira é causa que contribui para o descrédito do Judiciário e de todos que nele atuam. Não é raro encontrar um jurisdicionado com a reclamação de que o seu caso X, similar ao caso Y de seu parente ou vizinho, foi decidido de maneira distinta.

A massificação da sociedade atual e, conseqüentemente, o surgimento de novos conflitos, potencializou essa instabilidade e insegurança. Daí dizer que não há mais como se manter indiferente diante da necessidade de um sistema de precedentes vinculativos.

Marinoni sintetiza bem a preocupação de sedimentar na cultura jurídica brasileira a compreensão, estudo e respeito aos precedentes quando diz:

Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, ainda não se vê reação concreta a esta situação da parte dos advogados brasileiros. A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do *civil law*, além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, perante uma das Turmas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta a proferida - em caso idêntico - pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei. (MARINONI, 2010a, p. 588).

Como se nota, a contribuição que pode ser dada pelo direito americano, mais especificamente pelo *stare decisis*, é enorme. Não admitir que o Brasil precisa se render a um sistema precedencialista¹⁶ é ignorar a realidade do neoconstitucionalismo e toda a transformação do *civil law*.

Portanto, há necessidade e viabilidade de precedentes obrigatórios no Brasil. E um dos fatores que comprovam isso é justamente a existência de um

¹⁵No item 3.4 deste trabalho iremos expor nossas preocupações e reservas a maneira que se tem compreendido o *stare decisis* no Brasil e sua forma de implementação.

¹⁶As expressões "sistema precedencialista", "sistema de precedentes" e "teoria dos precedentes" serão utilizadas no trabalho para designar o conjunto de doutrinas que tratam sobre a forma de se operacionalizar e interpretar o trabalho com precedentes judiciais.

sistema plural de controle de constitucionalidade e a utilização das técnicas de interpretação conforme e de declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

3.2 AS CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS E OS PRECEDENTES

A expansão das chamadas cláusulas gerais processuais também é uma das principais características desta nova função da atividade jurisdicional, onde está presente a ideia de jurisdição constitucional, neoconstitucionalismo e supremacia dos direitos fundamentais.

A técnica das cláusulas gerais contrapõe-se à técnica casuística (ENGISCH, 1996, p. 228-229). Como diz Karl Engisch (1996, p. 229), “havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.

A rigor, “o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma conseqüência jurídica” (ENGISCH, 1996, p. 233).

Embora possam ser encontradas outras definições de cláusulas gerais¹⁷, optamos por esta de Engisch (1996), pois seu conteúdo revela a grande abertura desta espécie de texto normativo.

Especificamente no Direito processual civil brasileiro, é possível encontrar vários exemplos de cláusulas gerais, tais como: o princípio do devido processo legal; o art. 461, do CPC, que permite a construção da técnica processual adequada à natureza da tutela específica; o art. 620, do CPC, que traz o poder geral de cautela; o art. 14, II, do CPC (boa-fé processual); art. 273 (antecipação de tutela); dentre outros.¹⁸

¹⁷Judith Martins Costa (2000), por exemplo, define as cláusulas gerais como sendo “as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativo hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressivos legislativamente, de Standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamentos, deveres de conduta não previstos legislativamente”. Fredie Didier Junior (2011, p. 36), por sua vez, conceitua da seguinte forma: “cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa”.

¹⁸As cláusulas gerais estão presentes também no Código Civil (exemplo: art. 478, que trata da onerosidade excessiva; art. 157, que cuida do instituto da lesão) e Código de Defesa do Consumidor (art. 37, que trata da publicidade enganosa).

Esta técnica de redação de enunciado normativo atribui maior poder ao juiz para criar a justiça do caso concreto e rompe com o tradicional modelo de tipicidade estrita das formas processuais que vigorava à época do Estado liberal clássico. Sua utilização decorre da ideia de que o legislador não pode antever todas as reais e verdadeiras necessidades de direito material, pois estas constantemente se transformam e assumem diferentes contornos conforme os casos concretos (MARINONI, 2010c, p. 86-87).

A presença das cláusulas gerais revela, ainda, um resgate da confiabilidade no Poder Judiciário, afinal este passa a ter um poder maior em suas mãos, diante da intencional vagueza semântica que caracteriza os termos deste tipo de texto normativo (exemplos: “quando julgar necessário”; “a critério do juiz”; “meio mais adequado”; etc.). Ao juiz é dada a possibilidade de realizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5, XXXV), observadas as circunstâncias do caso concreto e os princípios e valores vigentes na sociedade.

Daí dizer que as cláusulas gerais exigem *concretização* ao invés de *subsunção*. Isso não significa porém que as regras casuísticas devem desaparecer. Um sistema normativo apenas com cláusulas gerais geraria muita insegurança, ao passo que apenas formado por regras casuísticas desprezaria a complexidade da vida atual, sem dar margem para a aplicação de princípios jurídicos. Assim, a melhor saída sem dúvida é a harmonia de enunciados normativos de ambas as espécies; essa é uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos (DIDIER JUNIOR, 2011, p. 37).

A invasão de cláusulas gerais permite também outra reflexão, qual seja, a crítica ao modelo tradicional de ciência e de positivismo. Afinal, a ciência do século XIX pretende universalizar o seu objeto, que deve estar apto à verificação. Neste modelo, existe a pretensão de imutabilidade, seja sob a ótica do objeto, seja pela pretensa neutralidade do observador.

Todavia, como sabemos, isso não é factível, afinal somos seres espaço-temporais, em constante transformação. Os objetos são mutáveis, subjetivos (segundo determinado parâmetro). As cláusulas gerais e sua intencional abertura semântica caminham no sentido oposto a racionalidade do século XIX, cujo resultado foi o dogmatismo.

Por outras palavras, o emprego das cláusulas gerais permite uma maior mobilidade do sistema normativo quanto à adaptação das dinâmicas relações

sociais, atendendo a correta ideia de que o direito é para o homem e não o homem para o Direito.

Como se observa, a realidade das cláusulas gerais, em virtude de reforçar o papel criativo do juiz, assim como o controle de constitucionalidade existente em nosso país, também contribui para a quebra do dogma da suposta incomunicabilidade entre as tradições do *civil law* e *common law*.

Desta maneira, a impossibilidade de o juiz interpretar a lei não é sinônimo de certeza jurídica, tal como imaginava, utopicamente, a tradição do *civil law*. A presença cada vez mais frequente das cláusulas gerais no sistema normativo é resultado desta nova concepção de jurisdição, não mais compreendida como mera dicção da letra da lei.

Porém, um alerta deve ser feito: Não podemos ignorar que esta proposital abertura textual das cláusulas gerais confere maior dose de discricionariedade ao magistrado. Com isso, algumas preocupações podem ser levantadas: Como realizar o controle jurisdicional neste caso? As cláusulas gerais geram insegurança? O aumento do poder discricionário do juiz através das cláusulas gerais é algo positivo para o avanço do direito no país? Estamos preparados para essa realidade? Devemos assumir os riscos e consequências?

Está colocada a tensão entre discricionariedade judicial¹⁹ (aqui representada pelas cláusulas gerais) e a necessidade de controle, segurança jurídica e previsibilidade dos pronunciamentos judiciais.

Existem várias reflexões que podem ser feitas de modo a eliminar ou reduzir o risco de decisões arbitrárias em decorrência da presença das cláusulas gerais e assim assegurar o respeito à segurança jurídica.²⁰ Aqui, porém, restringiremos

¹⁹A palavra *discricionariedade* é utilizada neste trabalho no sentido de demonstrar a carga de subjetividade envolvida no ato interpretativo das cláusulas gerais. Não é objeto desta pesquisa investigar toda a extensão e variáveis do conceito de discricionariedade. Como ressalta Karl Engisch (1996, p. 214), “o conceito de discricionariedade (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito. As dificuldades adquirem uma particular premência e um peso particular pelo facto de a teoria da discricionariedade se ter tornado ao mesmo tempo um ponto fulcral do Direito processual”.

²⁰O controle dos atos do juiz é, sem dúvida, uma preocupação constante em quem aborda o tema das cláusulas gerais. Ruy Alves Henriques Filho (2006, p. 170), por exemplo, aponta três estágios no modo de controlar a decisão pautada no uso das cláusulas gerais, quais sejam: “i) no primeiro deles, será permitido seu uso, em caso de legislação que contenha a abertura da norma; ii) no seguinte, sua utilização será supletiva em caso de situação na qual se detecte ausência de proteção (aplica-se o princípio da proibição de insuficiência à luz do direito material em debate) e inadequação do procedimento descrito em lei; iii) e, no último, deverá haver uma superfundamentação especial, embasada nos princípios constitucionais aplicáveis ao caso concreto (concreção fulcrada, principalmente, nos fatos trazidos pelas partes)”. Eduardo Cambi (2003, p.

nossa proposta em destacar que um sistema de precedentes tem muito a contribuir para o direito brasileiro, notadamente para a compatibilização da realidade atual das cláusulas gerais (e a sua carga de discricionariedade) e a necessidade de segurança jurídica e previsibilidade aos cidadãos em um Estado de Direito.

A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é bastante íntima. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil Law* do sistema do *common Law*. Esta relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé. Além disso, a cláusula geral funciona como *elemento de conexão*, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados (COSTA, 2000, não paginado).

Ora, se é certo que o juiz da atualidade se depara com cláusulas gerais, deixando de ser mero aplicador da lei, o sistema de precedentes se revela de grande importância a fim de conferir segurança às partes e permitir que o advogado tenha condições de orientar seus clientes sobre como os tribunais estão decidindo determinada situação concreta.

Desse modo, a profusão de cláusulas gerais também se apresenta como um dos principais fatores que comprovam a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.

Como diz Marinoni:

O sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta. (MARINONI, 2010c, p. 88).

112), por seu turno, explica: “Para o controle sadio, certamente lembraremos dos métodos de hermenêutica, valoração de princípios e regras jurídicas. A fundamentação estará no caminho correto quando: i) a solução encontrada puder se inserir na moldura do ordenamento jurídico; ii) a sua aplicação seja justificada por um processo anterior, com ampla oportunidade de participação dos juridicamente interessados, e com uma motivação considerada razoável para legitimá-la socialmente; iii) forem observados os valores dominantes no momento (histórico, ético, político, econômico, cultural, etc.) em que a decisão é tomada”. Marinoni (2013, p. 8) propõe que: “Esse controle pode ser feito a partir de duas sub-regras da proporcionalidade, isto é, das regras da adequação e da necessidade. A providência jurisdicional deve ser: i) adequada e ii) necessária. Adequada é a que, apesar de faticamente idônea à proteção do direito, não viola valores ou os direitos do réu. Necessária é a providência jurisdicional que, além de adequada, é faticamente efetiva para a tutela do direito material, e além disso, produz a menor restrição possível ao demandado; é, em outras palavras, a mais suave”.

As cláusulas gerais proporcionam um alcance geral pelo juiz para além do caso concreto, afinal a partir da reiteração dos casos e da reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados, se especificará não só o sentido da cláusula geral, mas a exata dimensão da sua normatividade. Nesse sentido, o juiz é, efetivamente, a *boca da lei* --- não porque reproduza, como um ventríloquo, o que diz o legislador --- mas porque atribui a sua voz à dicção legislativa tornando-a, em última análise, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance (COSTA, 2000).

Os precedentes surgem para tornar a voz do juiz vinculada, e não arbitrária. O magistrado ao preencher o conteúdo de uma cláusula geral deve fazê-lo de maneira adequada e fundamentada, e isso passa pelo exame do catálogo de precedentes e por uma visão integrativa e intersistemática, onde pode ocorrer a migração de conceitos e valores entre as normas infraconstitucionais e a Constituição (HENRIQUES FILHO, 2006, p. 158).

Essa potencial variabilidade do significado das cláusulas gerais permitem o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre os campos normativos, evitando a construção de paredes internas no sistema e os malefícios de uma inflação legislativa (HENRIQUES FILHO, 2006, p. 158).

O manejo dos precedentes no trato da aplicação das cláusulas gerais é, pois, uma importante ferramenta de controle dos atos do juiz. O preenchimento da abertura do texto legislativo deve acontecer em consonância com a cadeia de julgados anteriores, sob pena de resvalarmos no temido subjetivismo desvinculado de uma pauta racional e lógica de argumentação jurídica.

A busca pela coerência dos julgados e pela unidade do Direito serve de limite ao magistrado que se depara com uma cláusula geral. Sabemos que nosso país, fortemente influenciado pela tradição clássica do *civil law*, ainda sofre com a patologia do individualismo de alguns juízes, que consideram que devotar respeito às decisões passadas é algo que malfeire o seu livre convencimento e liberdade de julgar.

A falta de um aprofundamento maior no estudo das técnicas de interpretação e aplicação do precedente provoca este mal entendido. Respeitar os precedentes nada mais é do que procurar manter a coerência do ordenamento e zelar pela respeitabilidade e credibilidade do Poder Judiciário. Daí porque é necessário afirmar que a tarefa hermenêutica de concretização da norma processual aberta deve se dar

de maneira justificada e com a premissa que “o juiz ou tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado” (MARINONI, 2010c, p. 65).

Assim, os precedentes funcionam como controle e limite diante da abertura semântica inerente às cláusulas gerais.

3.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES

Já se observou que a realidade do neoconstitucionalismo e a presença da técnica das cláusulas gerais provocaram uma mudança nas concepções de direito e jurisdição. São fatores que reforçam a importância e urgência de uma teoria de precedentes no Brasil, que serviria como freio ao risco do subjetivismo pernicioso das decisões judiciais, afinal a compreensão da lei a partir da Constituição exorta a necessidade de uma pauta de justificação racional e lógica por ocasião da prestação jurisdicional a fim de conferir-lhe legitimidade.

Ao lado das cláusulas processuais abertas e da particularidade de nosso controle de constitucionalidade, muitos outros argumentos poderiam ser invocados para justificar que o sistema brasileiro necessita da força dos precedentes.

Como exemplo, poderíamos citar rapidamente: i. Respeito à segurança jurídica, porque os precedentes garantem a estabilidade e previsibilidade do sistema e, por consequência, protegem e justificam a confiança da população na ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente (MARINONI, 2010c; POLICHUK, 2010); ii. Contribuição à “razoável duração do processo”, pois, de um lado, possibilita a redução de processos com demandas repetitivas e, de outro, serve como um desestímulo à litigância desenfreada; iii. Favorecimento de acordos; iv. Racionalização do duplo grau de jurisdição; v. Economia de despesas (MARINONI, 2010c).

É claro que todas as circunstâncias referidas acima devam ser consideradas como razões para seguir precedentes, porém entendemos que o princípio constitucional da igualdade representa o critério de justiça que melhor justifica a interpretação e aplicação dos precedentes em nosso país.²¹

²¹O trabalho não se propõe a expor por completo o princípio da igualdade e todas as suas características e variantes. Desejamos apenas realçar o referido princípio em um de seus vários aspectos, qual seja o da igualdade perante a interpretação da lei.

Fala-se em igualdade, porque hoje não se pode mais imaginar apenas o sentido de igualdade *no* processo e *ao* processo. Também se faz necessária a igualdade diante das decisões judiciais. Ou seja, não basta a igualdade perante a lei, também se faz necessária a igualdade perante a interpretação da lei (MARINONI, 2010b), ou, nas palavras de Antonio Maués (2008), igualdade na aplicação judicial do direito.

A exigência constitucional do respeito à igualdade extrapola, pois, a noção de aspectos internos do processo, onde a preocupação restringe-se ao tratamento igualitário dado às partes e a possibilidade que estas possuem de litigar em “igualdade de armas” e influir no convencimento do julgador – esta seria a dimensão de igualdade *no* processo de que fala Marinoni (2010b). Da mesma forma, o princípio não pode se resumir a ideia de garantia de igualdade de acesso à jurisdição e(ou) procedimentos e técnicas processuais, em que pese a importância disso para o ordenamento democrático e àqueles menos favorecidos economicamente, juridicamente, etc. – dimensão de igualdade *ao* processo (MARINONI, 2010b, p. 142-143).

Desse modo, resta evidente, a partir de uma perspectiva constitucional, que o princípio da igualdade não vincula apenas o legislador no momento da elaboração da lei, mas também o juiz quando da aplicação desta, obrigando-o a cumprir a máxima inspiradora do *stare decisis* de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).

Antonio Maués (2008, p. 94) explica que o cumprimento do dever acima exige do juiz um duplo papel: a) não discriminar as situações iguais, aplicando os precedentes, e; b) discriminar as situações desiguais, deixando de aplicar os precedentes. A falha em cumprir com a primeira obrigação gera a violação de um direito a tratamento igual, já que não deveriam ser consideradas as diferenças entre os sujeitos. Por outro lado, o descumprimento da segunda obrigação acarreta a violação de um direito a tratamento desigual, na medida em que as diferenças deveriam ser consideradas.

Não é por acaso que o direito à igualdade na aplicação judicial do direito reforça a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, haja vista que o juiz deve se esforçar em apresentar como *ratio decidendi* o juízo de igualdade que conduziu sua decisão no caso, permitindo o necessário controle de sua atividade e a

identificação dos critérios que porventura identifiquem esta decisão como precedente (MAUÉS, 2008, p. 95).

