

**Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**

**O Controle Difuso de Constitucionalidade e a Importância dos
Precedentes do Supremo Tribunal Federal na Busca da Razoável
Duração do Processo**

RAULINO PALHA DE MIRANDA

São Paulo / SP

2011

RAULINO PALHA DE MIRANDA

**O Controle Difuso de Constitucionalidade e a
Importância dos precedentes do Supremo Tribunal
Federal na Busca da Razoável Duração do Processo**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação lato sensu TeleVirtual em Direito Processual Civil, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil.

Universidade Anhanguera-UNIDERP.
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

Orientador: Professora Ms. Maria Conceição Amgarten

São Paulo

2011

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, e os professores indicados para compor o ato de defesa presencial de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas na presente monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2011.

Raulino Palha de Miranda

RESUMO

Depois de fazer detalhada análise dos vários estágios de desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos das tradições do *common Law* e do *civil law*, desde os primórdios do direito romano e do direito anglo-saxão, neste Trabalho de Conclusão de Curso, investigamos se no direito brasileiro há espaço para que os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade tenham força vinculante sobre os juízes e tribunais a ele subordinados. Assecuramos que o STF tem a função constitucional de avaliar a validade das normas jurídicas de acordo com o primado da supremacia da Constituição Federal. Portanto, partindo do princípio da unidade do sistema e da necessidade de as decisões judiciais, como decisões emanadas de um Poder do Estado, serem coerentes e justas, admitimos que as decisões do Supremo Tribunal Federal prolatadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade podem e devem ter força de precedentes obrigatórios. A doutrina do *stare decisis*, vigente no sistema do *common law*, foi apresentada como instituto jurídico que vai contribuir para o ideal da segurança jurídica, estabilidade das regras de direito, da confiança nas instituições jurídicas, igualdades de todos perante as decisões judiciais e para a efetivação do princípio da razoável duração do processo. Asseveramos que no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade já se fazem presentes os efeitos transcendentais dos motivos determinantes das decisões do Supremo Tribunal Federal. Tratamos das súmulas vinculantes e das decisões do STF que declaram a existência ou inexistência de repercussão geral das matérias veiculadas no recurso extraordinário, que têm efeito vinculante ou, a menos, neste último caso, eficácia erga omnes. Falamos dos precedentes no direito brasileiro. Outrossim, mostramos os critérios para determinar a *ratio decidendi* – ou os efeitos transcendentais dos motivos determinantes dos precedentes. Por fim, abordamos os institutos jurídicos da coisa julgada material, da coisa julgada material erga omnes e instituto dos efeitos transcendentais dos motivos determinantes da decisão no direito brasileiro.

Palavras-chave.

Constituição Federal, controle difuso, razoável duração processo, precedentes obrigatórios e *ratio decidendi*.

ABSTRACT

After carrying out a study of the different stages of the development of legal directives in common and civil law from the primordials of Roman and Anglo Saxon law in this end of course article, we investigate whether Brazilian Law has scope for the precedents of the Supreme Federal Court in the diversity of constitutionalism having binding power over its subordinate judges and courts. We remain convinced that the SFC has a constitutional function by evaluating the juridical norms in accordance with the overriding supremacy of the Federal Constitution. However, starting from the principle of the unification of the system and the need for judicial decisions, as decisions emanating from State power may be fair and coherent we accept the decisions of the Supreme Federal Court overriding in the full scope of the diverse control of constitutionalism can and must have the power of obligatory precedents. The doctrine of “stare decisis”, present in the common law system was presented as a juridical institution which shall contribute to the ideal of juridical security, stability of the legal rules, the confidence in the juridical institutions, the equality of all before juridical decisions and in order to bring into effect a reasonable timeframe for a case. We add weight in the full scope of the concentrated control of constitutionalism are already becoming present in the transcendental effects for the determining reasons for the SFC decisions. We deal with the binding “summula” and the SFC decisions which declare the existence or lack of the general repercussion of the subject submitted in the extraordinary appeal, or that have binding effect, unless in the last case, effectiveness “erga omnes”. We explained about the precedent in Brazilian law. Furthermore, we did show the criterion to determine the “ratio decidendi” - or the transcendental effects of the determining reasons of the precedents. Finally, we discuss the legal institutes of the “res judicata”, the “res judicata erga omnes” and the institute of the transcendental effects of the determining reasons of the decision in Brazilian law.

Keywords.

Federal Constitution, fuzzy control, reasonable length process, binding precedents and ratio decidendi.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO COMMON LAW E DO CIVIL LAW.....	9
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	9
1.2 CONTEXTO HISTÓRICO DE DESENVOLVIMENTO DO DIREITO: CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO ROMANO PARA A FORMAÇÃO DO <i>COMMON LAW</i> E DO <i>CIVIL LAW</i>	11
1.3 <i>COMMON LAW</i>	17
1.4 <i>CIVIL LAW</i>	19
2. A DOUTRINA DO <i>STARE DECISIS</i> NO COMMON LAW E SEUS CONSECUTÓRIOS LÓGICOS: SEGURANÇA JURÍDICA E PREVISIBILIDADE DO DIREITO	26
2.1 ASPECTOS GERAIS E ESSENCIAIS E A FORMAÇÃO DO <i>STARE DECISIS</i>	26
2.2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS: SEGURANÇA JURÍDICA E PREVISIBILIDADE DO DIREITO: UMA VISÃO CRÍTICA DO DIREITO BRASILEIRO.	32
2.3 CRITÉRIOS E INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA REVOGAÇÃO E DISTINÇÃO DOS PRECEDENTES NO <i>COMMON LAW</i>	36
3. O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E OS PRECEDENTES DO STF.....	43
3.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	43
3.2 O CONTROLE DIFUSO E OS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	46
3.3 O RESPEITO AOS PRECEDENTES DO STF E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....	51
4. A <i>RATIO DECIDENDI</i> E O <i>OBITER DICTUM</i> NO DIREITO BRASILEIRO	54
4.1 ASPECTOS RELEVANTES PARA A DETERMINAÇÃO DA <i>RATIO DE DECIDENDI</i> E DO <i>OBITER DICTUM</i>	54
4.2 OS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	57
4.3 COISA JULGADA MATERIAL, COISA JULGADA <i>ERGA OMNES</i> E EFEITO VINCULANTE DOS MOTIVOS DETERMINANTES DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	63
CONCLUSÃO	66
BIBLIOGRAFIA	68

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem o objetivo de demonstrar que o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal proferidos no âmbito do controle difuso de constitucionalidade tem repercussão direta sobre o andamento dos processo em tramitação no judiciário brasileiro. Isso implica dizer que o respeito aos precedentes do STF levará à concretização dos ideais positivados no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, que prescreve que *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

Por outro lado, o respeito a jurisprudência do STF configura respeito às decisões tomadas por quem tem a função constituticonal de dizer qual norma está ou não em harmonia com as regras e princípios constitucionais.

Nesse mister, iremos debruçar-nos sobre a doutrina do *stare decisis* presente no sistema do *common law*, em seus institutos e nos princípios consagrados por essa doutrina. Esse estudo pretende ainda deixar assentado que a doutrina do *stare decisis* não é incompatível com o sistema do *civil law*, que tem o princípio da segurança jurídica como axioma, mas ao contrário o exige.

Isso porque nosso ordenamento jurídico instituiu dois tribunais com competência para unificar o direito federal e para garantir a integridade da Constituição Federal, razão porque os precedentes destes tribunais devem ser observados necessariamente, mormente quando já houver teses jurídicas devidamente sumuladas.

A bem da verdade, mesmo no que se referem aos tribunais locais, já existem mecanismos modernos que prestigiam os procedentes, obstando o manuseio de recursos, tanto das decisões do 1º grau, quanto daquelas prolatadas pelos relatores no exercício de competência delegada.

Com esse propósito, iremos traçar uma comparação entre os sistemas do *civil law* e do *common law*. Nesse passo, investigaremos a contribuição que ambos os sistemas dão para a materialização dos princípio da segurança jurídica, estabilidade das regras de direito, da confiança do jurisdicionado no direito e nas

instituições jurídicas, da justiça e da igualdade de todos os jurisdicionados perante as decisões judiciais.

O Trabalho será desenvolvido em 4 (quatro) capítulos. No primeiro, faremos um estudo do desenvolvimentos do direito na Europa e na América Latina a partir da contribuição do direito romano, das várias ordens existentes nos vários reinos europeus, e da tradição do direito anglo-saxônico para ambas as tradições.

Mostraremos que, enquanto a Inglaterra medieval ficou praticamente infensa à influência do direito romano, convivendo com o direito consuetudinário de origem anglo-saxônica, o direito da Europa ocidental teve forte influência do direito romano a partir das atividades dos glosadores e dos comentadores que desenvolveram estudo sobre as constituições imperiais até Justiniano, o *Digesto* ou *Pandectas* e sobre as *Institutas* do imperador Justiniano.

O conjunto normativo foi chamado pelos glosadores e comentadores de *Corpus Iuris Civilis*. A codificação por que passou os sistemas jurídicos do Ocidente foi resultado em parte do trabalho realizado pelos glosadores e comentadores e pela escola de direito natural, que preconiza o direito como algo extraído da razão humana e comum aos homens de todos os tempos e lugares. Dessa forma, nada mais natural do que transportar todas as normas assim concebidas para um código, tornando-as conhecidas e estáveis.

No capítulo II, voltar-nos-emos para o estudo da doutrina do *stare decisis*. Nesse momento, traremos os institutos da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*, seus conceitos, formação, critérios e os mecanismos de identificação destes institutos no contexto da fundamentação da decisão. O estudo também vai explicar a importância do estudo dos casos para aplicação dos precedentes. Vamos explicar também como a doutrina do *stare decisis* contribui para a segurança jurídica, para estabilidade das regras jurídicas e para a justiça das decisões. Ainda iremos mostrar que a doutrina tem institutos próprios para superação e anulação de precedentes inadequados, injustos e superados por métodos de interpretação progressiva (espectro da mutação constitucional).

No capítulo III, traremos à baila o estudo sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade e a relevância prática da observação dos precedentes do STF pelos juízes e tribunais subordinados à Corte Suprema. Traremos também à colação os princípios da

segurança jurídica e da previsibilidade a partir de uma visão crítica de nossa jurisprudência no trato dos precedentes do STJ e do STF.

Percebeu-se que acatar as decisões do STF prolatadas em controle difuso de constitucionalidade redundaria em eficiência da justiça, redução das atividades dos juízes e da litigiosidade, segurança jurídica e estabilidade das regras de direito, além de contribuir para razoável duração do processo, como corolário da efetivação de justiça.

No último capítulo, voltar-nos-emos para os critérios de determinação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* no direito brasileiro. Nos limites desse trabalho faremos um rápido estudo sobre os precedentes no direito brasileiro, mormente os precedentes do STF em controle concentrado de constitucionalidade e das decisões que declara a existência ou inexistência de repercussão geral das matérias veiculados por meio de recursos extraordinários. Por fim, falaremos de coisa julgada material, coisa julgada material *erga omnes* e dos efeitos vinculantes dos motivos determinantes das decisões do Supremo Tribunal Federal para estabelecer os principais elementos diferenciadores desses institutos jurídicos, em face da inegável conexão com o tempo proposto.

Em síntese conclusiva, temos que o presente estudo pretende bem compreender o estudo da doutrina do *stare decisis* no direito brasileiro, sobretudo no que diz respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Controle difuso de constitucionalidade, como forma de racionalização do processo. Sem corresponder uma drástica ruptura com o sistema clássico, mas uma verificação por intermédio de uma linha evolutiva, atestará que a observância dos precedentes (entendimentos jurisprudenciais) é salutar, sem constranger ou limitar a atividade judicante na arte de criar o direito no caso concreto, ou mesmo há falar em fossilização do direito. Até porque a atividade legislativa não encontra óbice nos precedentes e atenderá os anseios de uma sociedade em movimento. No mesmo sentido, os métodos de interpretação prospectiva, não excludente do sistema de precedentes, conferirá dinamismo e uma necessária releitura dos diplomas legais.

1. FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW*.

1.1 Considerações Iniciais

Hodiernamente, o *Civil Law* e o *common law* são os dois sistemas jurídicos de regulação social presentes nas Américas e na Europa. Na verdade, todas as nações civilizadas são reguladas por um desses dois sistemas jurídicos.

Apesar de apresentarem muitas particularidades, os dois sistemas têm muito institutos em comum, não obstante haja institutos específicos ou ao menos pensados como específicos. Em verdade, os dois sistemas jurídicos se desenvolveram em ambiente político e cultural diferentes.

A partir de certo momento, depois de um longo processo evolutivo, as decisões judiciais no sistema do *common law* da Inglaterra passaram a vincular incondicionalmente. Essa estabilidade do direito foi necessária para segurança e certeza no direito.

Desse modo, a diferença essencial entre os dois sistemas jurídicos está no fato de o *common law* respeitar os precedentes como forma de solver as demandas jurisdicionais de forma isonômica, contribuindo para a fixação das regras de direito, tornando-as, portanto, previsíveis e certas, aspecto da segurança jurídica no istmo do princípio da confiança.

No que se depreende que sua principal contribuição consiste em produzir certeza nas relações jurídicas. Dessarte, o *Common Law* exclui a interpretação privatista do direito, sem perder de vista o culturalismo jurídico, bem como reduz ao limite do razoável o arbítrio dos juízes.

No *Civil Law*, onde os precedentes, em regra, não têm efeito vinculante, a interpretação do direito varia ao sabor de juízos arbitrários do julgador. Com isso, o princípio da confiança tende a ser vulnerado porque cada julgador empresta alta carga de subjetividade.

Essas diferentes maneiras de encarar o direito têm repercussão no procedimento. É intuitivo que o direito no sistema do *common law* atribui atenção especial aos procedimentos, porque o estudo dos casos tem especial relevância

prática. No *civil law*, o direito processual é mero instrumento de aplicação do direito material.

Portanto, ao contrário do *civil law*, o *common law* concede especial atenção ao estudo dos casos para verificar a pertinência de aplicação do precedente ao caso em estudo. No direito do sistema romano-germânico, não é relevante saber qual a solução apresentado anteriormente pelo mesmo tribunal ou tribunal superior para caso idêntico ou semelhante. Sendo irrelevante saber em que contexto ocorreu essa ou aquela interpretação do texto normativo.

Assim, é forçoso admitir que a força do *common law* está no fato de gerar previsibilidade e segurança jurídica em razão de os mesmos fatos terem o mesmo tratamento por parte dos tribunais. A partir do momento que a jurisprudência apresenta uma interpretação para a lei ou princípio na solução de um caso concreto, esta interpretação será aplicada aos casos idênticos ou semelhantes que no futuro forem objeto de julgamento do tribunal ou de juízes a ele vinculados.

Em breve esboço histórico, verifica-se que no contexto britânico, já em 1215, os proprietários de terra impuseram uma série de limitações ao poder de tributar do Rei. Por outro lado, os juízes ingleses se fecharam para a influência dos glosadores e dos comentadores.

Nos demais países europeus, a revolução francesa, consolidando os interesses da burguesia, propugnou pela absoluta divisão de poderes. Com isso, coube ao judiciário o poder de aplicar o direito, sendo-lhe vedado atribuir qualquer significação diferente daquela pretendida pelo legislador. Portanto, o sistema de precedente não tinha lugar nesse sistema, que pretendia atingir o ideal da segurança jurídica com a simples apreensão pelo aplicador do direito, da vontade do legislador. Era pequena a margem interpretativa pelo julgador.

No caminhar da história, foi-se concedendo ao juiz no sistema do *Civil Law* o poder de interpretar o direito. Como as leis oferecem vários significados possíveis, tem o magistrado a liberdade de aplicar livremente qualquer dessas possíveis significações, mas sem descuidar da segurança jurídica.

A aplicação da lei ao caso concreto, sem qualquer obediência aos precedentes horizontais ou verticais, contudo, não é o mais racional, urge que, em homenagem a racionalidade do sistema, criem-se mecanismos para coerir as interpretações possíveis. É dizer, à luz de um dado caso concreto, deve haver a

mesma interpretação. Estes mecanismos são objetos de estudo nos tópicos seguintes.

1.2 Contexto Histórico de Desenvolvimento do Direito: Contribuição do Direito Romano para a Formação do Common Law e do Civil Law.

