

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**TEORIA CONSTITUCIONAL**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.  
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## TEORIA CONSTITUCIONAL

---

### **Apresentação**

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

# PRECEDENTES À BRASILEIRA: UMA ADAPTAÇÃO PECULIAR DA COMMON LAW

## BRASILIAN PRECEDENTS: A COMMON LAW PECULIAR ADJUSTMENT

Victor Ferreira Dias Duarte da Costa  
Allan Carlos da Silva Marques

### Resumo

Hodiernamente, verifica-se uma tendência de adoção do precedente na atividade do Supremo Tribunal Federal (STF), a fim de se construir a coerência da Corte e propiciar celeridade. Traçando um paralelo com a experiência norte-americana, as problemáticas brasileiras ficam evidentes. Nos Estados Unidos são adotados critérios para definir o precedente, o qual não se resume à questão de fato, enquanto no Brasil a substancialidade do caso é tida como vinculante. Em adição, a elevada possibilidade de recursos e os anseios do jurisdicionado por uma segunda opinião que satisfaça sua pretensão agravam a morosidade judiciária, pelo acúmulo de casos que chegam ao STF. Dessa forma, nota-se uma desvalorização do sistema de precedentes no Poder Judiciário, cuja estrutura mecânica se assemelha a uma linha de produção em massa de sentenças, problemática que é agravada quando da resolução do mérito, uma vez que há um alto grau opinativo-interpretativo. Através da metodologia hipotético-dedutiva com revisão bibliográfica, o presente artigo busca compreender a seguinte questão: como construir um princípio de segurança jurídica no STF, garantido sua coerência?

**Palavras-chave:** Teoria institucional; supremo tribunal federal; precedentes

### Abstract/Resumen/Résumé

In our times, there is a trend of adoption of judicial precedent in the judicial activity of the Supreme Federal Court (known as STF) in order to build Courts coherence and provide celerity. Drawing a parallel with the American experience, Brazilian problems became evident. In the United States are adopted criteria to set the precedent, which is not limited to matter of fact, while in Brazil the substantiality of the case is taken as binding. In addition, the high possibility of the resources by the claimant and the desire for a second opinion that satisfies his claim aggravate the judicial delays, because of the accumulation of cases that come to the STF. Thus, there is a devaluation of the precedent system in the Judiciary, whose mechanical structure resembles a production line in mass of sentences, an issue that is compounded when the resolution of the merit, once there is a high degree of judging-interpretation. Through a hypothetical-deductive methodology with literature review, this paper seeks to understand the question: how to build a Legal Security principle in the Supreme Court, guarantying its consistency?

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Institutional theory; supreme federal court; precedents

## INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar a crescente tendência de adoção do precedente judicial na atividade jurisdicional do STF. A partir da constatação da morosidade e, conseqüentemente, da crise de eficiência do Poder Judiciário, o constituinte derivado propôs, por meio da EC nº 45/2004<sup>1</sup>, soluções para dar efetividade às garantias constitucionais e aos preceitos do Estado Democrático de Direito. A tentativa de garantia efetiva e imediata dos direitos do jurisdicionado levou à adoção do efeito vinculante dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF).

Se, por um lado, a tendência do efeito vinculante estimula a construção de um princípio de Segurança Jurídica, por outro, produz uma contradição no sistema jurídico como um todo. O sistema jurídico brasileiro, filiado a uma tradição legicêntrica, vive crescente influência de outra fonte do direito: a jurisprudência. Contudo, vale ressaltar que a autoridade que vem sendo concedida ao precedente pode gerar a homogeneização do pensamento jurídico na medida em que se constitui a chamada doutrina dos tribunais. Como será demonstrado, essa análise pode ser demonstrada por meio da observância das peculiaridades do caso concreto. Assim, o magistrado, quando da aplicação do precedente tem de extrair o “mínimo é”<sup>2</sup>, o DNA do caso, para não dar a casos diferentes o mesmo tratamento jurídico

De fato, no Brasil, as características fáticas são relegadas a um plano secundário. A aplicação dos precedentes pode ser equivocada, uma vez que se faz analogia a partir da matéria dos casos. Ao precedente, não é embutido nenhum critério (parâmetro constitucional) para, a partir da análise das peculiaridades fáticas, efetuar-se o juízo de casos concretos. Nesse sentido, fala-se numa adaptação peculiar da *Common Law*.

A problemática dos precedentes é potencializada pela dimensão opinativo-interpretativa da atividade jurisdicional brasileira. As profundas influências subjetivas da personalidade do magistrado associada à quantidade de recursos processualísticos ocasionam a desmesurada busca da *second opinion*<sup>3</sup>, diante da expectativa de satisfação

---

<sup>1</sup> Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que teve por objetivo determinar significativas mudanças no Poder Judiciário, criou os artigos 102, § 3º e 103-A referentes, respectivamente, à repercussão geral e à súmula vinculante.

<sup>2</sup> STRECK, Lênio. **Súmulas Vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes?** Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo, n. 78, p. 284-319, 2009.

<sup>3</sup> O conceito é teorizado por Adrian Vermeule e consiste no arranjo institucional que permite ou requer duas sucessivas opiniões em alguma questão de fato, causa, política ou de direito, de algum órgão ou

de anseios pessoais. Recorre-se, via de regra, a este mecanismo pela aposta em uma decisão favorável, por um juiz que compartilhe o significado da demanda. Esse fenômeno dificulta a construção de precedentes, que não se baseiam em parâmetros constitucionais, mas em aspectos subjetivos dos magistrados.

Diante dessas considerações iniciais, surge a pergunta: Como construir um Princípio de Segurança Jurídica no STF dadas as críticas sobre a construção de precedentes? Utilizando o método hipotético-dedutivo, pretende-se responder a essa questão ao longo do presente artigo.

## 1. A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

### 1.1 A TENDÊNCIA DE JUDICIALIZAÇÃO E A PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL

No Brasil, com a Constituição de 1988, a atividade do Poder Judiciário deixou de ser restrita ao debate político-jurista, inaugurando institutos e princípios essenciais à prestação jurisdiccional. O texto constitucional consagrou, por exemplo, o princípio da razoável duração do processo<sup>4</sup> – objetivando o combate à morosidade – e o princípio do acesso à justiça<sup>5</sup>. As mudanças estruturais realizadas surgiram como meio para obter a efetivação da democracia e uma sociedade mais justa, com a inclusão de todo e qualquer cidadão na esfera judicial.

Ocorre, contudo, que o Poder Judiciário continua a atravessar uma longa e grave crise que compromete o valor das bases democráticas da República. Restritivamente ao STF, a corte vem sofrendo as consequências de uma crise em decorrência do número agigantado de processos para julgar. Apesar do rigor no juízo de

---

órgãos decisoriais. Numa correspondência com a atividade do STF, nota-se anseios por parte do jurisdicionado em remeter o caso ao Tribunal, com o objetivo de satisfação da questão de direito relacionada à lide. VERMEULE, Adrian. **Second Opinions**. Harvard Public Law Working Paper No. 10 – 38; Harvard Law and Economics Discussion Paper No 673, 2010.

<sup>4</sup> Artigo 5º, LXXVIII, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>5</sup> O princípio abarca diversos dispositivos constitucionais, como a inafastabilidade do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal/1988) e do devido processo legal (artigo 5º, LIV, Constituição Federal/1988).

admissibilidade dos recursos extraordinários, tal fato não tem contribuído para que o Tribunal examine um volume menor de recursos<sup>6</sup>.

De fato, a multiplicação de demandas revela a tendência de judicialização. A conflituosidade é uma característica inerente à condição humana e se expressa no âmbito judicial quando sujeitos de direito levam uma lide ao Estado-juiz, que, por sua vez, determina o vencedor e o perdedor. Essa concepção de conflito associada à questão processualística do grande número de recursos contribui para a proliferação das demandas judiciais. Somados a esses fatores, o esgotamento do judiciário também é causa do número insuficiente de servidores e magistrados e do formalismo imposto pelo Direito.