É de se notar, portanto, que o desenvolvimento da atividade interpretativa ínsita no trato com os precedentes se afasta da crítica formulada por Arthur Kaufmann (2004, p. 180) do computador como juiz “em que se manusearia o princípio da igualdade de forma totalmente mecânica, não tomando minimamente em consideração a situação histórica concreta e a individualidade, uma caricatura da justiça cega ‘que abstraria da pessoa’, um direito a-histórico e impessoal”.

Assim, a igualdade na aplicação do direito representa um direito político fundamental, ao passo que as interpretações formuladas em um precedente são estendidas a todos da comunidade, privilegiando a manutenção da integridade com base nos princípios constitucionais vigentes. Consequentemente, os precedentes judiciais têm o condão de garantir que as obrigações jurídicas sejam suportadas por todos os cidadãos que compõem a comunidade fraternal (MAGALHÃES, 2011, p. 130).

3.4 STARE DECISIS NO BRASIL?

Diante de todo o cenário já exposto neste trabalho, poderíamos perguntar: Afinal, é correto afirmar que existe *stare decisis* no Brasil? É possível transpor as considerações acerca do precedente do *common law* e encarar como algo viável em nosso país? Como fica o aspecto da participação do intérprete na compreensão de seu próprio ordenamento?

Por outras palavras, queremos chamar a atenção para o fato de que, apesar da tendência evolutiva de convergência das tradições jurídicas e dos argumentos já vistos que reforçam a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, é indispensável fazer as devidas adequações e apontamentos críticos ao que vivemos hodiernamente na prática jurídica brasileira.

Apesar dos já citados mecanismos existentes na legislação brasileira que visam a valorização da jurisprudência é inegável que ainda não temos em nosso país um sistema de precedentes no sentido de que fala a *common law*.

Já verificamos que os precedentes são urgentes e necessários em nosso ordenamento, sendo o princípio da igualdade a principal justificativa, a partir de uma perspectiva constitucional, para o seu estudo e aplicação na prática judiciária.

Todavia, não podemos achar que o fenômeno da convergência das duas tradições jurídicas (*civil law* e *common law*), tampouco que o sistema do *stare decisis* deve ser implementado em nossa realidade de forma automática/mecânica ou que seja instituído mediante via legislativa.²²

Não é verdade que toda decisão judicial é um precedente. Se todo precedente é uma decisão, nem toda decisão constitui um precedente. Apenas podemos falar em precedente quando a decisão além de apresentar a aptidão para ser seguida por outros tribunais e juízes, assim o é efetivamente (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 42).

Ou seja, existe uma diferença qualitativa, que sempre exsurdirá a partir da *applicatio*²³. Assim como não existe uma questão de fato e uma questão de direito, também não se pode falar de um precedente sem possibilidade de capilarização sistêmica (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 43). Como diz Streck, “não pode haver respostas (corretas, ao menos) antes das perguntas e as perguntas são propostas pelo caso. Pronto! E os casos são irritantemente diferentes”. (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 13, 2012).

A conclusão de que o direito brasileiro ainda não possui *stare decisis*²⁴ está intimamente relacionada ao paradigma liberal-individualista que permanece ainda

²²“Ademais, nem mesmo se fosse criada uma Emenda Constitucional que alterasse nosso texto constitucional a fim de determinar que a partir de então, passaria a vigorar no Brasil o sistema do *stare decisis*, nem mesmo assim, ficaria possibilitada a funcionalização da doutrina de precedentes, porque tal sistema é fruto de tradição histórica, oriunda das particularidades históricas, sociais, filosóficas e jurídicas das comunidades do *common law*, cuja imposição e transposição não pode ser feito de um dia para o outro, em decorrência da vinculação determinada por via legislativa” (ABBOUD, 2012, p. 527).

²³Nesse sentido: “Toda análise sobre precedente judicial não pode perder de vista que ele não constitui decisão piloto apta a solucionar diversos casos paradigmas. Ou seja, o Tribunal Superior ao julgar um *leading case* não pode determinar que ele tenha valor de precedente judicial, somente se, historicamente, ele for utilizado na argumentação das partes e na fundamentação de novas decisões judiciais é que ele começará a ganhar o *status* de precedente. Destarte, ontologicamente, o precedente constitui decisão judicial proferida para solucionar caso concreto, ele nunca pode pretender nascer desde sempre como precedente. Assim, a aptidão dele para constituir critério normativo apto a solucionar novos casos, dependerá, inevitavelmente, do processo histórico referente a sua futura aplicação” (ABBOUD, 2012, p. 514).

²⁴Cumprе ressaltar que se costuma diferenciar a “doutrina dos precedentes” e a estrita doutrina do *stare decisis*, que apenas surgiu no século XIX, quando a apreciação de um determinado caso passou a ser vista como obrigatória em um posterior caso semelhante. A doutrina do *stare decisis* origina-se da doutrina dos precedentes, contudo, ela tinha como objetivo uma melhor sistematização do que é a *holding* e a *dictum*. A doutrina dos precedentes estava mais vinculada ao costume dos juízes e a uma linha de julgados em vez de apenas uma única decisão que poderia ter efeito vinculante conforme admite o *stare decisis*. Tal diferenciação não deve ser deixada de lado, pois mostra que a *common law* sempre se estruturou levando em consideração a história e a tradição da comunidade em que se formava (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 41). Isso evidencia que “...a mecânica dos sistemas de precedente é diferente em relação a nossa técnica de utilização da solução paradigma para processos repetitivos. A utilização do paradigma para solucionar o caso

vigente em nossa cultura jurídica. Não é preciso muito esforço para se perceber que o ensino jurídico nacional na maioria das vezes ainda busca a construção de *standards* e lugares comuns que visam “simplificar” o direito. A dogmática jurídica trabalhada nas salas de aula (e reproduzida em boa parte dos manuais e compêndios) considera o Direito como sendo uma mera racionalidade instrumental. Em termos metodológicos, predomina o dedutivismo, a partir da reprodução inconsciente da metafísica relação sujeito-objeto.²⁵

Diante desse quadro acima descrito, o Brasil pouco avançou na interpretação dos precedentes. A história brasileira mostra que a valorização da jurisprudência e a edição de súmulas foram compreendidas como se fossem leis, mecanismos para facilitar a resolução de casos fáceis repetidos.

Dito de outra maneira, os dispositivos de uniformização de jurisprudência, bem como as súmulas foram pensados como enunciados de caráter abstrato, geral e universalizante, afastando-se daquilo que é essencial quando se fala em precedentes, a identificação da *ratio decidendi* e a adequada interpretação e manejo de suas técnicas de distinção (*distinguishing*) e revogação (*overruling*), com vistas a salvaguardar a coerência da ordem jurídica e o princípio da igualdade.²⁶

concreto exige intensa interpretação e realização de contraditório entre as partes. Já o uso dos arts. 543-B e 543-C do CPC, dispensariam nova argumentação das partes – até mesmo porque o processo em que elas atuam estaria sobrestado – para que o juiz/tribunal decidisse imediatamente a lide a partir do que ficou estabelecido na decisão paradigma proferida pelo STF ou STJ. (...) Todavia, o argumento mais importante para diferenciar-se o precedente do *common law* em relação à jurisprudência dotada de efeito vinculante, diz respeito à flexibilidade da vinculação do sistema de precedentes quando comparado ao regime instituído em nosso ordenamento e contidos nos arts. 543-B e 543-C do CPC. Essa funcionalização do precedente evidencia sua diferença em relação às decisões jurisdicionais dotadas de efeito vinculante (art. 543-B e 543-C do CPC), na medida em que elas apesar de serem decisões judiciais, em nenhum momento podem constituir como o ponto de partida para a discussão da *legal reasoning*, uma vez que em que elas pretendem trazer a decisão pronta” (ABBOUD, 2012, p. 537-538; 524-525).

²⁵ Não é objeto deste trabalho enveredar por águas mais profundas no campo da filosofia hermenêutica. Para um aprofundamento do assunto, remetemos o leitor a obra *Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito* de Lenio Streck, onde se enfatiza “a necessidade da elaboração de uma crítica à hermenêutica jurídica tradicional – ainda (fortemente) assentada nesses dois paradigmas filosóficos (metafísica clássica e filosofia da consciência – através da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido” (STRECK, 2011, p. 19).

²⁶ Eis porque não se pode confundir o precedente – tal como concebido na *common law* – com as Súmulas Vinculantes do nosso sistema. Para resumir o problema das súmulas em uma frase, Lênio Streck diz que “o ‘precedente’ não cabe na súmula”. E continua: “A súmula vinculante é uma metacondição de sentido, produzindo um discurso monológico, impedindo a necessária alteridade hermenêutica. (...) Numa palavra: não é a introdução das Súmulas Vinculantes que representa o maior problema no direito brasileiro. O problema é o modo como a comunidade jurídica compreende as Súmulas Vinculantes, pensando-as como se fossem precedentes do *common law*” (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 120).

Tudo isso conduziu a chamada “jurisprudência dos conceitos à brasileira” – ementas descontextualizadas tornam-se *standards* objetificados de compreensão (RAMIRES, 2010, p. 46). A *praxis* mostra que não raramente nos deparamos com os efeitos (deletérios) dessa cultura jurídica *standard*, em que o operador do Direito lida no seu cotidiano com soluções e conceitos lexicográficos, transcrevendo em suas petições, pareceres e decisões ementas jurisprudenciais de forma descontextualizada, atemporal e a-histórica. Para tanto, os manuais jurídicos colocam na “prateleira” uma coletânea de *prêts-à-porter* significativos, com teses variadas ao sabor do “cliente” (digo, do “jurista”) (STRECK, 2011, p. 100).

A rigor, com um pouco de atenção, verificamos que grande parte de sentenças, pareceres, petições e acórdãos é resolvida a partir de citações do tipo “nessa linha, a jurisprudência é pacífica” (STRECK, 2011, p. 100). Isso se repete com grande frequência no cotidiano das práticas dos tribunais. Os intérpretes distanciam-se dos fatos que originaram o precedente, os verbetes são transformados em enunciados assertóricos, com caráter universalizante. Os precedentes são vistos como “discursos de fundamentação prévios” e “juízos de ponderação prontos”, à espera de “acoplamentos” (RAMIRES, 2010, p. 54).²⁷

Esta percepção da realidade brasileira no trato com os precedentes – como se fossem textos de lei - evidencia a forte influência das doutrinas positivistas²⁸, seja no sentido exegético – com a sua consequente característica marcante da conceptualização, seja no sentido pós-exegético de perfil normativista – onde a aposta volta-se ao poder discricionário do juiz, que assume o papel de protagonista.

Com isso, deixa de se considerar que da mesma forma que o texto de um preceito normativo não se esgota com o sentido que lhe deu o legislador, na tradição da *common law* um precedente não se esgota com o sentido que lhe imprimiu o julgador que o decidiu. (RAMIRES, 2010, p. 73). Aliás, é justamente a possibilidade

²⁷ Maurício Ramires explica que a “aplicação desse ‘raciocínio distorcido’ amiúde se dá da seguinte forma: o juiz escolhe ‘livremente’ (leia-se *arbitrariamente*) uma das interpretações trazidas pelas partes, e a seguir a ‘confirma’ com uma rápida e simples busca em algum dos vários repertórios eletrônicos de jurisprudência, selecionando julgados que convém à tese (e que passam a constar da decisão) e ignorando os que a infirmam (e que não são sequer mencionados). O resultado dessa operação é uma decisão não fundamentada e, portanto, nula do ponto de vista constitucional” (RAMIRES, 2010, p. 46).

²⁸ A expressão *positivismo* é utilizada a partir da conceituação formulada por Ronald Dworkin, que resumiu seus principais aspectos: a) a forma de produção das regras determina o seu atributo de jurídicas, e não o seu conteúdo; b) quando o direito não oferecer a resposta pelas regras, os juízes podem “exercer seu discernimento pessoal”, inclusive indo além do direito na busca por algum outro tipo de padrão; c) a existência da obrigação jurídica está condicionada a prescrição de uma regra escrita explícita (DWORKIN, 2010, p. 27-28).

de novos juízes atribuírem novos sentidos ao mesmo texto de acordo com as exigências do caso que confere riqueza a noção de precedente – e suas técnicas de interpretação e aplicação (distinção e superação).

O Brasil ainda pensa os precedentes – na grande maioria das vezes - como modelos pré-concebidos de interpretação, onde sua utilidade é extraída para resolver casos futuros. Ocorre que, na *common law*, os precedentes não são concebidos para resolver casos futuros, afinal isso implicaria invariavelmente no afastamento da singularidade de cada caso, passando a ser um precedente uma espécie de regra abstrata desvinculada dos fatos que lhe deram origem.²⁹

Por isso, ainda não há como afirmar que existe *stare decisis* no Brasil. O que percebemos é mais um “ecletismo improvisado entre os sistemas de *civil law* e *common law*” (RAMIRES, 2010, p. 61). A falta de uma teoria de precedentes ainda é latente. Invoca-se “precedentes” aleatoriamente e arbitrariamente, como fórmula para decidir processos “por lote” em um verdadeiro “efeito cascata”, a partir de um método subsuntivo. Ainda predomina no senso comum teórico nacional uma espécie de “ideologia-do-conceito-com-pretensões-de-aprisionar-os-fatos-de-antemão”, que, a rigor, não passa de uma pretensão metafísica, onde se procura dar respostas antes das perguntas (STRECK; ABOUD, 2013, p. 31).

Para que fique claro: Defendemos neste trabalho que é perfeitamente viável (necessário) a utilização de precedentes como fonte de uniformização e estabilidade jurídica no Brasil --- e a abordagem sobre o controle de constitucionalidade, as cláusulas gerais e o princípio da igualdade serviram para atestar esse fato ---, mas isso pressupõe o aporte da hermenêutica jurídica e a noção fundamental que a doutrina de precedentes e o sistema do *stare decisis* não derivam de uma criação legislativa.³⁰

²⁹Streck diz que essa característica dos precedentes, ou seja, de que são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras é justamente um dos fatores que atestam que os precedentes do *common law* não podem ser confundidos com as súmulas (ou os ementários em geral), que são enunciados “gerais e abstratos” editados com vistas à “solução de casos futuros” (STRECK; ABOUD, 2013, p. 31).

³⁰Ao tratar da experiência do *common law* Georges Abboud afirma: “Dessa maneira, torna-se evidente a complexidade da formação e da estrutura da doutrina dos precedentes no sistema do *common law*, porquanto sua consolidação é fruto da evolução histórica, política e filosófica de determinada comunidade, ou seja, sua criação não é fruto de imposição legislativa. Tanto assim é que não existe nenhuma regra escrita no *common law* determinando a obrigatoriedade de se seguir os precedentes tampouco atribuindo efeito vinculante de maneira explícita a eles” (ABBOUD, 2012, p. 514).

A realidade brasileira --- especialmente a atual sistemática do CPC e do Projeto do NCPC ---, ainda imersa na falsa percepção de que conseguiremos resolver os problemas do sistema processual mediante reformas legislativas, continua a apostar numa “padronização decisória preventiva”, que visa obstar a profusão de recursos aos tribunais e atingir o marco exclusivo da eficiência quantitativa --- exemplo disso são as técnicas de pinçamento para análise do recurso extraordinário e do recurso especial repetitivo e do projetado incidente de resolução de demandas repetitivas ---.³¹

Ocorre que tal viés --- técnica de padronização decisória preventiva --- não se amolda ao modelo constitucional de processo, especialmente diante dos novos papéis que a Jurisdição e o processo viabilizam na implementação de direitos em nosso país pós 1988³². Isto porque, ao invés de proporcionar uma “padronização decisória uniformizadora” capaz de estabilizar um quadro interpretativo e gerar isonomia com legitimidade (fruto de um contraditório intenso e dinâmico através da máxima análise de argumentos após a divergência de entendimentos), acaba por promover, na maioria das vezes, um julgado empobrecido por poucos e insuficientes argumentos examinados, em face do pinçamento preventivo, isolado e descontextualizado, dos primeiros casos que foram submetidos ao Poder Judiciário.³³

Diante desse quadro, concordamos com Dierle Nunes, o qual, a partir da perspectiva de um processualismo constitucional democrático, tenta discutir a aplicação de uma igualdade efetiva e valoriza, de modo policêntrico e participativo, uma renovada defesa de convergência entre o *civil law* e *common law*, ao buscar uma aplicação legítima e eficiente (efetiva) do Direito para todas as

³¹Artigo *Precedentes, Padronização Decisória Preventiva e Coletivização - Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática* (NUNES, 2012b, p. 246).

³²Essa também é a crítica de Lênio Streck: “Em poucas palavras, o que queremos dizer é que todos esses mecanismos instrumentalistas (Leis 8.038 e quotas) não resolvem e não resolverão o problema da fragmenta(riza)ção do direito. Sem uma teoria da decisão, pode-se tentar de tudo. Da importação ingênua dos precedentes do *common law* à vinculação sumular. Será a crônica de uma fragmentarização anunciada. Do modo como algumas teses processuais se apresentam, fico imaginando que o ‘sistema ideal(izado)’ é como a ‘aporia do queijo suíço’: o melhor queijo é o suíço; é o melhor porque tem muitos furos; assim, mais furos, melhor queijo, e, conseqüentemente, menos queijo. Mais furos, menos queijo, melhor queijo... Isso quer dizer, ‘logicamente’, que o queijo ideal é o não queijo! O melhor sistema processual se alcança sem processos. Ou proibindo a que o causídico leve suas queixas aos pretórios...” (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 15).

