

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

MARCOS LEITE GARCIA

MIGUEL KFOURI NETO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Miguel Kfourri Neto, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-198-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Conpedi acaba de realizar seu XXV Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase - como ponto de maior destaque das inovações - à adoção da doutrina do Precedente Judicial. Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil. Para tanto recomenda-se a leitura pela ordem que se segue:

1. As normas fundamentais do novo CPC (lei 13.105/2015) e o fenômeno de constitucionalização do processo civil.
2. Precedentes e argumentação jurídica.
3. Precedentes e novo cpc: razão argumentativa na consolidação do estado democrático via direito judicial.
4. O novo CPC e o sistema de precedentes (“commonlização”).
5. A aplicação do precedente judicial: contrastes com as súmulas vinculantes.
6. A democratização do processo civil através do sistema de precedentes: o *amicus curiae* como instrumento de participação popular na formação de precedentes vinculantes de grande repercussão social.
7. Os modelos americano e inglês de vinculação ao precedente.
8. Brevíssimas considerações a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

9. Inovações e alterações do código de processo civil e a manutenção do subjetivismo do termo “insuficiência de recursos” para a concessão da gratuidade de justiça.
10. O princípio da publicidade como medida essencial ao controle dos atos estatais.
11. A contratualização do processo judicial: análise principiológica de sua efetividade à luz do novo diploma processual cível.
12. Novo CPC: negócios jurídicos processuais ou arbitragem?
13. Algumas observações sobre os prazos processuais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil.
14. O princípio da cooperação judiciária do novo código de processo civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial.
15. O direito à prova no processo civil: sob uma perspectiva constitucional.
16. A distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental.
17. Toda decisão será motivada?
18. O artigo 489 do novo código de processo civil e a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva dworkiniana.
19. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado.
20. Operações midiáticas e processo penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal.
21. Tutelas diferenciadas: instrumento de auxílio à efetivação da justiça
22. Desconstituição do título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional pelo STF e a impugnação do art. 525, § 12º do CPC.
23. Técnica procedimental e a audiência de justificação nos procedimentos possessórios: por um contraditório dinâmico.

24. O mandado de segurança coletivo e a proteção dos direitos difusos.

Na esperança de encontrarmos dias de maior efetividade processual e procedimental no atendimento e na efetivação dos direitos fundamentais, desejamos uma excelente leitura.

Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC)

Professor-doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI)

Professor-doutor Miguel Kfoury Neto (UNICURITIBA)

PRECEDENTES E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

PRECEDENTS AND LEGAL REASONING

Anizio Pires Gaviao Filho ¹

Resumo

Os juízes devem seguir os precedentes. Os precedentes cumprem papel central à previsibilidade, estabilidade e segurança jurídicas. A força dos precedentes é vinculativa ou argumentativa, atuando na direção horizontal e vertical sobre os juízes e tribunais. A ratio decidendi ou holding é a regra de decisão do precedente. Os precedentes podem ser afastados ou superados pelas técnicas da diferenciação ou da revogação. Há conexão entre o uso dos precedentes e a argumentação jurídica.

Palavras-chave: Precedentes, Segurança jurídica. distinguishing. overruling. argumentação jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

Judge must follow precedents. Precedents plays central role to legal previsibility, stability and certainty. The force of precedent is binding or persuasive in both directions vertical and horizontal. Ratio decidendi or holding is the case rule decision. Distinguishing and Overruling. Connection between precedent and legal reasoning.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedent, Legal certainty, Distinguishing, Overruling, Legal reasoning

¹ Doutor em Direito – UFRGS. Professor de Teoria da Argumentação Jurídica e Hermenêutica Jurídica da FMP. Procurador de Justiça, RS.

Introdução

O reconhecimento do papel dos precedentes na interpretação e aplicação do Direito ainda é recente no Brasil. Por isso mesmo, justificada se acha uma discussão sobre esse tema, notadamente em razão das disposições do novo Código de Processo Civil, que sugerem a construção de outro paradigma para o papel dos precedentes na interpretação e aplicação do Direito. Ainda que possam ser rastreados alguns escritos sobre o assunto¹, certamente, muito deverá ser estudado para uma formulação teórica adequada dos precedentes no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Independentemente do positivado pelo legislador no novo modelo do sistema processual civil sobre o tema, necessária uma discussão sobre as razões pelas quais os juízes devem seguir os precedentes. Se razões podem ser apresentadas para justificar o dever de os juízes seguirem os precedentes, igualmente podem ser apresentadas objeções.

A proposta de um novo paradigma quanto ao papel dos precedentes na interpretação e aplicação do Direito no Brasil tem sido observada com alguma cautela e até mesmo restrições, especialmente quanto à liberdade de atuação dos próprios juízes em relação à vinculação pelos precedentes. Observa-se certo temor e resistência aos precedentes sob a base de argumentos assentados no comprometimento da imparcialidade e da independência dos juízes, que resultariam subjugados na prestação jurisdicional ao estabelecido pelos tribunais superiores. O resultado seria uma aplicação mecânica, apressada e irrefletida das normas jurídicas. Outra questão seria a de que o dever de os juízes seguirem os precedentes reduziria o espaço de criação e desenvolvido do Direito.

O que segue tem a pretensão de apresentar as razões pelas quais se acha justificada a formulação que diz que os juízes devem os seguir os precedentes. O objetivo é deixar saber que as objeções levantadas contra o papel central dos precedentes na interpretação e aplicação do Direito podem ser superadas. Na verdade, muito dificilmente uma boa justificação de fundamentação da interpretação e aplicação das normas jurídicas para resolver casos concretos pode se dar sem que sejam considerados os precedentes. Isso já tem sido afirmado pelas teorias da argumentação jurídica, que tratam exatamente da fundamentação e justificação racional da interpretação e aplicação do Direito².