O direito foi construído a partir uma combinação do *ius civile* e dos *ius gentium*. O primeiro, o direito do cidadão romano livre e proprietário de terras - patrícios - e tinha origem na lei das doze tábuas. O segundo era aplicado para regular relações jurídicas entre cidadãos não-romanos ou entre estes e os cidadãos romanos. Ensinam Alexandre Correa e Gaetano Sciascica, que:

O *ius civile* e *ius gentium* – O *ius civile romanarum*, que se pode chamar também direito quiritário ou *ius quiritium*, é o direito próprio aos cidadãos romanos (cíveis). O *ius gentium* é direito comum aos cidadãos romanos e aos estrangeiros (peregrini). O *ius quiritium* é o direito nacional dos romanos, eminentemente pessoal; o *ius gentium* é o direito universal, aplicado a todos os homens livres. Mencionam-se como institutos de *ius civilis* os previstos pelos costumes romanos mais antigos (por exemplo, a pátria potestas) ou pela das XII tábuas (por exemplo, sucessão) ou derivados por interpretação da mesma lei. A *manus*, por exemplo, é peculiar aos cidadãos romanos; também a estipulação na forma da *sponsio* e os vínculos obrigações mais antigos, como a *fidepromisso*. Institutos do *ius gentium* são a *traditio*, os contratos mais usados (venda, aluguel, sociedade, mandatos), a forma de obrigação mais geral (*stipulatio*); atos jurídicos de valor universal para todos os homens. No curso da exposição teremos freqüentemente a oportunidade de mostrar como num determinado momento da evolução do Direito Romano a contraposição desaparece e o *ius civile* se identifica substancialmente com o *ius gentium*.¹

Para aplicação do *ius civile* havia o pretor urbano; nos demais casos, a aplicação do direito ficava a cargo do pretor peregrino. Ambos tinham o *imperium*. Nesse período, não havia uma clara distinção entre as leis processuais e materiais e os pretores não resolviam diretamente a questão. Eles apresentavam uma fórmula (direito) que se seria aplicado por um juiz privado escolhido livremente pelas partes.

O modo de administração da justiça e aplicação do direito é peculiar a cada um dos três períodos políticos de Roma, ou seja, o período da realeza, república e império, tem cada um suas próprias instituições voltadas à administração da justiça. Na primeira fase, o direito romano ainda era excessivamente formalista, com forte matiz religiosa. No período da república, o direito romano atingiu seu maior

¹ CORREIA, Alexandre; SCIASCICA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**. 2.ed. V. I. São Paulo: Saraiva, 1953, pág. 18.

desenvolvimento. Os grandes institutos do direito privado romano germinaram com os cônsules, pretores e magistrados inferiores e os jurisconsultos.

O dinamismo do direito romano se deveu basicamente às práticas do pretor Pelegrino, que estava mais aberto a novas influências. Mas mesmo o *ius civile* foi aos poucos passando por transformações, deixando no passado algumas fórmulas que não mais correspondiam às exigências de seu tempo. Os romanos vão intensificando suas relações com países estrangeiros. Por outro lado, a presença de estrangeiros ou cidadãos não romanos em negócios e espaços antes autorizados para cidadãos romanos, como a aquisição de propriedades na *urbis* influenciou a adoção de novas regras jurídicas, bem como de novos institutos.

Para reger essas novas relações, o pretor peregrinus, eleito anualmente, obrigava-se a criar novas fórmulas. O *ius civile* não podia ser aplicada a essas relações jurídicas, razão por que o pretor era obrigado a obter resposta a partir de princípios estranhos ao direito romano.

Nesse mister, o chamado direito das gentes, direito universal, foi aplicado para adequada aplicação da justiça. Esse direito já vinha sendo pensado pelos gregos antigos, desde Aristóteles, mas, sobretudo, entre os estóicos, que postulavam que a Natureza e a Razão formavam um todo. Aristóteles dizia que “a justiça política é em parte natural e em parte legal. A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que de início pode ser pensado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois de ser estabelecido”.² Esse pensamento filosófico influenciou o modo de criar e aplicar as leis, ainda no direito romano, porque percebeu que todos os homens devem ter direitos reconhecidos.

No desígnio de justiça universal, os estóicos prescreviam um viver de acordo com a natureza racional, comum a todos os povos. Esse direito de aceitação universal, porquanto pressuposto de justiça, foi adotado pelo direito romano, como direito positivo para reger relações entre cidadãos não-romanos ou entre estes e cidadãos romanos. Posto de outro modo, como o *ius civile* só podiam reger relações entre os habitantes da *urbis* que advinham dos fundadores, os patrícios, os pretores foram compelidos a aceitar os princípios do direito natural e o direito das gentes. Nesse sentido, ensina Bertrand Russel que:

² Aristóteles. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2004, pag. 117.

A doutrina de direito natural, tal como aparece nos séculos XVI, XVII e XVIII, é o renascimento de uma doutrina estóica, embora com modificações importantes. Foram os estóicos que distinguiram o *jus naturale* do *jus gentium*. A lei natural derivava dos primeiros princípios do gênero considerado com a base de todo o conhecimento geral. Por natureza, afirmam os estóicos, todos os seres humanos são iguais. Marco Aurélio, em suas meditações, era a favor de 'uma política em que haja a mesma lei para todos, uma política administrada tendo em vista direitos iguais e igualdade de palavra, e um governo real, que respeite, acima de tudo, a liberdade dos governados'. Este era um ideal que não podia ser consistentemente realizado no Império Romano, mas influi na legislação, particularmente para melhorar a situação das mulheres e dos escravos. O cristianismo adotou este dos ensinamentos estóicos, juntamente com muitas outras coisas. E quando, por fim, no século XVII, chegou a oportunidade de combater de eficazmente o despotismo, as doutrinas estóicas da lei natural e da igualdade natural, e suas roupagens cristãs, adquiriram uma força prática que, na antiguidade, nem mesmo o imperador dar-lhes.³

Anualmente, os pretores antes de assumirem suas funções apresentavam o seu programa, isto é, a maneira como passariam a administrar a justiça. No fundo, se tratava de regras de administração do processo. A solução do problema deduzido por meio da ação era conduzida a partir de uma fórmula criado pelo pretor, que seria depois apresentado ao juiz, *iudex*, privado, que se incumbia de investigar e valorar os fatos e aplicar o direito, a fórmula apresentada pelo pretor por meio de seus editos, que consistiam em fórmulas e princípios nos quais se apoiariam para solucionar as questões práticas. Portanto, anualmente, era possível introduzir novos avanços no direito romano. Ensinam Alexandre Correa e Gaetano Sciascica, que:

Os Edictas eram avisos publicados pelos magistrados republicanos a fim de tornar conhecidos como administrariam, durante o cargo, os negócios de sua competência. Da etimologia da palavra (e - *dicere*) se deve deduzir que, em sua origem, tais comunicações eram orais; mas o edito era transcrito a tinta em tábuas pintadas de branco (donde o nome de álbum) com letras pretas e cabeçalhos vermelhos (*rubricae*) e afixado no fórum, onde pudesse facilmente (de plano) ser lido.

Particular importância como fonte do direito romano, têm os editos do pretor urbano e peregrino e do edil curul. Nas províncias que são administradas pelo Senado e não pelo Príncipe, têm a jurisdição dos pretores os governadores (*praesides*), e dos edis os questores.

Ao lado do pretor urbano, que desde os primeiros tempos da República administrava a justiça entre os cidadãos romanos, em 242 A.C., foi instituído um outro pretor com poderes jurisdicionais nas controvérsias entre estrangeiros (*peregrini*) de diversas comunidades ou entre cidadãos romanos e estrangeiros. Pela sua competência este pretor romano chamado *praetor peregrinus*.

Ao assumir o ofício o pretor publicava o seu edito, cujas normas tinham valor durante todo o tempo em que exercia o cargo. Porque este durava um ano, o edito foi chamado *Lex annua* e, em consideração ao fato de vigorar constantemente durante este período, se chamou *edictum perpetuum*. Cada uma das disposições particulares que podiam, segundo as circunstâncias, ser estabelecidas durante o ano constituíam o *edictum repentinum*. Uma *lex*

³ RUSSEL, Bertrand. **História da Filosofia Ocidental**. São Paulo: Editora Nacional, 1957, pág. 313.

Cornélia 67 A.C estabeleceu que os pretores não podiam afastar-se de seus editos durante o cargo.

O novo preto costumava confirmar as cláusulas do edito do pretor precedente, que a experiência mostrara serem úteis e oportunas; assim, o edictum perpetuum veio a fixar-se um núcleo de normas, que com o correr dos anos ia sempre aumentando, chamado edictum vetus.⁴

Paulatinamente, as regras antigas vão sendo ultrapassadas ou aperfeiçoadas. Nesse diapasão, poderia suprimir ou criar ações novas para solucionar questões postas para análise. Desse modo, o pretor poderia criar uma fórmula ou uma ação nova para solucionar uma questão para a qual o direito antigo não apresentava resposta satisfatória. Isso acontecia em razão do crescente intercâmbio do povo romano com outras comunidades, impondo transformações no antigo direito de origem religiosa.

Mas, com o passar do tempo os pretores passaram a fixar as fórmulas de seus predecessores. Portanto, o direito romano vai ganhando estabilidade e previsibilidade. Mas também novas regras vão sendo adotadas em decorrência do progresso econômico e social por que passava a *urbis*. Ensino Michele Ducos que:

A partir do século II A.C, pelos menos, o pretor urbano desempenhou um papel maior na evolução do direito, em Roma. Como a maioria dos Magistrados, ele possuía o direito de usar os editos (*ius edicendi*), isto é, formular publicamente regulamentos ou prescrições. Conhecemos os editos consulares ou censórios, mas, em matéria de Direito Civil, o edito era fixado pelo pretor urbano no momento de sua posse no cargo e constituiu uma fonte de Direito. Trata-se, de algum modo, de um programa de ação.

O Magistrado enumerava os casos aos quais atribuiria uma ação na justiça: *iudicium dabo*, segundo a fórmula que figurava no edito. Ele trazia, assim, ao cidadão em necessidade os meios de ver sua situação reconhecida e protegida pelo Direito. Desse modo, o pretor podia adaptar o direito às novas necessidades, completá-lo ou modificá-lo. Segundo as regras antigas, por exemplo, um ato passado nas formas do Direito era válido, quaisquer que fossem as condições que lhe dessem nascimento. 'Ele formulou sua vontade sob constrangimento, mas formulou-a expressamente', declara uma regra de direito mencionada no digesto (4, 2, 21, 25). O pretor ao contrário, desde o século A.C, deixava de ratificar os atos passados sob o império do medo ou da coação. Aproximadamente na mesma época, ele não levava mais em conta os dados realizados por dolo ou por fraude (*fraus*), mas apenas os que acatavam a letra da lei, sem respeitar-lhe o espírito. Em princípio, o edito válido por um ano, o que corresponde ao período em que corresponde ao período em que pretores exerciam seu cargo. Mas certas disposições podiam ser retomadas pelos sucessores, progressivamente, graças aos editos sucessivos, em que os pretores utilizavam as medidas anteriores, acrescentavam igualmente as suas próprias, elaborava-se um Direito adaptado às transformações da sociedade romana nessa época.⁵

⁴ CORREIA, Alexandre; SCIASCICA, Gaetano. **Romano Manual de Direito**. 2.ed. V. I. São Paulo: Saraiva, 1953, pág. 25.

⁵ DUCOS, Michele. **Roma e o Direito**. São Paulo: Madras, 2007, pág. 39

Além da função de editar as fórmulas para solução de casos concretos, os pretores tinham outras funções, como o poder de ordenar a realização determinadas coisas ou a restituições de coisas, além dos interditos proibitórios, podendo consistir em decisões definitivas ou prejudiciais ao processo.

Os editos dos pretores, publicados anualmente, não vinculavam seus sucessores. Na prática, era muito difícil naquele momento histórico conhecer a resposta apresentada para caso idêntico no passado.

Na terceira fase política do império romano, na fase imperial, os juristas romanos tornaram-se os grandes artífices do direito privado romano. Juristas como Scaevola e Sêrvio Sulpício Rufo, discípulos de Cícero, prestaram grande contribuição para a sistematização do direito romano, em que pese as obras desses autores não terem autoridade normativa. Apenas a partir de César Augusto, em certas situações, o *iudex* era obrigado a aceitar os pareceres de um grupo seleto de juristas.

Os trabalhos dos juristas eram muito bem sistematizados e de alto nível técnico. Mais tarde, o imperador Valentiano III, por meio de uma constituição imperial, determinou que os escritos de Papinian, Paulus, Gaio, Ulpiano e Modestinus tenham força de lei.

O direito dessa fase representou também a sustentação ideológica do regime político. Nessa fase, a administração da justiça ficou subordinada ao império, que fundou instituições para desenvolver essas atividades com funcionários públicos incumbidos de aplicar o direito. Nessa nova moldura foi abandonado o sistema consolidado na República, de administração privado do direito, por funcionários públicos ligados a carreira estatal.

Com o esfacelamento do império romano, o império foi dividido em dois, império ocidental e oriental. No século VI da era cristã, o imperador Constantino determinou a compilação de todas as constituições imperiais em um único código. Em 528, um ano após assumir o comando do império, ele determinou a criação de uma comissão para criar um código a partir das Constituições Imperiais, do direito romano clássico e pós-clássico.

As Constituições Imperiais, as Pandectas ou Digesto, as Institutas e as novellae foram designadas pelos glosadores com o nome de *Corpus Ius Civilis*. Esses trabalhos reúnem toda a jurisprudência romana desde os primórdios da vigência da lei das XII tábuas. Logo, é intuitivo que esse material é representativo de

10 (dez) séculos de evolução do direito, que seguiu a evolução social e econômica por que passou Roma.

O produto da compilação de Justiniano representa a organização do direito criado no direito ao romano ao longo de seu desenvolvimento, desde a compilação da lei das XII tábuas, passando pelo direito articulado pelos pretores urbanos e peregrinus, pelos trabalhos dos jurisconsultos romanos e pelas constituições imperiais. De acordo com Alexandre Correia e Gaetano Sciascica o *corpus ius civile* pode ser visto tanto pelo ângulo de direito posto e vinculante quanto sob a ótica de um produto científico do direito romano:

A compilação de Justiniano pode considerar-se sob dois pontos de vista diversos: - como direito ordenado pelo imperador e vigente em seu império, ou como coleção da produção científica romana e das constituições imperiais.

Os métodos de interpretação, os meios de que dispõe o intérprete são, nos dois casos, diversos, conforme vise um ou outro escopo; i. é, no caso de procurar estabelecer o significado e a importância de um trecho considerado como disposição de lei, e no de procurar indagar significado originário e exato do trecho, o que tinha na obra genuína de jurista; ou, se se trata de uma constituição numa espécie particular, eis a razão pela qual distinguimos na compilação de Justiniano, uma dupla interpretação, exatamente com o sentido há pouco explicado.⁶

Na verdade, a lei das XII tábuas foi um produto do direito não escrito que acompanhou os fundadores de Roma. Mudanças também ocorreram nos procedimentos a fim de proporcionar maior segurança ao jurisdicionado e diminuir ou arbítrio dos juízes.

Séculos mais tarde, o *Corpus Ius Civile* se tornaria o Direito Comum do Continente Europeu a partir do estudo dos glosadores.

Na Inglaterra, no entanto, o direito romano foi completamente ignorado na prática judiciária, em decorrência da precoce centralização do poder, que ocorreu a partir da invasão normanda em 1066. Com a centralização do poder, as diversas ordens jurídicas locais foram substituídas pelo costume comum do reino, que passou a ser chamada de *common law*.

Esse direito, não era ensinado nas universidades, mas sim o direito romano, sendo produto único da atividade criadora dos juízes, sob a direção dos tribunais. Somente no século XVIII, o *common Law* passou a ser ministrado na

6 CORREIA, Alexandre; SCIASCICA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**. 2.ed. V. I. São Paulo: Saraiva, 1953, pág. 25.

universidade de Oxford. Portanto, ao contrário do direito comum europeu, o *common law* não teve inspiração acadêmica.

O *Common Law* seguiu o rastro da colonização inglesa, fazendo-se presente apenas nos países que sofreram influência colonial da Inglaterra.

1.3 Common Law.

No século X, a Inglaterra era composta de diversos feudos, que possuíam estruturas próprias de defesa das terras e também de suas próprias ordens jurídicas, com instituições para solução das questões civis e penais. As Cortes de Justiça locais - *County Courts* - eram administradas por não profissionais que aplicavam o direito local costumeiro, de origem anglo-saxônica.

Havia ainda as assembleias populares para a aplicação do direito. Em caso de dificuldade, aplicavam-se as ordálias ou juízes de Deus, um mecanismo arcaico e arbitrário de administração da justiça.