³³Artigo *Precedentes, Padronização Decisória Preventiva e Coletivização - Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática*. (NUNES, 2012b, p. 246).

litigiosidades (sem se aplicar padrões decisórios que pauperizam a análise e a reconstrução interpretativa do direito).³⁴

O referido autor defende que o delineamento de uma teoria de precedentes no Brasil deve suplantar a utilização mecânica dos julgados isolados e súmulas, sendo essencial para a aplicação de precedentes um *iter* mínimo baseado em algumas premissas:

- a) *Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente)*: a experiência do *common law* mostra que dificilmente um precedente se origina a partir de um único caso, salvo se em sua análise acontecer um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Dessa forma, é estranha a formação de um “precedente” a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais;
- b) *Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal*: O magistrado não pode decidir desconsiderando o passado de decisões acerca da temática, ele precisa conscientizar-se que faz parte de um sistema e que, portanto, deve procurar manter a coerência do ordenamento jurídico;
- c) *Estabilidade decisória dentro do Tribunal (stare decisis horizontal)*: o Tribunal é vinculado às suas próprias decisões, certo que o afastamento (*overruling*) e/ou distinção (*distinguishing*) de um precedente deve apresentar uma fundamentação idônea;
- d) *Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (stare decisis vertical)*: as decisões dos tribunais superiores são consideradas obrigatórias para os tribunais inferiores, mas isso não significa uma aplicação mecânica (a exemplo do que ocorre com as súmulas entre nós). Para suscitar um precedente como fundamento o juiz e/ou tribunal deve demonstrar discursivamente as razões fáticas e jurídicas que o levaram aquele raciocínio;
- e) *Estabelecimento de fixação e separação das ‘ratione decidendi’ dos ‘obiter dicta’ da decisão*: perceber aquilo que constitui as razões principais para a

³⁴Artigo *Precedentes, Padronização Decisória Preventiva e Coletivização - Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática*. (NUNES, 2012b, p. 263).

formação do convencimento do julgador (*ratione decidendi*) e o que é argumentação periférica (*obter dicta*)³⁵;

- f) Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório: O intuito de se padronizar entendimentos não se presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numéricas de julgamentos. O modo de lidar com os precedentes exige uma adequada compreensão de suas técnicas de distinção e superação, sobretudo para rechaçar a falsa ideia --- tantas vezes levantada por aqueles que são contrários ao uso de precedentes --- de engessamento da atividade do juiz e inibição do desenvolvimento do direito.³⁶

Precisamos, pois, reconhecer que nosso país ainda não possui *stare decisis* nos moldes do *common law*. Os mecanismos hoje existentes na legislação e o modo como a maior parte dos nossos tribunais enfrentam a questão não atentam para aquilo que há de mais precioso no trato com precedentes: os elementos historicista e hermenêutico.³⁷

³⁵No item 4.2.2 do trabalho discorreremos com mais detalhes sobre o modo de compreender e identificar as *ratione decidendi* e as *obter dicta*.

³⁶Artigo Precedentes, Padronização Decisória Preventiva e Coletivização - Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. (NUNES, 2012b, p. 267).

³⁷Também não podemos entender que a adoção da coisa julgada com efeito *erga omnes* para a tutela de direitos coletivos, nos termos do art. 103 do CDC, pode ser identificada com o precedente do *common law*, e, respectivamente, com o sistema do *stare decisis*. Nesse sentido, os ensinamentos de Georges Abboud: "A coisa julgada *erga omnes* proveniente dos processos coletivos que tutelam direitos difusos ou individuais homogêneos tem por escopo dar solução uniforme para as lides que possuam a mesma relação jurídica subjacente ou para a questão que necessariamente atinja a todos os jurisdicionados, tal como seria a questão ambiental, por exemplo. Assim, a coisa julgada *erga omnes* proveniente dos processos coletivos (e.e., ação popular e ação civil pública), tem como intuito concretizar o princípio da isonomia para os jurisdicionados. (...) No que se refere ao precedente, importante ressaltar que nos Estados Unidos existem as *class action* que possuem coisa julgada coletiva *erga omnes*, o que não quer dizer que ela se traduza necessariamente em precedente do *common law*. Pelo contrário, a coisa julgada *erga omnes* soluciona uma pluralidade de relações jurídicas contidas no mesmo processo, assim, sua vinculação é histórica e própria do caso concreto que ela julga, isto é ação coletiva. O precedente não é utilizado para solucionar diversas questões jurídicas presentes no mesmo processo, ele será utilizado como parâmetro normativo que poderá ser útil para deslindar diversos novos casos, ainda que não tenham a mesma relação jurídica subjacente, basta pensar, por exemplo, no precedente *Marbury vs. Madison*, cuja utilização pode levar à solução de questões cíveis, penais, tributárias etc., desde que seja necessário praticar-se a *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade) naquele caso. Além do mais, a coisa julgada *erga omnes* adquire a estabilidade da coisa julgada material (art. 467 do CPC), não podendo mais ser alterada salvo se enquadrar-se em uma das hipóteses de cabimento da ação rescisória (art. 485 do CPC). Em contrapartida, o precedente não é imutável, o que é imutável é a primeira decisão que o originou, em virtude da formação da coisa julgada material, a forma como se interpreta o precedente sua modificação, superação e abandono são plenamente possíveis no âmbito do *common law* (ABBOUD, 2012. p. 528-529).

Sem esse cuidado, cairemos em um discurso “ufanista pró-precedentes”, buscando “importar” (ingenuamente) algo que não faz parte do nosso caldo de cultura. A tendência moderna do papel das Cortes de sobreposição é o de sua atuação como “Corte de Precedentes”, mas para que tal seja viável e legítima é necessário que a interpretação e aplicação dos precedentes aconteçam à luz da exigência de integridade e coerência do direito, e isso significa permitir a reconstrução histórica da cadeia de casos que foram anteriormente interpretados/julgados e garantir a igualdade de tratamento não com decisões linearmente iguais, mas com coerência de princípios.

4 INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DE PRECEDENTES E A TÉCNICA DA DISTINÇÃO

4.1 PERSPECTIVAS DE CONCEPÇÕES GERAIS SOBRE PRECEDENTE NAS TEORIAS DE FREDERICK SCHAUER E RONALD DWORKIN

A maneira de conceituar, interpretar e aplicar o precedente judicial deve guardar coerência com a teoria do direito escolhida, sob pena da ocorrência de subjetivismos e graves violações a direitos fundamentais.

Considerando isso, apresentamos a seguir duas teorias gerais sobre precedentes, uma de Frederick Schauer e outra de Ronald Dworkin, reconhecidos autores norte-americanos e, portanto, imersos na tradição estadunidense dos precedentes.

A escolha das duas teorias, que não são as únicas a tratar do assunto, aconteceu pela possibilidade de contribuírem para a discussão dos precedentes no Brasil, sobretudo a fim de estabelecer premissas teóricas consistentes aptas a identificar os critérios que levam o juiz a distinguir ou não um caso sob julgamento.

Também acreditamos que a apresentação de duas teorias gerais manifestamente opostas como é o caso, ajuda o intérprete a identificar com maior clareza os argumentos que permeiam, implícita ou explicitamente, o raciocínio do magistrado na maneira de interpretar/aplicar precedentes no Brasil.

4.1.1 A teoria do precedente como regra: A limitação do uso da técnica da distinção

A noção de precedentes como regras foi formulada por Frederick Schauer em sua obra “Las reglas em juego” (SCHAUER, 2004). O autor é um defensor do positivismo e baseia sua teoria na separação entre direito (normas jurídicas) e moral (normas morais).

Para entender a concepção de precedentes como regras, é necessário inicialmente ressaltar que o objeto de estudo de Schauer são as regras prescritivas, ou seja, aquelas que nos obrigam ou proíbem a fazer alguma coisa. Estas formam o conteúdo do direito e possuem uma estrutura binária, qual seja, um predicato factual

(circunstâncias de fato que levam a aplicação da regra) e um conseqüente (resultado desta aplicação, sanção) (SCHAUER, 2004, p. 81-83).

Schauer nos traz como exemplo a seguinte regra: “É proibida a entrada de cães no restaurante”. Logo, teríamos como predicado factual a entrada do cão no restaurante (fenômeno no mundo dos fatos) e como conseqüente a proibição desta conduta.

Predicado factual é sempre uma generalização, isso quer dizer que, no exemplo dado, todos os cães estariam proibidos de entrar no restaurante. A regra jurídica abrange toda raça de cão (generalidade de casos).

Continuando no exemplo, perguntamos: Por que será que existe a regra que proíbe a entrada de cães no restaurante? Ora, pois é perigoso, o cão pode morder as pessoas. Além disso, a entrada de cães no restaurante seria anti-higiênica. Enfim, existem várias circunstâncias que podem acontecer com a entrada de cães em um restaurante capazes de gerar incômodos aos clientes. Estamos diante, nas palavras de Schauer, de uma generalização provável, ou seja, na maioria das vezes, é provável que o cão traga incômodos aos clientes (SCHAUER, 2004, p. 86-89).

Portanto, a generalização probabilística é o que dá a justificativa da regra. No exemplo, a justificativa da regra é não provocar incômodo aos clientes; e isso decorre de uma generalização provável.

Pensemos agora em outra hipótese: Além de cães, outros animais podem provocar incômodos aos clientes em um restaurante, como, por exemplo, um urso. Ora, assim como não é certo que nem todos os cães vão provocar incômodos aos clientes (ex: cães-guia), outros animais podem provocar incômodos aos clientes (ex: ursos). Com efeito, temos uma dupla deficiência da regra. A essas experiências que surgem da aplicação das regras Schauer denomina de experiências recalcitrantes, isto é, situações em que o resultado da aplicação da regra não está de acordo com sua justificativa.

As experiências recalcitrantes podem ser de dois tipos: a regra pode gerar um caso de sobreinclusão e um caso de subinclusão (SCHAUER, 2004, p. 89-92). A primeira ocorre quando a regra inclui casos que não estão de acordo com a sua justificativa. É o exemplo dos cães guia. Incluir os cães-guia dentro da regra de proibição é indevido, afinal um cão-guia não provocará incômodo aos clientes. O segundo tipo de experiências recalcitrantes denominado de subinclusão é o exemplo do urso de que fala Schauer. Acontece quando a regra deixa de incorporar casos

que estão de acordo com a sua justificativa. Ou seja, um urso provoca incômodos aos clientes, mas a regra não o incluiu na proibição de entrada no restaurante.

Essa primeira parte da teoria de Schauer é mais descritiva e mostra como as regras funcionam. A questão é que o autor defende que nós não devemos nos aprofundar no estudo das justificativas das regras. Para ele, mesmo que a experiência recalcitrante nos indique que o resultado de aplicação da regra contraria a sua justificativa, devemos aplicar as regras.

Assim, a decisão baseada no modelo de regras é aquela em que prevalece o resultado da regra contra a justificativa. Por outras palavras, o que importa é o resultado e a aplicação da regra, embora possa existir a convicção lingüística da experiência recalcitrante. Tal é o modelo enraizado (*el modelo atrincherado*) defendido por Schauer (SCHAUER, 2004, p. 89-92).

Esse é o centro da proposta de Schauer. O autor não quer que aprofundemos o exame da justificativa, até mesmo porque, se assim for, estaremos buscando e trazendo para a discussão argumentos e princípios morais, o que não seria desejável (SCHAUER, 2004, p. 89-92).

Seguindo neste raciocínio, Schauer defende que a melhor concepção de precedentes é aquela baseada em um modelo de regras. Isso significa que se o precedente é vinculante ele deve funcionar como uma regra.

Para justificar sua posição neste particular, Schauer também utiliza o argumento da aversão ao risco, o qual, pensado no sistema judicial, quer significar a intenção de diminuir o risco de decisões erradas tomadas pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário.

Com efeito, a teoria de Schauer claramente acaba por limitar as distinções quando da utilização, interpretação e aplicação de precedentes.

4.1.2 A teoria do precedente como princípio: O direito como integridade e o modo de interpretar e aplicar precedentes

Em sentido oposto à teoria de Frederick Schauer, existe a noção de precedentes como princípios, cujo referencial teórico é Ronald Dworkin.

Para Dworkin, o direito é um conceito interpretativo e, portanto, não pode ser apartado das características essenciais da realidade. Segundo o autor, a

interpretação do direito é construtiva, ou seja, se preocupa com a reconstrução argumentativa das justificativas consideradas pelo intérprete.

Feitas estas breves considerações, insta relacioná-las com outra tese do autor: a integridade no direito, que consiste, basicamente, em uma atividade de interpretação da prática jurídica cotidiana, de modo a consolidar a legitimidade da jurisdição constitucional e a unidade e coerência do sistema jurídico.

Especificamente no momento, interessa destacar que falar em integridade é falar em coerência de princípios. A integridade é muito diferente do que Dworkin chama de consistência/coerência de estratégia, ou seja, simples manutenção das decisões passadas. Ao seguir apenas a consistência de estratégia, as decisões passadas teriam que ser respeitadas, mesmo que não haja nenhuma razão que as justifique.

A integridade, por sua vez, exige que as decisões passadas, a fim de se tornarem precedentes, devem ser coerentes com o conjunto de princípios existente em uma determinada comunidade jurídica. Isso significa que o intérprete busca o(s) princípio(s) que fundamenta(m) o(s) precedente(s) (DWORKIN, 2007, p. 163-165).

Dworkin busca descrever o significado desta complexa coerência interpretativa da integridade a partir da analogia do romance escrito em cadeia por diversos autores, em uma sociedade pluralista e em evolução constante. Percebemos a importância de se identificar princípios que emergem das entrelinhas do sistema de regras expressas (do texto já escrito do romance) e que sustentam e justificam a prática jurídica (ou seja, o enredo principal da história). É o respeito a estes princípios que assegura a integridade do sistema jurídico (DWORKIN, 2007, p. 275-279).

O juiz, na técnica de vinculação dos precedentes, utilizando a metáfora do “romance em cadeia”, deve ser visto como mais um autor na construção da interpretação do direito, atento ao contexto da moralidade política vigente na comunidade e às respectivas mudanças do corpo social que influenciam na esfera jurídica, mas igualmente preocupado com a consolidação da coerência e unidade do sistema jurídico.

Seguindo nesse raciocínio, Dworkin afirma que o escritor (juiz) deve fazer dois testes para saber se está cumprindo bem a sua função, quais sejam: *adequação e justificativa*.

A *adequação* significa procurar o ajuste ao que foi escrito antes. É verificar se a decisão proposta pelo juiz é adequada aos princípios que fundamentam as decisões passadas. Todavia, sabemos que esse teste oferecerá ao juiz diferentes alternativas, pois este muito provavelmente encontrará várias formas de continuar escrevendo aquele romance. Com efeito, surge a necessidade do segundo teste.

O teste da *justificativa*, por sua vez, significa que o juiz deve buscar a decisão passada que mais se ajusta ao conjunto coerente de princípios. O juiz não tem discricionariedade livre e desvinculada. Os princípios darão o limite necessário à decisão.

Como vemos, estamos diante de um cenário oposto ao de Schauer. Dworkin é um crítico do positivismo e seus estudos aproximam o direito da moral.

Partindo da ideia de que nenhum caso é rigorosamente igual ao outro, podemos aferir que o problema da distinção é identificar quais as razões que nos fazem privilegiar as diferenças ou semelhanças de um caso. Para isto, é preciso que seja feito um juízo de valor e o melhor fundamento para a distinção passa a ser o argumento dos direitos fundamentais.

Noutros termos, se quisermos trabalhar os precedentes de forma menos abstrata, precisamos trabalhar os parâmetros de justiça e equidade através dos direitos fundamentais.

A integridade ajuda a consolidar a legitimidade da jurisdição constitucional e a unidade e coerência do sistema jurídico. Dito de outra forma, a integridade exige coerência de princípios e, portanto, coerência com os direitos fundamentais. O modelo de interpretação construtiva oferece uma via hermenêutica diferente das compreensões (e, portanto, pré-compreensões) do jusnaturalismo e do positivismo.

Considerando que compreender é mais amplo do que interpretar, afinal nunca um texto é lido como uma parte isolada, mas sim como parte de um todo (GADAMER, 2012), devemos sempre lembrar que nossa atividade hermenêutica parte de pré-conceitos, pontos de partida, pré-compreensões.

Dessa forma, para atestar que a (compreensão da) imprescindibilidade dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro contribui decisivamente para a proteção de direitos fundamentais é necessário refletir criticamente sobre as pré-compreensões que levaram a este raciocínio.

Daí a necessidade de demonstrar que o modelo proposto por Dworkin em sua concepção de direito como integridade é o mais adequado para interpretar os

direitos humanos e compreender a dimensão da força dos precedentes para concretizá-los.