Se, por um lado, a prestação jurisdicional é um dever do Estado, por outro lado, os direitos de ação e à razoável duração do processo acabam por serem constantemente atingidos. Outras consequências consistem na lentidão do Poder Judiciário no âmbito econômico; no descrédito perante a sociedade, que abala sobremaneira a eficácia de suas decisões e leva insegurança à população. Dada essa incapacidade de ordem técnica, é conveniente buscar alternativas de acesso à Justiça, como a mediação<sup>7</sup>, a arbitragem<sup>8</sup> e a conciliação<sup>9</sup>. Trata-se de mecanismos de solução pacífica de conflitos, que ao evitarem o método processual, contribuem para desafogar o Poder Judiciário da crise na

---

<sup>6</sup> De 2005 a 2014 foram distribuídos no STF 629.175 processos. Dados disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>. Acesso em 10 de março de 2015.

<sup>7</sup> “A mediação é uma técnica não-estatal de solução de conflitos, pela qual um terceiro se coloca entre os contendores e tenta conduzi-los à solução autocomposta. O mediador é um profissional qualificado que tenta fazer com que os próprios litigantes descubram as causas do problema e tentem removê-las. Trata-se de técnica para catalisar a autocomposição.” In: DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil 1: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. Ed. Jus Podivm, 14ª edição, p. 106.

<sup>8</sup> “É a técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e ‘imparcial’ (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio. É, portanto, heterocomposição.” In: DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil 1: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. Ed. Jus Podivm, 14ª edição, p. 110.

<sup>9</sup> “A palavra conciliação é ‘derivada do latim *conciliatio*, de *conciliare* (atrair, harmonizar, ajuntar); entende-se o ato pelo qual duas ou mais pessoas desavindas a respeito de certo negócio põem fim à divergência amigavelmente’. Na conciliação as partes têm uma posição mais proeminente, devido a participarem da solução do conflito. Na verdade, a decisão é um compromisso cujos termos, com estímulo do conciliador, são produzidos pelos envolvidos. Trata-se de um método não adversarial, na medida em que as partes atuam juntas e de forma cooperativa. A conciliação é um procedimento mais rápido. Na maioria dos casos restringe-se a reunião entre as partes e o conciliador. A conciliação objetiva que as partes possam reconhecer os limites do conflito e encontrar uma solução conjunta. É muito eficaz nos conflitos onde, não há, necessariamente, relacionamento significativo entre as partes no passado ou contínuo entre as mesmas no futuro, que preferem buscar um acordo de maneira imediata para terminar a controvérsia ou por fim ao processo judicial.” In: CARDOSO, Antônio Pessoa. **Justiça alternativa: Juizados Especiais**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996. p. 95.

qual está imerso. Dessa maneira, verifica-se a necessidade de mudança do paradigma conflitivo para outro, democrático e dialógico<sup>10</sup>.

A superação da crise de eficiência que assola o Poder Judiciário é imperativa para a efetivação de garantias constitucionais. O Judiciário é ator absolutamente essencial à promoção do Estado Democrático de Direito na medida em que se responsabiliza pela manutenção da autoridade da Constituição e dos fundamentos da República brasileira, elencados no artigo 1º da Lei Maior. Assim, a precária prestação jurisdicional ensejou a Emenda Constitucional 45, que trouxe propostas de solução à crise do Judiciário.

## 1.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E A BUSCA DE SOLUÇÕES

A Emenda Constitucional 45, editada em 2004, criou mecanismos visando a dar celeridade à prestação jurisdicional. Conhecida como “Reforma do Judiciário”, a referida Emenda denota o entendimento da necessidade de se combater a morosidade processual em razão das questões de segurança jurídica e garantia dos direitos fundamentais dos jurisdicionados.

A Repercussão Geral, trazida pela Emenda 45, evidencia o compromisso com a redução das demandas judiciais. Trata-se de um instrumento processual que permite a seleção de recursos extraordinários a serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup>. Essa seleção é feita a partir da relevância jurídica, política, econômica ou social da matéria. A Repercussão Geral encontra-se prevista no artigo 102, parágrafo 3º, da Constituição.

A grande novidade da Emenda 45 foi a adoção da súmula vinculante. Súmulas são, objetivamente, teses jurídicas consagradas por reiteradas decisões. Todo tribunal edita súmulas, que materializam sua jurisprudência. Todavia, a súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal passa, a partir da Emenda, a ter efeito vinculante em relação

---

<sup>10</sup> Verifica-se, hodiernamente, uma tendência de judicialização de conflitos. Essa tendência é verificada devido à conflituosidade humana, que se transformou no paradigma marcante do sistema judicial brasileiro. Esse fenômeno é propiciado pela diversidade de recursos disponíveis aos jurisdicionados, que buscam, às vezes irracionalmente, a *second opinion*, movidos pela expectativa de que seus anseios sejam correspondidos. Diante dessa realidade, propõem-se formas alternativas de acesso à Justiça, como a mediação, a arbitragem e a conciliação, que evitam o método processual. Busca-se, portanto, um novo paradigma, marcado pelo diálogo. Partindo da premissa de que a Democracia só se estabelece a partir do diálogo, fala-se num paradigma democrático e dialógico.

<sup>11</sup> Glossário jurídico do Supremo Tribunal federal:

<<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>>. Acesso em 10 de março de 2015.

aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta – artigo 103-A, caput, CRFB/88. Com esse mecanismo, a súmula funciona como uma fonte informativa do Direito uma vez que serve de instrumento de argumentação pelo advogado e de fundamentação pelo juiz. Com a súmula vinculante, o papel da jurisprudência é potencializado já que a divergência jurisprudencial constitui fundamento de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça<sup>12</sup>. Desse modo, apesar de não possuir o *status* de lei, a referida súmula tem perfil indiretamente obrigatório<sup>13</sup>. Essa constatação nos permite concluir que o Judiciário legisla, e caminha, portanto, na contramão da teoria clássica da separação dos poderes.

A adoção desta súmula não só vicia a separação de poderes<sup>14</sup>, mas também produz uma contradição no sistema jurídico como um todo. Esse diploma judicial, por si só, atribui efeito vinculante ao precedente. Entretanto, o sistema jurídico brasileiro é filiado à família romano-germânica, de orientação legicêntrica. Assim, a contradição mencionada se expressa no fato de a jurisprudência constituir uma fonte paralela à lei num sistema jurídico em que a lei é a fonte primeira do Direito<sup>15</sup>.

Em suma, para solucionar a crise de eficiência do Poder Judiciário, o constituinte derivado aprovou a adoção da súmula vinculante e conseqüentemente, do precedente judicial. Gerou-se uma contradição na medida em que um Estado, adepto do

---

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 49.

<sup>13</sup> LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da Súmula do STF**. Arquivos do Ministério da Justiça, cit; Problemas do direito público e outros problemas, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 279-300.

<sup>14</sup> Ao elaborar uma súmula, o STF “legisla” uma vez que a súmula vinculante tem, no dizer de Victor Nunes Leal, perfil indiretamente obrigatório. Essa constatação nos permite afirmar que a adoção da referida súmula viola a teoria da separação clássica de poderes, que não admite o desempenho por um poder de funções típicas de outro.