Com a conquista normanda no século X, a Inglaterra passa precocemente por uma forte concentração de poder, com esfacelamento das ordens administrativas e jurídicas locais, embora, no início, ainda se aplicasse o antigo direito local. Aos poucos, ao longo dos dois séculos seguintes, o processo de centralização da jurisdição vai se desenvolvendo e consolidando. Isso se dá em três planos:

“Através da criação de um complexo unitário e permanente de cortes reais localizado na capital de Londres, no envio aos distritos de juízes itinerantes, bem como através do emprego sistemático de expedientes autoritários voltados a subtrair da análise dos senhores feudais e das cortes populares tradicionais algumas causas”.⁷

O novo direito inglês vai se formar a partir da atividade dos Tribunais Reais de Justiça, conhecidos como Tribunais de *Westminster*. Assim, de 1066 até 1485, o sistema jurídico inglês evolui de múltiplas ordens jurídicas locais para um direito de validade e aplicação nacional, o chamado *common law*. Inicialmente, esses tribunais tinham jurisdição para tratar apenas de questões relacionadas às finanças reais, propriedades imobiliárias e criminais que afetassem a paz do reino.

Entretanto, a competência desses tribunais vai se alargando para reger também as relações jurídicas entre particulares. Disso resulta, que ao cabo de seu

⁷ DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. A Força dos Precedentes. Coordenação: MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 21.

processo evolutivo, no final da idade média, os Tribunais de *Westminster*, os únicos competentes para aplicar o direito comum inglês. Os casos particulares eram submetidos à jurisdição real por meio de um pedido dirigido ao Rei.

A partir do século XVI, a Chancelaria passou a ser desempenhado por jurista, que tinha poderes para julgar por equidade, podendo aplicar o direito eclesiástico ou romano, que tinha a pretensão de ser um direito universal ou natural.

A exemplo do *Ius Civilis* do direito romano, que era rígido e formal, razão pelo qual não podia ser considerado para a solução de muitas questões jurídicas em Roma, abrindo espaço para a aplicação do *Ius Gentium*, direito universal, o *Common Law* cedeu espaço ao juízo de equidade para possibilitar a solução de questões jurídicas pelos tribunais reais, por meio de criação de ações novas e de um direito novo ou juízo de equidade.

Ao contrario dos julgamentos do *Common Law*, os processos dos julgamentos por equidade eram escritos, solenes e inquisitórios. Então, existia uma constante tensão entre as chancelarias, que estavam livres para julgar por equidade e os tribunais reais, que aplicavam o *Common Law*. Entre os séculos XV e XIX, os tribunais reais, vinculados ao *Common Law* e as chancelarias, que julgavam por equidade, nos moldes acima preconizados, atuaram paralelamente.

A partir de 1870, o parlamento inglês passou a publicar uma série de atos com vistas a unificar os dois sistemas existentes, os tribunais reais, que aplicava o *Common Law*, e as chancelarias, que julgavam por equidade. Esses atos culminaram com a criação da Suprema Corte de Justiça em 1873. Com isso, os tribunais do *Common Law* e do *equity* foram unificados, contribuindo para a unificação dos recursos e dos procedimentos. Também, com a criação da Suprema Corte de Justiça, aos casos idênticos e semelhantes, eram aplicadas as mesmas regra jurídicas.

O sistema de precedentes no direito inglês foi se desenvolvendo lentamente. A partir do século do XVI, as decisões *Exchequer Chamber* passaram a vinculá-las. Entretanto, somente no século XIX, o direito passou a estabelecer a obrigatoriedade dos precedentes.

Quanto ao caráter vinculante dos precedentes passou a dever ser observado também nas Cortes de Justiça (e não mais somente quando se tratasse de decisão proferida pela Câmara Exchequer), a doutrina dos precedentes ficou relacionada à hierarquia entre as cortes, de maneira que uma Corte somente estaria vinculada às decisões proferidas pelas Cortes superiores ou pelas proferidas pelas Cortes de mesma instância. O

fundamento dessa teoria dos precedentes obrigatórios está na necessidade de que os princípios jurídicos estabelecidos nas decisões das Cortes devam permanecer vigentes e aceitos como fontes primárias de direito até que as Cortes superiores decidam de forma contrária ou caso seja publicada legislação revogando tais princípios.⁸

Por conseguinte, a doutrina do *stare decisis* se consolidou somente no século XIX, depois de um longo processo de evolução do direito inglês, que passou um longo processo de maturação e transformação, acompanhando as transformações políticas, econômicas e sociais da Inglaterra.

Entre os séculos XV e XIX, o povo inglês conviveu com dois ordenamentos jurídicos distintos e até antagônicos. Havia o direito comum inglês aplicado pelos tribunais reais e também o *equity*, ou juízo de equidade, que se valia do direito eclesiástico ou do direito romano, considerado um direito universal, natural, extraído da razão humana. Esse último era aplicado pelos Chanceleres.

Em resumo, o *Common Law* é produto da atuação das cortes de justiça nos últimos dez séculos na Inglaterra e não se confunde com a doutrina de *stare decisis*, embora se entenda que um direito com forte base jurisprudencial seja absolutamente recomendável a obediência aos precedentes como forma de obter segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais.

1.4 Civil Law.

O *Civil Law*, ao lado do *Common Law*, é um dos grandes sistemas jurídicos do mundo ocidental. É o sistema jurídico dominante nos continentes europeu, americano, asiático e africano. Esse sistema jurídico deita raízes no *Corpus Ius Civilis* do imperador Justiniano, que foi resultado de compilação do direito romano clássico e pós-clássico.

O direito romano predominou em todo império romano até sua queda patrocinada pelos bárbaros germânicos. O ocaso do direito romano na Europa foi concomitante com a queda do império, mas nos países do sul do continente europeu o direito romano não desapareceu completamente.

O Direito legislado ou codificado não é uma novidade no mundo ocidental do século XIX, mas uma realidade quase tão antiga quanto à história do homem. Os egípcios tinham suas leis e seus códigos. Os gregos tinham uma grande produção

⁸ DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. A Força dos Precedentes. Coordenação: MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 25.

legislativa. O Rei Hammurabi por 1800 a.C deixou o mais antigo código que a humanidade conhece. Os romanos compilaram seus costumes na Lei das XII tábuas. Na Índia, o código de Manu representa a compilação do direito hindu existente por volta do século VI antes de Cristo.

Tal qual no século XIX, em todos esses casos, a compilação representou a reunião do direito existente e não a criação de um direito inteiramente novo, porquanto o direito é um produto cultural do homem para reger condutas concretas de seu tempo, sujeito, portanto, a marcos evolutivos, como qualquer outro produto cultural humano.

A sorte do sistema jurídica europeu na idade média seguiu a mesma lógica do sistema político, econômico e social. Assim, com o enfraquecimento do poder central, surgiram várias ordens político-sociais com mecanismos locais e feudais próprios de solução de conflitos.

Na Europa medieval coexistiam múltiplas ordens jurídicas. No século XII, o direito romano codificado, compilado e organizado por Justiniano foi redescoberto na Europa, recebendo o nome de *Corpus Ius Civilis*. Em razão de sua universalidade e sistematicidade, esse direito exerceu forte influência sobre os estudiosos do direito das universidades européias, culminando, ao cabo de seu desenvolvimento, como fonte obrigatória de direito.

O precursor desse novo direito foi o monge bolonhês Imerius da Universidade de Bolonha, no norte da Itália. Esse movimento foi chamado de Escola dos Glosadores, porque se valia, sobretudo, de glosas em seus estudos do direito justinianeus.

As glosas, inicialmente, consistiam na explicação do significado das palavras ou fragmentos de texto. Depois, buscou-se também a interpretação dos textos, mas sempre com o cuidado de manter-se fiel, ao máximo, aos textos originais, que tinham origem quase sagrada para os glosadores. As glosas eram, primeiramente, interlineares; mais tarde, eram glosas marginais, com objetivo de oferecer uma interpretação do direito romano. Em seguida, apareceram os textos contínuos, os *apparatus*.

O trabalho dos glosadores se verificou nos séculos XI e XII. Na segunda fase do desenvolvimento do novo *Corpus Ius Civilis*, no século XIII, apareceram os comentadores, sendo Bártolo de Saxoferrato seu principal expoente.

Michele Ducos ensina que:

Essa ciência nova exerceu sua influência na França desde o século XII. Um dos professores de Bolonha, Placentin, lecionava em Montpellier por volta de 1167-1170. Mas foi, sobretudo, no seguinte que as escolas de direito se desenvolveram em Toulouse e Montpellier, na região central e, no norte, na Universidade de Orleans (por volta de 1235). Além disso, no sul da França e na Provença, os atos da prática inspiram-se no vocabulário jurídico romano e em suas regras, enquanto essa influência permaneceu muito restrita no norte. Assim, freqüentemente, opunham-se regiões de Direito e regiões de Direito Consuetudinário.⁹

Os comentadores interpretaram, adaptaram e sistematizaram o direito romano para servir a realidade política, econômica e social de seu tempo, apoiando-se, para isso, na lógica aristotélica-tomista para criar um direito lógico e racional. Dessa forma, valendo-se da autoridade do *Corpus Ius Civilis*, difundiram o direito romano por toda a Europa, tornando-o o direito comum de todo o continente. Assim, o *ius commune* foi recepcionado pelos povos europeus, inclusive pelo direito canônico.

De certo modo, em razão da alta qualidade técnica de seu direito, os comentadores impuseram o direito comum, ou direito romano-canônico, sobre o direito local e o feudal, mas sem suprimir as demais ordens jurídicas existentes.

Todas essas ordens jurídicas eram reguladas por princípios comuns, inspirados no direito romano. Desse modo, com os comentadores, o direito comum europeu foi unificado a partir de regras do *Corpus Ius Civilis*, do direito canônico e das diversas ordens jurídicas locais e feudais. Toda essa constelação de sistemas jurídicos contribuiu de alguma forma para a formação do *Ius Commune*.

Michele Ducos lembra que:

A glosa tornou-se, então, um texto legislativo invocado diante dos tribunais ou que se estudava, multiplicando as interpretações complexas e os comentários, acumulando citações e opiniões sem que alguém se incomodasse com aquilo que era o fundamento. Certamente os pós-glosadores construíram muito direito novo, mas quase não se interessavam pelas fontes.¹⁰

No mesmo sentido Hespanha, *apud* Paulo Henrique Dias Drummond e Priscila Soares Crocetti informa que:

Essa unidade, segundo HESPANHA, sobressai seja da unificação (a) das várias fontes do direito (direito justinianeu, direito canônico e direitos locais); (b) da constituição de um objeto único de todo o discurso jurídico europeu; (c) do fato de esse objeto ser tratado segundo métodos e estilos de raciocinar comuns; (d) métodos e estilos estes que eram ensinados das

⁹ DUCOS, Michele. Roma e o Direito. São Paulo: Madras, 2007, pág. 136.

¹⁰ DUCOS, Michele. Roma e o Direito. São Paulo: Madras, 2007, pág. 136.

universidades européias de forma idêntica e (e) vulgarizados por uma literatura escrita numa língua então universal que era o latim.¹¹

Na verdade, o movimento de unificação do direito europeu serviu também a propósitos políticos, porquanto contribuíram para a formação do Estado moderno e a consequente centralização do poder com o Rei, fortalecendo, com isso, o poder central em detrimento dos nobres feudais. Por outro lado, a nova ordem econômica européia exigia um direito comum para conferir maior segurança jurídica nas relações comerciais com os diversos reinos da Europa. Nesse sentido as lições de Argemiro Cardoso Moreira Martins:

No tocante aos fatores econômicos, o surgimento do capitalismo mercantil, no final da idade média, contribuiu para o acolhimento da jurisprudência clássica romana, na medida em que esta atendia às necessidades de um novo modo de produção em ascensão. O direito romano baseado em leis escritas, em métodos racionais de processo judicial e num corpo técnico especializado, constituía uma ordem jurídica segura e uniforme, acatada praticamente em toda a Europa continental, que permitia aos mercadores burgueses efetuar um cálculo ou previsão acerca das garantias jurídicas oferecidas às suas operações comerciais.¹²

Nessa fase do direito romano, o saber era orientado para a prática jurídica, contribuindo de forma decisiva para solução de questões jurídicas de interesse dos magistrados e particulares.

Essa dialética entre direito romano e direito novo versus realidade contemporânea contribuiu para maior desenvolvimento do direito comum europeu, mas esse movimento não ficou salvo de críticas. Surgiu na Europa no século XVI e XVII um movimento com vistas ao estudo do direito romano original a fim de afastar-se das deturpações do direito romano pelos glosadores e comentadores.

Mas foi, ao contrário, nas obras filosóficas que o Direito Romano exerceu uma influência inegável. A obra de Montesquieu revela, com evidência, o quanto se alimentou de seus exemplos e referências. (...). Sublinhamos simplesmente que Montesquieu se inspirou em temas maiores, que trouxeram a antiga reflexão a esse domínio. A definição que ele propõe da lei certamente não fica devendo nada ao mundo antigo, porque 'as leis são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas'. A importância que esse autor deu à razão e à natureza, à justiça e à equidade, revela, portanto, a influência dos autores antigos. Sem dúvida, pode-se debater para se saber de tal detalhe está mais próximo de Platão, de Cícero ou de Aristóteles. Mas o lugar dado ao direito natural, a representação a uma justiça anterior às leis humanas e ao direito positivo relembra rigorosamente as análises do *De Legibus*: 'antes que as leis fossem feitas, havia relação de justiça possível. Dizer que não há nada de justo ou injusto, apenas que

11 DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROSETTI, Priscila Soares. A Força dos Precedentes. Coordenação: MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 15.

12 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. Fundamentos de História do Direito. Coordenador: WOLKMER, Antonio Carlos. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pág. 207

ordenam ou defendem as leis, é dizer que, antes de se ter traçado o círculo, todos os raios eram desiguais (Espírito das Leis, I, 1). A noção de equilíbrio também deve muito ao escritor romano, permanecendo, ao mesmo tempo, próxima de Aristóteles.¹³

Então, a recepção do direito romano iniciou no século XI e sua consolidação ocorreu no século XVII, quando toda a Europa continental e a Escócia tinham, em maior ou menor grau, absorvido esse direito como fonte de seu Direito interno. Na verdade, o movimento de recepção do direito romano contou com o beneplácito imperial, da Igreja Católica e dos intelectuais.

Contudo, no auge da recepção houve uma reação dos humanistas contra a produção jurídica dos comentadores, sob o argumento de que eles tinham se afastado dos textos originais. Eles voltaram aos textos originais sobre os quais os glosadores e comentadores tinham se valido para a construção do *Ius Commune*. Paradoxalmente, o auge do *Ius commune* representou, ao mesmo tempo, uma volta ao passado. Esse movimento deu origem a escola natural do Direito, que defendia que da razão humana poderiam derivar princípios universais de direito capazes de regular adequadamente a vida em sociedade.

A Escola Natural do Direito advogava que os princípios universais, logicamente estabelecidos, poderiam ser preservados por meio da codificação dessas regras e princípios extraídos da razão humana. O início da codificação ocorreu com o código da Baviera de 1756 e da Prússia de 1794.

No entanto, conforme Paulo Henrique Dias Drummond e Priscila Soares Crocetti:

Paolo GROSSI aponta a França do século XVI como possível ponte de partida do trajeto histórico que nos levará a codificação. Isso porque nesse momento da história européia o poder monárquico já se traduziu em Príncipe-legislador, ainda existindo, no entanto, muitos espaços a respeito dos quais o príncipe não quis ou não pôde legislar. GROSSI cita então BODIN, que escrevendo justamente nesta França do século XVI aponta o Livro I da sua República dois planos distintos: o plano da lei (identificado com a vontade do Príncipe) e o do direito (fruto da experiência da vida, ligado às raízes profundas da sociedade, de uma sociedade pluralista, extra-estatal.¹⁴

Com isso, é inegável que o movimento cultural europeu favorável à codificação se inicia no século XII com os glosadores, passando pelos comentadores

13 DUCOS, Michele. Roma e o Direito. São Paulo: Madras, 2007, pág. 141

14 DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. A Força dos Precedentes. Coordenação: MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 32.

e pelos humanistas, seguida da escola natural do direito e se consolida com o movimento iluminista. Tudo é isso produto de toda a expressão cultural, política, social e econômica por que passa a Europa na idade média e na idade contemporânea.

Bom ou mau, a codificação é um produto que nasce do desejo da sociedade moderna de ultrapassar as arcaicas instituições do antigo regime e do direito medieval e fincar os pés definitivamente na modernidade. A codificação representa o ideal de justiça, igualdade e segurança jurídica perseguido pela sociedade burguesa dominante.

A codificação, que teve inspiração no jusnaturalismo, reduziu todo o direito à Lei, rompendo com uma longa tradição jurídica do continente, no qual o direito legislado coexistia com o direito costumeiro forjado a partir das experiências dos indivíduos e da jurisprudência. Na sociedade moderna, somente é direito, o direito posto pelo Estado-legislador, na atual concepção de separação dos poderes, tendo o poder legislativo a primazia legislativa.