A proposta de Dworkin, baseada em um sopesamento de ideais de equidade, justiça e devido processo, com o objetivo de alcançar decisões compatíveis com o contexto de moralidade política vigente na comunidade, permite perceber a constante construção do direito, sem que isso signifique falta de segurança ou previsibilidade.

A concepção de direito como integridade ajuda a quebrar o já mencionado paradigma individualista do juiz do *civil law*³⁸ e, por consequência, fazê-lo entender que é preciso devotar respeito aos precedentes. Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Isto porque, quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral (DWORKIN, 2007, p. 305). O juiz, portanto, que considera o passado mostra respeito ao Poder de que faz parte e à confiança nele depositada pelo jurisdicionado.

Não custa enfatizar novamente que não existem “precedentes eternos e imutáveis” --- longe disso ---; a técnica do *overruling* permite a revogação de precedentes, “quando estes deixam de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade – basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta – mais fundamentam a sua revogação do que a sua preservação” (MARINONI, 2010c, p. 390). É óbvio, contudo, que a revogação exige o cumprimento do pesado ônus argumentativo, “demonstrando que as razões que levaram à elaboração do precedente que se quer revogar não são mais sustentáveis em virtude de motivos novos, que devem ser mostrados presentes” (MARINONI, 2010c, p. 278-279).

Também existe a técnica do *distinguishing*, ou seja, a possibilidade de diferenciação entre o precedente e o caso concreto sob julgamento. Todavia, como

³⁸Como diz Marinoni, “imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isto, que este sistema não serve a ele, porém ao povo” (MARINONI, 2010a, p. 560).

destaca Marinoni, “poder para fazer o *distinguishing* está longe de significar sinal aberto para o juiz desobedecer precedentes que não lhe convém. (...) Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. (...) A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente” (MARINONI, 2010c, p. 327).

As duas técnicas acima referidas enfatizam a necessidade de o juiz justificar de forma racional e convincente a superação e/ou a diferenciação do precedente. Os afastamentos dos precedentes, no entendimento de Hershovitz (2006, p. 113-114), são, na realidade, parte essencial do *stare decisis*, pois o julgador deve decidir tendo em vista a integridade do direito, contemplando os valores mais fundamentais da ordem jurídica.

Com isso, o direito se desenvolve a passos largos. O *overruling* e o *distinguishing* reforçam a integridade e são capazes de frear o *stare decisis*, na medida em que o comprometimento com o passado e a percepção da cadeia do direito conduz o juiz a agir com coerência e sempre na busca por elaborar o melhor julgado possível (HERSHOVITZ, 2006, p. 113).

Segundo Hershovitz (2006, p. 114-116), agir com integridade significa reconhecer que o que foi feito no passado é importante, ao mesmo tempo que exige um comprometimento com uma visão moral e esse comprometimento é aferido por meio de modelos de comportamento ao longo do tempo. No entanto, uma recusa rígida a mudar conceitos morais ao longo do tempo, quando se está diante de novas informações, não representa um sinal de integridade. Ou seja, a integridade exige agir de acordo com novas convicções morais, assim como que não se repitam erros passados.

A partir do ideal do direito como integridade, as Cortes, a rigor, passam a engajar-se e considerar as decisões passadas, os precedentes, buscando sempre um propósito para a atividade interpretativa que está sendo desenvolvida, portanto, trabalhando na concretização dos valores morais e dissolução dos conflitos para garantir que a comunidade represente o melhor exemplo possível daquela determinada prática (HERSHOVITZ, 2006, p. 2078).

Porém, é preciso dizer que agir com integridade não significa agir sempre corretamente, pois em alguns momentos os juízes podem cometer erros concretos, mas desde que estejam de acordo com as convicções reais acerca de qual o caminho traçado pela integridade e os princípios que essa adesão pressupõe; isto,

intrinsecamente associado a agir de acordo com a moralidade, a construção de uma comunidade de princípios estará resguardada (HERSHOVITZ, 2006, p. 2078).

A associação entre a integridade e a moralidade faz com que o Judiciário esteja atento ao contexto moral político vigente. O juiz deve ser um sujeito sensível ao corpo social e a comunidade, superando ou diferenciando o precedente, sempre que necessário, a partir de uma argumentação racional e convincente.

Nesse sentido, ao responder a pergunta se a noção de integridade é apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso, Dworkin diz que

isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. (...) A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental. (DWORKIN, 2007, p. 263- 264).

Eis, portanto, mais uma demonstração do que aqui vem sendo defendido: a força dos precedentes não inibe o desenvolvimento do Direito e a integridade facilita sobremaneira entender isso.

A integridade, que não se confunde com “coerência estrita”, ajuda a compreender que a implementação de um sistema de precedentes fortalece o papel interpretativo do juiz, que, hoje, diante do impacto do constitucionalismo, das formas de controle de constitucionalidade e das normas processuais abertas, distancia-se daquele romanticamente concebido pela tradição de *civil law* à época da Revolução Francesa (o juiz como a *bouche de la loi*).

Tudo isso conduz à ideia de que, não havendo violação de princípios, os precedentes devem ser aplicados. Por consequência, a não aplicação do precedente estará justificada quando a distinção do caso é baseada em princípios, ou mais especificamente, quando se constata a violação de um direito fundamental.

Como vemos, Dworkin recusa trabalhar com dicotomias (ex: moral x direito; razão x história; liberdade x igualdade); ao contrário, busca conciliá-las. O “romance

em cadeia” do autor mostra que compreensão-interpretação-aplicação são indissociáveis e que, como seres históricos, devemos realizar todas essas categorias.

Portanto, considerando o fato notório de que o Brasil não tem uma ordem jurídica coerente, é preciso enfatizar a imprescindibilidade do respeito aos precedentes com vistas à concretização de direitos fundamentais, sendo a concepção de direito como integridade de Dworkin importante reforço para a defesa disso.

De outra banda, podemos dizer que, se não houver violação de direitos fundamentais, o precedente deve ser aplicado e o inverso também é verdadeiro. Este, então, seria o melhor critério, com amparo na visão de Dworkin, para avaliar a viabilidade da técnica da distinção, que, em curtas palavras, significa a possibilidade da não aplicação de um precedente ao argumento, racional e convincente, que o novo caso a ser julgado possui características especiais que exigem um tratamento diferenciado.

Concluimos, desde já, que a teoria de Ronald Dworkin e sua concepção de direito como integridade apresenta a melhor maneira de interpretar/aplicar precedentes. Os precedentes devem, pois, ser considerados como normas jurídicas de natureza principiológica, conceitos interpretativos, cujos sentidos e objetivos necessitam de justificação.

4.2 REFLEXÕES SOBRE ALGUNS CONCEITOS FUNDAMENTAIS

4.2.1 Grau de eficácia do precedente

Muitas dúvidas surgem com relação ao grau de eficácia de um precedente. Já se observou que nem toda decisão pode ser definida como precedente, eis que tal condição liga-se intimamente com a influência que a decisão terá em determinar o resultado de decisões futuras.

Esta discussão se faz oportuna, sobretudo porque, como visto no tópico anterior, não existe ainda no Brasil a regra do *stare decisis*. É importante, pois, analisar criticamente as propostas classificatórias dos precedentes judiciais brasileiros e contribuir para o aprimoramento dos conceitos.

Como exemplo, Patrícia Mello (2008) propõe a seguinte classificação:

- a) *Precedentes com eficácia normativa*: são, por exemplo, aquelas decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes, as decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça em controle concentrado de normas municipais e estaduais em face da constituição do respectivo estado membro. Os efeitos destes precedentes extrapolam a mera relação entre as partes do caso concreto, fixam uma orientação a ser seguida em todas as situações semelhantes (MELLO, 2008, p. 63).
- b) *Precedentes com eficácia impositiva intermediária*: tais precedentes não seriam normativos propriamente, produziriam efeitos impositivos mais brandos fora do processo. A autora exemplifica com as decisões do pleno do STF e dos Tribunais acerca da inconstitucionalidade de uma norma (CPC, art. 468, parágrafo único); os entendimentos sobre questões constitucionais tratadas em ações coletivas; e a jurisprudência dominante ou sumular não vinculante do STF, que conferem poderes aos relatores de negar seguimento ou julgar procedente, monocraticamente, os recursos que lhes contradigam (MELLO, 2008, p. 64-65).
- c) *Precedentes com eficácia meramente persuasiva*: apenas fornecem argumentos para convencimento do julgador, o qual não estaria vinculado a sua aplicação. Segundo a autora, constituem a regra no direito brasileiro, quando a matéria não seja constitucional. Como exemplo, menciona as decisões de magistrados de primeiro grau e decisões tomadas por órgãos fracionários dos Tribunais (MELLO, 2008, p. 66).

Entendemos que as categorias elencadas pela autora acima são passíveis de alguns problemas, que prejudicam a formação do senso comum teórico com relação aos precedentes produzidos no Brasil.

A categoria dos *precedentes com eficácia normativa* fixam orientações obrigatórias à similitude de uma lei, pois dotados de generalidade, de forma permanente e sujeitos à sanção em caso de descumprimento (MELLO, 2008, p. 63).

Como já se abordou anteriormente neste trabalho, trata-se de uma perspectiva equivocada, eis que isso enfraquece o elemento hermenêutico inerente ao trato com os precedentes. A pretensão (metafísica) de “aprisionar os fatos” e dar uma resposta abstrata e de caráter generalizante – tal como uma lei - não atende ao

conceito de precedente, que reclama a interpretação dos casos que lhe serviram de base para sua formulação.³⁹

Além disso, a referida categoria acaba, por raciocínio lógico, a negar valor normativo aos demais precedentes, o que é um erro. Mesmo que o precedente não seja dotado de efeito vinculante constitucional, ele pode ser seguido por um magistrado. Nesta hipótese, o precedente, exerceu sim, por conta de sua fundamentação, força normativa para o caso, afinal estamos tratando de um fator racional (MAGALHÃES, 2011, p. 133).

Outro problema que pode ser levantado é o fato da categoria estabelecer como premissa a noção de que o direito e a lei são observados quando se faz presente uma determinada sanção. Trata-se de influência da doutrina de Kelsen sobre o direito, que não é suficiente para explicar a prática dos precedentes.

A noção de *precedentes com eficácia impositiva intermediária*, por sua vez, também apresenta algumas inconsistências, haja vista que seu âmbito de vinculação é determinado após o julgamento do caso piloto (paradigma), e opera-se via efeito cascata. O “precedente” passa a ser visto de maneira fixa e definitiva, afastando-se da noção do *common law*, onde ele é visto como produto da evolução histórica de determinada comunidade jurídica. A pretexto de assegurar uma aplicação isonômica e uniforme da legislação deixa-se de lado as particularidades de cada caso concreto, e a solução das demandas passa a acontecer de forma automática, o que nada se assemelha ao precedente judicial do *common law*, que leva em consideração a totalidade do ordenamento jurídico e toda a fundamentação que o constituiu.

Por tudo isso, e a fim de simplificar a classificação dos precedentes, comungamos nosso entendimento com Antônio Maués e Fernando Scaff, os quais dividem os precedentes, quanto a sua força, em dois grupos (SCAFF; MAUÉS, 2005, p. 42): a) *precedentes de vinculação intelectual*, que são aqueles baseados na força persuasiva das decisões de uma instância superior, não sendo imposta por mecanismos formais de lei ou pela hierarquia da corte; b) *precedentes de vinculação dissuasiva*, cujo desrespeito à orientação jurisprudencial conduz a necessária cassação das sentenças.

³⁹Bem a propósito a advertência de Dworkin: “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” (DWORKIN, 2010, p. 176).

4.2.2 *Holding e obiter dictum*

É importante tecer e reiterar algumas constatações:

- a) A vinculação ao precedente deve ser compatível com as noções de interpretação construtiva, que superam as posições da filosofia da consciência como paradigma interpretativo típico do positivismo jurídico;
- b) O fato de haver divergências quanto ao que seja a *ratio* do precedente e da melhor maneira de se interpretá-lo, reflete que não podemos considerá-lo como uma norma jurídica disposta na forma de regra;
- c) A possibilidade de distinguirmos o precedente de um caso para outro com base em sua fundamentação (o que é impossível de se fazer com a lei) demonstra que o mesmo possui uma força variável de sua aplicação aos casos seguintes;
- d) A força gravitacional do precedente está intimamente relacionada com o princípio da igualdade na aplicação do direito, uma vez que não poderia o efeito vinculante cancelar aplicações discriminatórias dos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade;
- e) Em face da possibilidade (imprescindibilidade) de interpretação do precedente vinculante, sua dependência com a harmonia da jurisprudência constitucional, guiada pelo princípio da igualdade, levam a conclusão de que os precedentes vinculantes constitucionais possuem natureza principiológica (MAGALHÃES, 2011, p. 197).

A diferenciação entre o *holding* (ou, na expressão inglesa, a *ratio decidendi*) e o *obiter dictum* de um julgado é um elemento que não pode escapar quando falamos sobre a temática dos precedentes. Isto porque, nem todo conteúdo da *opinion* constitui um precedente: apenas o seu *holding*. Em curtas palavras, o *holding* é o que foi discutido, arguido e efetivamente decidido no caso anterior, enquanto que o *dictum* é o que se afirma na decisão, mas que não é imprescindível para a resolução da questão. O que vincula (*binding*) para os casos futuros é apenas o *holding* (RAMIRES, 2010, p. 68-69).

Mas como encontrar o *holding* de um caso? Eis uma problemática que já foi motivo de muitas discussões. Para que se tenha uma noção da quantidade de teorias que buscam explicar como se deve delimitar o *holding*, Maurício Ramires aponta que Karl Llewellyn, em 1960, identificou nada menos que 64 “técnicas” para

fazer isso, e desde então surgiram muitas outras. Como exemplo, foram citadas as seguintes, dentre as mais influentes:

- a) *Teste de Wanbaugh* – segundo o qual o que constitui a *ratio decidendi* é a regra geral sem a qual o caso teria sido decidido de outra maneira;
- b) *Teste de Goodhart* – que preconiza que a *ratio decidendi* deve ser encontrada começando de uma maneira negativa, excluindo-se o que ela *não* é, e depois determinando os fatos do caso tratados pelo juiz como fundamentais (*material facts*), e sua decisão exclusivamente no que se refere a eles;
- c) *Teste de Oliphant* – derivada do funcionalismo jurídico, propõe que os fatos que deram origem à decisão sejam vistos como um estímulo, e que a decisão seja tomada como resposta a este estímulo, de modo que a *ratio decidendi* não seria mais do que a combinação estímulo-resposta;
- d) *Fórmula Scalia*, procura estabelecer um meio “neutro” de identificar o nível de generalidade de um *holding* (e, assim, a sua extensão a casos futuros), tomando a decisão do caso e generalizando-a aos poucos, até se chegar ao nível mais específico em que um direito constitucional assegurado pode ser identificado. (RAMIRES, 2010, p. 69).

Essas tentativas que visam extrair, quase que matematicamente, o *holding* e o *obiter dictum* através de métodos são problemáticas. Tal intento não se realiza por meio de fórmulas gerais que possam ser aplicadas em todos os casos. É preciso interpretar o caso sob julgamento, confrontando-o com o que ficou decidido no precedente, ou melhor, com o princípio que fundamenta e justifica a decisão paradigma.⁴⁰

O que se compreende por vinculação não poderá decorrer da vontade daquele que está julgando uma determinada demanda (nem mesmo do modo que pensa formular o precedente), uma vez que o intérprete sofre a influência das circunstâncias do caso que se apresenta diante de si. Não proceder assim é professar uma falsa compreensão hermenêutica de que o efeito vinculante teria o condão de limitar a interpretação, como se fosse um processo autônomo de

⁴⁰Como diz Georges Abboud, “o precedente nunca tem em sua estrutura o que efetivamente deve ser considerado vinculante, em virtude disso, quando ele é aplicado para se decidir uma questão jurídica, essa aplicação nunca é pretensamente automática/silogística, o precedente, não obstante sua utilização na fundamentação da decisão jurídica, seu uso nunca é possível sem que o juiz promova verdadeira problematização a fim de determinar como sua incidência será feita caso a caso” (ABBOUD, 2012. p. 521).

aplicação de precedentes, com o controle de seus limites cognitivos pelo intérprete. (MAGALHÃES, 2011, p. 203-204).

Os precedentes devem ser considerados nesse contexto como indícios formais que guiam a interpretação de um juiz sobre o que constitui o direito na perspectiva da integridade. Com efeito, a questão de seguir ou não um precedente não pode ser resolvida apenas sabendo o que foi decidido no passado, mas o que esse conjunto, enquanto obra, significa *coletivamente* (RAMIRES, 2010, p. 99).

O intérprete ao se deparar com a tarefa de seguir um precedente deve ter a consciência que faz parte de um todo da prática judiciária e que tem responsabilidade na continuidade do direito. Sua atribuição é escrever um novo capítulo do “romance em cadeia” (*chain novel*), sem romper com a coerência da história. A postura do juiz frente à tradição é a de diálogo, não de submissão (RAMIRES, 2010, p. 99-100).