¹ Cf. ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

² Cf. AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987; AARNIO, Aulis; ALEXI, Robert; PECZENIK, Aleksander. *Grundlagen der juristischen Argumentation*. In: KRAWIETZ, Werner; ALEXI, Robert. *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Bunker & Humblot, p. 9-87, 1983;

Mas apenas justificar a formulação de que os juízes devem seguir os precedentes não é muito se não for compreendido como os precedentes funcionam na prática da interpretação e aplicação do Direito. Por isso mesmo, devem ser dadas a conhecer as relações vertical e horizontal dos precedentes com os juízes e tribunais de igual ou inferior hierarquia. Conhecer os tipos de força dos precedentes é decisivo para a determinação do significado do dever de obediência aos precedentes. Diz-se que os precedentes detêm força vinculante e força argumentativa, mas é necessário precisar o que uma e outra estabelecem. Igualmente, uma correta compreensão dos precedentes pressupõe uma fixação sobre o que exatamente constitui o precedente. Então, por isso mesmo, a distinção entre a *ratio decidendi* ou *holding* e a *obiter dicta* deve ser corretamente formulada.

O afirmar que os juízes devem seguir os precedentes coloca a questão sobre a natureza desse dever. Cuida-se de um dever jurídico definitivo ou *prima facie*? O que se pretende formular é o que dever de os juízes seguirem os precedentes é um dever jurídico *prima facie*, o que significa que os juízes e tribunais podem afastar ou superar os precedentes. As técnicas metodológicas da *distinguishing* e da *overruling*, por isso, então, devem ser compreendidas. Seja qual for o caso, o certo é que o afastamento ou superação dos precedentes deve ser acompanhado de razões. Essas devem ser dadas conforme as exigências da argumentação judicial. Daí, então, a união entre precedentes e argumentação.

O que segue tem o propósito de justificar essas proposições.

1. Por que os juízes devem seguir os precedentes?

Os precedentes desempenham um papel central na interpretação e aplicação do Direito. Mesmo no âmbito do sistema jurídico romano-germânico, os precedentes ocupam um lugar importante na fundamentação da interpretação e aplicação das normas jurídicas nas decisões judiciais.

Os juízes devem seguir os precedentes.

A questão que pode ser colocada é por que os juízes devem seguir os precedentes. Uma resposta afirmativa remete a discussão para outros questionamentos. O reconhecer que os juízes se acham juridicamente vinculados ou que devem tomar em conta, por alguma razão, os

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008; ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991; KRIELE, Martin. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1979; MacCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

precedentes na interpretação e aplicação do Direito não implicaria aniquilar o espaço de criação e desenvolvimento do Direito da atividade jurisdicional? A obrigação de os juízes seguirem os precedentes dos tribunais não configuraria ofensa à independência do juiz natural?

Sobre essas questões, o certo é que existem razões que podem ser apresentadas para justificar o dever de os juízes seguirem os precedentes e, assim, justificar a chamada restrição pelo precedente, bem como, podem ser dadas razões para justificar a liberação, maior ou menor, dos juízes em relação aos precedentes. Então, o que se deve encontrar é o lugar das melhores razões e dos bons argumentos.

As razões que podem ser apresentadas para a justificação argumentativa do raciocínio jurídico pelo uso dos precedentes não são poucas.

O princípio da universabilidade e a regra formal de justiça são fortes razões para justificar a interpretação e aplicação das normas jurídicas conforme os precedentes. Casos iguais devem ser tratados do mesmo modo, o que significa que eles devem receber a mesma solução jurídica³. Se os precedentes dizem que o significado do texto de uma determinada disposição jurídica deve corresponder à proposição normativa “x”, então, a interpretação dessa mesma disposição deve ser a da proposição normativa “x” para a resolução de casos iguais ou semelhantes, nos seus pontos relevantes, aos casos nos quais essa mesma proposição normativa “x” restou formulada pelos tribunais. Igualmente, casos substancialmente similares devem ser julgados do mesmo modo, recebendo soluções iguais. Assim, as decisões judiciais passadas dos tribunais dizem como deve ser, no presente, a interpretação e aplicação do Direito pelos juízes nos casos semelhantes⁴. Por sua vez, a interpretação e aplicação do Direito em caso do presente deverá sinalizar a interpretação e aplicação do Direito em um caso semelhante no futuro.

Então, o dever de os juízes seguirem os precedentes encontra justificação no direito fundamental de igualdade da disposição do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. A titularidade das posições jurídicas fundamentais do direito fundamental de igualdade coloca a exigência de que os juízes e tribunais, na interpretação e aplicação do Direito, emprestem, a casos semelhantes, em seus aspectos essenciais, as mesmas soluções e qualificações jurídicas⁵. Quando se cogita de racionalidade na interpretação e aplicação das normas jurídicas para a resolução de questões práticas, muito dificilmente se pode justificar que decisões de juízes e de tribunais,

³ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 335-336; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 143.

⁴ Cf. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 36.

⁵ Segundo Duxbury, a igualdade e a justiça formal justificam deontologicamente o dever de os juízes seguirem os precedentes (DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University, 2008, p. 170).

interpretando as mesmas disposições jurídicas, produzam soluções e qualificações jurídicas diferentes para casos semelhantes em seus aspectos relevantes. Por isso, então, quando um juiz ou um tribunal, por exemplo, desvia-se de uma interpretação jurídica dada pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela uniformização da interpretação das disposições jurídicas infraconstitucionais, ou dada pelo Supremo Tribunal Federal, guarda da interpretação das disposições constitucionais, sem que razões sejam apresentadas para justificar a desconsideração dos precedentes, tem-se violação de posições fundamentais jurídicas do direito fundamental de igualdade.

Os precedentes devem ser observados pelos juízes e tribunais na interpretação e aplicação do Direito porque levam à previsibilidade, estabilidade⁶, confiança e segurança jurídicas⁷. Se os casos iguais são decididos do mesmo modo, a interpretação e aplicação das normas jurídicas pelos juízes e tribunais ganha em estabilidade e as consequências das relações jurídicas normalmente estabelecidas pelos participantes do sistema são conhecidas com mais precisão e previsibilidade⁸. Desse modo, o sistema jurídico como um todo ganha em confiança e segurança jurídica⁹. Por isso mesmo, as disposições do art. 926, § § 1º e 2º, do novo Código de Processo Civil, deixam saber que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, editando enunciados de súmulas em correspondência com a sua jurisprudência dominante, observadas as circunstâncias fáticas dos precedentes justificadores de sua criação.