<sup>15</sup> Tanto o sistema da *Civil Law* quanto da *Common Law* consideram precedente a presença de consistentes decisões em casos semelhantes através do tempo. A diferença está no fato de o sistema da *Civil Law* não adotar o princípio do *stare decisis* (ou seja, quando as decisões anteriores do Tribunal vinculam o próprio Tribunal) na adjudicação. Na decisão de qualquer questão legal, precedentes compõem um papel persuasivo. As Cortes levam em conta as decisões anteriores que possuem um grau suficiente de consistência no Direito. Quanto maior este nível de uniformidade do julgado passado, maior sua influência para incidir nos casos futuros. O princípio foi primeiro identificado no final do século XVI quando as cortes inglesas começaram a aderir a ações anteriores em matéria de procedimento e súplica (requisições). No final do século XVII e começo do XVIII, a presença de diversos casos que continham os mesmos princípios legais aumentaram a força persuasiva dos achados judiciais. Ao final deste século e começo do próximo, a doutrina do *stare decisis* deixou de ser prática e tornou-se princípio, fazendo com que na *Common Law* nascesse a noção da autoridade vinculante do precedente, tornando-o fonte primária de direito. No caso da *Civil Law*, a evolução guarda para o precedente o papel de uma fonte secundária de direito, tendo os códigos e leis como a fonte primária. Com a consolidação da doutrina da separação dos poderes e o surgimento do ceticismo quanto à perfeição do direito, preocupações ideológicas sobre o papel do judiciário também surgiram. Na prática judicial, as jurisdições da *Civil Law* gradualmente aderiram a um sistema informal de precedentes, na qual uma sequência de casos análogos adquiriram uma persuasiva força enquanto fonte de direito. Este caminho do desenvolvimento legal deu lugar a *jurisprudence constante*, doutrina pela qual a corte é levada a considerar decisões passadas quando há uma uniformidade suficiente em casos passados, mas esta técnica não é absolutamente obrigatória.

*Civil Law* adota características do *Common Law*. Contudo, o judiciário brasileiro precisa amadurecer para construir um princípio de segurança jurídica. A construção e aplicação do precedente constituem atividades complexas que necessitam ser aprimoradas e desenvolvidas no Brasil. Esse aperfeiçoamento passa pela consideração das peculiaridades fáticas quando da aplicação de analogia para solução de uma lide, como será analisado no tópico a seguir.

## **2. A ADOÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO**

### **2.1 PRECEDENTES E SEGURANÇA JURÍDICA**

De fato, a adoção do precedente judicial produz uma contradição no sistema jurídico brasileiro, dada sua filiação à tradição romano-germânica. Entretanto, cabe ressaltar as virtudes dessa mudança de paradigma que vive o direito brasileiro. Por um lado, compromete a separação clássica de poderes, por outro, empresta coerência às cortes judiciárias e garante o princípio da isonomia, constitucionalmente previsto.

Para o filósofo do direito Neil MacCormick, o Estado de Direito exige certa estabilidade no padrão decisório de tribunais<sup>16</sup>. Variações injustificadas e múltiplas decisões para casos semelhantes denotam não apenas um atentado ao Estado de Direito, mas também a incoerência de uma ordem jurídica não uniforme e, portanto, imprevisível.

O precedente judicial é, objetivamente, um conjunto de decisões reiteradas sobre determinada matéria de direito que consolida o entendimento de certo tribunal. Se num sistema jurídico o precedente tem efeito vinculante, ele é capaz de oferecer segurança jurídica na medida em que cada tribunal está sujeito às decisões proferidas por seus magistrados ou por tribunal superior.

Logo, o precedente, se vinculante, gera a padronização dos entendimentos e, conseqüentemente, das decisões. O resultante caráter de previsibilidade das respostas judiciais às demandas dos jurisdicionados nos permite atribuir ao precedente a capacidade de construção de um princípio de segurança jurídica.

### **2.2 A HOMOGENEIZAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO**

---

<sup>16</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 339.

É bem verdade que apenas o sistema que atribui ao precedente posição de destaque pode garantir a coerência do direito, a segurança jurídica e a isonomia. Entretanto, levado às últimas consequências, o precedente constitui a doutrina dos tribunais. Esse entendimento reduz o direito àquilo estabelecido nos pretórios além de suscitar uma homogeneização do pensamento jurídico haja vista que um juiz ou tribunal está vinculado a decisões anteriores<sup>17</sup>.

Deve-se observar que, possivelmente, ao buscarmos a estabilidade do padrão decisório, podemos sobrepor as decisões judiciais aos diplomas legislativos. Trata-se de um atentado à Democracia visto que os magistrados não possuem mandatos políticos e dessa maneira, não são competentes a estabelecer normas jurídicas efetivamente operantes a toda a coletividade.

Além de produzir contradições na estrutura democrática<sup>18</sup>, a homogeneização do pensamento jurídico concebe o direito como aquilo que os tribunais dizem que ele é. A Ciência Jurídica é reduzida a uma ciência exata e os operadores do direito tornam-se meros consumidores de uma doutrina gerada nos tribunais<sup>19</sup>. A estrutura mecânica adquirida pelo sistema de precedentes compromete as efetividades qualitativas da atividade jurisdicional, que se assemelha a uma linha de produção em massa de sentenças.

### **2.3. SUPERAÇÃO DO IMPASSE: OBSERVÂNCIA DAS ESPECIFICIDADES DO CASO**

Ao analisar a tentativa de estabelecer um sistema de precedentes no Brasil, chegamos a um impasse: apesar de os precedentes contribuírem para a construção de um princípio de segurança jurídica e garantirem a igualdade, corroem a estrutura democrática na medida em que, seu efeito vinculante, produz uma homogeneização do

---

<sup>17</sup> SAUSEN, Dalton. **Utilização (in)devida dos precedentes: uma reflexão para além do aspecto quantitativo da prestação jurisdicional**. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, Janeiro: 2011, v.78, n.1, ano XXIX.

<sup>18</sup> Constatado que a adoção do efeito vinculante dos precedentes promove contradições na separação clássica de poderes, essa tendência compromete também a estrutura democrática uma vez que sobrepor precedentes judiciais aos diplomas legislativos. Dessa forma, o legislador, eleito pelo povo, tem legitimidade mas vê seus diplomas sobrepostos por decisões de juízes, estes não legitimados pelo processo eleitoral.

<sup>19</sup> SAUSEN, Dalton. **Utilização (in)devida dos precedentes: uma reflexão para além do aspecto quantitativo da prestação jurisdicional**. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, Janeiro: 2011, v.78, n.1, ano XXIX.

pensamento jurídico baseada na doutrina dos tribunais. Dessa maneira, o sistema de precedentes enfrenta críticas no direito brasileiro.

Cabe ressaltar que as críticas à adoção de precedentes podem ser superadas por meio de uma reformulação do mecanismo de construção dos mesmos. Na verdade, no Brasil, os precedentes apresentam construção e aplicação diversas da *Common Law*. Na tradição anglo-saxônica, o precedente é a aplicação de critérios para a apreciação do caso, entendendo-se aqui critérios como parâmetros constitucionalmente assegurados.

Observando-se a atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, constata-se que a corte não tem aplicado critérios para a construção de precedentes. Consequentemente, as decisões são fundamentadas a partir da matéria dos precedentes. Todavia, a analogia em matéria de fato é reprovável uma vez que desconsidera as especificidades do caso concreto. Dessa maneira, a utilização indevida dos precedentes compromete a legitimidade democrática dos mesmos já que são fundamentados em decisões anteriores dos magistrados em detrimento de parâmetros constitucionais<sup>20</sup>.