Dessarte, com a codificação, há concretização do ideal da segurança jurídica, por meio da vinculação da prática judiciária à vontade do legislador.

Em 1804, a França de Napoleão I promulgou seu Código Civil, que pretendeu ser completo e exaustivo. Em seguida, outros países, entre eles Espanha, Itália e Holanda, promulgaram seus Códigos com base no modelo francês.

Na Alemanha, sob a influência Friedrich Carl Von Savigny e sob os auspícios do *Corpus Ius Civilis*, organizou no século XIX o *Pandecton Rech*, um sistema jurídico completo e bem sistematizado. Em 1871, com a formação do império alemão, iniciou-se na Alemanha um movimento voltado para a codificação. Em 1896 foi promulgado o Código Civil Alemão, entrando em vigor somente em 1900.

Mais completo e melhor sistematizado que o Código Civil de Napoleão, o Código Civil da Alemanha serviu de inspiração para outros países como Japão, Brasil e Suíça.

Nessa nova concepção de direito como produto exclusivo do Estado, a este ficou o poder-dever de criar leis, codificadas ou não, para regular todas as possíveis relações humanas de interesse jurídico. Esse direito objetivava a certeza jurídica, porque ao juiz caberia apenas captar a vontade do legislador para a solução de casos postos para sua apreciação. Assim, para Montesquieu, o juiz deve ser tão-

somente a boca da lei no sentido de que ao juiz era impedido de qualquer atuação interpretativa do direito, tendo, desse modo, como única atividade a de transmitir a vontade do legislador. Nada mais.

Contudo, a experiência jurídica do século XX demonstrou o total desacerto dessa doutrina. Primeiro, porque toda lei apresenta mais de uma significação possível. Segunda, porque a escolha da significação possível da lei para a solução da lide incumbe ao juiz. Terceira, a lei deve ser interpretado de acordo com o momento histórico em que se deu o fato e no qual se insere aplicador do direito, sofrendo, portanto, os influxos de seu tempo.

Em resumo, a codificação ou simples direito legislado representa um importante passo evolutivo da humanidade, mas, com certeza, instrumento absolutamente insuficiente para trazer segurança jurídica.

O passo mais importante agora é a igualdade de todas perante a decisão do poder judiciário. Igualdade, certeza e previsibilidade do direito não se alcançam com o direito legislado pelo Estado, nem tampouco, enquanto os juízos estiverem livres para decidir como bem entenderem, segundo o livre arbítrio do que seja o direito.

2. A DOUTRINA DO *STARE DECISIS* NO *COMMON LAW* E SEUS CONSEQUÊNCIAS LÓGICAS: SEGURANÇA JURÍDICA E PREVISIBILIDADE DO DIREITO

2.1 Aspectos gerais e Essenciais a Formação do *Stare Decisis*

O termo *stare decisis* provém da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que quer dizer “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”.

A doutrina do *Stare Decisis* está baseada no princípio de justiça e equidade das decisões. Os casos iguais devem receber o mesmo tratamento do Poder Judiciário. Segundo a doutrina do *Stare Decisis* seria uma injustiça se em um grupo de casos iguais ou semelhantes houvesse decisões conflitantes. Assim, essa doutrina se baseia na identidade de casos. Por isso, é imprescindível que a *ratio decidendi* do caso anterior seja muito bem exposta, para que seja inteligível ao juiz do caso presente.

A doutrina do *Stare Decisis* manda que a decisão de um tribunal superior dentro da mesma jurisdição seja aplicada pelos juízes e tribunais a eles vinculados. No entanto, a decisão de um Tribunal de outra jurisdição atua somente com força persuasiva. A autoridade de uma decisão de um tribunal pertencente à outra jurisdição depende de vários fatores entre os quais o nível do tribunal que prolatou a decisão. Mas os tribunais superiores não são obrigados a seguir a decisão de um tribunal ou juiz inferior, porque a função desses tribunais é garantir que a Constituição, as leis e Princípios Jurídicos sejam aplicados corretamente e adequadamente.

Portanto, é forçoso admitir que os valores centrais da doutrina dos precedentes obrigatórios são a estabilidade das regras jurídicas, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões. Além disso, as instituições jurídicas se tornam mais confiáveis e respeitadas pelos jurisdicionados.

Precisamos saber agora em que se baseia o juiz para extrair a regra jurídica aplicável no presente, da decisão prolatada no passado. O dispositivo da

sentença vincula somente as partes processuais. Então, há que se voltar para a fundamentação da decisão a fim de identificar a regra jurídica a ser aplicada em casos futuros. Portanto é na fundamentação que os juízes irão expor de modo suficiente as razões jurídicas que sustentam a decisão proferida. A *ratio decidendi* é a regra jurídica deduzida na fundamentação da decisão sem a qual o resultado obtido não teria sido atingido.

Por conseguinte, a *ratio decidendi* é a regra de direito da qual os juízes se valem para resolver uma questão jurídica suscitada pelos fatos deduzidos em juízo. Diferentemente, a *obiter dictum* corresponde aos argumentos acessórios e auxiliares de que se valem os juízes para atribuir consistência e persuasão aos seus julgados, sem, contudo, consistir nos motivos ou razões da decisão. Portanto, a *obiter dictum* pode ser suprimida da fundamentação sem comprometer o resultado obtido.

Conforme já se disse, o *Common Law* e a doutrina do *stare decisis* não se confundem. São institutos jurídicos diferentes, embora muitas vezes se tomem um pelo outro. Tanto é assim que o *Common Law* teve o início de seu desenvolvimento no século XI, enquanto que os precedentes vinculantes, na Inglaterra, são do século XIX, coincidente com a criação da Suprema Corte de Justiça inglesa e a consequente unificação do direito.

Portanto, o direito jurisprudencial inglês passou por quase 10 séculos de aperfeiçoamento antes do estabelecimento dos precedentes obrigatórios no século XIX. No final do século XV, a Inglaterra já convivia com o direito jurisprudencial do *Common Law*, que era aplicado pelas cortes reais de *Westminster*, enquanto que os precedentes obrigatórios são do final do século XIX,

Por isso, impende concluir que os precedentes obrigatórios do sistema do *Common Law* são uma opção política interessante para proporcionar segurança jurídica e previsibilidade ao direito aplicado pelos juízos, para evitar que casos idênticos ou semelhantes sejam tratados diferentemente pelo Poder Judiciário. Isso implica dizer que a solução encontrada para um determinado caso, deve servir para a solução de casos idênticos ou semelhantes que a mesma corte ou juízes a ela vinculados tiverem de apreciar no futuro.

Por lado, não é despiciendo ressaltar que nos países do *Common Law* existe uma farta produção de leis. Se na Inglaterra o Direito Constitucional é formado basicamente pelo costume jurisprudencial, isto é, por normas não escritas, o mesmo

não se pode dizer dos Estados Unidos da América, que tem uma Constituição escrita.

Com isso, podemos assegurar também que a doutrina do *stare decisis* não está associada ao fato de que nos países do *Common Law* exista mais ou menos leis que nos países onde vige o *Civil Law*. Muito menos ao fato de que nos países do *Common Law* os juízes criam o direito. Fosse assim, a doutrina do *stare decisis* e o *Common Law* teriam passado pelos mesmos estágios de desenvolvimento.

A *stare decisis* se fundamenta na necessidade de se obter certeza e previsibilidade do direito praticado nos tribunais. A norma jurídica fixada no caso-modelo deve ser extraída de regras ou princípios jurídicos pertencentes ao ordenamento jurídico no qual a decisão foi prolatada. Ou seja, a regra jurídica aplicada para a solução de um determinado caso deve ser extraída dentro do quadro normativo do ordenamento jurídico em questão, não podendo resultar de mero arbítrio do julgador, porquanto o julgador precisa argumentar adequada e claramente para fundamentar sua decisão. Portanto, os precedentes representam a materialização de um direito preexistente do qual se extrai a norma para o caso concreto.

Por exemplo, o precedente por ser resultado da fixação pela Suprema Corte de um dos possíveis significados de um determinado texto da Constituição em um singular contexto histórico. Assim, depois que um tribunal fixa um sentido para uma lei ou dispositivo da Constituição, esse sentido deve ser observado pelos juízes a ele vinculados.

Com a técnica de estudos de casos para viabilizar a aplicação do precedente, o direito inglês não parte comumente de normas gerais, mas de regras legais já estabelecidas, isto é, do direito aplicado a um caso igual ou semelhante no passado a fim de encontrar a solução do caso *sub judice*. Isso implica que o juiz deve verificar as decisões anteriores na solução dos casos.

A decisão da Suprema Corte, nos Estados Unidos, ou da Câmara dos Lordes, na Inglaterra, deve ser seguida por todos os juízes a elas vinculados. Excepcionalmente, a própria corte prolatora da decisão pode deixar de observar seus precedentes. No direito inglês, as decisões da corte de apelação vinculam todos os juízes que lhe sejam vinculados, exceto ela própria, em matéria criminal.

Os juízes em seus julgamentos apresentam sua fundamentação nas quais deduzem as razões de decidir, que são a *ratio decidendi*. Ao lado da *ratio decidendi*, há a *obiter dictum*, que são raciocínios auxiliares ou acessórios usados, retoricamente, para fortalecer a *ratio decidendi*.

Portanto, a *ratio decidendi* constitui as razões jurídicas adotadas no julgamento que contribuíram decisivamente para que a decisão proferida tenha atingido o resultado apresentado. É a tese jurídica que o magistrado adotou no julgado, sem a qual a decisão proferida teria apresentado resultado diferente.

O tribunal pode apresentar duas ou mais razões para fundamentar sua decisão. Se todas elas tiverem força de isoladamente conduzir ao resultado apresentado, todas elas poder ser tomadas com *ratio decidendi* no futuro. Por outro lado, a *obiter dictum* é a parte da fundamentação da decisão não essencial para o resultado apresentado no dispositivo da sentença. São argumentos auxiliares ou acessórios que contribuem para tornar os argumentos jurídicos ainda mais consistentes, porque têm força retórica e persuasiva. Entretanto, a supressão da *obiter dictum* não interfere no resultado da decisão prolatada.

A *ratio decidendi* constitui, assim, a regra jurisprudencial a ser seguida no futuro. A parte dispositiva da decisão ou solução apresentada ao caso concreto só vincula as partes envolvida com o litígio, não dispondo de qualquer poder vinculante para o futuro. A *ratio decidendi*, por sua vez, tem força de lei e deve ser utilizada no futuro para solucionar casos idênticos ou semelhantes.

A prática de aplicação obrigatória dos precedentes concretiza o ideal de segurança jurídica e de previsibilidade dos jurisdicionados no direito. Essa prática se não assegura decisões justas, ao menos faz com que todas as pessoas tenham igualdade perante as decisões judiciais, porquanto essas decisões são a concreção da lei e dos princípios jurídicos vigentes em um determinado ordenamento jurídico.

De acordo com Melvin Aron Eisenberg, *apud* Bruno Periolo Odahara, “um precedente é concebido como lei, sobretudo porque vinculante sob a [doutrina do] *stare decisis*. (...) Sob [a doutrina do] *stare decisis*, uma corte é obrigada por seus próprios precedentes e por aqueles das cortes superiores em sua própria jurisdição”.¹⁵

15 ODAHARA, Bruno Periolo. A Força dos Precedentes. Coordenador: MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 56.

Filosófica e politicamente, a força obrigatória dos precedentes se sustenta na crença de que os julgamentos apresentam bases racionais e estão ancorados em fortes razões jurídicas que são assentadas por meio de análises adequadas de casos. Eles representam a forma como os juízes interpretam a lei e princípios jurídicos. Essa interpretação ou norma extraída das leis e dos princípios jurídicos tende a se estabilizar. Ou seja, o sentido da norma fixado por um tribunal tem efeito vinculante para os juízes a ele vinculados e para o próprio tribunal, que não pode decidir de modo diferente, senão em situações excepcionais devidamente justificadas. Esse sistema de precedentes obrigatórios tem a vantagem de impedir que o sentido da norma varie ao saber das circunstâncias e dos interesses políticos em jogo, sob pena de o próprio sistema dos precedentes ruir.

Para Frederick Schauer, apud Bruno Periolo Odahara, “Sob a doutrina do *stare decisis*, uma corte deve decidir as questões da mesma forma que ela decidiu no passado, mesmo que os membros da corte tenham mudado, ou ainda que os membros tenham mudado de idéia. Tanto quanto o precedente vertical, o *stare decisis* – precedente horizontal – trata de seguir as decisões de outros”.¹⁶

O Sistema dos precedentes obrigatórios tem o duplo objetivo de produzir confiança nas instituições jurídicas e no Poder Judiciário e a materialização do princípio da segurança jurídica e na previsibilidade do direito, como pressupostos de um Estado Democrático de Direito.

Para o jurista norte-americano Benjamin N. Cardozo, “Um dos interesses sociais mais fundamentais é o de que a lei deve ser uniforme e imparcial. Não deve haver nada em seus atos que sugira preconceito ou favorecimento ou mesmo um capricho arbitrário ou desordem. Portanto, essencialmente, deve haver adesão aos precedentes”.¹⁷

Entretanto, a doutrina do *stare decisis* construiu mecanismos para viabilizar o aperfeiçoamento e a evolução do direito por meio de superação de precedentes obsoletos, injustos ou equivocados.

O sistema dos precedentes contribui para a segurança jurídica e para a coerência do sistema. Para Ronald Dworkin, “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeira se constam, ou derivam, dos princípios de

16 ODAHARA, Bruno Periolo. A Força dos Precedentes. Coordenador: MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 57.

17 ODAHARA, Bruno Periolo. A Força dos Precedentes. Coordenador: MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 59.

justiça, equidade e do devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.¹⁸

Assim, o sistema jurídico dos precedentes obrigatórios deve abrir-se para as inovações. No direito norte-americano, há muito se verifica a prática de deixar de aplicar os precedentes que não representam mais as necessidades da comunidade contemporânea. No direito inglês, apenas em 1906, a Câmara dos Lordes criou normas para possibilitar a evolução do direito por meio da superação de precedentes inadequados e obsoletos.

Na doutrina, Ronald Dworkin, tratando o direito como integridade ou coerência, ensina que:

A integridade não exige coerência de princípios em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípios mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar”.¹⁹

Com isso, o sistema de precedentes contribui para a segurança jurídica, para a confiança das instituições jurídicas e para previsibilidade do direito, mas cria mecanismos ou institutos jurídicos para impedir que as gerações presentes continuem a aplicar regras jurídicas dissociadas de seu tempo e de suas necessidades.

Portanto, os precedentes obrigatórios são uma opção política do sistema do *Common Law* para evitar a instabilidade do direito, a desmoralização das instituições jurídicas com decisões conflitantes e incompatíveis. Mas o homem deve ter sua conduta regulada por um direito de seu tempo e que goze de ampla aceitação social.

Nesse diapasão, obedecidos a certos requisitos objetivos, os precedentes podem ser afastados, seja para deixar de aplicar precedentes obsoletos, seja para evitar a aplicação de precedentes equivocados ou injustos, ficando o juiz com a incumbência do ônus argumentativo para justificar os motivos determinantes da preterição do precedente. Para tanto, vale-se o sistema do *Common Law* de institutos jurídicos como *overruling*, *overriding* e *distinguishing*.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pág. 272.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pág. 273.

Ora, nesse sistema de precedente, como no sistema do *Civil Law*, diga-se, o juiz está autorizado a criar o direito dentro do quadro normativo vigente na sociedade. Portanto, desde que seguindo a moldura jurídica dada, que no caso do direito inglês e norte-americano configura-se no costume, nas leis, nos princípios de direito, na Constituição e nas decisões judiciais passadas, o juiz cria o direito.

Mas essa criação deve fundamentar-se no aparato jurídico preexistente, não podendo provir do mero arbítrio do julgador. Ou seja, é um processo de criação condicionado ao direito preexistente, tal qual acontece no *Civil Law* por meio da norma concreta expressa em uma sentença, que deve resultar da lei, da Constituição e dos princípios gerais do direito.

Se não houver uma regra já estabelecida em um precedente, o juiz vai criar um direito novo, que servirá para solucionar casos futuros, a partir da lei, dos princípios jurídicos, dos costumes, experiência e práticas locais, bem como dos princípios da equidade e da justiça.

Em resumo, a doutrina do *stare decisis* constitui um conjunto de institutos jurídicos, instrumentos e procedimentos pensados para fixação de regras jurídicas uniformes e estáveis pelos cortes superiores a partir de valores, princípios, leis e costumes vigentes na comunidade. Esta uniformidade e estabilidade normativas contribuem decisivamente para a segurança jurídica, previsibilidade do direito, igualdade de todos perante as decisões judiciais e confiabilidade e respeito das instituições jurídicas, enfim para a certeza do direito.