A interpretação e aplicação das normas jurídicas, conforme os casos passados de interpretação e aplicação do Direito, incrementa a previsibilidade da disciplina jurídica das relações sociais. Se os juízes e tribunais mantêm uniformidade na interpretação e aplicação das normas jurídicas em situações semelhantes em seus aspectos relevantes, todos os participantes do sistema normativo terão já condições de prever e antecipar quais serão as qualificações e consequências jurídicas de outras situações igualmente semelhantes em seus aspectos relevantes. Com isso, então, os atores das relações sociais e jurídicas e os próprios articuladores do sistema jurídico poderão orientar e determinar cursos de ação conforme as formulações interpretativas contidas nos precedentes. Quando maior a uniformidade na interpretação das normas jurídicas pelos juízes e tribunais, mais fácil e claramente as pessoas que atuam no e

⁶ Cf. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent...*, p. 159.

⁷ Cf. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent...*, p. 165.

⁸ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 272.

⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 338; LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Aufl. Berlin: Springer-Verlag, 1991, S. 429; KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung...*, S. 258-259.

perante o sistema jurídico saberão o que deve ser feito ou o que não deve ser feito. Por isso mesmo, então, seguir os precedentes leva à previsibilidade na resolução de questões práticas. Nesse sentido, os precedentes são a própria institucionalização da razão prática.

Interpretar as normas jurídicas conforme os precedentes conduz à estabilidade e à confiança na compreensão e no estabelecimento de relações jurídicas. A interpretação das normas jurídicas pelos juízes e tribunais deve ser tal que os sujeitos, destinatários da prestação jurisdicional, possam confiar que elas serão mantidas em situações semelhantes em seus aspectos relevantes, exatamente a fim de que elas possam guiar os seus próprios comportamentos a partir dessas interpretações mesmas. A normalidade e a continuidade das relações jurídicas não podem ser quebradas por uma prática intranquila da interpretação jurídica pelos juízes e tribunais. Os sujeitos de direito detêm legítima expectativa e confiança de que a interpretação jurídica dada pelos juízes e tribunais em uma determinada situação concreta seja reproduzida em outra situação concreta do futuro, similar em seus aspectos essenciais com a passada. Quando os juízes e tribunais desprezam, sem mais, as interpretações jurídicas contidas nos precedentes, o que se tem é uma frustração das expectativas dos sujeitos de direito em relação ao que normalmente é praticado pela atividade jurisdicional. É que os sujeitos da jurisdição devem ter preservadas as suas expectativas¹⁰ em relação ao que os próprios juízes e tribunais disseram e estão dizendo nos casos de interpretação e qualificação jurídicas para a resolução de casos similares.

O seguir os precedentes dos juízes e tribunais, então, conduz à previsibilidade, à estabilidade e à confiança na interpretação e aplicação do Direito. Então, necessariamente, levam à segurança jurídica. É que um princípio central do Estado de direito constitucional democrático é concretizado pela obediência aos precedentes: segurança jurídica¹¹.

Nesse sentido, o dever de os juízes e os tribunais seguirem os precedentes encontra justificção no princípio da segurança jurídica, aqui entendido segurança como uma “norma-princípio” que estabelece um “juízo prescritivo”. Então, segurança jurídica “não significa a possibilidade de alguém prever as consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos, mas sim a prescrição para alguém adotar comportamentos que aumentem o grau de previsibilidade”¹². Desse modo, o princípio da segurança jurídica prescreve aos juízes e aos

¹⁰ Cf. ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 149.

¹¹ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 18.

¹² Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 123-124.

tribunais a busca de um “estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”¹³.

Por isso, há segurança jurídica quando qualquer sujeito da atividade jurisdicional tem condições de minimamente conhecer a qualificação jurídica que o Direito pode emprestar a seus atos. Cuida-se, mais propriamente, de segurança das normas jurídicas, o que encerra segurança do ordenamento jurídico, segurança de uma norma e segurança da aplicação de uma norma. É que a previsibilidade e a calculabilidade da cognoscibilidade devem ser tanto da ordem jurídica como um todo, de uma norma jurídica e de como ela será interpretada e aplicada. Neste último caso, a segurança jurídica tem como objeto não a norma propriamente dita, “mas a sua aplicação uniforme e não arbitrária”¹⁴.

Os juízes e tribunais devem seguir os precedentes a fim de que as normas jurídicas sejam interpretadas e aplicadas do mesmo modo para casos iguais, independentemente das partes e dos próprios aplicadores¹⁵. Por isso, pode ser afirmado que o seguir os precedentes incrementa a objetividade e a racionalidade na interpretação e aplicação do Direito. Se os juízes e tribunais já amadureceram interpretações jurídicas em determinadas situações jurídicas, no futuro, essas mesmas interpretações jurídicas devem ser tomadas em conta na solução de situações jurídicas similares, independentemente das valorações políticas, morais ou psicológicas do próprio intérprete competente para aplicar o Direito nesses casos. Não importa quem sejam os juízes ou quem sejam os sujeitos envolvidos. O que importa é que as situações fáticas sejam semelhantes em seus aspectos relevantes e que as disposições jurídicas objeto da interpretação e aplicação do Direito sejam exatamente as mesmas.

Além disso, o uso dos precedentes pelos juízes e tribunais contribui para a racionalização e eficiência da atividade jurisdicional, notadamente quanto ao custo e ao tempo de duração das demandas judiciais¹⁶. A uniformidade na interpretação e aplicação do Direito pelos juízes e tribunais reduz os casos de controvérsias e divergências quanto ao significado das disposições jurídicas na solução de situações jurídicas concretas. Com isso, o número de recursos aos tribunais deverá ser menor e mais tempo haverá para atendimento dos casos merecedores de maiores esforços de justificação e fundamentação. Então, provavelmente, de modo mais célere poderá ser prestada a atividade jurisdicional. Os mecanismos da decisão

¹³ Cf. ÁVILA, *Teoria da segurança jurídica...*, p. 126.

¹⁴ Cf. ÁVILA, *Teoria da segurança jurídica...*, p. 156.

¹⁵ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 143.

¹⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

monocrática em caso de precedentes e o da solução em demandas repetitivas são exemplos de racionalidade, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional na solução de conflitos.

Nesse mesmo sentido, o seguir os precedentes dispensa os juízes e tribunais de renovar o trabalho de argumentação na justificação das decisões judiciais quando se tratar das questões cuja interpretação jurídica já se acha consolidada e amadurecida. Sobre isso, MacCormick observa que uma vez decidida uma questão jurídica em criteriosa análise, ela deve ser entendida como resolvida de uma vez por todas, salvo se forem apresentados argumentos que justifiquem um reexame da matéria e a modificação das proposições normativas até então adotadas¹⁷.