Existe uma tensão dialética fundamental entre duas constatações, quais sejam: a) o caso individual não é o primeiro e último; e b) não se pode resolver todas as causas a partir da mesma regra, trabalhando por amostragem. A solução passa necessariamente pelo exercício hermenêutico através da fusão de horizontes entre as exigências das especificidades dos casos e o imperativo da integridade do direito (RAMIRES, 2010, p. 111).

Dessa forma, não podemos imaginar que a extração do *holding* acontecerá a partir de um juízo prévio sobre a semelhança entre duas situações de fato distintas que, depois, permite julgar que são suficientemente iguais, para aplicar a mesma solução jurídica, tomando como base critérios controláveis (MAGALHÃES, 2011, p. 204-205). O importante é a identificação de aplicação principiológica, partindo da primazia da pergunta ao que ficou decidido no precedente (RAMIRES, 2010, p. 117).

Tudo isso revela a dificuldade em se trabalhar com métodos que possuem a pretensão de separar cirurgicamente direito e fato, fundamentos e comentários laterais/secundários. Por isso, é importante lembrar que, embora tradicionalmente o *holding* seja conceituado como o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto, fato e direito estão umbilicalmente ligados. Assim, ele não pode ser taxado como uma regra exclusivamente jurídica, isolada, sem correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ele solucionou (STRECK; ABOUD, 2013, p. 43).

A atividade interpretativa para a extração do *holding* e a aplicação de precedentes não acontece em “etapas” ou “fatias” argumentativas. Existe, desde sempre, uma contaminação hermenêutica, que atravessa esses elementos, do todo para a parte e da parte para o todo (STRECK; ABOUD, 2013, p. 46). A ânsia em buscar a *essência* da decisão não pode significar um aprisionamento prévio dos sentidos sem a sua vinculação ao problema concreto sob julgamento.

Na *common law* é imprescindível considerar que o sentido de um precedente não se esgota com o sentido que lhe imprimiu o julgador que o decidiu, afinal este apenas procurava resolver um caso concreto, não uma infinidade de outros. Daí resulta a possibilidade de novos juízes atribuírem novos sentidos ao mesmo texto, distinguindo e superando o precedente, conforme as exigências do caso (RAMIRES, 2010, p. 73).

Não há, pois, aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente, até porque não há uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata vários casos futuros. Essa realidade permite perceber com clareza a razão pela qual o precedente não engessa o sistema jurídico, mas sim o dinamiza (STRECK; ABOUD, 2013, p. 46).

Feitas essas observações, não podemos considerar suficiente a afirmação corriqueira de que “cada caso é um caso”. Não existe grau zero na interpretação, daí a importância da premissa já formulada no trabalho que considera os precedentes como normas de cunho principiológico.

O juiz pode e deve submeter os precedentes a teste de fundamentação racional, ou seja, o precedente não deve ser aceito cegamente. Indispensável levar a sério a advertência de Dworkin de que os juízes decidem por princípio, e não por políticas (e muito menos de acordo com a sua consciência). É necessário respeitar a coerência e a integridade. A tarefa do intérprete é extrair do precedente um princípio aplicável às causas futuras; é o que se pode chamar de DNA do caso, que vem a ser um elemento decorrente do DNA do direito (STRECK; ABOUD, 2013, p. 47).

Para não cair na armadilha dos subjetivismos e casuísmos, como se nada houvesse sido decidido anteriormente, precisamos sempre realizar uma análise dos votos dos ministros, com o objetivo de reconstruir a tese adotada para fundamentar a proposição jurídica e avaliar sua adequação e se ela se justifica diante dos princípios constitucionais. A tese que prevalecer no tribunal, geralmente encontrada no voto do relator ou no voto que abre a divergência, é a tese a ser reconstruída, na

forma de um princípio, designada como fundamento determinante (MAGALHÃES, 2011, p. 208).⁴¹

Essa atividade interpretativa de verificar em cada caso presente a sua adequabilidade a uma decisão pretérita é que irá estabelecer a extensão da autoridade de determinado precedente e sua aplicabilidade para os casos futuros. Com isso, delimita-se a “força gravitacional” de um precedente, que só se origina dos argumentos de princípio usados em uma e outra decisão (RAMIRES, 2010, p. 74-75).

A flexível vinculação do regime dos precedentes presente na tradição do *common law* permite a garantia do direito à igualdade e uma das formas de perceber isso é o modelo da harmonização da jurisprudência pensado por Antonio Maués (2008, p. 89), que estabelece: a) a possibilidade de o juiz afastar-se do precedente, desde que o faça de modo fundamentado, apresentando argumentos que indiquem sua inaplicabilidade ao caso; b) existência de mecanismos que possibilitam rever o precedente e c) o reconhecimento da importância das circunstâncias do caso para a interpretação da norma.

Segundo o referido modelo, deve haver o reconhecimento da autoridade do precedente do STF, mas ao juiz é dada a possibilidade de realizar a interpretação do conjunto normativo aplicável ao caso e não apenas da decisão que se invoca como vinculante naquela lide. O modelo não implica negar a validade ao precedente do STF, mas reconhece que as circunstâncias do caso impedem sua aplicação em nome da proteção de direitos fundamentais. Dessa maneira, fundamentação

⁴¹Não é escopo deste trabalho estudar a chamada teoria da transcendência dos fundamentos determinantes. Ressaltamos, porém, que concordamos com Breno Maia Magalhães, para quem esta construção doutrinária (e, por alguns anos, jurisprudencial) é artificial. Diz ele: “Se os precedentes possuem uma natureza expansiva, capaz de estender seus princípios para outros casos futuros, esta se observa por conta das fundamentações e da interpretação que os ministros fazem da Constituição encontrada na fundamentação do voto, não na parte dispositiva. Isto por uma razão simples: o desenvolvimento das teses que são levantadas pela leitura moral é realizado no bojo do voto dos ministros, local em que realizam todas as considerações que julgam pertinentes na formulação de uma tese capaz de decidir o caso, enquanto a parte dispositiva se limita a ratificar o resultado específico do caso a ser julgado, limitado às partes e declarando a inconstitucionalidade-constitucionalidade de um ato normativo ou lei impugnada. Daí a pergunta: qual precedente que não vincula pelos seus fundamentos determinantes?”. E conclui que “...a teoria da transcendência dos fundamentos determinantes apresenta uma grande redundância, que visava impor um artificial sistema de respeito aos precedentes do STF, porquanto, caso a tese não fosse levantada, o efeito vinculante constitucional tenderia a se limitar à parte dispositiva dos julgados e, como vimos, nossa teoria do precedente seria bastante pobre se considerássemos como ‘precedentes’ a expulsão de um texto normativo do ordenamento, mesmo que os precedentes produzidos no controle concentrado vinculassem pelos seus fundamentos e não pelo resultado almejado” (MAGALHÃES, 2010, p. 199-200).

adequada para deixar de aplicar uma decisão vinculante não parte da discordância do juiz com a interpretação realizada pelo STF, mas de sua inaplicabilidade ao caso que será decidido (MAUÉS, 2008, p. 90).

A distinção entre o caso e o precedente paradigma pode ser feita tanto pela corte que vincula quanto a que é vinculada. A característica essencial dessa técnica é a não aplicação do precedente a um caso concreto, em virtude de peculiaridades que exigem um tratamento diferenciado. Significa dizer, o precedente é distinguido, não para ser superado, mas para constar que situações diversas devem ser tratadas de forma, igualmente, diversas (MAGALHÃES, p. 215).

Isso não é algo que foge à realidade brasileira. O próximo item visa justamente examinar como o STF vem realizando distinções. Procuraremos apresentar as razões pelas quais é possível concluir o acerto e(ou) desacerto das respostas encontradas pelos Ministros.

4.3 O *DISTINGUISHING* NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.3.1 *Leading case*: ADIN 3.421/PR

Antes de analisar propriamente o julgamento da ADIN 3.421-PR, convém tecer breves considerações sobre as limitações às concessões unilaterais de incentivos fiscais de ICMS pelos estados e os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

A Constituição Federal de 1988 delegou aos seus entes federados competências tributárias para instituir tributos, para que, com isso, esses entes exerçam as competências materiais que a própria Lei Maior lhes outorga. Desse modo, aos Estados e ao Distrito Federal cabem instituir o ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – que consiste em uma das maiores fontes de financiamento das políticas públicas e do funcionamento da máquina administrativa estadual.

O art. 155, §2º, XII, “g” da Constituição Federal de 1988 preceitua que os benefícios e incentivos fiscais sobre o ICMS devem ser concedidos na forma que a lei complementar federal dispuser. A Lei em questão é a Lei Complementar 24/75, recepcionada pelo Texto Maior vigente por conta do art. 34, §8º, do ADCT. A LC 24/75, em seus arts. 1º e 2º, reza que os benefícios fiscais serão concedidos por

meio de convênios firmados por meio de deliberação unânime entre os Estados e os Municípios.

Há, portanto, uma proibição que recai sobre os Estados-membros, no sentido de que eles não podem, unilateralmente, aplicar renúncias de receita de ICMS, devendo tais atos serem autorizados por todos os demais Estados e pelo Distrito Federal, por meio de convênio celebrado no CONFAZ – Conselho Fazendário, no qual todos os Secretários estaduais de Fazenda, juntamente com o Ministro da Fazenda, possuem assento.

A referida previsão constitucional, combinada com a legislação complementar em comento, vem se juntar a outros dispositivos federais que regulamentam o ICMS, que o fazem, embora um imposto estadual, ser fortemente disciplinado por textos normativos federais, como ocorre com as resoluções do Senado Federal que fixam alíquotas interestaduais e alíquotas mínimas e máximas, dentre outros.

Os dispositivos da Lei Complementar 24/75 amolda-se, no sistema tributário nacional, ao conceito de normas gerais de direito tributário, especialmente por regular limitações constitucionais ao poder de tributar, nesse caso a concessão de benefícios fiscais do ICMS, sendo, como norma geral, um canal de interferência da União nos interesses jurídico-tributários dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CARVALHO, 2004, p. 209-210), *a priori* em nome do equilíbrio federativo.

As normas gerais de tributário, como esta em discussão, deve-se a necessidade e uniformidade econômica dentro do Estado Federal, visando um tratamento igual aos entes federativos e as pessoas que nele habitam ou que pretendam desenvolver suas atividades econômicas, com a finalidade de harmonizar o sistema tributário e para evitar que se fira o princípio federativo.

Ou seja, em favor do equilíbrio federativo, devem ser dirigidas aos Estados-membros e ao Distrito Federal, como unidades federadas e dotadas de competência tributária, normas gerais que limitem, de forma isonômica, as limitações ao poder de tributar e as concessões de benefícios fiscais de ICMS. Tal diretriz se coaduna, em princípio, com a obrigatoriedade de observância de convênios, deliberados de forma unânime por todos os Estados, para que estes benefícios sejam válidos.

Devido à importância do ICMS e pelo fato deste imposto importar em exação integral e nacional, revela-se também necessária a obrigatoriedade de convênios

deliberados de forma unânime entre todos os estados-membros e o Distrito Federal. Assim, a concessão de benefícios fiscais de ICMS pode provocar efeitos deletérios, pois os Estados buscariam atrair para seus territórios os empreendimentos até então instalados em outras unidades da Federação e assim sucessivamente, causando graves efeitos sociais. Ou seja, a referida limitação visa evitar a chamada guerra fiscal, sendo tal intento a razão de ser dos convênios autorizativos de incentivos fiscais do ICMS pelo CONFAZ (PYRRHO, 2008, p. 32-33).

Vale ressaltar que o federalismo cooperativo estabelece um paradigma pelo qual as atribuições são exercidas de modo comum ou concorrente, sendo que os entes deverão atuar em conjunto. Decorre tal modelo também da necessidade de coordenação do exercício das competências, dirigidas pelo Estado Federal, tendo sido, inclusive, adotado no Brasil pela Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, Gadelha (2010, p. 132) infere que a tentativa de aquecimento econômico como justificativa para a guerra fiscal diverge dos valores e princípios do federalismo, assim como as isenções de ICMS acirram os ânimos econômicos e implementa a disputa por novos sujeitos não contribuintes. Tal quadro acarreta um federalismo atípico, de natureza competitiva, pois privilegia interesses locais, enquanto a razão de ser da Federação reside no bem-estar global da nação.

O processo de alocação de investimentos em certas regiões do país motivado exclusivamente por atrativos fiscais, acirrando a competitividade entre os entes e descaracteriza, portanto, o federalismo cooperativo. Nesse sentido, mostra-se conveniente, para coibir essa prática e preservar o federalismo cooperativo, o advento de um agente intermediador que cria parâmetros a estes incentivos, o que se ajusta à sistemática prevista no art. 155, §2º, XII, “g” da CF c/c LC 24/75.

Ou seja, o federalismo fiscal brasileiro deve guardar afinidade com o modelo de federalismo cooperativo, notadamente pela coordenação de atividades e poderes entre os entes da Federação. É no sentido da preservação do equilíbrio federativo que, conforme ensina Elali (2005, p. 68), não obstante a competência tributária para instituição do ICMS ser dos Estados e do Distrito Federal, o texto constitucional regula em grau máximo seu âmbito de atuação, por se tratar de imposto que deve manter uma unidade nacional.

Desta maneira, os dispositivos do art. 155, §2º, XII, “g” da CF/88 c/c o art. 1º da LC 24/75, quando determinam a obrigatoriedade de convênios unanimemente deliberados pelos Estados membros e pelo Distrito Federal, como requisitos prévios

para a concessão de benefícios fiscais de ICMS, revela-se como medida que visa a diminuir os ímpetus competitivos entre os entes da Federação, de forma a reforçar o caráter de cooperação entre os membros do Estado Federal, assim como o equilíbrio fiscal.

O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, já decidiu no sentido de que são inconstitucionais os incentivos fiscais de ICMS que não sejam amparados por convênios do CONFAZ, na forma que estabelece a LC 24/75, com base no art. 155, §2º, XII, “g”, por entender que, em caso contrário, o equilíbrio na federação estaria prejudicado.

No mais, o Supremo Tribunal Federal já apontou variadas vezes que as renúncias de receita em matéria de ICMS dependem de convênio deliberado de forma unânime pelos Estados e pelo Distrito Federal, apontando que o ICMS é um tributo de característica nacional, pelo que o constituinte determinou que fossem observadas as regras estabelecidas em lei complementar federal em se tratando de benefícios tributários para evitar que um Estado prejudicasse outro sob o disfarce de sua autonomia. Tal entendimento consta expressamente do voto condutor, e seguido unanimemente, do Ministro Maurício Corrêa, relator da ADI 286, julgada em 22 de maio de 2002, em que cita seu voto e acórdão da Medida Cautelar da ADI 2376.

A preocupação com o equilíbrio fiscal federativo, o repúdio à guerra fiscal entre os Estados e a supremacia do texto constitucional do art. 155, §2º, XII, “g”, complementado pelo art. 1º da LC 24/75 vem fazendo o STF julgar inconstitucionais várias leis e instrumentos normativos estaduais que concediam benefícios fiscais, sobre as mais variadas denominações e argumentos sem passar pela autorização unânime no CONFAZ. Alguns exemplos dos precedentes do Pretório Excelso sobre o assunto são: a ADIn 84, julgada em 5-2-1996, relatada pelo Min. Ilmar Galvão; ADInMC 902, de 3-3-1994, Relator Min. Marco Aurélio; ADI 1179, julgada em 13.11.2002, relatada pelo Min. Carlos Veloso; ADInMC 2.352, julgada em 19-12-2000, Relator: Min. Sepúlveda Pertence.

Nesse mesmo sentido, na sessão do dia 01 de junho de 2011, foram julgadas procedentes doze ações diretas de inconstitucionalidade, inclusive a de número 1247/PA, na qual foi declarado inconstitucional o art. 12 da Lei 5780/93 do Estado do Pará, que permitia a concessão de benefícios fiscais ou financeiros que resultassem exclusão ou redução de ICMS, independentemente de autorização do

CONFAZ, nos casos de notória necessidade de defender a Economia do Estado e a capacidade competitiva dos empreendimentos locais.

O Supremo Tribunal Federal seguiu novamente seus precedentes quando, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.936, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, julgou inconstitucional lei do estado do Paraná, pela qual, uma vez sendo concedido benefício fiscal de ICMS por um estado, sem observância dos procedimentos estabelecidos na Lei Complementar 24/75, aquele estado estaria autorizando a assim também proceder. Foi afastada, pelo Pretório Excelso, uma possível “compensação de inconstitucionalidades” ou “direito de vingança” (ALEXANDRE, 2009, p. 158), que só acirrariam os ânimos da guerra fiscal e ressaltaria o caráter competitivo, em detrimento dos preceitos do federalismo cooperativo, devendo permanecer a inconstitucionalidade das normas concessivas de incentivos fiscais pelos Estados sem prévia aprovação do CONFAZ.

Enfim, em quase todas as vezes que se viu diante de dispositivos legais e infralegais editados por estados membros ou pelo Distrito Federal que concediam benefícios fiscais de ICMS sem passar pela autorização unânime dos demais estados no CONFAZ, o STF declarou as respectivas normas como inconstitucionais, imputando a ofensa ao disposto no art. 155, §2º, XII, “g”, da Constituição Federal de 1988, complementado pelo art. 1º da LC 24/75.