2.2 Os Precedentes Judiciais: Segurança Jurídica e Previsibilidade do Direito: Uma Visão Crítica do Direito Brasileiro.

A segurança jurídica e a previsibilidade do direito são dois institutos que são decorrência lógica da doutrina dos precedentes judiciais obrigatórios. Os precedentes obrigatórios impõem a necessidade de os juízes obedecerem à regra fixada pelas cortes superiores e por eles próprios em julgados pretéritos na solução dos casos que lhes forem submetidos.

O sistema do *Civil Law* foi pensado para proporcionar a segurança jurídica por meio de codificação completa e exhaustiva de todo o direito existente e de todo o direito possível e pela vinculação da atividade do juiz à letra da lei. Era um direito que tinha a pretensão de regular todas as formas de vida em sociedade. De acordo com esse pensamento, nada ficaria fora do âmbito de atuação legislativa do Estado.

Assim, ao juiz caberia apenas e tão-somente o papel de expressar em seus julgados os estreitos limites da vontade do legislador. Então, ao juiz seria proibida qualquer atividade criadora do direito.

No sistema do *Common Law*, ao contrário, os juízes não estava impedidos de criar o direito a partir dos usos e costumes, da lei, dos princípios de justiça e equidade e do direito comparado, como a aplicação os princípios e regras do direito romano ou do direito eclesiástico pelo Chanceler. Essa prática criadora continuou mesmo depois da unificação do direito na Inglaterra, com a consequente superação do direito feudal ou local.

Nos anos que seguiram a unificação do direito inglês até a implantação da doutrina dos precedentes obrigatórios no século XIX, os ingleses conviveram com dois sistemas jurídicos diferentes, independentes e até mesmo antagônicos, que eram o *Common Law* e o *Equity*, aquele aplicado pelos tribunais reais; este aplicado pelo Chanceler, que, em seus primórdios, era um delegado do Rei.

No Século XIX, os dois sistemas foram unificados com a criação da Suprema Corte de Justiça. Ao mesmo tempo, o sistema de precedente foi aperfeiçoado no sentido de conferir a eles força de lei, com vinculação vertical e horizontal. Na Inglaterra, esse sistema persiste rígido e inflexível até 1966, quando a Câmara dos Lordes facultou a si mesma a possibilidade de rever seus precedentes em julgados futuros. Nos Estados Unidos da América, desde cedo, as cortes superiores podiam rever seus próprios julgados.

Não demorou muito para o sistema do *Civil Law* perceber a impossibilidade de alcançar segurança jurídica e a previsibilidade do direito a partir de um sistema legislado, ainda que o legislador conseguisse prever todas as práticas, condutas, atividades e relações sociais juridicamente relevantes. Todos os mecanismos criados para vincular os juízes à vontade do legislador não produziram os resultados pretendidos. Isso por uma razão muito simples. As leis e códigos precisam ser interpretados pelos juízes.

Disso resulta que da lei podem ser extraídas uma ou mais normas jurídicas igualmente válidas. Ora, ao juiz é conferido ao poder-dever de apresentar uma solução juridicamente válida para todo e qualquer lide que lhe seja submetida. Com isso, o sistema impõe ao juiz que encontre a partir do direito legislado a regra jurídica para a solução do caso concreto. É intuitivo que neste processo de escolha da norma jurídica válida para a solução das demandas os juízes se valham de alta

carga valorativa e, portanto, de subjetividade. Como os juízes em seus julgamentos levam em conta aspectos objetivos e subjetivos, além dos elementos técnicos, os julgados serão contaminados de fatores ideológicos, donde se deduz que de dois casos idênticos ou semelhantes, é grande a probabilidade de sobrevir resultados diferentes.

Acrescente-se que o trabalho legislativo, com o pretense desejo de conferir operabilidade ao sistema, é dotado, cada vez mais, de termos vagos – conceito jurídico indeterminado e cláusulas gerais -, que demandam uma alta dose de inspiração do juiz para preencher, no caso concreto, o real alcance da lei.

A bem de ver, esta nova realidade, muitas vezes, libera o juiz para atuar em um propositado vazio legislativo, criando o direito. A técnica do *stare decisis*, nestes casos, com mais razão, deve ser sempre revisitada, com vistas a atingir a confiança no tráfego jurídico – princípio da confiança.

No aspecto eminentemente interpretativo o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal receberam a incumbência constitucional de respectivamente unificar a interpretação do direito federal e de guardião da Constituição Federal, em que pese não raro fracassarem em seus misteres.

É inegável que as idas e vindas das chamadas jurisprudências (nem me refiro aos meros julgados de turmas, chamados, impropriamente, de precedentes ou entendimento jurisprudencial) de nossas cortes que recebeu a missão constitucional de coerir a interpretação das normas vulneram a segurança jurídica, como corolário do Estado Democrático de Direito, em suas vertentes – certeza do direito; confiança no tráfego jurídico e devido processo legal.

Não se pretende aqui retirar a liberdade do Juiz em sua atividade judicante e transformá-lo em um ser autômato a exercitar a inóspita atividade de reproduzir julgados das instâncias superiores. Nessa quadra, o que se quer é dinamizar o sistema para torná-lo mais racional. Busca-se uma via em que o devido processo legal seja obedecido na sua vertente material e cumpra o seu desiderato de distribuir justiça. Até porque os precedentes têm de ser criado a partir de uma austera discussão nas instâncias ordinárias, em um vivo processo dialético e sempre à luz do caso concreto.

Ao julgador não é subtraída a criteriosa análise dos fatos, mas, uma vez dados os fatos e bem examinados, aplica-se o direito já decantado nos precedentes, que passam a ser, na ordem vigente, em alguns casos obrigatórios. Noutros casos,

uso dos precedentes ainda que não obrigatórios, são autorizados, dispondo o julgador de regras claras que inibem a rediscussão, ou subtrai fases com o fito de evitar rediscussão de matérias que não mais comportam discepção.

Renata Polichuk opina que:

É necessário que o cidadão saiba o que o Estado espera dele, e como deve se portar perante este, e também é indispensável que o cidadão tenha certeza e firmeza na sua ação de que caso haja em desconformidade com as normas, ou assim o façam em relação a ele, pode saber o que se espera do Estado com relação à solução destas transgressões à ordem jurídica.²⁰

De acordo com J. J. Canotilho, apud Renata Polichuk,

Os princípios da segurança e da confiança são inerentes ao Estado de Direito, ensejando uma dimensão objetiva da ordem jurídica, qual seja, 'a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas', sendo que outra garantística jurídico-subjectiva dos cidadãos legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas.²¹

A codificação foi pensada para trazer segurança jurídica e previsibilidade do direito. No entanto, como já ressaltado, tal objetivo não logrou bons resultados. A experiência jurídica brasileira e dos demais países do *Civil Law* mostra que o resultado é o inverso do desejado, apesar de termos um excesso de produção legislativa. Mesmo o princípio da unidade do ordenamento jurídico não é suficiente para impedir as decisões conflitantes e comprometedoras do Estado Democrático de Direito.

É nessa toada, que se tem seguido todas as inovações legislativas. São várias as técnicas de abreviação do processo que se desenvolveram nas últimas décadas com vistas a robustecer a força dos precedentes. Isso porque não basta o julgador desejar repetir um julgado dantes proferido, no caso atual. É de rigor que o sistema coloque a sua disposição mecanismos que o ancore. Isso tem sido feito em elevada velocidade.

O suporte constitucional, digno de nota, foi a Emenda Constitucional nº 45/2005 que introduziu, de forma expressa, o princípio da razoável duração de processo e diversos outros princípios e regras para sua concretização. Os exemplos mais visíveis foram o da súmula vinculante e o da repercussão geral, temas que se conectam com o sistema do controle difuso de constitucionalidade. O legislador

²⁰ POLICHUK, Renata. **A Força dos Precedentes**. Coordenador: Marinoni, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 84.

²¹ POLICHUK, Renata. **A Força dos Precedentes**. Coordenador: Marinoni, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 86.

infraconstitucional, por seu turno, incumbiu-se de operacionalizar em diversos diplomas que se seguiram, o que serão minudentemente estudados oportunamente.

As inovações apontadas não são suficientes para conferir obrigatoriedade aos precedentes, em sua generalidade, mas é, sem dúvida, reveladora de uma tendência. O direito brasileiro caminha a passos largos para esta realidade e, ao que parece, é um caminho sem volta. Já se desenha um novo diploma processual que tem a missão de introduzir com mais força esta nova realidade, a força dos precedentes.

Dessa forma, o respeito vertical e horizontal aos precedentes judiciais dos tribunais trará a almejada segurança jurídica, a previsibilidade do direito, a indispensável confiança do jurisdicionado nas instituições democráticas. Com isso, daremos um passo à frente em busca princípio da igualdade de todos perante a lei, chegaremos à igualdade de todos perante as decisões judiciais. Obviamente, este sistema de garantias somente se realiza em plenitude, quando a efetividade das prestações estatais, ao lado das garantias, forem universalizadas.

2.3 Critérios e Instrumentos Processuais para Revogação e Distinção dos Precedentes no *Common Law*.

O Direito é um produto cultural do homem pensado para regular condutas e reger relações jurídicas das mais variadas matizes.

Assim, esse direito deve refletir o homem de determinado tempo e lugar. Pragmaticamente falando, esse direito deve ser útil para regular situações reais e concretas da comunidade. Direito e sociedade devem seguir os mesmos passos, servindo-se mutuamente, numa relação de causa e efeito.

Esse direito deve contribuir para paz e para a felicidade geral. Por conseguinte, não pode ficar preso ao passado, mas ir ao encontro das verdadeiras aspirações da comunidade a que serve. Nas sábias palavras de Fachin, temos sempre que perguntar para que serve e a quem serve o direito. “Se a resposta for encontrar uma sociedade justa, fundada na igualdade material, na superação dos dogmatismos conceituais e da rigidez dos códigos, e que seriamente leve em conta a tutela efetiva dos direitos fundamentais, sem recitar o neologismo positivista

revestido de teorias que, no presente, se prestam a encobrir velhos matizes, estaremos de acordo.”²²

No direito norte-americano e inglês, os precedentes se formam a partir regras jurídicas extraídas da fundamentação de decisões judiciais prolatadas no passado e tem a função de trazer estabilidade e certeza jurídica para a comunidade. Portanto, os precedentes impedem que as regras jurídicas variem ao sabor das circunstâncias.

A *ratio decidendi* ou razões de decidir é a norma jurisprudencial que será aplicada a casos futuros a partir da atividade do juiz. O juiz do novo caso através de uma atividade intelectual vai apanhar a *ratio decidendi* do caso passado para solucionar a questão jurídica presente nos fatos deduzidos em juízo, significando, na prática, a comparação de situações ou fatos jurídicos.

O direito jurisprudencial do sistema do *Common Law* é um direito que confere extrema importância ao estudo de casos, porque uma norma ou *ratio decidendi* para ser aplicada no futuro é essencial que ambos os casos, o anterior e o atual, sejam iguais ou semelhantes. Assim, os precedentes servem ao propósito de dar o mesmo tratamento jurídico aos casos iguais ou semelhantes.

Mas uma solução jurídica apresentado no passado pode deixar servir para o presente, por obsoleta, injusta ou equivocada. Em qualquer caso, o juiz não se desincumbira da tarefa argumentativa e justificadora. Ou seja, o juiz não poderá afastar o precedente sem o ônus argumentativo.

Consoante adredemente mencionado, a doutrina do *stare decisis* serve ao propósito de conferir confiança nas instituições jurídicas, previsibilidade e segurança jurídica, além de justiça e equidade das decisões judiciais. Ora, o princípio da estabilidade das regras jurídicas não pode ser empecilho para a construção de novas regras de direito consentâneas com a nova realidade econômico-social da comunidade.

As regras jurídicas vigentes em uma comunidade devem ser amplamente aceitas pelos membros dessa comunidade. Nesse sentido diz-se que o devido processo legal é um princípio que expressa uma cláusula geral a ser preenchida a cada lance da história. Em outras palavras, as regras de direito em comunidade

²² FACHIN, Luiz Edson. Questões de Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2008, pág. 20.

devem estar de acordo com as aspirações e necessidades dos homens e mulheres de seu tempo. Nesse sentido, Ronald Dworkin, jurista norte-americano, abordando o direito como integridade, pondera que:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltado para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem das duas coisas e nenhuma delas.²³

Em seguida, assevera que:

A integridade não exige coerência de princípios em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade faz vigorar. Insiste em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o status quanto o conteúdo dessas decisões anteriores. (...). O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine.²⁴

Assim, entende a doutrina norte-americana que a estabilidade das regras jurídicas não pode importar na fossilização do direito, com aplicação de regras jurídicas fora de seu tempo.

Portanto, os critérios estabelecidos para afastar os precedentes são bastante rígidos, porquanto o juiz só poderá deixar de aplicar o precedente se demonstrar que o faz em razão de o mesmo estar em desacordo com os princípios do direito vigente, isto é, está em desuso, é injusto ou está equivocado. Além disso, o juiz pode deixar de aplicar o precedente se demonstrar que o caso presente é diferente do caso passado, não merecendo tratamento jurídico idêntico. Nesse caso, o precedente remanesce intacto, apenas deixando de ser aplicado no presente em razão das diferenças entre os fatos jurídicos do presente e o modelo.

²³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pág. 271.

²⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pág. 271.

Assim, a doutrina do *stare decisis* precisa criar mecanismos processuais para conciliar os princípios da estabilidade e da segurança jurídicas com os anseios da sociedade pelo progresso e pelo desenvolvimento. Dessa forma, é imperioso que os precedentes que não mais atendam aos interesses sociais sejam revogados e também que precedentes injustos e equivocados sejam anulados. A primeira exigência que se impõe ao juiz é a necessidade de justificar com argumentos racionais os motivos determinantes do afastamento dos precedentes, ou seja, o juiz não pode afastar a decisão judicial do passado sem o ônus argumentativo.

O sistema de precedentes tem dois aspectos relevantes que são muito úteis para a análise da revogação, da distinção ou anulação de decisões judiciais do passado, que são o estudo de casos e a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* do caso modelo já decidido.

Assim, é indispensável que os fatos materiais dos dois casos, o precedente e a questão jurídica que será objeto do julgamento por meio dos fatos materialmente relevante do novo caso, sejam idênticos ou semelhantes. Em seguida, devem-se verificar os argumentos ou razões jurídicas determinantes e os argumentos acessórios do caso modelo ou precedente. As razões jurídicas determinantes são a regra jurídica que, com força lei, vão vincular as futuras decisões dos tribunais e juízes. Os argumentos auxiliares servem de força argumentativa e persuasiva sem força vinculante, porque não representa a *ratio decidendi*. Portanto, o julgador precisa discernir primeiros os fatos do caso precedente e do caso atual; depois, identificar na fundamentação da decisão a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*.

A revogação dos precedentes pode ser parcial ou total, para tanto se vale dos instrumentos denominados *overruling* e ou *overturning*. O primeiro refere-se à revogação geral, total ou parcial; a segunda denominação refere-se à revogação parcial do precedente. Além dos instrumentos de revogação ou anulação, há o *distinguishing*, que é o mecanismo por meio do qual se confronta o caso em análise no tribunal e o fato precedente. A distinção de casos tem em vista afastar o caso precedente na solução do caso presente, mediante um controle analítico da hipótese suscitada.

A revogação ou anulação, expressa ou tácita, dos precedentes tem como pressuposto a evolução do direito com o afastamento de decisão judicial ultrapassada ou equivocada e contrária à lei e aos princípios jurídicos

predominantes e do senso de justiça e equidade da comunidade. O princípio de revogação está consonância com o que Ronald Dworkin chama de princípio da integridade e coerência do sistema. Um sistema que “expressa uma concepção coerente de justiça e equidade”. Diz ele que os juízes “são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso McLoughlin ou Brown introduz acréscimos na tradição que interpreta, os futuros juízes se deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele”.²⁵

Assim, as proposições jurídicas atuais devem estar de acordo com as exigências sociais e, ao mesmo tempo, estar em plena sintonia com as leis e princípios jurídicos. O sistema jurídico precisa ser coerente internamente e também estar pautado pelo princípio da justiça e da equidade. Então, os precedentes devem estar amparados pelos princípios jurídicos do sistema no qual está inserido. Os precedentes obsoletos ou em desuso e os precedentes equivocados não merecem a confiança da comunidade de que vão continuar a regular as condutas sociais.

Assim, a comunidade espera que tais precedentes possam ser rapidamente revogados pelos tribunais. Isso Porque os precedentes internamente incoerentes padecem de sustentação racional e sistêmica; por outro lado os precedentes ultrapassados carecem de legitimação social da comunidade; sua aplicação conduzirá inevitavelmente a julgados injustos.