Essas razões apontam exatamente para a importância de os juízes e tribunais seguirem os precedentes como concretização do princípio da segurança jurídica e do próprio Estado de direito democrático constitucional.

Se razões podem ser apresentadas para justificar o dever de os juízes e os tribunais seguirem os precedentes, também razões podem ser dadas para justificar o contrário.

Nessa linha, pode-se argumentar que obrigar os juízes e tribunais a seguirem os precedentes constitui obstáculo ao desenvolvimento criativo do Direito, notadamente quanto ao atendimento de novos contextos colocados pela realidade social. Com isso, então, o Direito perderia em evolução e desenvolvimento. Nessa linha, igualmente, pode ser colocado que os juízes e tribunais seriam induzidos a uma aplicação padronizada, mecânica e irrefletida das normas jurídicas, sem incursionar nas particularidades do caso concreto, mais propensos a seguirem as formulações gerais dos precedentes. O resultado seria, além disso, violação à independência funcional dos juízes na prestação jurisdicional e a própria substituição do juiz natural do caso pelos tribunais superiores¹⁸.

Essas razões podem ser superadas, uma vez bem compreendidas as formulações básicas de uma adequada teoria dos precedentes. É que conhecer o papel do precedente na interpretação e aplicação do Direito requer saber o que é um precedente. Quando é o caso de um precedente? Como o precedente deve ser compreendido, interpretado e aplicado? Qual é a parte do precedente que conta para a interpretação e aplicação do Direito? Do mesmo modo, especialmente quando o assunto é responder aos argumentos contrários à força dos precedentes, deve-se compreender adequadamente as técnicas de divergência quanto ao uso dos precedentes. O que segue, então, tem o propósito de desenvolver essas questões.

¹⁷ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 143.

¹⁸ Cf. MARINONI, *Precedentes obrigatórios...*, p. 188-201, uma síntese dos principais argumentos contrários à “força obrigatória dos precedentes” (MARINONI, *Precedentes obrigatórios...*, p.188).

2. Precedente vertical e precedente horizontal

Na perspectiva subjetiva ou institucional, a aplicação do precedente pode ser tomada em uma direção vertical ou horizontal. Essa perspectiva diz respeito à direção da relação entre o órgão jurisdicional do caso precedente e o órgão jurisdicional do caso presente, objeto de interpretação e aplicação do Direito em uma situação concreta determinada.

Na direção vertical, diz-se que o juiz deve aplicar o precedente porque se encontra em uma posição hierárquica inferior na estrutura formal-institucional do sistema de justiça. É o caso de um juiz ou tribunal ter que examinar e julgar situação concreta semelhante à que um tribunal de hierarquia superior, antes, já tenha formulado uma interpretação e qualificação jurídicas. Essa perspectiva institucional estabelece que os precedentes dos tribunais superiores vinculam, obrigando juridicamente, os juízes e os tribunais inferiores. Estes devem seguir obrigatoriamente os precedentes em razão da autoridade hierárquica dos tribunais superiores na interpretação e aplicação do Direito.

Na direção horizontal, cuida-se da aplicação do precedente pelos tribunais de mesma hierarquia. É o caso de um tribunal aplicar os seus próprios precedentes. Aqui, a razão para seguir o precedente não está na autoridade, mas no princípio da universalidade e na regra formal de justiça de tratar igual o igual. Casos semelhantes, em seus aspectos essenciais, devem receber semelhantes interpretações e qualificações jurídicas. Na direção horizontal, contudo, não se pode afirmar que os juízes do tribunal estão juridicamente vinculados aos precedentes de seu tribunal. É que, nesse caso, a força do precedente não é vinculativa, mas persuasiva¹⁹. Mesmo assim, “seria impossível pensar em coerência na ordem jurídica, em igualdade perante o Judiciário, em segurança e em previsibilidade caso órgãos do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, pudessem negar, livremente, as suas próprias decisões”²⁰. O que isso significa é que não se pode falar em vinculação jurídica aos precedentes dos tribunais, tampouco se pode entender que os juízes de tribunais estão livres para se desviar, sem mais, dos precedentes dos tribunais aos quais pertencem.

3. Precedente vinculante e precedente argumentativo

O precedente pode ser usado com força argumentativa ou vinculante.

¹⁹ Cf. ROSITO, *Teoria dos precedentes...*, p. 101.

²⁰ Cf. MARINONI, *Precedentes obrigatórios...*, p. 119.

No caso de precedente com força argumentativa, os juízes e tribunais devem atribuir peso argumentativo maior ou menor a favor das razões de justificação das decisões dos tribunais de mesmo nível ou nível superior. Os precedentes detêm peso argumentativo forte *prima facie* em favor das razões da justificação das decisões judiciais anteriores. É como se os precedentes carregassem vinculatividade presumida²¹.

O uso do precedente argumentativo ou a força prejudicial geral do precedente²² se acha justificado por boas razões. Ainda que os juízes e tribunais decidam somente casos individuais, cabendo ao legislador democraticamente legitimado dar normas gerais, sob pena de violação ao princípio da divisão dos poderes²³, a universalidade, a regra formal de justiça, a estabilidade, a previsibilidade, a segurança jurídica, a coerência e a racionalidade que o uso dos precedentes da jurisprudência alcança para o sistema jurídico são decisivas. Por isso mesmo, os precedentes ocupam posição central na argumentação de justificação das decisões judiciais. O que isso significa é que os precedentes, mesmo desprovidos de vinculatividade jurídico-formal, não podem ser ignorados pelos juízes e tribunais. O ignorar os precedentes pelos juízes e tribunais, conforme as particularidades de uma determinada situação concreta, pode configurar violação de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima-facie* que podem ser associadas²⁴ aos princípios *jurídicos* da igualdade e da segurança jurídica.

No caso do precedente com força vinculante, cada decisão de cada tribunal vincula outro tribunal de hierarquia inferior e os juízes²⁵. Essa vinculação é jurídica de tal modo que os juízes e tribunais de hierarquia inferior na estrutura do sistema de justiça estão obrigados definitivamente a seguirem os precedentes.