De fato, não é possível formar-se precedente judicial sobre matéria de fato. Em verdade, uma decisão anterior só tem valor para apreciação do caso futuro análogo quando encerra certa tese sobre matéria de direito. Essa condição se justifica pela existência de peculiaridades fáticas; nenhum evento pode ser absolutamente igual ao outro. Para o jurista Lênio Luiz Streck, a decisão que originou um precedente contém

---

<sup>20</sup> Sobre tal assunto, já tratavam Vojvodic, Machado e Cardoso. A respeito da construção de uma *ratio decidendi*, ou seja, o conteúdo principal de uma decisão judicial, os autores já tratavam da ausência de uniformidade no tribunal. Cada ministro baseia sua decisão em elementos diferentes do caso, o que geraria diferentes *rationes*. Tomando como base o conhecido "caso Ellwanger", diz-se: "O que se identifica no julgamento do caso Ellwanger, porém, é a escolha, por parte de cada ministro, de um problema específico que, no dizer de cada um, resume a controvérsia como um todo. No limite, ao escolherem problemas diferentes, ao invés de terem perspectivas de interpretação diferentes de um mesmo problema, cada ministro decide um caso completamente diferente." Ao fim do artigo, os autores concluem: "A falta de clareza de uma decisão (quando não se consegue extrair uma *ratio decidendi* do Tribunal ou do voto), por vezes, constitui uma maneira de decidir de maneira informal, evitando formar um precedente do Tribunal que provoque consequências indesejáveis em casos de grande repercussão; a pluralidade de *rationes*, por vezes, joga para o tempo futuro a decisão sobre qual linha argumentativa deve prevalecer. [...] No caso do STF, por não haver um texto único de seus acórdãos e, sim, uma sucessão de votos, é possível que a decisão de um caso produza múltiplas *rationes*, que poderão influenciar a decisão de casos futuros. O desenho institucional do STF favorece, em nossa opinião, a formação de *ratio decidendi* de cada ministro, e não da corte, mas isso não necessariamente é algo ruim." No entanto, discorda-se da visão dos autores no tocante à formação de múltiplas *rationes*. A proliferação de diferentes entendimentos sobre diferentes temas gera insegurança jurídica no momento em que, deixando-se para o futuro a definição do que se estabelecerá como precedente e o que não irá, abre-se margem para que tudo e nada possa ser elevado ao status de precedente. VOJVODIC, Adriana; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF**. Revista Direito GV, v. 5, n. 1, p. 021-044, 2009.

um “mínimo é” a ser desvendado em futuros julgamentos<sup>21</sup>. O “mínimo é” corresponde ao ser do caso, aquilo que o define e o torna peculiar; trata-se da especificidade que o diferencia dos demais casos apreciados pelo tribunal. Esse instrumento analítico proposto por Streck, se efetivamente considerado, é capaz de assegurar a integridade do direito e a Segurança Jurídica, garantindo a legitimidade e manutenção do regime democrático<sup>22</sup>.

## 2.4 O CASO DOS GÊMEOS SIAMESES

No ano 2000, uma lide envolvendo a separação de gêmeos siameses dividiu os juristas britânicos. Jodie e Mary nasceram unidas pela pelve. Jodie era mais forte, segundo os médicos e, portanto, capaz de viver de forma independente. Em contrapartida, Mary era mais fraca, portadora de um cérebro primitivo e dessa maneira, sua sobrevivência dependia de Jodie. De acordo com as evidências médicas, se as gêmeas permanecessem unidas, ambas morreriam. Contudo, se fossem separadas por meio de uma cirurgia, Jodie teria grandes chances de sobreviver independentemente, embora Mary estivesse condenada à morte. Os pais, religiosos, negaram consentimento à cirurgia. Comisso, os médicos apelaram ao judiciário por uma declaração acerca da legalidade do referido procedimento. O tribunal ordinário deferiu a demanda médica. Insatisfeitos com a decisão, os pais foram ao tribunal de recursos, que novamente, considerou legítima a cirurgia. A operação foi realizada e, conforme esperado, Jodie sobreviveu enquanto Mary, não resistiu.

O caso narrado suscitou à época dilemas de ordens legal, ética e religiosa. Relegando a questão moral a um plano secundário e atendo-se à questão jurídica, uma observação referente a precedentes judiciais pode ser feita. Segue a conclusão do julgamento do recurso impetrado pelos pais de Jodie e Mary:

Para evitar que se pense que esta decisão possa se tornar um precedente de dimensões mais amplas, de tal modo que um médico, tendo determinado que seu paciente não pode sobreviver, mate o paciente, é importante reafirmar as circunstâncias únicas para as quais

---

<sup>21</sup> STRECK, Lênio. **Súmulas Vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes?** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 78, p. 284-319, 2009.

<sup>22</sup> SAUSEN, Dalton. **Utilização (in)devida dos precedentes: uma reflexão para além do aspecto quantitativo da prestação jurisdicional.** Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, Janeiro: 2011, v.78, n.1, ano XXIX.

este caso pode ser considerado um precedente. Elas consistem em que seja impossível preservar a vida de X sem acarretar a morte de Y, que Y, pelo só fato de se manter vivo, vá inevitavelmente ocasionar a morte de X em um espaço curto de tempo, e que X seja capaz de sobreviver independentemente mas Y seja incapaz de fazê-lo sob quaisquer circunstâncias (incluindo quaisquer formas de intervenção médica). Como eu disse no início do julgamento, este caso é bastante único. (SAUSEN, 2011)

O caso dos gêmeos siameses ilustra a necessidade de observância das circunstâncias fáticas para a utilização dos precedentes<sup>23</sup>. As especificidades do caso concreto, o “mínimo é” ensinado por Streck, tem de ser considerado quando da aplicação dos precedentes sob pena de transformar a prática jurisdicional numa atividade mecânica de repetição de entendimentos padrões consolidados pela experiência.

Em síntese, o precedente assume papel fundamental num sistema jurídico, mas sua utilização indevida compromete a estrutura democrática. Por um lado, contribui para a integridade do direito, a igualdade e a segurança jurídica, por outro lado produz a homogeneização do pensamento jurídico segundo a doutrina dos tribunais se as circunstâncias fáticas de cada caso não são observadas. Como a redução do direito a uma ciência exata segundo o que é decidido por juízes sobrepõe aos diplomas legislativos as decisões judiciais, a homogeneização do direito corrói o regime democrático. Nesse sentido, não se está a advogar o abandono da influência do precedente judicial, mas sua correta utilização como mecanismo de promoção do Estado Democrático de Direito, sobretudo no Supremo Tribunal Federal.

### **3. A UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTES NOS EUA**

---

<sup>23</sup> “In the unique circumstances of the case, the court was obliged to consider the manner in which each twin was individually able to exercise her right to life; that the balance was heavily in favour of J since the best interests of the twins was to give the chance of life to the twin whose actual bodily condition was capable of accepting the chance to her advantage, even if that had to be at the cost of the sacrifice of the life which was so unnaturally supported; and that, therefore, the least detrimental choice, balancing the interests of M against J and J against M, was to permit the operation to be performed; that (per Robert Walker LJ) there was a strong presumption that the proposed operation, consent to which did not require the court to value one life above another, would be in the best interests of each twin since its purpose would be to give J a reasonably good prospect of a long and reasonably normal life, and, although M's death would be its inevitable consequence, she would obtain bodily integrity and human dignity which was her right, her death was not the purpose of the operation, she would die because her own body could not sustain her life, and her continued life, whether short or long, conferred no benefit on her except possible pain and discomfort and was to her disadvantage.” In: KANNAN, K. **Medicine and the Law**. Oxford, 2014.

O instituto do precedente pode ser entendido como a consistência de interpretações em casos similares, em que a sedimentação jurisprudencial se dá através do tempo. O instituto possui seu lugar na atividade judicial tanto dos países de direito consuetudinário quanto dos países de tradição jurídica romano-germânica, ainda que tenha um papel diferente em cada uma delas<sup>24</sup>.

A mais importante diferença a ser ressaltada é o quanto os juízes são obrigados a seguir o precedente. Nos países de tradição anglo-saxã, segue-se a doutrina legal do *stare decisis*, que vincula as cortes a seguir entendimentos anteriores sempre que possível. Apesar de sua vinculação direta, não se pode dizer que um entendimento anterior seja sempre prevalecente, havendo casos em que é possível a queda de um entendimento anterior e uma conseqüente reinterpretação<sup>25</sup>.