Muitas vezes, os juízes, embora no caso presente apliquem o precedente em respeito ao princípio da estabilidade da regras do direito jurisprudencial, sinaliza que no futuro esse entendimento não será mais aplicado. Assim, a partir da sinalização, os litigantes não podem mais alegar o princípio da confiança para exigir a aplicação do precedente.

De acordo com Maíra Portes:

O overruling é a revogação total de um precedente, no sentido de que o juiz do caso atual apresenta suas razões para não segui-lo, abrindo a oportunidade para construção de nova proposição jurídica para contexto idêntico. Trata-se da forma mais extrema de revogação, a qual, assim, como no distinguishing, confere poderes legislativos limitados ao julgador, e que segue algumas regras elaboradas pela doutrina e pela legislação.²⁶

²⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pág. 275.

²⁶ PORTES, Maíra. **A Força dos Precedentes**. Coordenador: Marinoni, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 117.

Overriding ou overturning é o processo por meio do qual o tribunal reduz o âmbito de aplicação de um precedente, isto é, o meio que viabiliza a revogação parcial da *ratio decidendi* de uma decisão prolatada no passado.

Em regra, somente as cortes superiores podem revogar precedentes, podendo, em circunstâncias excepcionais, revogar seus próprios precedentes. Nesse sentido Maíra Portes;

A regra no *stare decisis* é a de que o poder de revogação pertence à Corte Superior à prolator do precedente, como forma de manutenção da hierarquia entre os tribunais e da coerência no desenvolvimento do direito, de forma que as inovações doutrinárias sejam aplicadas, inicialmente, pelas Cortes superiores, para gradualmente sejam adotadas pelas Cortes inferiores.²⁷

A revogação de precedentes pode ter efeitos retroativos plenos ou limitados. Há casos ainda que a revogação somente se aplica a caso futuros. Nesse sentido assevera Maíra Portes que:

Em regra, quando uma corte revoga um precedente, esta decisão tem efeitos retroativos, ou seja: a regra de direito estabelecida com a revogação de um precedente é aplicável a todas as relações jurídicas ocorridas antes desta decisão revogadora, assim como aos acordos entabulados antes desta decisão, mas que ainda estão sujeitos ao crivo judicial. A primeira situação é descrito como retroatividade plena, e significa que a decisão revogada (sic) se aplica a ações, eventos e transações anteriores à decisão acobertada pela coisa julgada. A segunda situação, por sua vez, refere-se à retroatividade limitada, pelo qual a decisão revogada (sic) se aplica a ações anteriores a decisão, por um determinado período de tempo.²⁸

Então, quando um caso é submetido a um tribunal, em regra, ele julga o caso com base em seus precedentes. No entanto, com base em certos valores a ponderar, o juiz pode anular o precedente e estabelecer uma nova regra de direito para resolver o novo caso, deixando com isso de aplicar a regra anteriormente estabelecida. A nova regra de direito anunciado pode ser aplica retroativa ou prospectivamente.

O efeito prospectivo é instrumento por meio do qual a corte fixa o efeito da nova regra jurídica para o futuro. Às vezes, o tribunal, em sua fundamentação, sinaliza apenas que no futuro, a partir de uma determinada data, novos fatos ou

²⁷ PORTES, Maíra. **A Força dos Precedentes**. Coordenador: Marinoni, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 117.

²⁸ PORTES, Maíra. **A Força dos Precedentes**. Coordenador: Marinoni, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 123.

negócios jurídicos futuros serão regulados por outra regra de direito, fixando para o caso atual a regra de direito aplicado no precedente. A decisão prospectiva tem a vantagem de manter a previsibilidade e segurança jurídica e a confiança do jurisdicionado nas instituições jurídicas.

A retroatividade, por sua vez, da decisão anuladora se baseia no reconhecimento de que os tribunais não criam a lei, mas apenas a declara. Assim, embora essa nova regra não tivesse ainda sido devidamente formulada ou articulada em forma de decisão jurisprudencial, ela já preexistia à nova decisão judicial que vai substituir o precedente revogado. Com base nessa doutrina, os fatos ainda pendentes de julgamento ou de apelação serão julgados com base nessa nova regra de direito formulado no caso atual. Isso parece correto, porque, se o tribunal julgou o caso presente com base em uma regra ainda não articulada em julgados precedentes, todos os demais casos, para manter a coerência do sistema e igualdade perante as decisões judiciais, devem receber o mesmo tratamento obtido na decisão revogadora.

Dessa forma, em que pese a necessidade de previsibilidade e de segurança jurídica, esses pilares da doutrina do *stare decisis* não pode ser obstáculo para mudança progressiva e pragmática das regras jurídicas a fim de atender as novas necessidades sociais.

Para possibilitar o progresso do direito e, ao mesmo tempo, preservar a doutrina do *stare decisis*, o sistema jurisprudencial do *Common Law* criou mecanismos por meio dos quais os precedentes em desuso, injustos e equivocados possam ser superados. Nesse diapasão, foram criados critérios para fixar o momento a partir do qual a decisão revogadora será aplicada. Assim, decisão revogadora pode ter efeito retrospectivo, plena ou limitada, ou apenas prospectiva; sendo que a prospectividade da decisão pode ser para todos os eventos e contratos celebrados partir da publicação da decisão ou somente a partir alguma data futura, a ser fixada na fundamentação da decisão.

3. O Controle Difuso de Constitucionalidade e os Precedentes do STF.

3.1 O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro

O ordenamento jurídico de uma determinada comunidade é composto de um conjunto de normas jurídicas hierarquicamente dispostas, sendo a Constituição Federal o fundamento de validade de todas as normas hierarquicamente inferiores. Segundo Hans Kelsen, o fundamento de validade da Constituição Federal é a norma fundamental, que é uma norma pressuposta. Antes de chegar a esta resposta, pergunta Hans Kelsen:

Se o Direito é concebido com uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a condutas de homens surge a questão: O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão esta intimamente relacionada a outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade?²⁹

Em seguida, preleciona:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental forma um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum.³⁰

Seguindo essa toada, Fredie Didier Jr., assevera que: “A validade dessas normas infraconstitucionais está condicionada aos limites formais e materiais que lhes são impostos pela Constituição – que confirmam a forma pela qual devem ser elaboradas e a sua substância/conteúdo”.³¹

²⁹ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (São Paulo: Martins Fontes, 2006, pág. 215.

³⁰ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (São Paulo: Martins Fontes, 2006, pág. 215.

³¹ DIDIER JR., Fredie. **Ações Constitucionais**. Organizador: DIDIER JR., Fredie. 3. ed. Salvador: Podivm, 2008, pág. 406).

Por conseguinte, o controle de constitucionalidade está ancorado no pressuposto de que a Constituição Federal está no topo da hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro, com a qual toda norma jurídica deve direta ou indiretamente harmonizar-se.

Desse modo, no nosso sistema jurídico, uma norma vale em razão de seu conteúdo e também porque foi criada segundo o procedimento regulado pela Constituição Federal. Por isso, o controle de constitucionalidade das leis pretende examinar se as normas foram criadas segundo o procedimento previsto na Constituição Federal ou se o seu conteúdo não é incompatível com uma regra ou princípio constitucional. Dessa forma, as leis são constitucionais porque encontram seu suporte de validade no texto constitucional. Por outro lado, as leis são inconstitucionais em razão de não encontrar suporte material ou procedimental na Carta Magna.

Em razão do *status* especial da Constituição Federal em nossa ordem jurídica vigente, o Poder Constituinte originário previu mecanismos de controle de leis e atos normativos estatais para impedir violação ao princípio da Supremacia da Constituição Federal, encarregando o Supremo Tribunal Federal a função de Guardião da Carta Magna. A par disso, a Constituição Federal instituiu um sistema de controle de constitucionalidade: o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, um modelo misto, inspirado no sistema norte-americano e europeu.

O controle difuso é aquele por meio do qual qualquer juiz ou tribunal, de ofício ou mediante provocação, incidentalmente, declara a invalidade de uma norma jurídica em razão de sua incompatibilidade com o texto constitucional.

O controle concentrado é o instrumento por meio do qual o STF, na normalidade dos casos, quando provocado por meio de ação própria proposta por uma pessoa previamente autorizada julga a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um ato normativo estatal.

Ensina Dirley da Cunha Junior que:

Em face de sua nova configuração constitucional, o controle concentrado de constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, poderá ser provocada, pela via principal, por meio das seguintes ações diretas: (a) Ação direta de inconstitucionalidade por ação (ADIN por ação), (b) Ação direta de inconstitucionalidade por ação (ADIN por omissão), (c) Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADIN interventiva), (d) Ação declaratória

de constitucionalidade (ADC) e (e) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).³²

No tocante ao controle difuso de Constitucionalidade, preleciona Dirley da Cunha Júnior que: “À vista desse modelo [difuso], o controle de constitucionalidade dos atos ou omissões do Poder Público é realizado no curso de uma demanda judicial concreta, e como incidente dela, por qualquer juízo ou tribunal”.³³

Ao Supremo Tribunal Federal, incumbiu-se a função de guardião da Constituição Federal brasileira. No controle concentrado, o objeto da ação, proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal, é a (in) constitucionalidade em abstrato de uma lei ou ato normativo federal ou estadual. Com isso, além do efeito *erga omnes*, comum a toda e qualquer decisão judicial transitada em julgada, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade tem efeito vinculante, por força do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal.

Nesse caso, em regra, a decisão do STF tem efeito *ex tunc* para anular o ato inquinado de inconstitucionalidade, contudo, em certas condições excepcionais, o STF está autorizado a declarar efeito *ex nunc*, ou seja, declarar o efeito da decisão para depois de seu trânsito em julgado, ou mesmo um efeito para o futuro – modulação dos efeitos.

No controle difuso, no entanto, a decisão que declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual tem efeito *ex nunc* e eficácia *erga omnes*, obrigando apenas as partes processuais. Então, qualquer juiz ou tribunal do país pode proferir decisão contrária a que o STF prolatou, em razão de não vigorar no Brasil os precedentes obrigatórios.

Então, como o controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro não tem previsão expressa de força vinculante, e sendo os precedentes obrigatórios estranhos à cultura brasileira, todos os juízes e tribunais do país se sentem, equivocadamente, livres para julgar como bem entenderem mesmo a despeito de o Supremo Tribunal Federal já ter assentado entendimento em determinado sentido acerca da matéria objeto da decisão a que vai se pronunciar.

³² CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. Salvador: Podivm, 2008, pág. 329.

³³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. Salvador: Podivm, 2008, pág. 329.

Em verdade, os juízes brasileiros se regozijam de ter entendimento particular acerca de uma certa matéria constitucional, como se eles estivessem desvinculado do Poder Judiciário. Perde-se, dessa forma, a noção de unidade do sistema e mesmo se olvidam das funções constitucionais que cada órgão de Poder detém.

As funções de cada órgão, singular ou colegiado, nada mais significam do que divisão de trabalho constitucionalmente prevista. Desobedecer às decisões do Supremo Tribunal Federal significa violar essas normas constitucionais de divisão de trabalho atribuída ao Poder Judiciário, porque como unidade que é, a Carta Magna distribui trabalhos, funções e competências, não sendo lícito a usurpação de funções de outro órgão seja ele de qual hierarquia for. Note-se que não estar a se defender a impossibilidade de os juízes declararem a inconstitucionalidade de determinada lei.

Contudo, uma vez havendo pronunciado sobre o tema o Órgão que tem a missão constitucional de dizer o direito em último grau, cabe aos juízes e tribunais inferiores curvarem-se a este entendimento. Na ordem normal das coisas, afigura-se ilógico pensar diferente. Mas em análise cuidadosa dos julgados das Cortes Superiores é até possível obtemperar o ato de rebeldia.

Com efeito, a própria Corte Suprema ou Superior não pode se esquecer de seus misteres. A promoção de julgados contraditórios, a incapacidade de firmar posicionamentos sobre matérias sensíveis, as idas e vindas de seus entendimentos, legitimam e justificam a não observância pelas instâncias originárias. Urge que se façam debates mais intensos e técnicos para aprimorar os julgamentos da Corte Suprema. Não há julgador que não ceda a força de um pensamento bem construído e desapassionado.

3.2 O Controle Difuso e os Precedentes do Supremo Tribunal Federal

“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Com esse texto direto e peremptório, a Constituição Federal atribui ao STF o Dever-Poder de zelar para que todas as leis, emendas constitucionais e demais atos normativos federais e estaduais sejam editados formal e materialmente de acordo com os preceitos constitucionais.

A partir desse contexto normativo, impende ressaltar que todos os órgãos do Poder Judiciário têm que se vincular, moral, lógica e juridicamente, às decisões

do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de atos normativos estatais.

Nesse sentido assevera Lucas Cavalcanti da Silva que:

Ao reservar para si o papel de dizer o Direito, o Estado não pode fazê-lo de maneira contraditório, de modo que os veículos pelos quais ele se manifesta devem se mostrar coerentes e harmônicos. Desse modo, a despeito de suas ramificações, o Poder Judiciário pressupõe funcionamento e estrutura concebidos partir de uma lógica que garanta coesão, já que sua unidade é corolário da unidade do poder estatal.

Nesse sentido, juízos e tribunais não representam um parcela isolada e incomunicável de jurisdição, órgãos de fazer justiça que se movem ao sabor das paixões individuais dos magistrados. Eles são, antes, parte de um organismo único e, por isso, precisam se orientar como tais.

Encarara unidade do Poder Judiciário é decorrência de uma percepção de poder que toma em consideração o respeito à sua estrutura hierárquica. Um sistema que celebra o duplo grau de jurisdição e prevê uma ampla gama de recursos não pode funcionar adequadamente sem um sendo de respeito à hierarquia, sem considerar a lógica por detrás da sobreposição de instâncias recursais.³⁴

Ora, todas as alegações de violação de qualquer ato de conteúdo jurídico à Constituição Federal estão sujeitas à apreciação do Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário. Assim, com a função de guardião da Constituição, o STF tem sempre a última palavra sobre a (in)constitucionalidade das normas jurídicas, razão porque não se justifica juridicamente que decisão de instâncias inferiores contrarie aquelas emanadas do Supremo Tribunal Federal, mormente em se tratando de decisões prolatadas pelo plenário desta Corte.

Em sede de controle difuso de constitucionalidade, todos os juízes e tribunais brasileiros devem obedecer aos precedentes do Supremo Tribunal Federal quando este já estiver se pronunciado acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual à maneira do *Stare Decisis* do direito inglês e norte-americano.

Assim, embora as decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade não vinculem o próprio STF, tais decisões devem vincular os juízes e tribunais a ele vinculados a fim de que fique preservada a autoridade da Suprema Corte no que concerne à função de guardião da Constituição Federal.

Lucas Cavalcanti da Silva defende que:

De outro lado, além da unidade do Poder Judiciário e da previsão de instrumentos como o recurso extraordinário e a Reclamação Constitucional, a vinculação constitucional dos juízes e tribunais ordinários aos precedentes

³⁴ SILVA, Lucas Cavalcanti da. **A Força dos Precedentes**. Coordenador: MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 149.

do Supremo Tribunal Federal encontra fundamento nos princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica e da duração razoável do processo.³⁵

Os respeito aos precedentes do STF tem fundamento no princípio da segurança jurídica e princípio da igualdade de todos perante a lei (e as decisões do Poder Judiciário) e no princípio da previsibilidade do direito, que são corolários do princípio do Estado Democrático de Direito. Além disso, o respeito aos precedentes do STF se ancora também no princípio da unidade do sistema, da supremacia constitucional e das funções da Suprema Corte brasileira e no da coerência das decisões do Poder Judiciário.

Dissemos linhas atrás, que a doutrina do *stare decisis* e o *Common Law* não estão ontologicamente ligados. Passaram por processos de desenvolvimentos diferentes e também têm justificativas jusfilosóficas distintas. Por essa razão, concluímos que a doutrina do *stare decisis* consiste tão somente em uma escolha política bem sucedida para conferir estabilidade e respeito às regras jurídicas aplicadas pelos tribunais.

Os sistemas do *Common Law* e o Sistema do *Civil Law* buscam concretizar o princípio da segurança jurídica como valor essencial e impreterível.

No *Common Law*, o ideal da segurança jurídica, da previsibilidade e da estabilidade das regras jurídicas foi pensado em termos concretos, a partir do respeito às decisões judiciais dos tribunais a que se vinculam os juízes.