O sistema jurídico brasileiro é da tradição do Direito romano-germânico, que tem como característica considerar o precedente na sua força essencialmente argumentativa. Contudo, podem ser rastreados traços importantes do precedente com força vinculante.

O precedente com força vinculante pode ser rastreado na disposição do art. 103-A, da Constituição Federal, que estabelece a obrigatoriedade de obediência à súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de reiteradas decisões sobre uma mesma matéria constitucional. Assim, os juízes e os tribunais estão obrigados, em suas decisões, à interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal por intermédio da súmula

²¹ Cf. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung...*, S. 243.

²² Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 505.

²³ Essas são razões normalmente apresentadas contra o uso extensivo dos precedentes da jurisprudência para a formulação de normas gerais (Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 274-275).

²⁴ Sobre o tema, ver as formulações de norma de direito fundamental associada em LUDWIG, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

²⁵ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 144-145.

vinculante. A decisão judicial que se afastar da interpretação dada na súmula vinculante corre o risco de ser cassada via reclamação constitucional.

Além disso, no marco do novo modelo de interpretação e aplicação das normas jurídicas da sistemática processual civil, vários traços de vinculatividade pelos precedentes podem ser destacados.

Nesse sentido, por exemplo, a disposição do art. 489, § 1º, VI, do novo Código de Processo Civil, ao tratar dos elementos essenciais da decisão judicial, expressamente diz que não será considerada fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. O considerar não fundamentada uma decisão judicial significa a sua nulidade e, portanto, desconstituição.

Além disso, ao cuidar da uniformização da jurisprudência dos tribunais, as disposições do art. 926, § § 1º e 2º, do novo Código de Processo Civil, deixam saber que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, editando enunciados de súmulas em correspondência com a sua jurisprudência dominante, observadas as circunstâncias fáticas dos precedentes justificadores de sua criação.

Ainda, as disposições do art. 927, do novo Código de Processo Civil, determinam que os juízes e tribunais devem observar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Nessa mesma linha, as disposições do art. 932 do novo Código de Processo Civil estabelecem que o relator do processo no tribunal está autorizado a negar provimento ao recurso interposto em contrariedade com súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. E, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, o relator do processo no tribunal deve dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos ou

entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência²⁶.

Com isso, o sistema do ordenamento jurídico brasileiro diz expressamente que as decisões judiciais devem seguir as decisões judiciais anteriores reiteradas dos tribunais, dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal, o que reconhece a função de descarga e de economia de esforço pelo uso dos precedentes²⁷.

No mesmo sentido, igualmente, está a disposição do art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, que diz que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Aliás, sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as suas decisões, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de “eficácia contra todos” e “possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais”. Acrescentou, ainda, que o descumprimento, por quaisquer juízes ou tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da reclamação constitucional²⁸.

Além disso, a disposição do art. 10, § 3º, da Lei 9.882/99, estabelece que a decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

O que essas disposições dizem é que os juízes e tribunais estão vinculados juridicamente aos precedentes. A aplicação dos precedentes é obrigatória na direção vertical para todos os juízes e tribunais inferiores ao órgão autor do precedente, considerada a estrutura hierárquica do sistema de justiça. O precedente é obrigatório pela autoridade do tribunal e por que assim estabelece o ordenamento jurídico. Nesse sentido, pode-se afirmar que o precedente não é diferente de uma regra jurídica. Os juízes e tribunais devem aplicar os precedentes como aplicam as regras jurídicas. Os precedentes são tão normativos quanto as regras jurídicas. O fato de um juiz ou tribunal não aplicar uma regra jurídica ou um precedente não significa que ela não tenha caráter normativo. A normatividade está na autoridade reconhecida do precedente

²⁶ Veja-se que essas disposições modificaram as disposições do art. 557, *caput* e § 1º A, do Código de Processo Civil de 1973.

²⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 338; KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung...*, S. 262; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 143.

²⁸ Cf. STF, Recl. Ag. Reg. 2143, TP, j. 12/03/2003, DJ 06/06/2003.

e na validade da regra jurídica. Por isso mesmo, pode-se afirmar a condição de fonte formal do Direito dos precedentes²⁹.

4. *Ratio decidendi* ou *holding* e *obiter dicta*

Reconhecer o papel normativo dos precedentes coloca no centro a questão sobre o que exatamente detém esse papel.

O uso dos precedentes para fundamentar uma determinada interpretação jurídica pressupõe a identificação e a aplicação da norma jurídica informadora das decisões judiciais anteriores³⁰. Quando o juiz toma os precedentes como razões para justificar a sua decisão judicial, cuida-se da aplicação de uma norma jurídica – a norma jurídica do caso já decidido, reiteradamente aplicada pelos outros juízes e tribunais.

Essa é a *ratio decidendi* ou *holding* que detém efeito vinculante ou argumentativo forte em relação às decisões posteriores sobre casos semelhantes. Cuida-se de uma regra ou princípio decisivo para o caso julgado³¹, de tal modo que a decisão judicial seria outra diferente se outra fosse a sua *ratio decidendi*. É essa regra ou princípio que faz o precedente o modelo a ser seguido em outros casos semelhantes em seus aspectos essenciais³².

Uma questão que se coloca, contudo, é se existe uma *ratio* para ser encontrada em cada caso ou se a *ratio* é uma proposição jurídica de uma decisão jurídica anterior que deve ser levada em conta nos julgamentos seguintes. Nesse último caso, a *ratio* seria qualquer coisa que em julgamento anterior seja afirmado com autoridade. Sobre essa questão, MacCormick defende uma teoria relativamente estrita ou formalista no sentido de uma *ratio* fixa e determinada. É que as decisões judiciais sobre as disputas jurídicas devem estar assentadas em regras firmes e determinadas³³.

É certo que o juiz não deve formular proposições conclusivas sobre tudo o que for apresentado pelas partes, contudo deve necessariamente produzir proposições capazes de justificar a procedência ou improcedência das pretensões deduzidas pelas partes, salvo se a decisão sobre uma pretensão exclua logicamente outras pretensões. O que isso significa é que a decisão judicial deve enfrentar as pretensões aduzidas pelas partes, nisso compreendidas as

²⁹ Cf. ROSITO, *Teoria dos precedentes judiciais...*, p. 127.

³⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 340; MacCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory...*, p. 216.