Já nos países da família da *Civil Law*, os precedentes possuem muito mais um papel de persuasão do que propriamente de vinculação imediata, em que os entendimentos anteriores ganham força persuasiva à medida em que se consolidam no tempo. Assim, quanto maior a uniformidade no entendimento de determinada matéria com base em um julgado anterior, maior será o nível de aceitação da mesma na hora de um julgamento. Tal doutrina legal recebe o nome de *jurisprudence constante*.<sup>26</sup>

Essa diferença está relacionada principalmente com a maneira que as famílias romano-germânica e anglo-saxã se desenvolveram ao longo do tempo. Na primeira, o precedente é visto como uma fonte secundária do Direito, enquanto na última é a fonte primária. A evolução histórica dessas correntes jurídicas fez com que o papel dos

---

<sup>24</sup> "There are substantial historical and conceptual differences between the doctrines of precedent in Common law and Civil law traditions. Both legal traditions regard legal precedent as the presence of a sequence of consistent decisions in similar cases over time." In: FON, Vincy; PARISI, Francesco. **Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis**. International Review of Law and Economics, v. 26, n. 4, p. 519-535, 2006.

<sup>25</sup> "Reiterating that 'stare decisis' is not an 'inexorable command' or mechanical formula of adherence to the latest decision, but rather a useful 'principle of policy', the Supreme Court gave several further guidelines for identifying those cases in which overruling precedents would be appropriate. Chief Justice Rehnquist explained for the court that constitutional cases should be particularly susceptible to judicial corrections, because in such cases, 'correction through legislative action is practically impossible.'" In: SELLERS, Mortimer NS. **The Doctrine of Precedent in the United States of America**. The American Journal of Comparative Law, p. 67-88, 2006.

<sup>26</sup> This path of legal development gave rise to *jurisprudence constante*, the doctrine under which a court is required to take past decisions into account only if there is sufficient uniformity in previous case law. No single decision binds a court and no relevance is given to split case law. Once uniform case law develops, courts treat precedents as a persuasive source of law, taking them into account when reaching a decision. The higher the level of uniformity in past precedents, the greater the persuasive force of case law. FON, Vincy; PARISI, Francesco. **Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis**. International Review of Law and Economics, v. 26, n. 4, p. 519-535, 2006.

precedentes e dos juízes evoluísse sob perspectivas diferentes<sup>27</sup>. Ademais, a própria adoção do instituto do precedente em países adeptos da *Civil Law* se deve a uma evolução histórica, quando juristas europeus começaram a questionar até onde leis positivadas eram uma garantia contra abusos<sup>28</sup>.

Isso não quer dizer, contudo, que ambos difiram quanto ao objetivo final, mas apenas que os meios escolhidos foram outros. Tomando como base os países de tradição anglo-saxã, o papel do precedente como fonte primária do direito se dá tanto pela ideia de construir o direito através da própria tradição do país como também pela concepção de que esclarecer o sentido das leis através da sua aplicação em casos as torna mais úteis e seguras aos cidadãos. Ao mesmo tempo, nos países onde há o sistema de *Civil Law*, a subordinação dos juízes às leis intenta evitar a arbitrariedade destes através de sua vinculação a leis positivadas, tornando o direito mais previsível.

Todavia, mesmo em um sistema jurídico em que o foco principal é a construção por meio da tradição, aspectos técnicos são levados em conta para a construção e utilização desses precedentes. Os Justices norte-americanos O'Connor, Kennedy e Souter descrevem a utilização dos precedentes nos Estados Unidos como "prudente e pragmática", com base em cinco parâmetros principais: (1) a conformidade com a *rule of law*; (2) a funcionalidade do precedente antigo; (3) os problemas em se diminuir a confiança nas decisões anteriores que foram tomadas com base naquele precedente; (4) o quanto decisões posteriores minaram o precedente; (5) se os fatos mudaram entre o presente e a época de estabelecimento do precedente<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> The principle of precedent can first be identified at the end of the 16th century when English courts started to adhere to previous custom in matters of procedure and pleading (Berman and Reid, 1996: 446). However, it was not until the 17th and 18th centuries that a substantive rule of precedent developed in Common law systems. In that period, courts were entrusted with the task of 'finding' the law, rather than "making" the law.[...] Most Civil law systems underwent quite a different evolution, relegating case law to the rank of a secondary legal source. Codes and special legislation were recognized as the only primary source of law. In nineteenth century Europe, the doctrine of the separation of powers was understood to imply that '[t]he role of the courts is to solve disputes that are brought before them, not to make laws or regulations". In: FON, Vincy; PARISI, Francesco. **Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis**. International Review of Law and Economics, v. 26, n. 4, p. 519-535, 2006.

<sup>28</sup> "However, European jurists gradually developed a healthy skepticism concerning the ideals of certainty and completeness in the codified law. As memories of the abuses of pre-revolution regimes began to fade, ideological concerns over the judiciary's role were assuaged. In their own judicial practices, civil law jurisdictions gradually adhered to a system of informal precedent law, where a sequence of analogous cases acquired persuasive force as a source of law." In: FON, Vincy; PARISI, Francesco. **Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis**. International Review of Law and Economics, v. 26, n. 4, p. 519-535, 2006.

<sup>29</sup> "They described the use of precedents as 'prudential' and 'pragmatic', depending upon: (1) the rule of law ideal; (2) the workability of the old rule; (3) the hardship caused by upsetting reliance on prior decisions; (4) the extent to which subsequential decisions have undermined old precedents; and (5)

A ideia de *rule of law* é, basicamente, a idoneidade da lei em sua essência. Tal concepção aglutina conceitos-chave do valor social de uma lei, como ser clara e não contraditória, acessível, que dê a todos a oportunidade de segui-la<sup>30</sup>. Sumariamente, prezar pela *rule of law* é prezar pela segurança jurídica.

Os parâmetros (2), (3) e (4) tratam do funcionamento do precedente em questão dentro do próprio sistema que molda o direito consuetudinário. A funcionalidade diz respeito à aplicação e utilidade do precedente em casos posteriores, ao passo que o ponto (4) trata do quanto o precedente, quando posto em paralelo com outros, teve sua interpretação deteriorada. Já o problema de diminuir a confiança nas decisões tomadas anteriormente tem estreita relação com o valor social do precedente, se aproximando bastante da ideia de *rule of law*. Derrubar um precedente é por em xeque todas as outras decisões já proferidas tendo como base aquele fio interpretativo, e cabe à Corte avaliar se a diminuição da segurança jurídica causada pela substituição de um precedente vale a pena. Por exemplo, o caso paradigmático de *Roe v. Wade*, quando posto em xeque no caso *Planned Parenthood of Pennsylvania v. Casey* se manteve pelo fato de que sua derrubada minaria a própria legitimidade da Suprema Corte, visto que foi o objeto de decisão de diversos outros casos na própria Corte<sup>31</sup>.

Já o parâmetro (5) traz uma visão diferente, em que a tradição não mais se encaixaria devido a mudanças de ordem diversa, como política ou social. Dessa forma, mesmo casos de sedimentação jurisprudencial não se manteriam, pois o estabelecimento de uma nova conjuntura inviabilizaria a sua utilização. Deve-se atentar ao fato, contudo, de que esses critérios não se encerram em si mesmos, estando relacionados.

Mais do que simples critérios, eles demonstram que a utilização dos precedentes no sistema jurídico da *Common Law* segue uma trajetória base que permite garantir a segurança jurídica dentro dos padrões de construção do próprio direito. O foco dos critérios é a manutenção do sistema e a garantia da segurança, para que, em

---

whether facts have changed in the interim" In: SELLERS, Mortimer NS. **The Doctrine of Precedent in the United States of America**. The American Journal of Comparative Law, p. 67-88, 2006.