No sistema do *Civil Law*, esse ideal foi pensado a partir da vinculação do juiz à vontade da lei. Entretanto, a lei sempre oferece sempre mais de um significado igualmente válido, ficando os juízes obrigados a escolher, segundo seu senso pessoal de justiça, qual dos possíveis significados da norma vai valer-se para a solução do caso presente. É intuitivo que em sistema jurídico amplamente legislado e com forte presença de princípios e conceitos vagos, haverá uma ampla gama de normas concretas distintas e antagônicas para reger situações idênticas e semelhantes. Isso é motivo de injustiças e descrenças das instituições jurídicas e no Estado. O Direito deixa de produzir a certeza pretendida.

Portanto, a doutrina do *stare decisis* não é incompatível com o direito brasileiro, ao contrário a exige para concretizar o ideal de segurança jurídica e

³⁵ SILVA, Lucas Cavalcanti da. **A Força dos Precedentes**. Coordenador: MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 149.

igualdade de todas perante as decisões judiciais, porque é por meio das decisões que a norma geral e abstrata ganha corpo e se materializa na solução de questões jurídicas deduzidas em juízo.

Requer mudança cultural e psicológica dos magistrados para implementar e executar as normas já existentes que abrigam a necessidade da obrigatoriedade dos precedentes.

O ordenamento jurídico brasileiro já convive com os precedentes judiciais. Estamos a falar das decisões proferidas em sede de recursos extraordinários, em sentido lato, no âmbito dos Juizados especiais Federais (artigos 14 e 15, da Lei 10.259/01, das súmulas vinculantes, da repercussão geral, dos recursos repetitivos e das súmulas impeditivas de recurso e das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade.

Malgrado as diferenças desses institutos com os precedentes obrigatórios, porque estes obrigam os julgadores a voltar para as razões de decidir ou fundamentação do caso precedente, passado necessariamente pelo estudo e comparação analítica das hipóteses apresentada, em ambos os casos, o direito exige respeito aos precedentes.

É certo, que nos casos das decisões proferidas em sede de recurso repetitivo e da repercussão geral, o Tribunal *a quo* não está obrigado a seguir, no sistema vigente, a decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo, respectivamente. Contudo, nestes casos a lei infraconstitucional exige o reexame da matéria pelo órgão prolator, expondo os fundamentos da recalcitrância.

As decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes têm aderência maior com as normas gerais e abstratas proferidas pelo poder judiciário, embora, cada vez mais, o STF esteja atribuindo importância às razões determinantes da decisão para vincular decisões futuras de órgãos do poder judiciário e da administração pública.

Logo, é forçoso admitir que a súmula vinculante é um bom exemplo de como o direito brasileiro pode adotar os precedentes obrigatórios e zelar pelo progresso e renovação do direito, ante a possibilidade da revogação de súmulas por decisão do STF.

No que toca ao controle difuso de constitucionalidade, as decisões do STF só teriam efeitos vinculantes para juízes e tribunais inferiores, ficando a própria corte livre para rever seus próprios julgados. Isso viria ao encontro dos anseios

sociais de estabilização das regras jurídicas e, por outro lado, viabilizaria mudanças de paradigmas culturais e do próprio direito como instrumento de regulação social, que, por isso, deve estar de acordo com as aspirações sociais contemporâneas e não com a realidade de séculos ou gerações passadas.

Os princípios de constituição, anulação, revogação e distinção dos precedentes podem ser os mesmos já praticados no sistema do *Common Law*, onde os precedentes com força vinculante têm ampla aceitação social.

Assim, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* das decisões modelo terão papel relevante na solução de casos idênticos ou semelhantes no futuro. É assim, porque a *ratio decidendi* é a parte da fundamentação que tem força de lei e servirá como fonte do direito na análise e solução de casos futuros, enquanto que o *obiter dictum* representa apenas argumentos com força persuasiva e retórica, não interferindo no resultado da decisão.

Desse modo, os casos passarão a ter maior relevância, porque o *stare decisis* no fundo consiste em comparar casos para saber se ambos comportam a mesma decisão ou se comportam a incidência da mesma regra de direito. A análise do precedente se justifica para extrair dele a *ratio decidendi* ou regra de direito e, assim, obter a mesma decisão para ambos os casos, como medida de justiça e equidade.

A doutrina do *stare decisis* muda o foco da atuação dos juízes. Enquanto que no *Civil Law* os juízes procuram a regra de direito que leva a solução do caso *sub judice* na lei, no código ou na Constituição Federal, com a doutrina do *stare decisis* o juiz se volta para uma decisão judicial passada para extrair dela a regra de direito que vai utilizar para decidir a nova questão jurídica que lhe foi submetida. Em ambos os casos, o juiz vai descobrir ou declarar a regra de direito preexistente para resolver a lide.

Portanto, a doutrina do *stare decisis* não limita a atuação dos juízes e tribunais inferiores, porque quem decide quais são as razões determinantes, ou *ratio decidendi*, do caso precedente é o juiz que vai julgar o caso atual e, para tanto, terá de desenvolver a mesma atividade intelectual que desenvolveria caso fosse obter a regra de direito da lei, de princípios ou da Constituição.

Também, não há razão para temer o obsoletismo do direito ou estabilização de regra de direito injusta ou equivocada, uma vez que há instrumentos e critérios para a superação de decisões que não mais justificam por

quaisquer das razões acima. O direito brasileiro poderá valer do *overruling*, *overturning* ou *overriding*, além dos *distinguishing* para furtar-se a aplicação de regras que não mais atendam as aspirações sociais ou que sejam obstáculo para o progresso e desenvolvimento do direito e das instituições sociais, políticas e econômicas.

Assim, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade devem vincular todos os juízes e tribunais inferiores em homenagem ao princípio da segurança jurídica, da estabilidade das regras de direito, da preservação da autoridade das decisões do STF em matéria constitucional, da coerência das decisões judiciais e da unidade do Poder Judiciário.

Contudo, a segurança ora defendida não se satisfaz com a vinculação de toda e qualquer decisão da Suprema Corte. Tem de ser tomada pelo órgão que represente a maioria de seus membros. A este novo modelo de constitucionalidade tem sido denominado pela doutrina de objetivação do recurso extraordinário, na medida em que confere efeito vinculante *ultra parte*, nos limites dos motivos determinantes, sem a necessidade de manifestação do Senado Federal.

3.3 O Respeito aos Precedentes do STF e a Razoável Duração do Processo.

O sistema jurídico brasileiro convive com dois problemas graves. De um lado, o jurisdicionado convive com a incerteza da regra de direito que efetivamente vai regular sua conduta e suas relações jurídicas, uma vez que o direito legislado e codificado não garante a segurança jurídica, a previsibilidade das regras de direito e o respeito às instituições jurídicas; de outro lado, os processos se arrastam durante anos, até obter finalmente um provimento definitivo do Poder Judiciário.

Em parte, a morosidade do Poder Judiciário deve ser creditada a essa falta de previsibilidade decorrente da falta de respeito aos precedentes, mormente quando o próprio tribunal responsável pela unificação do direito federal ou da validade das normas infraconstitucionais desrespeita seus próprios precedentes.

Essa instabilidade das regras de direito incentiva ainda mais a litigiosidade, principalmente dos litigantes habituais, como o Estado, os Bancos e as grandes empresas, porquanto qualquer tese jurídica pode ao final sair vitoriosa. Assim é imperioso concluir que o sistema brasileiro contribui para o aumento de

processo nos fóruns. Inegavelmente, a razoável duração do processo não é verificada.

O princípio da duração razoável do processo é um direito fundamental da pessoa consignado na Constituição Federal e reclama por efetividade. Nesse diapasão, o Estado, por meio de seus Poderes constituídos, deve criar instrumentos legais e materiais para que eles se materializem. Na verdade, os direitos fundamentais interferem não só no sentido das normas infraconstitucionais, mas também no próprio sentido e alcance de normas de natureza constitucional.

Segundo Robert Alexy, “direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais, porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da Sociedade”.³⁶

Em seguida, assevera Robert Alexy que:

“O Tribunal Federal Constitucional [alemão] procura conceber o ‘efeito irradiador’ das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico com o auxílio do conceito de ordem objetiva de valores. Para usar as palavras do tribunal: ‘Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos do cidadão contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretriz e impulsos para a legislação, a administração e a jurisprudência’. Os conceitos centrais dessa construção são o conceito de valor e conceito de objetivo. A questão é saber, então, como eles devem ser compreendidos”.³⁷

Portanto, independentemente do direito subjetivo do cidadão contra o Estado, os direitos fundamentais têm uma carga valorativa objetiva, por meio da qual os próprios órgãos do Estado se obrigam a implementá-los por meio de ações concretas do Estado. Nessa esteira, é necessário afirmar que a presença de um direito fundamental deve alterar o modo como a Supremo Tribunal Federal interpreta a própria Constituição Federal, para efetivar os ideais sociais positivados por meio da norma. Um direito fundamental positivado é muito mais do que uma norma do sistema jurídico, é um valor transcendental da sociedade que carece e exige efetividade.

Ainda a falar da importância e da necessidade de levar sempre em consideração o conteúdo dos direitos fundamentais na interpretação das normas do ordenamento jurídico, Robert Alexy, ensina que “a irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui,

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pág. 522).

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pág. 524.

portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da idéia de justiça a todos os ramos do direito”.³⁸

Assim, de acordo com a noção de ordem objetiva de valores, o Estado está obrigado a conferir a máxima efetividade a todas as normas de direito fundamental. O Estado brasileiro por seus poderes constituídos está obrigado a criar todos os meios e instrumentos para possibilitar a razoável duração do processo. E a duração razoável do processo é o tempo necessário para que se efetivo também os princípios do devido processo legal e de seus consectários lógicos, o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, temos que o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso constitucionalidade, contribuirá para diminuir consideravelmente a atividade dos juízes e tribunais na realização de seus misteres e, reflexamente, para a razoável duração do processo. Além disso, certamente, diminuirá bastante a litigiosidade, uma vez que a confiança nas instituições e a previsibilidade do direito contribuem para reduzir os conflitos sociais e, por conseguinte, interfere no ânimo do jurisdicionado para ajuizar ações.

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pág. 544).

4. A *RATIO DECIDENDI* E O *OBITER DICTUM* NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 Aspectos Relevantes para a Determinação da *Ratio de Decidendi* e do *Obiter Dictum*

A *ratio decidendi* ou motivos determinantes é a razão ou tese jurídica em que se fundamentou a decisão, ao passo que o *obiter dictum* ou motivos não determinantes são os argumentos auxiliares ou acessórios de que se vale o julgador para demonstrar suas razões de decidir, mas que não influem diretamente para a consecução do resultado apresentado no dispositivo da sentença, atuando com mera força persuasiva.

Quando o juiz encontra os fatos provados em um processo ele aplica um princípio jurídico para solucioná-los extraído de algum precedente, da lei ou de princípio geral de direito ou de algum princípio de justiça e equidade. Sinteticamente falando, o juiz aplica uma regra de direito aos fatos deduzidos e provados e, desse modo, encontra uma solução, resolvendo a lide. Seguindo a doutrina do *stare decisis*, essa regra de direito obtida vai vincular futuramente novos julgamentos cujos fatos sejam iguais ou semelhantes ao precedente ou caso modelo.

Assim, determinar a *ratio decidendi* nada mais significa do que conhecer a regra de direito em que se baseou o juiz para chegar ao resultado atingido, sem a qual o resultado obtido não teria sido o mesmo. Para tanto, é indispensável que os fatos objeto da lide e da decisão sejam muito bem determinados, porque aplicar precedentes nada mais é do que comparar o caso decidido, extraindo a norma a ser aplicado no futuro, com o caso em análise e sob apreciação do magistrado. Casos idênticos ou semelhantes, na tradição do *stare decisis*, reclamam a mesma solução jurídica, de acordo com o princípio da igualdade perante as decisões judiciais. Esse mecanismo permite que os fatos semelhantes tenham o mesmo tratamento ou solução jurídica.

Por outro lado, determinar o *obiter dictum* consiste em identificar com precisão o raciocínio jurídico indispensável para a decisão e os raciocínios auxiliares ou complementares, que não constituem regra de direito. O *obiter dictum* constitui-se

somente daqueles raciocínios jurídicos que não formam a razão de decidir, ou seja, determina-se o *obiter dictum* por meio da identificação dos raciocínios acessórios ou auxiliares da fundamentação da decisão. É relevante na medida em que se consegue deixar bem delimitadas as razões de decidir expostas na fundamentação da decisão, porquanto ele não vincula os futuros casos.

Logo, a *ratio decidendi* é a regra de direito apresentada para a solução da questão jurídica e vincula os futuros julgamentos, porque tem força de lei. Por outro lado, o *obiter dictum* não influi no resultado, podendo ser suprimido sem comprometer o resultado atingido na decisão.

Portanto, o Juiz que vai aplicar o precedente precisa, antes de qualquer coisa, verificar se os fatos deduzidos e decididos no caso modelo e o do caso atual são idênticos ou semelhantes. Se os fatos do precedente e do caso atual não forem iguais ou semelhantes, a atividade intelectual do juiz para extrair a *ratio decidendi* do precedente será absolutamente inútil, porque essa regra de direito não poderá ser aplicada no caso presente.

Na aplicação da *ratio decidendi*, somente os fatos sobre os quais tenha incidido uma regra jurídica podem contribuir para o estabelecimento de regra de direito com força de lei. Em outras palavras, os fatos sobre os quais o juiz vai criar ou aplicar uma regra de direito são aqueles que a parte deduziu em sua petição inicial e que será objeto da decisão do juiz em sua parte dispositiva.

Sabemos que o precedente obrigatório configura-se na regra de direito aplicado a casos que foram objeto de uma decisão judicial. Nesse contexto, os fatos são relevantes no sentido de que aplicar precedentes nada mais significa que comparar fatos decididos e a decidir para que ambos tenham a mesma solução jurídica, partindo-se do pressuposto de que sobre fatos iguais e semelhantes devem obter o mesmo tratamento jurídico. Com efeito, fato não decidido é fato juridicamente irrelevante na seara da doutrina do *stare decisis*. Nesse sentido Luiz Guilherme Marinoni:

“Diante do que acaba de ser dito, a pergunta de se a *ratio decidendi*, derivada de caso em que não se fez determinada alegação, aplica-se a caso posterior, em que esta alegação está sendo feita, torna-se mais simples. Nesta situação não se fala de princípio do deduzido e do dedutível e de eficácia preclusiva da coisa julgada. Assim, pouco importa se a alegação que deixou de ser feita está ou não contida na causal de pedir da causa que origem ao precedente. Ora, não se está pretendendo fazer valer a coisa julgada, mas apenas aplicar a *ratio decidendi*. O fato que a corte não considerou ao desenhar o precedente, tenha ou não sido alegada pela parte, constitui fato imaterial ou não fundamental, de modo que a *ratio*

decidendi não lhe diz respeito. Quando esta alegação for feita em caso posterior envolvendo outras partes – exatamente por não estar obstaculizada pela eficácia preclusiva da coisa julgada ou pelo princípio do deduzido ou do dedutível -, caberá realizar uma tarefa de distinção dos casos, demonstrando-se que a nova alegação, feita no caso sob julgamento, não foi considerado como fato material no primitivo caso, que deu origem ao precedente”.³⁹

Para que um precedente seja aplicado no futuro é necessário que os fatos e a tese jurídica sejam iguais ou semelhantes ao caso presente que requer uma solução jurídica. Por conseguinte, para evitar a aplicação de um precedente basta suscitar e provar eventuais diferenças entre este precedente e caso novo. Nesse sentido preleciona Luiz Guilherme Marinoni, *verbis*:

Outro ponto interessante se relaciona com a pergunta a respeito da diferença entre alegar novo fundamento para ver o precedente não aplicado e invocar fato que torna os casos diferentes, seja porque no primeiro está presente fato que não encontra no caso sob julgamento, seja porque fato que aparece no novo caso não fez parte daquele em que o precedente foi elaborado. Esta diferença apenas poderia ser sentida quando estivesse diante de alegação de novo fundamento de direito. Na situação em que se alega novo fato para que o precedente não seja aplicado, demonstra-se que o novo caso não é igual ao que o precedente foi instituído, e, na hipótese, em que se alega que, no primeiro caso, estava presente fato que não está sob julgamento, também se está evidenciando a disparidade entre os casos. Isto porque a aproximação dos casos, especialmente quando se pensa em aplicação de precedentes, não depende apenas dos fatos alegados, mas também das razões jurídicas invocadas pela parte e consideradas pelo juiz.⁴⁰

Há ainda que se considerar que os precedentes obrigatórios se apóiam no princípio da segurança jurídica, na previsibilidade do direito e no princípio da justiça das decisões judiciais. Com base nesse princípio, a regra de direito aplicada para solucionar uma questão jurídica com base em fatos, deverá ser aplicada no futuro sempre que fatos idênticos ou semelhantes forem submetidos à apreciação do Poder Judiciário, em razão da crença de que fatos iguais ou semelhantes devem ter o mesmo resultado.