³¹ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 145.

³² Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 273.

³³ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 146.

questões de interpretação das disposições jurídicas, de classificação ou de avaliação dos fatos. Uma decisão desse tipo é tal que poderá ser colocada em termos de universalizáveis para outros casos semelhantes, mas permanecerá sempre aberta para justificação posterior quanto as suas consequências, consistência e coerência³⁴.

Assim, a *ratio* é uma justificação formal dada pelo juiz, suficiente para decidir as questões jurídicas suscitadas pelas partes e necessária para a justificação da decisão judicial. A *ratio decidendi* corresponde à proposição normativa explícita ou implicitamente dada pelo juiz para enfrentar os argumentos formulados pelas partes e necessária para justificação da decisão judicial³⁵.

Com isso, pode ser colocada a distinção entre a *ratio decidendi* e a *obiter dicta*, assim entendidas as opiniões e comentários dos juízes que vão além do necessário para a justificação da decisão judicial. Os argumentos sobre princípios ou sobre avaliações de outros precedentes ou, ainda, sobre as consequências da decisão judicial, integram a classe da *obiter dicta*³⁶.

Então, o conceito de *obiter dicta* pode ser relacionado às proposições usadas nas razões de uma decisão judicial que não são relevantes para definição do caso que está sendo julgado ou que são relevantes para a definição do caso que está sendo julgado, mas não necessariamente³⁷.

A separação entre o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dicta* em uma decisão judicial, nem sempre se mostra evidente na prática da interpretação e aplicação do Direito para resolver casos concretos³⁸. Contudo, uma alternativa interessante é investigar o significado das palavras empregadas pelo tribunal para fundamentar a sua decisão. Esse é o chamado método da “regra modelo” do precedente, que se fundamenta nos significados das expressões empregadas pelo tribunal para resolver o problema da indeterminação jurídica³⁹. O importante é que, para determinar o alcance de um precedente, as palavras utilizadas pelo tribunal que decidiu o caso devem ser utilizadas como uma regra, e assim como as palavras de uma regra determinam o seu alcance, também as palavras utilizadas pelo tribunal anterior ou superior determinarão para o que aquela decisão será um precedente e o que estará além do alcance de sua restrição⁴⁰.

³⁴ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 152-153.

³⁵ Cf. MacCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory...*, p. 215; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 153; PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 273.

³⁶ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 153; GREENAWALT, Kent. *Law and Objectivity*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 203.

³⁷ Cf. ROSITO, *Teoria dos precedentes judiciais...*, p. 112.

³⁸ Cf. GREENAWALT, *Law and Objectivity...*, p. 185-186.

³⁹ Cf. SCHAUER, *Thinking like a lawyer...*, p. 53-54.

⁴⁰ Cf. SCHAUER, *Thinking like a lawyer...*, p. 55.

5. *Distinguishing* e *overruling*

Os precedentes constituem um conjunto de *ratio decidendi*, configurando uma rede densa de normas jurídicas, pois cada decisão judicial insere mais uma regra de decisão para integrar o conjunto total e, assim, incrementar a densidade e abrangência dessa rede⁴¹. Conforme o que se tem apresentado até aqui, os juízes e tribunais devem seguir as regras de decisão dos precedentes quando se acharem diante de casos semelhantes, em seus aspectos essenciais, àqueles em que essas regras de decisão restaram formuladas.

Contudo, o dever de os juízes e tribunais seguirem os precedentes não implica que essa rede de normas jurídicas dada pelas regras de decisão dos tribunais constitui uma barreira intransponível contra a mudança, o desenvolvimento e o progresso do Direito exigidos por novas realidades e valorações.

Os juízes e os tribunais devem seguir os precedentes, mas esse dever não é definitivo e sim *prima facie*. É que a força da regra de decisão é apenas *prima facie*, de tal modo que uma *ratio decidendi* ou *holding* pode ser deixada de lado se razões justificativas forem apresentadas⁴². O que isso significa é que os juízes e tribunais, cumpridas determinadas exigências metodológicas, podem deixar de aplicar os precedentes. Então, conforme as características, as circunstâncias e as peculiaridades tanto dos precedentes como do caso que está sendo examinado, os juízes e tribunais podem se achar liberados para não aplicar os precedentes.

As alternativas à vinculatividade dos precedentes pelos juízes pressupõem o uso de duas técnicas metodológicas e o cumprimento do ônus da argumentação⁴³. As técnicas formuladas na tradição do Direito anglo-saxônico quanto ao uso dos precedentes são a *distinguishing* e a *overruling*. Além disso, não existem outras alternativas aos precedentes⁴⁴.

⁴¹ Cf. ALEXYS, *Theorie der Grundrechte...*, S. 507.

⁴² Cf. ALEXYS, *Theorie der Grundrechte...*, S. 507.

⁴³ Cf. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent...*, 113.

⁴⁴ Além dessas duas técnicas, poderia ser considerada a técnica da *modifying*, usada para justificar uma modificação da *ratio decidendi* ou *holding* em relação a sua construção original. O precedente seria modificado a partir de sua interpretação restritiva, não se justificando sua aplicação ao caso que está sendo examinado e julgado no presente. Nesse caso, há uma restrição aos campos de aplicação do precedente. Do mesmo modo, o precedente seria modificado a partir de sua interpretação extensiva, para cobrir campos não originariamente alcançados. Nesse caso, o juiz ou tribunal amplia a *ratio decidendi* ou *holding* para outras situações jurídicas não contempladas, originariamente, no precedente. Na verdade, essa técnica da *modifying* se acha colhida pelas técnicas da *distinguishing* e da *overruling*. A modificação do precedente a partir de sua interpretação restritiva não é outra coisa que não um caso de *distinguishing* e a modificação do precedente pela sua ampliação para outros casos configura empiria da técnica do *overruling* (Cf. ROSITO, *Teoria dos precedentes judiciais...*, p. 304).

Então, resta que os precedentes devem ser seguidos ou aplicados ou diferenciados ou modificados ou superados.