<sup>30</sup> "It is widely agreed that the rule of law requires that laws be publicly promulgated, be reasonably clear and not self-contradictory, and have general and prospective application; that the application of laws be administered by impartial and independent courts which are reasonably accessible to all; that people ought to be given adequate opportunities to comply with the law; that laws are not be changed too frequently; and other, similar principles." In: MARMOR, Andrei. **The Ideal of the Rule of Law**. 2010.

<sup>31</sup> "Moreover, to overrule such a prominent case would seriously undermine the Court's legitimacy, by calling into question the principled character of its own variable decisions" SELLERS, Mortimer NS. **The Doctrine of Precedent in the United States of America**. The American Journal of Comparative Law, p. 67-88, 2006.

cada caso de possível derrubada de precedente, haja uma avaliação minuciosa da consequência de tal ato.

Contudo, ao avaliar o padrão de utilização dos precedentes no modelo jurídico brasileiro, constatam-se diversos empecilhos ao seu funcionamento. Mais do que na doutrina da *jurisprudence constante*, que já encontra aceitação no Judiciário brasileiro, o grande problema é mesmo a utilização de precedentes vinculativos por parte do Supremo Tribunal Federal. Tais precedentes não demonstram possuir critérios de análise e sedimentação que justifiquem sua implementação e funcionamento.

Em um sistema de *Civil Law*, mesmo que o uso de precedentes tenha o efeito vinculativo no Judiciário, é necessário que sejam positivados os parâmetros interpretativos do precedente - pois, ainda que estes tenham seu papel na uniformização do direito, a fonte primária do mesmo ainda é a lei.

#### **4. A CONSTRUÇÃO DE PRECEDENTES**

##### **4.1 PRECEDENTES E APLICABILIDADES**

Ao tratar a questão do ponto de vista do direito constitucional, Cass Sunstein<sup>32</sup> reconhece que, no exercício de sua função de intérprete da Constituição, o judiciário pode invocar princípios relativamente amplos, vistos como parte essencial da Constituição, tal como foram democraticamente ratificados.

Mesmo nesse campo, porém, o autor aponta que os argumentos judiciais costumam se basear em princípios de nível inferior. Excetuando-se, assim, as raras ocasiões em que um raciocínio mais ambicioso torna-se necessário para resolver um caso ou quando os argumentos em favor de uma teoria completa são tão fortes que um conjunto de juízes acaba convergindo em torno dela.

A teoria de Sunstein reconhece que níveis mais altos de abstração podem ser necessários, e até desejáveis, para a solução do caso, mas não nos fornece elementos para decidir qual teoria deveria ser aplicada nessas situações.

Não se trata, portanto, de saber se os princípios que justificam a aplicação de uma súmula são mais ou menos abstratos, e sim de reconhecer que, ao decidir um caso que envolve essa aplicação, o STF não poderá deixar de examinar os argumentos

---

<sup>32</sup> SUNSTEIN, 1996, p.46

apresentados pela parte em favor da distinção de sua situação, especialmente quando esteja em jogo a possível violação de um direito fundamental. Embora o exercício das competências do Tribunal esteja constrangido por seus limites institucionais e temporais, os princípios que fundamentam um raciocínio analógico devem ser desenvolvidos de modo suficiente para dar conta das circunstâncias relevantes do caso.

A partir de uma visão mais dinâmica do sistema jurídico, Sunstein<sup>33</sup> aponta que os princípios de nível inferior podem ter sua compreensão modificada ou aprofundada com o passar do tempo, tornando difícil a solução de questões que antes não eram contestadas. Nesse processo, a comunidade jurídica busca sistematizar os diferentes precedentes por meio de considerações de nível superior, a fim de lhes conferir maior sentido ou mesmo impulsionar mudanças em determinadas áreas do direito.

#### **4.2. PRINCÍPIOS E A UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTES**

A teoria de Sunstein, portanto, nos coloca diante de outro problema: a opção não seria exatamente entre princípios de diferentes graus de abstração, mas sim entre os vários princípios que podem fundamentar a decisão do caso. Em uma situação que envolve princípios concorrentes, o raciocínio analógico pode não ser suficiente para decidir a questão. Tal como vimos, a analogia requer, além de encontrar a *holding*<sup>34</sup> do caso-fonte, justificar por que essas razões se aplicam ao caso objeto, apesar das diferenças existentes.

No entanto, poderá haver outros princípios que justifiquem a não aplicação do precedente, apesar das semelhanças existentes entre os casos. Para que essa decisão não seja arbitrária, deve-se buscar um princípio mais amplo, que abranja os demais e justifique por que a similitude ou a diferença devem prevalecer naquele caso, ou seja, a decisão em favor de um princípio diante de outro também deve estar fundamentada em princípios substantivos.

De acordo com a coerência de princípio exigida pela integridade, a aplicação do precedente depende de que seu fundamento seja adequado àquele caso particular e não entre em conflito com outros princípios. Assim, na interpretação dos precedentes, o juiz deve estar atento às circunstâncias do caso a fim de identificar se há outros princípios, além daqueles que aproximam a situação atual e o caso anterior, relevantes

---

<sup>33</sup> SUNSTEIN, 1996, p. 54-58

<sup>34</sup> Expressão da língua inglesa utilizada para denotar “pertencimento”.

para sua solução. Como essas circunstâncias podem ser analisadas a partir de diferentes pontos de vista, os mesmos elementos serão mais ou menos importantes para a decisão de acordo com os princípios que se ajustarem ao caso, o que poderá exigir que o argumento seja desenvolvido até chegar aos princípios mais fundamentais do ordenamento jurídico.

Isso significa que o julgador deve fazer uma série de perguntas que lhe permitam escrever bem o capítulo que lhe cabe nessa história. Diante da situação em que a parte alega que seu caso é diferente, o juiz deve, em primeiro lugar, identificar se há algum princípio no ordenamento jurídico que fundamente os argumentos apresentados pela parte. Posteriormente, cabe perguntar qual solução do caso é a mais coerente: se aquela que se baseia no princípio que justifica o precedente ou aquela que se baseia no princípio que fundamenta a alegação da parte.

Observando o comportamento jurisprudencial do STF sobre súmulas vinculantes, podemos observar que há várias possibilidades de interpretação dos precedentes no direito brasileiro e a proteção de direitos fundamentais tem sido utilizada como fundamento das distinções, podendo dificultar a aplicação de súmulas no tribunal.

Cabe observar que a profundidade com que os argumentos sobre direitos fundamentais terão que ser formulados dependerá da complexidade do caso e será especialmente necessária diante de situações em que um direito fundamental se contraponha a outro. O tratamento dos precedentes nesses termos, contudo, contribui para que sua aplicação, além de não restringir direitos fundamentais, possa levar ao reconhecimento de novos direitos a partir da reflexão sobre os princípios morais e políticos que os justificam.

## **5. A DIMENSÃO OPINATIVA-INTERPRETATIVA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

### **5.1 *SECOND OPINION***

Crítica tanto relacionada à técnica processualística – que permite a obtenção de um grande número de recursos – quanto ao hábito de se recorrer em demandas judiciais até que se alcance o mérito que satisfaça a parte, a dinâmica institucional brasileira é

permeada pela *second opinion*<sup>35</sup>. Conceito apresentado por Adrian Vermeule, esta segunda opinião pode ser definida como o arranjo institucional que permite ou requer duas sucessivas opiniões em alguma questão de fato, causa, política ou de direito, de algum órgão ou órgãos decisoriais, considerando as variáveis como o agente institucional que a proferirá e a estrutura pela qual a decisão é tomada<sup>36</sup>.