Dialogando com a teoria de Schauer, que adota os precedentes como regra, os precedentes mencionados acima trariam, como predicado factual (generalização), a concessão de incentivos fiscais de forma unilateral pelos Estados ou pelo Distrito Federal, sem que tivesse sido precedido pela anuência dos demais Estados no CONFAZ.

A consequência da aplicação dessa generalização, de acordo com o conjunto de julgados anteriores, é que todas as normas dessa natureza seriam inconstitucionais, devendo prevalecer tal regra ainda que a justificativa não estivesse presente. Ou seja, mesmo não estando presente a “guerra fiscal” entre os Estados em questões envolvendo incentivos fiscais de ICMS, seguindo-se a teoria de precedentes como regra de Schauer, as normas concessivas desses incentivos deveriam ser julgadas inconstitucionais.

Ocorre que, não foi isso que aconteceu no julgamento da ADI 3421, julgada em 05 de março de 2010, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio. Neste

juízo, o STF não adotou a teoria dos precedentes como regra. Passamos a expor as razões dessa nossa conclusão.

A ação em comento foi ajuizada pelo governador do Estado de São Paulo e pretendia ver declarada inconstitucional a lei 14.586, de 22 de dezembro de 2004, do Estado do Paraná. Tal lei, em seu artigo primeiro, confere isenção do ICMS nas contas de serviços públicos estaduais próprios, delegados, privatizados de água, luz, telefone e gás de igrejas e templos de qualquer culto, desde que os imóveis estivessem na propriedade ou posse dessas igrejas e que fossem, efetivamente, utilizados para práticas religiosas.

O autor da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade adotou como argumento principal justamente a ofensa ao art. 155, §2º, XII, “g”, da Constituição Federal de 1988, combinado com a Lei complementar 24/75, pois não constava da referida lei a necessidade de prévio convênio firmado pelos Estados junto ao CONFAZ, uma vez que se trata de renúncia de receita no âmbito do ICMS. É sobre esse argumento que a análise proposta neste artigo se concentrará.

Se o Pretório Excelso tivesse seguido a doutrina de “Precedentes como regra”, de Schauer, a referida lei paranaense teria sido julgada inconstitucional, uma vez que o predicado factual firmado nos demais precedentes, qual seja a existência de renúncia de receita de ICMS sem prévio convenio interestadual estaria presente e a conclusão dos precedentes anteriores deveria se impor. De nada importaria, para a tomada da decisão pelo tribunal, que a justificativa, no caso a necessidade de preservar o equilíbrio federativo entre os Estados e evitar a “guerra fiscal” por meio do ICMS, estivesse ou não presente.

No entanto, o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, seguido de forma unânime pelo Tribunal, foi justamente no sentido de fazer preponderar a justificativa em detrimento da regra criada nos precedentes.

Inicialmente, cabe ressaltar que o Ministro relator considerou as igrejas e templos de qualquer culto como contribuintes de fato do ICMS cobrado nas contas dos serviços públicos estaduais, pois, embora as contribuintes de direito sejam as empresas públicas ou concessionárias desses serviços, o valor do imposto recairá no preço da fatura, sendo, portanto, suportado pelas entidades religiosas.

Principalmente, o STF entendeu que, no caso em análise, não estava presente qualquer tipo de competição entre os Estados utilizando renúncias de receitas de ICMS, o que tanto os dispositivos constitucionais e legais, assim como

os precedentes adotam como justificativa para declarar normas desse tipo como inconstitucionais. Ou seja, as renúncias de receita em questão, por beneficiar igrejas e templos de qualquer culto, não trazem consigo qualquer acirramento concorrencial por empreendimentos econômicos, como ocorria nos casos que serviram de base aos precedentes do Tribunal.

Dada a relevância central do tema, vale transcrever parte do voto condutor do Ministro Marco Aurélio:

A disciplina legal em exame apresenta peculiaridades a merecerem reflexão para concluir estar configurada, ou não, a denominada 'guerra fiscal'. (...) Ao lado da imunidade, há a isenção e, quanto ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, visando a editar verdadeira autofagia, a alínea *g* do inciso XII do § 2º do art. 155 da CF remete a lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

A lei complementar relativa à disciplina da matéria é a número 24/1975. Nela está disposto que, ante as peculiaridades do ICMS, benefícios fiscais não de estar previstos em instrumento formalizado por todas as unidades da Federação. **Indago: o preceito alcança situação concreta que objective beneficiar, sem que se possa apontar como alvo a cooptação, não o contribuinte de direito, mas o contribuinte de fato, presentes igrejas e templos de qualquer crença, quanto a serviços públicos estaduais próprios, delegados, terceirizados ou privatizados de água, luz, telefone e gás? A resposta é negativa.**

A proibição de introduzir-se benefício fiscal, sem o assentimento dos demais estados, tem como móvel evitar competição entre as unidades da Federação e isso não acontece na espécie. (grifo nosso).

Diante da leitura do trecho do voto do Ministro, podemos concluir que o caso em análise não foi decidido em conformidade com a teoria dos precedentes como regra, pois, uma vez detectada a experiência recalcitrante, qual seja a inexistência da justificativa que motiva a regra, esta última não foi aplicada, cedendo lugar em importância para a justificativa. Dito de outra maneira, o STF, ao optar pela justificativa da regra, realizou a distinção e não aceitou os custos da experiência recalcitrante (violação de um direito fundamental).

A decisão da ADI 3421 pode ser analisada com base na teoria dos princípios (“precedentes como princípio”), que dialoga com a concepção do “Direito como integridade”, de Ronald Dworkin. Isso porque, no caso, ao invés de seguir estritamente a regra dos precedentes sobre o assunto, procurou uma decisão que fosse coerente com os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente

o respeito à liberdade de crença e culto. Além disso, foi relevante a não observância da utilização de renúncia de receita como fomento à guerra fiscal entre os Estados.

A analogia do “romance em cadeia” pode ser observada no voto do Ministro Marco Aurélio, ainda que não tenha sido explicitada. Isso porque o Ministro, ao se pronunciar pela constitucionalidade da citada lei paranaense, se debruçou sobre as razões jurídicas e morais que levaram o Constituinte de 1988 a prever a existência de convênios interestaduais como condição de validade constitucional das normas concessivas de incentivos fiscais de ICMS, quais sejam a necessidade de preservar o equilíbrio federativo entre os Estados-membros e evitar de renúncias de receita desse tributo ICMS como atração de empreendimentos econômicos, a chamada “guerra fiscal”. Não os encontrando na citada lei paranaense, o Ministro se voltou ainda à preservação de um direito fundamental, no caso a liberdade de crença e de culto. Isso porque os templos das religiões mais diversas, tendo que arcar com o ICMS das contas de serviços públicos essenciais, que lhe seria repassado nas respectivas faturas pelos contribuintes de direito, teriam suas atividades mais dificultadas, pois tal exação tributária não está prevista na imunidade conferida pelo art. 150, VI, “b”, da CF/88.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, apesar de não ter ignorado as razões que motivaram os precedentes, acabou por afastar sua aplicação no caso.

Com o entendimento de que não estaria presente a “guerra fiscal” e com a necessidade de se preservar o direito fundamental à liberdade de crença e culto, o Supremo Tribunal Federal não aplicou os precedentes e realizou uma distinção (*distinguishing*).

Conforme ensinam MacCormick & Summers (1997, p 543-544), um precedente, em geral, é universal, por trazer uma opinião fundamentada de um juiz sobre um determinado assunto, não sendo um ato de escolha voluntarística ou decisão arbitrária, mas sim uma decisão que ganha força, como o resultado de uma diversidade de escolhas articuladas por meio de deliberações e discursos racionais. Embora os precedentes sejam, em geral, universais, sua validade não se dá na base do “tudo ou nada”, como acontecem geralmente com os atos decorrentes de procedimentos formais. Sua validade se dá por meio de forças ou pesos, o que faz ele ser ou deixar de ser aplicado em determinados casos, sob a influência de determinadas circunstâncias.

Nesse sentido é que se dão as distinções, que são, na realidade, afastamentos dos precedentes em determinadas circunstâncias, sem importar que sua aplicação tenha sido superada para os casos que se amoldem àqueles de sua concepção inicial.

Os precedentes gerais, em que pese sua força, até mesmo vinculante, permitem afastamentos, como as distinções. Tais afastamentos, para estarem em consonância com a ordem jurídica, devem ser fundamentados de forma adequada pelo juiz ou Corte que o realiza, sendo preferível que sejam excepcionais. Tais afastamentos podem ser declarados ou não, conforme explicitem ou não o precedente geral do qual se afastam (SUMMERS; ENG, 1997, p. 520-523).

Em que pese o sistema do *stare decisis*, não deve haver aderência aos precedentes de forma irrestrita, em todos os casos. Assim, em muitas ocasiões, os tribunais se afastam dos precedentes, especialmente sob a forma de *overruling* (superação dos precedentes) ou do *distinguishing*, que limitam seu alcance. Os afastamentos dos precedentes acima citados, no entendimento de Hershovitz (2006, p. 113-114), são, na realidade, parte essencial do *stare decisis*, pois o julgador deve decidir tendo em vista a integridade do direito, contemplando os valores mais fundamentais da ordem jurídica.

O afastamento dos precedentes também é admitido no direito brasileiro, até mesmo diante de decisões com efeitos vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, Mendes, Coelho & Branco (2009, p. 1286) doutrinam que não deve haver autovinculação estrita do STF a seus próprios precedentes, pois isto significaria uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, tarefa que cabe aos órgãos de jurisdição constitucional. No entanto, no caso de mudança de posicionamento, este deve ser feito com base em uma crítica fundada à decisão anterior, acompanhada da exposição das razões que justificam a mudança, em um duplo dever de justificar-se.

O respeito à integridade fará o julgador seguir um precedente, mas poderá também, quando necessário, superá-lo ou deixar de aplicá-lo quando houver uma distinção.

No caso da ADI 3421, o Supremo Tribunal Federal se afastou dos precedentes, pois sua aplicação naquele caso não seria compatível com o direito como integridade. Inicialmente porque, nesse caso, não estaria presente a “guerra fiscal” entre estados, a fim de atrair investimentos econômicos. Além disso, a lei

paranaense ora analisada buscou proteger direitos fundamentais e tidos como relevantes para a concepção atual de direito, como é a liberdade de crença e culto.

A decisão judicial da Corte maior atende aos anseios da integridade e coerência com os princípios da comunidade jurídica. Ao primar pela proteção de um direito fundamental, o referido acórdão atende ao teste da adequação às escolhas passadas feitas pelo Constituinte, especialmente a consagração da liberdade de crença e culto e a proteção aos locais em que as manifestações são realizadas no texto do art. 5º, VI e VIII.

No mais, esta decisão atende ao teste da justificativa. Utilizando a metáfora do romance em cadeia de Dworkin, a avaliação que fazemos é que a decisão em questão corresponde a um capítulo bem escrito do romance. Ou seja, quando prima pela proteção de direitos fundamentais, o julgado em análise atende, em uma mirada prospectiva, para o futuro, os anseios que entendemos serem almejados e fortalecidos pela comunidade jurídica brasileira. Ganha destaque aqui a facilitação das mais diversas e plurais atividades religiosas e de culto, como prevê a Constituição Federal.

Nesse caso, tanto o teste da justificativa quanto o adequação se voltam à proteção dos direitos fundamentais, especialmente aqueles relacionados à liberdade de crença e de culto. Tal confusão entre adequação e justificativa lhes é peculiar, pois conforme afirma Dworkin (2007, p. 279) *“não podemos estabelecer uma distinção muito nítida entre a etapa em que o romancista em cadeia interpreta o texto em que lhe foi entregue e a etapa em que ele acrescenta seu próprio capítulo, guiado pela interpretação pela qual optou”*.

O acórdão da ADI 3421, na forma do voto do Ministro Marco Aurélio, realizou, a nosso ver, a distinção de maneira adequada, uma vez que fundamentou suas razões na inexistência de guerra fiscal no caso em questão, além da proteção a um direito fundamental, qual seja a liberdade de crença e de culto. Embora, na fundamentação, o Ministro não tenha explicitado os precedentes do STF sobre o assunto, no relatório ele cita os acórdãos mencionados pelo autor da ação, cujos resultados, se seguidos, levariam à procedência da ADI, com a consequente declaração de inconstitucionalidade da lei paranaense. No mais, o relator, no voto, deixa clara a justificativa que motivou os precedentes do STF sobre renúncias de receitas de ICMS unilaterais, qual seja o repúdio à guerra fiscal entre os Estados.

Por fim, o acórdão da ADI 3421, ao afastar a aplicação dos precedentes do STF sobre incentivos fiscais unilaterais de ICMS, atende aos anseios do direito como integridade, pois mostra coerência com os princípios da comunidade jurídica brasileira, especialmente a proteção de direitos fundamentais relacionados à liberdade de crença e de culto.

4.3.2 *Leading case*: HC 110.280/MG

Outro caso emblemático que pode nos ajudar na análise crítica da utilização da técnica do *distinguishing* pelo STF é o julgamento do HC 110.280, ocorrido em 07 de agosto de 2012, cuja relatoria coube ao Ministro Gilmar Mendes.

Na situação dos autos, a Defensoria Pública da União (DPU) impetrou habeas corpus em favor de Rafael de Oliveira, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que denegou a ordem nos autos do HC 203.161/MG (rel. Min. Jorge Mussi), cuja ementa a seguir se transcreve:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. ART. 366 DO CPP. PROVA TESTEMUNHAL. MEDIDA CAUTELAR. CARÁTER URGENTE. FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA. COLHEITA EM RELAÇÃO AO CORRÉU QUE COMPARECEU AOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Não obstante o enunciado n. 455 da Súmula desta Corte de Justiça disponha que *'a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo'*, a natureza urgente ensejadora da produção antecipada de provas, nos termos do citado artigo, é inerente à prova testemunhal, tendo em vista a falibilidade da memória humana, motivo pelo qual deve ser colhida o quanto antes para não comprometer um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade dos fatos narrados na denúncia.

2. Não há como negar o concreto risco de perecimento da prova testemunhal tendo em vista a alta probabilidade de esquecimento dos fatos distanciados do tempo de sua prática, sendo que detalhes relevantes ao deslinde da questão poderão ser perdidos com o decurso do tempo à causa da revelia do acusado.

3. O deferimento da realização da produção antecipada de provas não traz qualquer prejuízo para a defesa, já que, além do ato ser realizado na presença de defensor nomeado para o ato, caso o acusado compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que entender necessárias para a comprovação da tese defensiva.

4. Na hipótese vertente, o Magistrado Singular determinou a produção antecipada das provas ao argumento de que a colheita dos elementos de informação já ia ser realizada em relação ao corréu Geifferson - que havia comparecido aos autos e apresentado a sua defesa -, razão pela qual as oitivas das testemunhas, que seriam comuns, já poderiam ser aproveitadas

para o paciente revel, assegurando, ainda, que o ato seria efetivado na presença de defensor dativo, fundamentação que se mostra idônea a justificar a antecipação da medida.

5. O temor na demora da produção de prova se justifica, ainda, pelo fato do suposto delito narrado na denúncia ter ocorrido em 2008, isto é, aproximadamente 2 (dois) anos antes de proferida a decisão que deferiu a produção antecipada de provas, correndo-se enorme risco de que detalhes relevantes do caso se perdessem na memória das testemunhas, circunstâncias que evidenciam a necessidade da medida antecipatória.

6. Ordem denegada.

Para facilitar a compreensão da discussão, observemos a seguir trecho do relatório do HC110.280/MG:

Na espécie, o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 155, § 4º, IV, do CP (furto qualificado pelo concurso de agentes).

Citado por edital, o acusado não constituiu defensor nem apresentou resposta.

Considerando que o corréu, citado pessoalmente, apresentou defesa, o Juízo de origem designou audiência de instrução e julgamento, consignando que o ato, em relação ao paciente, constituiria produção antecipada de provas, nos termos do art. 366 do CPP.

A defesa, então, impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ/MG), alegando ausência de fundamentação da decisão que determinou a antecipação da prova oral, em virtude da ausência de indicação da necessária urgência para a hipótese.

A 1ª Câmara Criminal da Corte estadual denegou a ordem.

Daí, a impetração de *habeas corpus* no STJ, cuja ordem também foi denegada, consoante se depreende da ementa transcrita.

Agora, a defesa reitera os argumentos submetidos a exame do TJ/MG e do STJ, para sustentar a ausência de fundamentação válida para a antecipação da prova oral.

Requer a concessão da ordem, *a fim de que seja declarada a nulidade da prova oral indevidamente antecipada, desentranhando-se dos autos.*

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

O HC sustenta basicamente que não há fundamentação válida para a antecipação de provas, pois *a falibilidade da memória humana não constitui circunstância excepcional a justificar de forma idônea a mitigação ao exercício da autodefesa.*

Argumenta também que *a prova produzida à revelia do réu, sem lhe permitir o exercício da autodefesa, está, desde já, incutida no magistrado, a ponto de interferir em eventual produção probatória posterior, com a presença do acusado.*

Com isso, a impetrante requer declaração de nulidade da prova oral antecipada, solicitando o seu desentranhamento dos autos.