A técnica da *distinguishing* é um recurso metodológico com base no qual o intérprete e aplicador do Direito está autorizado a não seguir os precedentes com base no argumento de que o caso que lhe é apresentado para exame e julgamento é diferente, sob o ponto de vista de seus elementos fáticos centrais e relevantes, dos casos retratados nos precedentes. Os juízes e tribunais, então, estão autorizados a não aplicar os precedentes quando as circunstâncias fáticas do caso em julgamento são diferentes das dos casos dos precedentes. Assim, o intérprete e aplicador do Direito faz uma diferenciação ou distinção (*distinguishing*) fática dos casos⁴⁵. O juiz ou tribunal pode dizer que o fato que é submetido a julgamento apresenta uma circunstância fática que não estava presente nos precedentes ou, ainda, aduzir razões fundamentadas em princípios ou outras razões práticas gerais. Nesse caso, o precedente é interpretado de modo tão restrito que resulta distinto do caso concreto considerado pelo juiz⁴⁶. É essa a hipótese quando um caso é completamente distinto e distinguível do outro⁴⁷.

Com isso, o caso concreto submetido ao juiz não é decidido com base no precedente, cuja norma jurídica poderá, contudo, ser considerada como razões para a justificação de outras decisões judiciais futuras. Nesse caso, a *ratio decidendi* ou *holding* dos precedentes se mantém intocada, em nada sendo modificada ou superada.

Mas o reconhecimento da diferenciação entre os casos deve ser justificado por boas razões, que devem ser dadas conforme as exigências da argumentação racional⁴⁸. Uma questão central das razões de fundamentação da diferenciação está exatamente na relevância da dissimilaridade entre os casos dos precedentes e o caso que está sendo examinado e julgado. Muito dificilmente os casos que são submetidos à interpretação e aplicação do Direito são exatamente iguais em todos os seus elementos fáticos. O normal é que os casos, sob o ponto de vista fático, sejam mais diferentes do que iguais. Por isso, no que interessa à questão colocada, a dissimilaridade entre os casos, para justificar a não aplicação dos precedentes, deve ser relevante para o deslinde da questão submetida a exame e aplicação do Direito. Empregar a técnica da diferenciação quando a dissimilaridade não é relevante constitui violação ao dever de seguir o precedente, o que se acha proibido aos juízes e tribunais.

⁴⁵ Cf. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent...*, p. 113.

⁴⁶ Cf. FRIEDRICH, Karl. *Constitutional Government and Democracy*. Waltham, Massachusetts: Blaisdell Publishing Company, 1968, p. 109.

⁴⁷ Cf. MacCORMICK, *Legal Reasoning and Theory of Law...*, p. 219.

⁴⁸ Cf. ALEXYS, *Theorie der Grundrechte...*, S. 273-348; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 164-237.

A técnica da *overruling* é empregada para superar ou revogar definitivamente o precedente. Ela implica a rejeição da norma jurídica do precedente. Desse momento em diante, a norma jurídica do precedente até então considerada como tal perde sua condição de *ratio decidendi* ou *holding* para ser tomada em conta no julgamento dos casos semelhantes em seus aspectos essenciais.

A revogação do precedente é explícita quando determinada pelo próprio tribunal que o estabeleceu. Aliás, diferentemente do que se dá com a *distinguishing*, em que a diferenciação pode ser realizada por qualquer juiz ou tribunal, somente o tribunal autor do precedente de cuja *ratio decidendi* ou *holding* se trata pode revogá-la. O que se tem admitido, mais especialmente no Direito norte-americano, é a chamada *antecipatory overruling* em que um tribunal de hierarquia inferior diverge do tribunal superior, arcando com pesado esforço argumentativo, para indicar um desgaste do precedente⁴⁹. Mesmo assim, a revogação do precedente precisa ser confirmada no tribunal superior⁵⁰.

As razões para a revogação ou modificação dos precedentes apontam normalmente para novas avaliações morais, ideológicas, sociais, políticas, econômicas ou culturais, bem como para inovações científicas e tecnológicas. Casos iguais em seus aspectos relevantes devem ser justificados pelas mesmas razões e, por isso, decididos do mesmo modo. Essa formulação, contudo, não se apresenta absoluta. Se casos iguais devessem ser, sempre e independentemente de quaisquer outras circunstâncias, julgados do mesmo modo, então estariam proibidos o progresso da ciência jurídica e o desenvolvimento do Direito. É possível que os fatos sejam exatamente iguais em seus aspectos relevantes, mas se encontre justificção para que a decisão judicial anterior seja desprezada. Esse deve ser o caso quando outras são as circunstâncias valorativas do fato e de interpretação das normas jurídicas.

Igualmente, os precedentes podem ser superados por modificações advindas de novas normas jurídicas positivadas no ordenamento jurídico. Uma das razões mais sensíveis da revogação dos precedentes está na alteração da composição dos tribunais, resultando da alteração das preferências ideológicas de seus integrantes, especialmente quando já longa a distância temporal entre a elaboração do precedente e o presente⁵¹.

O papel das técnicas metodológicas da *distinguishing* e da *overruling* é exatamente viabilizar que os precedentes sejam, no primeiro caso, mantidos quando o caso objeto de exame

⁴⁹ Cf. SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York State). In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 355-406, 1997, p. 398-399.

⁵⁰ Cf. ROSITO, *Teoria dos precedentes judiciais...*, p. 307.

⁵¹ Cf. ROSITO, *Teoria dos precedentes judiciais...*, p. 312.

jurisdicional é diferente os precedentes formulados pelos tribunais e, no segundo, que os tribunais possam rejeitar seus próprios precedentes quando assim exigirem as novas valorações do contexto de interpretação e aplicação do Direito.

Nesse ponto, então, coloca-se como decisiva a relação entre o uso dos precedentes e a argumentação.

6. Precedentes e argumentação

A relação entre os precedentes e a argumentação é central para a justificação racional da interpretação e aplicação do Direito.

Primeiro, porque a própria interpretação e aplicação do Direito é uma atividade argumentativa e, segundo, porque a racionalidade da interpretação e aplicação do Direito depende de como são empregados os precedentes na justificação judicial. Os precedentes ocupam um papel central na justificação racional da interpretação e aplicação do Direito.