O autor se posiciona de forma favorável às segundas opiniões quando da tomada de decisões na esfera institucional, classificando o bicameralismo, separação de poderes e *judicial review* como mecanismos deste modelo. Especificamente em matéria de precedentes, Vermeule defende que uma decisão única é insuficiente; apenas um grupo de duas ou mais opiniões judiciais poderiam vincular casos futuros. Estas opiniões poderiam ser provenientes de um mesmo ou de diferentes tribunais. Os argumentos utilizados para a análise consistem nos benefícios observados quando da existência de decisões não singulares na tomada de decisões.

A exposição de Vermeule acerca do modelo de decisões guarda relação com a evolução dos precedentes nos sistemas de Civil Law – como é o caso brasileiro – cuja aplicação funciona como fonte secundária de direito, tendo os códigos e leis como a fonte primária. Após o período positivista, surge o ceticismo quanto à perfeição do direito e, conseqüentemente, preocupações ideológicas sobre o papel do judiciário. Na prática judicial, as jurisdições da Civil Law gradualmente aderiram a um sistema informal de precedentes, na qual uma sequência de casos análogos adquiriam uma persuasiva força enquanto fonte de direito, dado lugar a *jurisprudence constante*<sup>37</sup>.

Adrian Vermeule enquadra como benefícios o efeito de esfriamento (*cooling-off*) e a sobriedade: a primeira opinião é tida como passional em demasia ou em falta, enquanto a segunda é mais temperada<sup>38</sup>. Ademais, há que se falar na agregação em

---

<sup>35</sup> VERMEULE, Adrian. **Second Opinions**. Harvard Public Law Working Paper No. 10 – 38; Harvard Law and Economics Discussion Paper No 673, 2010.

<sup>36</sup> “I will generally define a second-opinion mechanism as an institutional arrangement that either permits or requires two successive opinions on some issue of fact, causation, policy, or law from some decision making body or bodies.” VERMEULE, Adrian. **Second Opinions**. Harvard Public Law Working Paper No. 10 – 38; Harvard Law and Economics Discussion Paper No 673, 2010, p. 10.

<sup>37</sup> Para o desenvolvimento do tema, ver FON, Vincy; PARISI, Francesco. **Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis**. International Review of Law and Economics, Forthcoming; George Mason Law & Economics Research Paper No 04 – 15; Minnesota Legal Studies Research Paper No 07 – 19.

<sup>38</sup> “When Jefferson returned from France he was breakfasting with Washington, and asked him why he agreed to a Senate. ‘Why,’ said Washington, ‘did you just now pour that coffee into your saucer before drinking it?’ ‘To cool it,’ said Jefferson; ‘my throat is not made of brass.’ ‘Even so,’ said Washington, ‘we pour our legislation into the Senatorial saucer to cool it.’” In: VERMEULE, Adrian. **Second Opinions**. Harvard Public Law Working Paper No. 10 – 38; Harvard Law and Economics Discussion Paper No 673, 2010, p.11.

perspectiva obtida pelo caráter da diversidade epistêmica. Partindo do pressuposto de que “duas cabeças pensam melhor do que uma”<sup>39</sup>, há uma maior chance de se aumentar a certeza de que a opinião está correta – tanto pela adequação de seu conteúdo, quanto pela sua técnica. Por fim, conforme maior for a quantidade de deliberações tomadas numa mesma orientação, maior será a promoção de legitimidade à decisão.

Em contrapartida, o uso do mecanismo da *second opinion* alberga os custos de oportunidade e o risco de indeterminação. O primeiro consiste nos prejuízos causados por opiniões distintas ou que se anulam reciprocamente, gerando dificuldade em se optar por uma ou outra deliberação. Como consequência, surge o risco de indeterminação, ao qual se submete o processo de decisão, por não se saber o que optar. Se as opiniões não vinculam, servindo como mero aconselhamento, o risco não existe numa larga escala, carecendo de significância legal; do contrário, o agente da deliberação encontrar-se-á em dúvida sobre como prosseguir.

Vermeule aborda ainda a dinâmica da tomada de decisões, buscando analisar se a *second opinion* é dada simultaneamente ou sequencialmente à primeira. Para que ela ocorra de fato, é necessário que a disposição seja em sequência a fim de que se contraia o benefício do aprendizado dos segundos “opinadores” em relação aos primeiros, por exemplo. Contudo, existe o risco da informação em cascadas<sup>40</sup> que consiste na cópia dos resultados obtidos pelos primeiros agentes em relação àqueles que deliberaram posteriormente ou nas falhas argumentações pela falta de independência necessária em relação à anterior, não adicionando valor ao processo de decisão.

Com relação ao agente institucional que tomará a segunda opinião, ele pode ser alguém diferente do primeiro (como geralmente ocorre) ou o mesmo, contanto que haja um mínimo de lapso temporal entre as decisões e que ele esteja sob a vigência de normas procedimentais distintas da primeira ocasião. Apesar de parecer incorreto, esta repetição justifica-se como uma tentativa de obter uma segunda opinião mais sóbria por parte do mesmo corpo institucional. Sobre a quantidade de membros, tem-se a decisão individual e a coletiva, sendo aconselhável, no primeiro caso, que o agente faça uso de mecanismos que o faça “pensar duas vezes” sobre a matéria antes de fazer sérias decisões. Para Vermeule, o caráter da *second opinion* pode também ser obrigatório ou

---

<sup>39</sup> A ideia é trabalhada pelo autor sob a nomenclatura *the Wisdom of the Multitude*. Ver: VERMEULE, Adrian. **Second Opinions**. Harvard Public Law Working Paper No. 10 – 38; Harvard Law and Economics Discussion Paper No 673, 2010, p. 14

<sup>40</sup> A ideia é teorizada no artigo sob a nomenclatura *information cascades*. Ver: VERMEULE, Adrian. **Second Opinions**. Harvard Public Law Working Paper No. 10 – 38; Harvard Law and Economics Discussion Paper No 673, 2010, p. 15.

opcional, vinculante ou aconselhável, apesar de que, para um uso otimizado do mecanismo, a recorrência de sua ocorrência é recomendada.

## 5.2. REALIDADE INSTITUCIONAL BRASILEIRA E A *SECOND OPINION*

A realidade institucional brasileira comporta-se de forma peculiar à teorização do autor norte-americano. Em verdade, a experiência do STF revela a ausência de uma *ratio decidendi* comum entre os ministros nos julgamentos da Corte em virtude da falta de critérios específicos para o procedimento da decisão e da ausência de uma cultura de respeito aos precedentes<sup>41</sup>.

A partir da análise dos julgados da Suprema Corte, nota-se que a linha argumentativa dos ministros tende a fazer o uso dos precedentes para favorecer sua visão própria de como deveria ser julgado o mérito da questão, eliminando qualquer possibilidade de construção da coerência do Tribunal. Uma das formas de superação deste imbróglio é através do diálogo entre decisões, o qual não engessa o processo criativo do juiz, mas consolida uma compreensão comum acerca da questão de direito tratada.

É frequente ainda a ocorrência de unanimidade na votação sobre a procedência ou improcedência do mérito sem uma *ratio* comum. Ao revés, formam-se *rationes* individuais, com base no julgamento privativo de cada ministro, prejudicando a extração de uma *ratio* única do caso concreto. O acórdão é um reflexo desta estrutura, no qual se observa não um texto uniforme com o mérito alcançado, mas sim reflexões personalíssimas, seguidas de um voto favorável ou desfavorável à pretensão do autor. A unanimidade se faz presente na parte dispositiva, compondo-se ausente na fundamentação da solução dada pelo Tribunal. Há situações também em que cada ministro identifica uma questão central e relevante sobre o problema, ou não identifica questão alguma, e, no primeiro caso, tece seu entendimento sobre ou, no segundo, concorda, de forma espontânea e sem um estudo prévio aprofundado, com o ministro relator.