Em seu voto, o relator Min. Gilmar Mendes transcreveu doutrina que esclarece as hipóteses em que se admite a antecipação de provas no processo penal:

Provas antecipadas são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância. É o caso do denominado depoimento *ad perpetuam rei memoriam*, previsto no art. 225 do CPP: *'Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento'*.

(...) Outro exemplo de prova antecipada é aquele constante do art. 366 do CPP, em que, determinada a suspensão do processo e da prescrição em relação ao acusado que, citado

por edital, não tenha comparecido nem constituído defensor, poderá ser determinada pelo juiz a produção antecipada de provas urgentes, nos termos do art. 225 do CPP. Nesse caso, para que se imponha a antecipação da prova urgente, deve a acusação justificá-la de maneira satisfatória (v.g., ofendido com idade avançada). *Isso porque, na visão dos Tribunais Superiores, a inquirição de testemunha, por si só, não pode ser considerada prova urgente, e a mera referência aos limites da memória humana não é suficiente para determinar a medida excepcional.* (LIMA, 2011, p. 838-839).

Outros doutrinadores também compartilham a tese de que a produção antecipada de provas deve ser vista como exceção e não como regra, em vista da observância do contraditório. Vejamos:

O tratamento dado pela lei n. 9.271/96 à revelia, determinando a suspensão do processo – com a correlatada suspensão do curso do prazo prescricional – para o acusado que, citado por edital, não compareça e não constitua advogado, tem, antes de tudo, fundamento constitucional.

Com efeito, as garantias do contraditório e da ampla defesa sob o aspecto dinâmico (correspondendo à igualdade de armas), indicam a necessidade de sua observância efetiva e concreta, não se satisfazendo com um enfoque meramente formal. O contraditório, em seu primeiro momento, deve corresponder à informação, pela qual se fará possível o exercício da defesa, e essa necessidade de informação fica praticamente infirmada pela ficção de uma citação editalícia.

A leitura sensível e atenta do texto constitucional já indicava a incompatibilidade entre uma condenação à revelia, sem a efetiva observância do devido processo legal, e as garantias constitucionais. (GRINOVER, 1996).

(...) O que a lei deseja, evidentemente, é que a fase mais importante do processo, ou seja, a instrutória, não se realize sem que o réu dela tenha conhecimento, sem que o réu tenha contato com defensor público, fornecendo-lhe informações sobre as testemunhas arroladas na denúncia ou na queixa, permitindo-lhe à época própria, requisitar diligências (...). Dizer-se que toda prova oral é urgente é sofismar com o sistema processual. Tanto assim não é que, quando a prova oral for realmente urgente, naquele caso específico, caberá à parte requerer a medida cautelar

de antecipação de prova testemunhal, prevista no art. 225 do CPP. (*A suspensão obrigatória do processo* (JARDIM, 2000).

Como se nota, o tratamento dispensado pelo legislador e pela doutrina com relação à produção antecipada de provas é de cautela, exige uma interpretação cuidadosa e não um automatismo pernicioso. A produção antecipada da prova somente pode ser admitida em casos extremos, em que se demonstra a fundada probabilidade de ser inviável a posterior repetição na fase processual da prova. Sua eficácia estará condicionada aos requisitos mínimos de jurisdicionalidade, contraditório, possibilidade de defesa e fiel reprodução na fase processual (LOPES JUNIOR, 2008, p. 561-562).

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal em casos passados já enfrentou a questão e formou vários precedentes sobre a matéria, alguns inclusive citados no voto do Min. Gilmar Mendes, quais sejam: a) HC 108.064/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, maioria, DJe 27.2.2012; b) HC 109.726/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, maioria, DJe 29.11.2011; c) RHC 85.311/SP, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 1º.4.2005; d) HC 96.325/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, unânime, DJe 21.8.2009.

A leitura dos votos que deram origem aos precedentes citados acima e a outros que possuem a mesma linha de raciocínio evidenciam que a convicção do entendimento do STF foi formada por alguns argumentos principais (constituindo aquilo que chamamos de *holding*), como segue: a) a antecipação de prova exige fundamentação da necessidade concreta do ato, não podendo acontecer de forma automática e genérica⁴²; b) a produção antecipada de provas testemunhais durante a suspensão do processo, quando o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado (art. 366 do CPP), pode ocorrer somente nas hipóteses do art.

⁴²Nesse sentido: a) "(...) Por outro lado, de acordo com a jurisprudência desta Suprema Corte, tem-se entendido que toda a antecipação de prova realizada nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal está adstrita à fundamentação da necessidade concreta daquele ato"; b) "(...) No caso em comento, não restou evidenciada a necessidade de antecipação da produção da prova, nos termos exigidos pela legislação processual penal e conforme a jurisprudência desta Suprema Corte, tendo o TJSP se valido de fundamento genérico e despido de concreta motivação, a afastar a possibilidade da pretendida antecipação probatória" (HC 109.726/SP, rel. Dias Toffoli, DJe 29.11.2011, p. 3;6); c) "No caso em comento, não restou evidenciada a necessidade de antecipação da produção da prova, nos termos exigidos pela legislação processual penal e estabelecidos pela jurisprudência desta Suprema Corte, tendo o juízo de origem se valido de fundamento genérico e despido de concreta motivação, a afastar a possibilidade da pretendida antecipação probatória" (HC 108.064/RS, rel. Dias Toffoli, DJe 27.2.2012, p. 3).

225 do CPP⁴³; c) o decurso do tempo e a possibilidade da testemunha esquecer detalhes dos fatos não justificam a adoção da medida excepcional da antecipação probatória⁴⁴; d) como regra, a colheita da prova sem o conhecimento e a possibilidade de fazerem-se presentes ao ato o réu e o defensor por ele constituído importa em violação aos princípios do contraditório e ampla defesa⁴⁵.

⁴³Nesse sentido: a) “É de se ressaltar que a jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que ‘[s]e o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal’” (HC 96.325/SP, rel. Carmen Lúcia, 19.05.2009, p. 769); b) “Outrossim, é cediço na Corte que a produção antecipada de provas testemunhais durante a suspensão do processo, quando o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado (art. 366 do CPP), pode ocorrer somente nas hipóteses do art. 225 do CPP, *verbis*: ‘Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento’”. (voto-vista do Min. Luiz Fux no HC 108.064/RS, rel. Dias Toffoli, DJe 27.2.2012, p. 5).

⁴⁴Nesse sentido: a) “(...) Nos citados arestos, adotou-se o entendimento de que o fundamento do pedido – possibilidade de a testemunha se esquecer de detalhes importantes dos fatos em decorrência do decurso do tempo – não atenderia aos pressupostos legais exigidos pela norma vigente para a adoção dessa medida excepcional” (HC 109.726/SP, rel. Dias Toffoli, DJe 29.11.2011, p. 6); b) “O argumento nevrálgico dos que defendem ou submetem à prova testemunhal, na hipótese de que se cogita, essa urgência automática, capaz de lhe justificar sempre a colheita antecipada, diz com as vicissitudes do transcurso do tempo, no sentido de que, não há meios de prever quando e nem se o réu ou seu defensor comparecerão a juízo, teriam elas caráter de inexorável prejuízo à apuração da verdade processual. Não convence. A prova testemunhal é, todos concordam, precária, decerto a mais precária das provas, mas é-o menos por força da distância temporal entre o fato e o testemunho em juízo do que pelas notórias e insuperáveis deficiências da capacidade humana de perceber, reter e relatar o passado com fidedignidade. O testemunho, posto que insento e insuspeito, nunca é reconstituição viva, nem sequer retrato da história, cujo distanciamento tende apenas a agravar-lhe a inata imperfeição. E é esta a razão mesma por que lhe não atribui a lei processual, como princípio, nenhuma precedência singular na ordem dos atos instrutórios. Se fora urgente por natureza, mandaria a lógica que antecederesse sempre à própria instauração do processo, despindo-se do cunho excepcional que tem na produção antecipada e na produção *ad perpetuam rei memoriam*” (RHC 83.709/SP, rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso, 30/03/2004, p. 288-289); c) “Na espécie, o requerimento do Ministério Público funda-se tão-somente na possibilidade de a testemunha esquecer detalhes importantes dos fatos, em virtude do decurso de tempo, ou deixar seu domicílio, não mais sendo localizada. Ora, o esquecimento pelo decurso do tempo ou a possibilidade de mudança de domicílio são circunstâncias que respeitam a qualquer ser humano. No caso concreto, há meras conjecturas, desacompanhadas de quaisquer elementos que revelem a real necessidade da medida” (RHC 85.311/SP, rel. Eros Grau, 01.03.2005, p. 349).

⁴⁵Nesse sentido: a) “Conforme bem sustentado no parecer do Ministério Público Federal, a colheita da prova sem o conhecimento e a presença do réu ou do defensor por ele constituído importou em violação do devido processo legal e da ampla defesa” (HC 109.726/SP, rel. Dias Toffoli, DJe 29.11.2011, p. 5); b) “A circunstância de a nova redação do art. 366, *caput*, não ter repetido parte do texto dos arts. 92 e 93, já está a sugerir interpretação de que não se produz prova testemunhal antecipadamente, sem estar prefigurada situação concreta de urgência. É que, fosse outro o alcance da novidade normativa, bastaria à lei dar análoga redação ao *caput* do art. 366. Não o fez, porém. E não o fez, porque, entre o risco natural de perda de qualidade da prova por obra do tempo e a fundada lesão à garantia da produção das provas sob o regime do contraditório, reverenciou, como não podia deixar de ser, a cláusula constitucional, que, conformando o *due process* *f law*, tutela o acusado. Não tinha alternativa, aí, o legislador subalterno” (RHC 83.709/SP, rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso, 30/03/2004, p. 290-291); c) “(...) a colheita da prova sem o conhecimento e a possibilidade de fazerem-se presentes ao ato o réu e o defensor por ele

A despeito de reconhecer e citar expressamente os precedentes, o Ministro Gilmar Mendes optou por realizar uma distinção no caso concreto, afirmando, de forma contraditória e inusitada, que “os fundamentos adotados pelo Juízo de origem, corroborados pela Corte estadual e pelo STJ, *mostram sintonia com nossa jurisprudência* (sic)”.

Disse também que “a antecipação de prova testemunhal configurou-se medida necessária, em razão da possibilidade concreta de perecimento (fato ocorrido em 2008)” e que “não haveria prejuízo, pois a produção antecipada foi realizada durante a audiência de instrução e julgamento do corrêu, na presença da Defensoria Pública”.

Outra questão levantada foi que, “caso o acusado compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que julgar necessárias para comprovação da tese defensiva, inclusive, desde que apresente argumentos idôneos, a repetição da prova produzida em antecipação”.

É possível verificar que, apesar de fazer referência aos precedentes do STF sobre a matéria, o Ministro não enfrenta os fundamentos que originaram tais decisões. Por outras palavras, não existiu o necessário confronto do caso concreto sob julgamento com o *holding* dos precedentes anteriores.

A avaliação da utilização ou não da técnica do *distinguishing* acabou sendo prejudicada, pois a distinção realizada não observou o dever de fundamentar. A rigor, o que se percebe é que o voto do Ministro Gilmar Mendes buscou fortalecer o protagonismo judicial, apostando na “boa escolha” do magistrado.⁴⁶

Ao justificar a determinação da antecipação da prova testemunhal com base na limitação da memória humana e o comprometimento da busca da verdade real, o Ministro Gilmar Mendes na realidade *não* mostrou “sintonia com a jurisprudência”, como afirmou em seu voto. Muito pelo contrário, a decisão ignorou o que foi decidido nos casos passados, haja vista que em vários precedentes a Corte firmou posicionamento no sentido de que a possibilidade de esquecimento dos fatos pela testemunha em razão do decurso do tempo não é motivo idôneo a justificar a produção antecipada da prova, até porque se, assim não fosse, em todo caso

constituído importa em violação ao devido processo legal e à ampla defesa” (HC 108.064/RS, rel. Dias Toffoli, DJe 27.2.2012, p. 3).

⁴⁶Para uma reflexão crítica sobre o chamado protagonismo judicial, cf. MOTTA (2012).

haveria de acontecer a antecipação probatória, o que representaria verdadeira tabula rasa das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Realizando um diálogo com a teoria de Schauer, e sua concepção de precedente como regra, podemos concluir que o resultado do julgamento do HC 110.280 seria pela concessão da ordem, uma vez que deveria ser mantida a regra dos precedentes anteriores, que diz que se o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal.

Para Schauer, nada mais importaria do que a leitura do dispositivo legal (art. 225 do CPP) e o exame subsuntivo dos precedentes. Se a situação não se enquadra em uma das hipóteses legais do referido comando legislativo – como é o caso -, cabe ao juiz aplicar os precedentes anteriores, sem cogitar da possibilidade de existência das experiências recalcitrantes, ou seja, situações em que o resultado da aplicação da regra não está de acordo com sua justificativa. Por outras palavras, não se deveria aprofundar o exame da justificativa da regra, ainda que se reconheça que possam existir as chamadas experiências recalcitrantes.

Entendemos que a conclusão a que deveria chegar a decisão do HC 110.280 era mesmo a de concessão da ordem, porém o melhor caminho de raciocínio para tanto não é o defendido pela teoria do precedente como regra, mas sim a teoria do precedente como princípio de Dworkin.

Isto porque, a leitura do *leading case* a partir da concepção de direito como integridade demonstra que para garantir segurança jurídica não precisamos extirpar do direito argumentos e princípios morais. A previsibilidade desejada pelo sistema de precedentes não se encontra no engessamento do Judiciário e na limitação das distinções – como quer Frederick Schauer -, até porque isso pode gerar graves violações a direitos fundamentais como vimos no primeiro *leading case* da pesquisa.

O respeito à confiança do jurisdicionado e a segurança jurídica podem e devem ser alcançadas pela correta interpretação das decisões passadas e pelo respeito à coerência e a integridade, mediante o exercício hermenêutico de perguntas e respostas e considerando os precedentes como normas de cunho principiológico.

Não foi isso que aconteceu no julgamento do HC 110.280. Ainda que não tenha mencionado explicitamente, o Ministro Gilmar Mendes realizou uma distinção

(*distinguishing*), na medida em que concluiu que a limitação da memória humana é sim motivo apto a justificar a antecipação da prova testemunhal, em que pese os precedentes sobre a matéria indicarem o contrário.

Percebemos que o Ministro se afasta dos precedentes – apesar da afirmação surpreendente de que os fundamentos do juízo de origem, corte estadual e STJ mostraram “sintonia com nossa jurisprudência” – sem, contudo, apresentar argumentos que indiquem sua inaplicabilidade ao caso.

Quais peculiaridades estão presentes no caso concreto que justificam a decisão? Quais princípios tais peculiaridades evocam? Quais os casos passados em que tais peculiaridades são observadas? Nada disso se apresenta de modo fundamentado e convincente na decisão; no máximo, o que existe são afirmações genéricas e (ou) transcrições de trechos das decisões proferidas pela instância *a quo*.

Na realidade, a distinção foi realizada sem diferenças aptas a justificar um tratamento diferenciado. O “romance em cadeia” proposto por Dworkin foi quebrado. Um novo capítulo da história foi escrito sem preservação da coerência e integridade do desenvolvimento do direito. E isso pode ser claramente demonstrado quando verificamos que o Ministro Gilmar Mendes não enfrentou a contento um dos principais argumentos que constituem o *holding* dos precedentes anteriores, qual seja a proteção do direito fundamental ao contraditório e ampla defesa do réu citado por edital.

O Ministro limitou-se a transcrever as decisões da corte estadual e do STJ, considerando-as suficientes para a fundamentação de seu julgamento. Em tais julgados proferidos pela instância *a quo* foi declarado que a antecipação na produção das provas poderia ser realizada em nome da celeridade e economia processual. Também ficou assentado que o fato de já haver uma audiência marcada para um corréu, com a intimação de todas as testemunhas (que seriam comuns) e na presença de um defensor dativo, legitimaria a medida antecipatória adotada.

Ora, não é preciso muito esforço para constatar que o simples fato da oitiva das testemunhas serem realizadas na presença de um defensor dativo não assegura o necessário respeito à integralidade do contraditório e ampla defesa. Cotidianamente, verificamos que a presença real do acusado é importantíssima para o exercício do crivo do contraditório, ainda mais tratando-se da colheita de prova oral como é o caso. A práxis mostra que a qualidade e profundidade da prestação do

serviço advocatício (exemplo: formulação de perguntas no momento da audiência, contraditas, impugnações, etc.) está intimamente ligada a relação de confiança entre o cliente e seu patrono. Quando essa proximidade não existe, o advogado perde os detalhes fáticos da demanda e sua atuação transforma-se quase em uma presença “fictícia”, com argumentações “floreadas” por um “juridiquês” vazio com nítido prejuízo a defesa do cliente.

Sendo assim, era de se esperar que o Ministro Gilmar para realizar a distinção (que foi o que acabou acontecendo, ainda que não tenha havido uma referência explícita nesse sentido) tivesse enfrentado a questão à luz do que foi decidido nos casos passados, especialmente os fundamentos no tocante ao direito fundamental do contraditório e ampla defesa do acusado. Para afastar a proteção a tais direitos de magnitude constitucional, deveria haver uma fundamentação precisa e detalhada, mas – repetimos - isso não aconteceu.