Na justificação da interpretação e aplicação do Direito, os juízes e tribunais devem empregar, necessariamente, os precedentes. Uma das exigências da interpretação jurídica racional é que os argumentos interpretativos sistemáticos prejudiciais⁵² contem argumentativamente na justificação do significado atribuído a uma determinada disposição jurídica. Então, interpretações jurídicas já consolidadas nas formulações passadas dos tribunais detêm peso argumentativo *prima facie* para fins de determinação do significado de disposições jurídicas no presente e no futuro. Com isso, ficam cumpridas as exigências da justificação externa e da coerência da fundamentação racional das decisões judiciais. É que os juízes e tribunais devem seguir os precedentes. Mas, como já antecipado, esse é um dever jurídico *prima facie*, o que significa que os juízes e tribunais podem se afastar dos precedentes como apoio nas técnicas metodológicas da diferenciação e da revogação. Contudo, em qualquer um dos casos, pesado ônus argumentativo deve ser suportado. Nesse sentido, Alexy deixa saber que aquele que pretender se afastar dos precedentes deve suportar a carga da argumentação⁵³.

No caso da aplicação da técnica da *distinguishing*, os juízes e tribunais devem apresentar boas razões para justificar a diferença entre as formulações dos precedentes e a situação jurídica concreta sob escrutínio judicial. Os juízes e tribunais devem seguir os precedentes porque o princípio da universalidade diz que casos iguais devem ser receber

⁵² Cf. MacCORMICK; SUMMERS, *Interpretation and Justification...*, p. 513; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 128-129.

⁵³ Cf. ALEXYS, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 335.

soluções jurídicas iguais. A questão central a ser colocada, contudo, pergunta sobre quando dois casos são iguais. Uma identidade absoluta de casos, em todos os seus elementos fáticos e normativos constitutivos, é algo incomum. O normal é que os casos tenham maiores ou menores pontos comuns de identificação e esses pontos de contato podem ser mais ou menos relevantes para o assunto controvertido. Casos podem ser muito semelhantes a partir do compartilhamento de vários pontos comuns, mas se essa similaridade não é relevante para o assunto tematizado, ela não terá muita força para justificar a formulação de que um deve ter a mesma solução que o outro. Por outro lado, casos podem ter apenas alguns pontos em comum, mas se o que compartilham é relevante para o deslinde do assunto controvertido, então boas razões apontam para que eles recebam soluções semelhantes.

Então, no caso do emprego da técnica da *distinguishing*, boas, saturadas e completas razões devem ser dadas para justificar a dissimilaridade do caso sob exame judicial em relação aos precedentes já formulados pelos tribunais. Não basta apenas afirmar que os precedentes não se aplicam ao caso em julgamento porque os fatos são diferentes. Devem ser apresentadas razões que explicitam não apenas as diferenças, mas a relevância das diferenças para a questão central controvertida.

Igualmente pesada é a carga da argumentação para quem deseja lançar mão da técnica da *overruling*. É que o abandono dos precedentes na justificação de uma decisão judicial de interpretação e aplicação do Direito deve ser suportado por boas, saturadas e completas razões. Aliás, o princípio da inércia diz que algo normal e reiteradamente aceito somente pode ser abandonado se puderem ser aduzidas razões suficientes⁵⁴. Assim, em relação aos precedentes, quem deixa de referir uma prática dos tribunais deve justificar o seu procedimento⁵⁵.

Então, a construção das razões de fundamentação para a justificação do afastamento dos precedentes pela técnica da *distinguishing* ou da superação dos precedentes pela técnica do *overruling* devem ser dadas conforme as exigências rigorosas da teoria da argumentação jurídica racional. Nesse sentido, a disposição do art. 489, § 1º, VI, do novo Código de Processo Civil, estabelece que não será considerada fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Assim, fica definitivamente estabelecida a relação entre o uso dos precedentes e as razões de fundamentação da interpretação e aplicação do Direito.

⁵⁴ Cf. PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, L. *La Nouvelle Rhétorique. Traité de L'Argumentation*. Paris: Presses Universitaires de Frande, 1958, p. 142-143.

⁵⁵ Cf. AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 203.

Conclusão

A interpretação e aplicação do Direito no Brasil se acha diante de um novo paradigma, resultado de um novo papel dos precedentes na fundamentação das decisões judiciais. Isso o é resultado da influência das teorias da argumentação jurídica, que cuidam da necessidade de que a justificação da interpretação e aplicação do Direito deve seguir um conjunto de regras e exigências se aspira racionalidade e, também, das recentes modificações introduzidas no ordenamento jurídico pelas disposições do novo Código de Processo Civil.

Nesse novo paradigma, as decisões judiciais, sob pena de nulidade, devem seguir os precedentes.

Sobram razões para justificar o dever de os juízes seguirem os precedentes. Estabilidade, previsibilidade, confiabilidade e segurança jurídica, estão entre elas, que são mais do que suficientes para superar as objeções eventualmente levantadas contra o dever de obediência aos precedentes.

Esse dever de obediência aos precedentes, com força vinculativa ou argumentativa, em sentido vertical ou horizontal, contudo, não é definitivo. Cuida-se de um dever jurídico *prima facie*, que significa que os juízes e tribunais podem afastar ou superar os precedentes, valendo-se das técnicas metodológicas conhecidas como *distinguishing* e *overruling*.

Mas a desconsideração da força vinculante ou argumentativa do precedente deve ser acompanhada de boas razões. Elas devem ser dadas conforme as exigências da teoria da argumentação jurídica a fim de que seja racionalmente justificada a diferenciação ou a superação do precedente.

Com isso, então, estão unidos o uso dos precedentes e a argumentação jurídica.

Referências

- AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.
- ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University, 2008.

FRIEDRICH, Karl. *Constitutional Government and Democracy*. Waltham, Massachusetts: Blaisdell Publishing Company, 1968.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GREENAWALT, Kent. *Law and Objectivity*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

HAGE, Jaap C. *Reasoning with Rules*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997.

HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. Law, Morals and Defeasibility. *Ratio Juris*, v. 13, n.3, Sept. 305-325, 2000.

HALPIN, Andrew. *Reasoning with Law*. Oxford: Hart Publishing, 2001.

KRIELE, Martin. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1979.

LUDWIG, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

MacCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

_____. *Rhetoric and the rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Interpretation and Justification. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Statutes*. Aldershot: Dartmouth, p. 511-543, 1991.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

MARSHAL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 503-517, 1997.

PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. London: Springer, 2008.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, L. *La Nouvelle Rhétorique. Traité de L'Argumentation*. Paris: Presses Universitaires de Frande, 1958.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York State). In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 355-406, 1997.