---

<sup>41</sup> O desrespeito às decisões anteriores pode ser verificado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, que muda o entendimento consolidado através de julgados como o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 273834/RS, no Recurso Extraordinário nº 198265/RS e no Recurso Extraordinário nº 232335/RS, que fixava o entendimento de que problemas orçamentários não podem justificar a inviabilização do direito à saúde. Com a mudança, ele deve se adaptar às possibilidades orçamentárias do Estado.

Esta dimensão deliberativa pessoal é bem apresentada pela doutrina americana do novo realismo legal<sup>42</sup>, que consiste na realização estudos quantitativos em grande escala de casos concretos para conjugá-los com a análise e grau de influência da personalidade judicial sobre os resultados legais. Uma característica distintiva deste modelo é o exame minucioso das relações jurídicas processuais, a fim de entender a personalidade do magistrado, os resultados legais influenciados por esta personalidade e como as instituições podem limitar ou não estas características personalíssimas na aplicação do direito. Além disso, há uma tendência de comportamental de privilegiar aqueles que guardam alguma forma de proximidade, seja por filiações ideológicas, credo ou raça, não escapando os ministros a esta regra quando do julgamento de causas nas quais a parte ré ou autora preencha estas características<sup>43</sup>.

O problema da coerência e da imparcialidade do STF pode causar uma crise de legitimidade de sua atividade jurisdicional. Por este motivo, ações de caráter processualístico e subjetivo, como a edição da súmula vinculante e da repercussão geral – buscando também resolver o problema da morosidade – e a mudança na postura dos próprios ministros em relação a sua função, foram adotadas. Nos casos difíceis, como os recentes julgados sobre o aborto de fetos anencefálicos<sup>44</sup> e da união homoafetiva<sup>45</sup>, observou-se a preocupação do STF em formar um efetivo precedente, que de fato vincule as futuras decisões sobre semelhante questão de direito. Apesar das medidas de caráter procedimental para mudar este cenário, ainda há um desafio a ser superado pela Corte Constitucional brasileira.

---

<sup>42</sup> “A distinguishing feature of the New Legal Realism is the close examination of reported cases in order to understand how judicial personality, understood in various ways, influences legal outcomes, and how legal institutions constrain or unleash these influences.” In: MILES, Thomas; SUNSTEIN, Cass. **The new legal realism**. The University of Chicago Law Review (2008): 831-851, p. 4.

<sup>43</sup> “Of all the manifestations of social identity, in-group bias (or favoritism) may be among the most central—and best documented. More than four decades ago, social scientists noticed the tendency of individuals to favor members of their own group over outsiders. And today there is a burgeoning literature on the subject. Economists and other social scientists have supplied an impressive array of experimental and observational evidence showing that people tend to be more helpful, more willing to allocate resources, and more supportive of policies advocated by members of their own group. This holds for ‘real-world salient groupings, such as ethnicity, religiosity and political affiliation and has also been artificially manufactured in the laboratory using trivial groupings.” In: EPSTEIN, Lee; PARKER, Christopher; SEGAL, Jeffrey. **Do Justices Defend The Speech They Hate? In-Group Bias, Opportunism and the First Amendment**. APSA 2013, Annual Meeting Paper; American Political Science Association, p. 3.

<sup>44</sup> 19 ADPF 154. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2647971>>. Acesso em 10 de março de 2015.

<sup>45</sup> ADI 4.277 DF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em 10 de março de 2015.

## CONCLUSÃO

A adoção do efeito vinculante do precedente judicial consiste numa tentativa de solucionar um problema real: a crise do Poder Judiciário. A atividade jurisdicional brasileira vive uma crise de eficiência que se expressa na multiplicação de demandas judiciais acompanhada da estagnação da quantidade de juízes e servidores. Dessa maneira, a tendência de judicialização associada à falta de infraestrutura revela a razão da crise do Judiciário.

Partindo da premissa de que a prestação jurisdicional corresponde a um dever do Estado, o legislador aprovou a EC 45/2004, que trouxe o efeito vinculante do precedente judicial. Esse mecanismo visava dar celeridade ao Poder Judiciário e estimular a construção de um princípio de Segurança Jurídica. Apesar desses benefícios, alguns juristas questionam a legitimidade do efeito vinculante num sistema de *Civil Law*. Dentro de uma lógica pragmática, defende-se que embora haja contradições teóricas, o efeito vinculante cumpre sua proposta se forem observadas as peculiaridades do caso concreto. O precedente, constituído pela aplicação de critérios constitucionais, deve ser aplicado de maneira a considerar as características fáticas. O equívoco cometido pelos pretórios consiste em aplicar precedentes a partir da analogia de matéria de fato enquanto, na verdade, o precedente é a aplicação de um critério para o entendimento do caso. A analogia em matéria de fato é condenável porque desconsidera o “mínimo é” proposto pelo jurista Lênio Streck. Nesse sentido, trata-se de precedentes em *terrae brasilis*, como uma adaptação peculiar da *Common Law*. Logo, a proposta do constituinte derivado é válida e produz os efeitos intencionados se a aplicação dos precedentes ocorrer corretamente, tal como ocorre na Suprema Corte norte-americana.

Dentro da lógica desses critérios, Cass Sunstein sugere a verificação de princípios constitucionais compartilhados por casos semelhantes. Diante de casos tidos como semelhantes, o juiz deve extrair princípios comuns que justifiquem a aplicação do método analógico para solução da lide. Dessa forma, a semelhança que viabiliza a analogia é testada por um mecanismo de aproximação principiológica.

No Brasil, a prestação jurisdicional atende a uma dimensão interpretativa. A influência subjetiva compromete a construção de precedentes uma vez que a fundamentação dos casos é profundamente influenciada pelas preferências dos

Ministros. Assim, torna-se inviável a extração de uma única *ratio decidendi*, visto que os votos dos magistrados têm motivações pessoais.

Em suma, o efeito vinculante do precedente instituído pela EC 45/2004 pode trazer benefícios à prestação jurisdicional. Entretanto, é imperativa a análise das peculiaridades fáticas quando da solução de lides. Além disso, deve-se efetuar tentativas de diminuição da influência subjetiva dos Ministros, de modo a estabelecer um processo decisório capaz de oferecer um entendimento único e coerente da Corte Constitucional. Portanto, pode-se concluir que o STF ainda precisa superar esses obstáculos. O STF precisa amadurecer enquanto locus da Jurisdição Constitucional no Brasil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARDOSO, Antônio Pessoa. **Justiça alternativa: Juizados Especiais**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil 1: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. Ed. Jus Podivm, 14<sup>a</sup> edição.

EPSTEIN, Lee; PARKER, Christopher; SEGAL, Jeffrey. **Do Justices Defend The Speech They Hate? In-Group Bias, Opportunism and the First Amendment**. APSA 2013, Annual Meeting Paper; American Political Science Association.

FON, Vincy; PARISI, Francesco. **Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis**. *International Review of Law and Economics*, v. 26, n. 4, p. 519-535, 2006.

KANNAN, K. **Medicine and the Law**. Oxford, 2014.

LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da Súmula do STF**. Arquivos do Ministério da Justiça, cit; Problemas do direito público e outros problemas, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 279-300.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARMOR, Andrei. **The Ideal of the Rule of Law**. 2010.

MILES, Thomas; SUNSTEIN, Cass. **The new legal realism**. *The University of Chicago Law Review* (2008): 831-851.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SAUSEN, Dalton. **Utilização (in)devida dos precedentes: uma reflexão para além do aspecto quantitativo da prestação jurisdicional**. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, Janeiro: 2011, v.78, n.1, ano XXIX.

SELLERS, Mortimer NS. **The Doctrine of Precedent in the United States of America**. *The American Journal of Comparative Law*, p. 67-88, 2006.

STRECK, Lênio. **Súmulas Vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes?** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 78, p. 284-319, 2009.

VERMEULE, Adrian. **Second Opinions**. Harvard Public Law Working Paper No. 10 – 38; Harvard Law and Economics Discussion Paper No 673, 2010.