O curioso – para não dizer lamentável - é que o Ministro Gilmar Mendes, ao final do voto, ainda cita o HC 108.080/SP, de sua própria relatoria, julgado em 10.04.2012 (DJe 14.06.2012), como fundamento para sua decisão. Sobre isso, duas observações merecem destaque. Primeiro, salta aos olhos o alto personalismo do ministro, pois, apesar da existência de vários precedentes contrários à sua tese, ele não os enfrenta, preferindo simploriamente mencionar (e apenas *mencionar* mesmo, pois não existe nenhuma aproximação ou cotejo entre os casos) um precedente individual seu. Isso quer dizer que o ministro enaltece a sua própria *ratio decidendi*, deixando de lado a *ratio* institucional, do tribunal. Uma visão fechada, individualista, fragmentada, que contraria a lógica hermenêutica do precedente judicial. Segundo, chama atenção o fato de que quando se analisa o voto do citado HC 108.080/SP não observamos qualquer argumentação principiológica convincente capaz de justificar a colheita antecipada da prova. Ao contrário, o que percebemos é uma fundamentação genérica que, a um só tempo, se esconde no clichê “particularidades do caso” e conclui metafisicamente – juntamente com a corte estadual - que “a produção da prova testemunhal, numa megalópole como São Paulo, *sempre* será de natureza urgente”.

Quando a lei prevê que *o juiz pode determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes*, sua decisão deverá estar justificada convincentemente, além de passar pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. Além disso, a urgência deve ser interpretada levando em consideração toda a

história institucional das decisões anteriores que tratam dessa temática, com respeito a coerência e integridade. “Provas consideradas urgentes” não é um enunciado assertórico. A “proposição jurídica” só terá sentido em cada caso concreto. O automatismo na aplicação do dispositivo abre espaço para a decisão que o juiz julgar mais conveniente. “E isso é reforçar o ‘subjativismo-discrionarismo’ dos juízes” (STRECK, 2011, p. 601).

Como se tudo isso não fosse o bastante, o Ministro também acabou contrariando o voto dele próprio proferido no MS 24.268 de 2004, onde se percebe uma autêntica homenagem ao princípio do contraditório com base na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, demonstrando que o direito à tutela jurisdicional corresponde à garantia consagrada no art. 5, LV, da CF, que contém os seguintes direitos: a) Direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; b) Direito de manifestação (*Recht auf Ausserung*), que assegura ao defensor a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; c) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berucksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas. O mesmo voto do Min. Gilmar Mendes incorpora, ainda, a doutrina de Durig-Assmann, ao sustentar que o dever de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwagungspflicht*).

Definitivamente, o entusiasmo do Min. Gilmar Mendes com relação à proteção do contraditório - conforme se verifica no voto acima - não esteve presente por ocasião do julgamento do HC 110.280.⁴⁷

Dessa maneira, entendemos que a decisão do HC 110.28 não é adequada à Constituição, pois realizou uma distinção que violou frontalmente o direito fundamental do contraditório/ampla defesa e a integridade construída pela história dos precedentes sobre a matéria.

⁴⁷Para uma leitura sobre a importância do princípio do contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo, cf. NUNES (2012, p. 224).

5 CONCLUSÃO

Para melhor compreender como o sistema brasileiro chegou a reclamar a necessidade de respeito aos precedentes, foi necessário revisar os diferentes contextos de formação do *civil law* e *common law* e apontar a tendência evolutiva de convergência das duas tradições jurídicas.

A realidade inafastável do neoconstitucionalismo trouxe a reboque significativas transformações no pensamento jurídico contemporâneo (principalmente a partir da segunda metade do século XX), de sorte que percebemos hoje uma grande mudança na feição da atividade desenvolvida pelo julgador brasileiro. Sob o influxo da força normativa da Constituição, o magistrado desempenha um papel muito mais interpretativo, ultrapassando a mera dicção (subsuntiva) da letra da lei, como imaginava a doutrina clássica do *civil law*.

Toda essa carga hermenêutica trazida pelo constitucionalismo também provocou conseqüentemente mudanças na maneira de compreender o fenômeno processual. Seja qual for a nomenclatura que se queira dar a esta nova fase metodológica da ciência processual (*neoprocessualismo*, *formalismo-valorativo* ou *neoinstitucionalismo*), é importante perceber que o processo precisa ser visto e estudado sob o enfoque da Constituição e que a jurisdição deve ser compreendida a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Foi nesse contexto que o trabalho procurou apresentar a aproximação entre as duas principais tradições jurídicas do ocidente (*civil law* e *common law*), com a finalidade de quebrar o dogma da incompatibilidade do *stare decisis* com o *civil law*.

As características do nosso ordenamento jurídico exigem respeito aos precedentes. O hibridismo encontrado no Brasil no que se refere ao controle de constitucionalidade e o poder-dever que tem o juiz brasileiro de controlar a constitucionalidade da lei nos casos concretos evidencia que não é possível prescindir de precedentes obrigatórios.

Nem se alegue que a implementação de um sistema de precedentes no direito brasileiro necessitaria de reforma constitucional. “Como parece óbvio, é da própria previsão de tribunais com competência para dar unidade ao Direito e da necessidade de coerência como qualidade ínsita ao sistema jurídico que surge a necessidade de respeito aos precedentes” (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 17). Aliás, basta ler a redação do art. 102 (missão do STF de guarda da Constituição) e

do art. 102, I, alínea “I” (previsão da reclamação constitucional) para perceber que o constituinte ampara esta tese (sistema de precedentes).

Outra característica do ordenamento jurídico brasileiro que reforça a necessidade de precedentes obrigatórios é a profusão de normas processuais abertas. Enquanto as cláusulas gerais proporcionam uma maior abertura do sistema, os precedentes servem como limite e controle da atividade jurisdicional.

Os precedentes surgem para evitar arbitrariedades e “decisionismos”⁴⁸. O magistrado ao preencher o conteúdo de uma cláusula geral deve fazê-lo de maneira adequada e fundamentada, e isso passa pelo exame do catálogo de precedentes e por uma visão integrativa e intersistemática, sempre buscando os argumentos de princípio que justificaram a formação do precedente e o exame das circunstâncias do caso concreto sob julgamento.

O princípio da igualdade é também muito importante na compreensão dos precedentes, uma vez que extrapola a noção de aspectos internos do processo, onde a preocupação restringe-se ao tratamento igualitário dado às partes e a possibilidade que estas possuem de litigar em “igualdade de armas” e influir no convencimento do julgador. A partir de uma perspectiva constitucional, o princípio da igualdade não vincula apenas o legislador no momento da elaboração da lei, mas também o juiz quando da aplicação desta. O conteúdo da igualdade revela que as normas não possuem interpretações prévias e estáticas, mas sim que devem considerar o princípio jurídico que justifica o precedente, possibilitando o desenvolvimento do direito.

Apesar do reconhecimento da utilidade e necessidade de precedentes para o desenvolvimento do direito, o trabalho apresentou crítica ao modo como, atualmente, se compreende os precedentes no Brasil. Não existe aplicação mecânica na solução de casos mediante a utilização do precedente judicial. A consolidação da doutrina dos precedentes em nosso país deve ser fruto da evolução histórica, política e filosófica. A promulgação de uma lei não representará a instalação do *stare decisis* no Brasil, tampouco atestará a “*commonlização*” de nosso sistema jurídico. O elemento hermenêutico é ínsito ao conceito de precedente e fundamental para a sua compreensão. Se desconsiderarmos essa realidade, continuaremos a insistir em uma espécie de metafísica jurídica, onde ementas e

⁴⁸Para uma crítica sobre as diversas formas de decisionismo, ver Streck (2013).

verbetes de casos passados são utilizados de forma indiscriminada como proposições generalizantes e desvinculados dos fatos que lhe deram origem. Por outras palavras, é necessário afastar a cultura *prêt-à-porter* e reconhecer que o precedente é fruto de intenso debate e atividade interpretativa, cuja aplicação não acontece por mera subsunção.

Foram apresentadas duas concepções gerais e opostas sobre precedente de dois autores norte-americanos: teoria do “precedente como regra” de Frederick Schauer, pela qual os precedentes devem ser obedecidos ainda que o resultado de sua aplicação venha a contrariar a justificativa, e a teoria do “precedente como princípio” de Ronald Dworkin, que entende que os precedentes devem ser seguidos ou afastados no caso concreto respeitando os princípios e valores relevantes de uma comunidade jurídica, estando tal concepção em sintonia com a noção de “direito como integridade”.

Acolhemos as teses de Dworkin e rejeitamos as de Schauer. Vimos que a compreensão dos precedentes como regra (Schauer) parte de premissas positivistas da interpretação e dificulta sobremaneira a aplicação da técnica da distinção. A rigidez da teoria de Schauer acaba por afastar aquilo que já afirmamos ser precioso no trato com precedentes: os elementos historicista e hermenêutico. A teoria de Dworkin, por sua vez, partindo do pressuposto de que o conceito de direito é interpretativo, permite que os precedentes dinamizem o sistema jurídico, sem olvidar da proteção de direitos fundamentais.

As vinculações que emanam dos precedentes (considerados como normas principiológicas, ou seja, o caráter normativo lhe é ínsito) podem ser de cunho intelectual, quando não existirem mecanismos formais impondo tal vinculação normativa e de cunho dissuasivo, quando mecanismos formais de vinculação determinam a cassação do ato judicial que os contrariar.

As tentativas que visam extrair, quase que matematicamente, o *holding* e o *obiter dictum* são problemáticas. Tal intento não se realiza por meio de fórmulas gerais que possam ser aplicadas em todos os casos. É preciso interpretar o caso sob julgamento, confrontando-o com o que ficou decidido no precedente, ou melhor, com o princípio que fundamenta e justifica a decisão paradigma. Nesse sentido, precisamos considerar que os precedentes são como indícios formais que guiam a interpretação de um juiz sobre o que constitui o direito na perspectiva da integridade.

Não podemos imaginar que a extração do *holding* acontecerá a partir de um juízo prévio sobre a semelhança entre duas situações de fato distintas que, depois, permite julgar que são suficientemente iguais, para aplicar a mesma solução jurídica, tomando como base critérios controláveis. O importante é a identificação de aplicação principiológica, partindo da primazia da pergunta ao que ficou decidido no precedente e buscando preservar a coerência do “romance em cadeia”.

Por fim, a análise de casos permitiu concluir que o STF ainda oscila em seus argumentos e critérios quando não aplica os precedentes existentes sobre determinada matéria e decide de outra forma (técnica da distinção). No primeiro *leading case* (ADIN 3.421-PR), a Corte Suprema se afastou da concepção de precedente como regra e aproximou-se da concepção de precedente como princípio. Concluímos que a decisão foi acertada e utilizou um bom critério para fazer a distinção, qual seja a proteção de um direito fundamental (no caso, a liberdade de crença e culto). Com isso, o STF atendeu aos reclamos da integridade, considerando que esse direito fundamental foi prestigiado pelo constituinte e que a sua proteção está de acordo com os valores mais relevantes da comunidade jurídica brasileira.

Contudo, no segundo *leading case* (HC 110.280-MG), entendemos que a decisão não foi adequada à Constituição, pois realizou uma distinção que violou frontalmente o direito fundamental do contraditório/ampla defesa e a integridade construída pela história dos precedentes sobre a matéria. O caso possibilitou chamar a atenção para uma advertência quanto ao cuidado que se faz necessário na “invocação de precedentes” como guia das decisões. Já foi dito que é preciso invocar julgamentos anteriores que, quando tidos como acertos institucionais, bem servem como “indício formal” das decisões que se seguirão a ele, e que com ele devem guardar a coerência de princípio. Essa prática é louvável, pois chama a atenção do juiz para a necessidade de continuidade da história institucional da Corte ou tribunal. Isto é absolutamente legítimo, correto e recomendável. Agora, outra coisa, bem diferente, é a mera menção de decisões passadas, como se fundamentação fossem, sem a devida reconstrução dos argumentos que foram decisivos num e noutro caso (MOTTA, 2012, p. 182-183).

Pois bem. O que aconteceu no julgamento do HC 110.280-MG foi esta segunda hipótese. Apesar de fazer referência aos precedentes do STF sobre a matéria, o Ministro não enfrentou os fundamentos que originaram tais decisões. Isto

é, não existiu o necessário confronto do caso concreto sob julgamento com o *holding* dos precedentes anteriores, a exemplo da proteção do direito fundamental ao contraditório e ampla defesa do réu citado por edital. O Ministro se afastou dos precedentes – apesar da afirmação surpreendente de que os fundamentos do juízo de origem, corte estadual e STJ mostraram “sintonia com nossa jurisprudência” – sem, contudo, apresentar argumentos que indiquem sua inaplicabilidade ao caso. Ademais, também constatamos que o Ministro Gilmar Mendes, ao final do voto, ainda citou o HC 108.080/SP, de sua própria relatoria, julgado em 10.04.2012 (DJe 14.06.2012), como fundamento para sua decisão. Ocorre que, quando se analisa o voto do citado HC 108.080/SP, não observamos qualquer argumentação principiológica convincente capaz de justificar a colheita antecipada da prova. Ao contrário, o que existe é uma fundamentação genérica que, a um só tempo, se esconde no clichê “particularidades do caso” e conclui metafisicamente – juntamente com a corte estadual - que “a produção da prova testemunhal, numa megalópole como São Paulo, *sempre* será de natureza urgente”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. 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, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. São Paulo: Método, 2009.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo**: uma reengenharia necessária. [2013]. Disponível em: <<http://www.henriquemouta.com.br/textos.php?p=2>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. As causas repetitivas e a ampliação do caráter vinculante dos precedentes judiciais. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coord.). **Processo Civil em movimento**: diretrizes para o novo CPC. Fllorianópolis: Conceito editorial, 2013.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e retroatividade ao sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Jurisdição no processo civil: compreensão crítica**. Curitiba: Juruá, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da . O processo como instrumento de garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. In: Antônio José de Mattos Neto (org.). **Estado democrático de direito e direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. In: __ (org.). **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 1.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 3.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common Law* e de *civil Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A Força dos Precedentes**: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Juspodivm, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELALI, André. **O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional**. São Paulo: MP, 2005.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

GADELHA, Gustavo de Paiva. **Isenção tributária: crise do paradigma do federalismo fiscal cooperativo**. Curitiba: Juruá, 2010.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Quais as bases científicas para um renovado direito processual? In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org). **Bases científicas para um renovado direito processual**. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. Bases para uma atual Teoria Geral do Processo: as técnicas processuais a serviço do acesso à justiça como tutela jurisdicional adequada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial**. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Fundamentos políticos do novo tratamento da revelia”. **Boletim IBCCRIM**, n. 42, Especial, Junho, 1996.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Os direitos fundamentais na jurisdição constitucional e as cláusulas gerais processuais**. 2006. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

HERSHOVITZ, Scott. Integrity and Stare Decisis. In: HERSHOVITZ, Scott (org.). **Exploring law’s empire**. New York: Oxford, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. Reflexão sobre a interpretação e aplicação do art. 366 do CPP. In: **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. v. 1.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

MAGALHÃES, Breno Baía. **Jurisdição Constitucional e Precedentes Vinculantes no Brasil**. 2011. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.

MACCORMINICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. In: __; __ (ed.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2008. v. 1.

_____. Idéias para um “renovado direito processual”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org.). **Bases científicas para um renovado direito processual**. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial**. Salvador: Juspodivm, 2010a. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. In: ____ (coord.). **A Força dos Precedentes**: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Juspodivm, 2010b.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010c.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**. 2013. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 26 fev. 2013.

_____; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**: Críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010.

MAUÉS, Antonio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. **Pensar**, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2010.

_____. Ensaio sobre a harmonização da jurisprudência constitucional. In: **Separata de Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 162, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano. 4, n. 43,

jul. 2000. Disponível em: <jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=108>. Acesso em: 26 fev. 2013.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Padronização Decisória Preventiva e Coletivização: paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional Democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEGORARO, Lucio. **La Justicia Constitucional**: Uma perspectiva comparada. Madrid: Dykinson, 2004.

POLICHUK, Renata. Precedente e Segurança Jurídica. A Previsibilidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A Força dos Precedentes**: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Juspodivm, 2010.

POSTEMA, Gerald. Some roots o four notion of precedent. In: **Precedent in Law**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

PYRRHO, Sérgio. **Soberania, ICMS e isenções**: os convênios e os tratados internacionais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: Teoria da Constituição. Salvador: JusPodivm, 2009.

SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio G. Moreira. A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade. In: **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005.

SCHAUER, Frederick. **Las reglas em juego**: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SEGADO, Francisco Fernández. **La justicia constitucional ante el siglo XXI**: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-kelseniano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. [S.l.]: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A Força dos Precedentes**: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Juspodivm, 2010.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Verdade e Consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUMMERS, Robert S; ENG, Svein. Departures from precedents. In: MACCORMINICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S (ed.). **Interpreting precedents:** a comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: RT, 2004.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In:____. **Participação e processo.** Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988.