Em resumo, o estudo da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* deve se basear na percepção de que os fatos e fundamentos jurídicos exigem a incidência de uma regra jurídica para chegar-se a uma solução racional, social e juridicamente aceitável. É interessante notar que a atividade jurídica é, em essência, uma atividade argumentativa com vistas a demonstrar as razões de decidir e o resultado decorrente dessa nobre atividade intelectual. Nesse processo, os juízes se valem de

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Força dos Precedentes**. Salvador: Podivm, 2010, pág. 261.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Força dos Precedentes**. Salvador: Podivm, 2010, pág. 261.

argumentos determinantes para a decisão e argumentos de que têm expressão meramente retórica e persuasiva ou não determinante. Somente os motivos determinantes vão vincular futuros julgamentos.

4.2 Os Precedentes no Direito Brasileiro

Os precedentes obrigatórios no direito brasileiro ainda estão circunscritos as certas situações bem delimitadas. Portanto, regra geral, os julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal não vinculam os demais juízes e tribunais. As súmulas editadas por esses tribunais têm força meramente persuasiva para juízes e tribunais a eles subordinados podem ter seus próprios entendimentos sobre as matérias que julgam, mesmo quando estão a julgar direito federal ou constitucional.

No entanto, as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal vinculam todos os demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, exceto o próprio STF. Em caso de desobediência à matéria veiculada em súmula vinculante cabe reclamação constitucional diretamente no STF para preservar a autoridade de suas decisões.

A coisa julgada constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal tem efeito inter partes, não transmitindo seus efeitos para terceiros processuais, exceto as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, cujo dispositivo tem efeito *erga omnes* e as razões de decidir têm efeito vinculante, porque o objeto da decisão é uma norma geral e abstrata declarada (in) constitucional.

Assim, se uma lei ou ato normativo do poder público for declarado (in) constitucional pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, juízes e tribunais, incluindo o próprio tribunal, podem em julgados posteriores proferir decisões contrárias àquelas prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O artigo 557, *caput*, e § 1-A, do CPC, não configura precedentes obrigatórios, porque o juiz não se sente obrigado a aplicar a súmula ou a jurisprudência de tribunais a que se vincula. Esses dispositivos apenas atribuem ao relator do recurso o dever-poder de negar ou dar provimentos, conforme o caso, a recursos, desde que preenchidos os requisitos objetivos previstos em lei. Configura norma justificadora de delegação de competência.

Determina o artigo 557, *caput*, do CPC, que o relator negará seguimento em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Por outro lado, o § 1º-A do artigo 557, do CPC, determina que o relator dê provimento a recurso cuja decisão recorrida esteja em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

De certo modo, essas normas pretendem conferir autoridade aos entendimentos consolidados em súmula ou que represente jurisprudência dominante de tribunal ordinário ou extraordinário. Os estreitos limites desse trabalho não permitem discutir a questão do princípio da colegialidade no direito brasileiro ou o conceito [polêmico] de jurisprudência dominante. Apenas, diga-se que o sistema jurídico (artigo 557, § 1º, do CPC) permite um recurso denominado de agravo legal com a parte insurgir-se contra a decisão do relator que negou ou deu provimento ao recurso sem a participação do colegiado.

No mesmo sentido, o artigo 544, § 4º, inciso II, alíneas b e c, do CPC, prescrevem que no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça o relator poderá reconhecer do agravo para (b) negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal, e (c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal. Portanto, aqui também a lei quer proteger a autoridade destes tribunais.

O artigo 475, § 3º, do CPC, por sua vez, constitui uma exceção à regra do *caput* do artigo, que prescreve que as sentenças de primeiro grau estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, ao prever que as sentenças que se fundarem em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente não estão sujeitas ao duplo grau. Portanto, o juiz não receberá a apelação se a decisão recorrida observou Jurisprudência do plenário do STF ou súmula de tribunal a que se vincula: STJ, TRF ou TJ.

Apesar de tais decisões [súmulas e jurisprudências do pleno do STF] não terem efeito vinculante, o legislador incentiva os juízes a seguirem o entendimento dos tribunais superiores, dando-lhe o prêmio da irrecorribilidade de suas decisões. No entanto, isso só faria sentido se tais tribunais seguissem seus próprios precedentes, o que não se verifica em nosso sistema jurídico.

O artigo 285-A, do CPC, autoriza ao juiz, *quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos*, a dispensar a citação do réu e proferir sentença de total improcedência.

Parte da doutrina entende que é requisito indispensável para o julgamento de improcedência *prima facie* que a decisão-modelo tenha sido proferida por tribunal a que se vincular o juiz. Seguramente, se já houver súmula de tribunal – TJ, TRF, STJ ou STF - sobre a matéria de direito controvertida, o juiz poderá prolatar decisão de improcedência sem citação do réu. Não se afigura razoável este entendimento, sob pena de esvaziar o comando legal concebido para concretizar a razoável duração do processo. Propugno pelo entendimento de que se no juízo já tiver reiteradamente decidida a causa é de rigor aplicação da norma.

É do entendimento da doutrina de que a lei não obriga o juiz a aplicar o precedente, mas o autoriza a fazê-lo, como forma de atender aos princípios da economia processual e o da razoável duração do processo. Na hipótese de interposição de recurso, o juiz pode, no prazo de 5 (cinco) dias rever sua decisão. Em grau de recurso, depois de citado o réu para defesa, como se trata de questão unicamente de direito, o tribunal está autorizado a julgar o mérito da demanda, art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC.

O artigo 543-A, § 5º, do CPC, prescreve que *negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*”. Assim, a decisão que nega a existência de repercussão geral ao recurso extraordinário tem efeito *erga omnes*, vinculando terceiros que não foram partes do processo.

Como seria natural, a decisão que nega repercussão geral ao recurso extraordinário não vincula o próprio tribunal, que está autorizado a revisar a tese jurídica adotada no precedente. Nesse ponto, não é despidendo ressaltar que efeito *erga omnes* e efeito vinculante não são a mesma coisa. Em verdade, no efeito *erga omnes*, o próprio dispositivo da sentença transmite seus efeitos para terceiros que não fizeram parte do processo, porque, à semelhança do controle concentrado de constitucionalidade, a questão decidida no acórdão é matéria meramente de direito, visto que não se refere a fatos da demanda em que o precedente foi prolatado.

Ao passo que no efeito vinculante quem vincula são as razões determinantes, motivos da decisão ou *ratio decidendi*, que se encontram na fundamentação do acórdão. Portanto, nesse caso não há que se falar em força vinculante da decisão, mas tão somente em efeito *erga omnes* da decisão.

O artigo 543-B trata dos recursos repetitivos. Assim, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do CPC, no caso de julgamento de mérito dos recursos representativos da controvérsia, os Tribunais, estão autorizados a aplicar o precedente, considerando os recursos prejudicados ou retratarem-se.

O § 4º deste artigo, reconhece que os tribunais não estão obrigados a se retratarem. Nessa hipótese, o recurso extraordinário será enviado ao STF, que está autorizado a, liminarmente, anular ou reformar a decisão recorrida contrária a orientação firmada pela Corte. Portanto, não se trata de precedentes obrigatórios no sentido preconizado na doutrina do *stare decisis*, mas de efeito *erga omnes* da decisão proferida no acórdão proferido do recurso representativo da controvérsia. Há no máximo uma vinculação moral.

O artigo 543-C do CPC, por sua vez, trata dos recursos repetitivos no âmbito do STJ. Assim de acordo com esse artigo, em casos de recursos que tenham fundamento na mesma questão de direito, o tribunal de origem poderá admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, sobrestando os demais. No caso de a decisão recorrida coincidir com as decisões do Superior Tribunal de Justiça proferida nos julgamentos dos recursos representativos da controvérsia, o tribunal de origem negará seguimento ao recurso.

No entanto, na hipótese de as decisões proferidas pelo tribunal de origem divergirem das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, aquele tribunal está autorizado a rever suas decisões em respeito ao precedente do tribunal superior. Ora, nesse caso, haverá respeito ao princípio da economia processual e da razoável duração do processo, bem como ao princípio da segurança jurídica, corolários do Estado Democrático de Direito.

Ensina Luiz Guilherme Marinoni que;

Tanto as decisões proferidas em recurso especial, como aquelas proferidas em recurso extraordinário, limitam-se a interpretar questões relativas à lei federal e à Constituição Federal, respectivamente. A natureza de 'precedentes interpretativos' das decisões tomadas nestes recursos ficou ainda mais evidente com a introdução do instituto da repercussão geral e do mecanismo do recurso repetitivo.

A aferição da repercussão geral da controvérsia constitucional discutida no recurso extraordinário e consequente eficácia vinculante da decisão a

respeito de sua existência ou inexistência evidenciam a adoção do precedente com força obrigatória, assim como a recepção das idéias de *ratio decidendi* – do common law- e de eficácia transcendente da fundamentação – do direito alemão. Deixei-se claro, desde já, que existe um processo irreversível de objetivação do controle de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Força dos Precedentes*. Coordenação: MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 252.

O artigo 546 do CPC criou instrumentos para uniformizar o entendimento do STF e do STJ acerca de matérias que lhes são constitucionalmente deferidas. Assim, em havendo divergências entre turmas do mesmo tribunal a parte interessada pode solicitar ao pleno ou à turma especial, conforme o caso, a uniformização dos julgados.

Nesse caso, não se trata propriamente de respeito ao precedente, uma vez que órgão especial ou plenário não está obrigado a adotar este ou aquele entendimento. Trata-se sim de unificar o entendimento desses tribunais acerca de alguma questão de direito, em respeito ao princípio da unidade, integridade e coerência do ordenamento jurídico e, com isso, cumprir suas funções constitucionais. Nesse caso, estaria em jogo também a obediência ao princípio da segurança jurídica e o da confiança do jurisdicionado. Com o mesmo espírito do 546 do CPC, o artigo 14 da lei 10.259/2001 também criou mecanismos para uniformizar o entendimento do direito material federal aplicado no âmbito dos juizados especiais federais, podendo, eventualmente, comportar recurso para o STJ, quando julgados da turma uniformização violar preceito legal contido em súmula deste tribunal.

O artigo 103-A da Constituição Federal introduziu em nosso ordenamento jurídico a súmula vinculante. Assim, com aprovação de dois terços da Corte, poderá o Tribunal aprovar, de ofício ou por provocação daquelas pessoas legitimadas a propor ação direta de inconstitucionalidade, súmula vinculante, quando houver no Tribunal reiteradas decisões sobre matéria constitucional. A súmula vinculante poderá ser revista ou cancelada pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, nos termos do artigo 102, § 2º da Constituição Federal, as *decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos*

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Força dos Precedentes**. Salvador: Podivm, 2010, pág. 252.

do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A eficácia erga omnes decorre da própria natureza da decisão proferida nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Enquanto que o efeito vinculante decorre dos fundamentos da decisão ou efeitos transcendentais dos motivos determinantes da decisão.

No direito brasileiro, a formação dos precedentes não ocorre a partir de estudo de casos, mas a partir de interpretação do direito federal ou constitucional, que, segundo Luiz Guilherme Marinoni, “confere a este precedente natureza genuinamente interpretativa”. No direito norte-americano ou inglês, os precedentes se formam a partir de fatos, a ponto de parte da doutrina asseverar que a *ratio decidendi* dos precedentes se forma nos fatos, na comparação de fatos, não na tese jurídica adotada.

Além disso, no direito brasileiro, não há preocupação com o estudo de casos, apenas e tão somente com as normas, abstratas e gerais, veiculadas em súmulas ou ementas, sem a necessária comparação com o contexto fático e com os fundamentos jurídicos das decisões em que as súmulas e jurisprudências dominantes foram construídas.

Ainda que as decisões de existência ou inexistência de repercussão geral tenham efeitos vinculantes no futuro, elas tratam principalmente de questão ou matéria constitucional, sem se voltar para os fatos articulados pela parte.

Assim, o julgador ao citar uma súmula, decisão que analisou a existência ou inexistência de repercussão geral ou jurisprudência dominante não verifica em que contexto fático as decisões foram prolatadas. Dessa forma, as súmulas e ementas recebem o mesmo tratamento que as leis.

No entanto, pondera Luiz Guilherme Marinoni que:

Não há dúvida que tais precedentes, embora definidores de teses jurídicas, são instituídos em casos dotados de particularidades fáticas, que, por isto, muitos vezes terão que ser consideradas ao se analisar a aplicação a casos subsequentes. Entretanto, a peculiaridade destes precedentes é o de que as ‘suas razões’ de decidir são assimiláveis exclusivamente a partir das razões de direito dadas pela corte ao decidir.⁴²

Em resumo, os precedentes no direito brasileiro ganham configurações diversas. Em sede de controle concentrado de constitucionalidade e das decisões

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **A Força dos Precedentes**. Salvador: Podivm, 2010, pág. 253.

que declaram a existência ou inexistência de repercussão geral dos recursos extraordinários, as decisões têm efeito vinculante. As súmulas vinculantes, como o próprio nome diz, vinculam todos os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública em geral. Nos demais casos, os precedentes têm efeito meramente persuasivo.

Note-se que a moderna doutrina, com influxo na jurisprudência, já empresta efeito vinculante à decisão proferido pelo Plenário do STF, em seus motivos determinantes, superado, pelo processo de mutação constitucional, do requisito da manifestação do Senado Federal. Parece-nos adequado utilizar-se do mesmo entendimento no caso de interpretação de normas infraconstitucionais, quando a jurisprudência se firmarem na Corte Especial do Superior Tribunal ou de algumas das Seções especializadas. Mas reconheço que sobre este tema a doutrina ainda não se pronunciou.

4.3 Coisa Julgada Material, Coisa Julgada *Erga Omnes* e Efeito Vinculante dos Motivos Determinantes das Decisões do Supremo Tribunal Federal

Coisa julgada material, coisa julgada erga omnes e efeito vinculante dos motivos determinantes das decisões são institutos jurídicos que apresentam particularidades e, pois, não se confundem.

A coisa julgada material é o efeito - positivo, negativo e preclusivo - natural e comum a toda e qualquer decisão de mérito prolatada pelo Poder Judiciário brasileiro que não comporta mais qualquer recurso.

Ensina Fredie Didier Jr. que,

A coisa julgada é imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial.

Mas essa imutabilidade pode restringir-se aos limites do processo em que a decisão foi proferida ou projetar-se para além deles. Daí decorre a diferença essencial entre coisa julgada formal e material.

(...)

A coisa julgada material é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia *endo/extraprocessual*.⁴³

Coisa julgada *erga omnes*, por sua vez, é o especial feito que algumas decisões possuem. Conforme lições de Fredie Didier Jr.:

⁴³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. Salvador: Podivm, 2007, pág. 478.

A coisa julgada *erga omnes*, por fim, é aquela cujos efeitos atingem a todos os jurisdicionados – tenham ou não participado do processo. É o que ocorre, por exemplo, com a coisa julgada produzida na ação de usucapião de imóveis, nas ações coletivas que versem sobre direito difusos ou direitos individuais homogêneos (art. 103, I e III do CDC) e nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.⁴⁴

Os motivos determinantes da decisão são as razões jurídicas que determinaram a decisão contida no dispositivo do acórdão. Na fundamentação, encontra-se a regra de direito ou norma abstrata que constitui os efeitos transcendentais dos motivos determinantes que vão contribuir para a solução de casos iguais ou semelhantes no futuro.

Assim, essa *ratio decidendi* ou efeito transcendente dos motivos determinantes é uma norma geral criada a partir de outra norma, que vai, no futuro, com sua aplicação, contribuir para a criação de uma norma jurídica particular ou particular com efeito *erga omnes*.

Portanto, a principal diferença entre coisa julgada material, coisa julgada material *erga omnes* e efeito vinculantes dos motivos determinantes das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade consiste no fato de que coisa julgada material e coisa julgada material *erga omnes* não vinculam futuros julgamentos, ao passo que os motivos determinantes da decisão em controle concentrado de constitucionalidade são a regra de direito de que valeu o julgador para decidir da maneira que decidiu e não estão sujeitos ao fenômeno da preclusão.

São as razões jurídicas determinantes sem as quais a decisão teria chegado a outro desfecho, e que passará, como norma abstrata que é, a vincular futuros julgamentos. Como sabemos, norma jurídica é a norma produzida segundo a forma prescrita no ordenamento jurídico. Dessa forma, os motivos determinantes das decisões são normas jurídicas abstratas porque o ordenamento jurídico atribui a elas tal magnitude e, também, porque foi criada segundo uma forma prevista na ordem legal.

Luiz Guilherme Marinoni ensina que:

Com a expressão eficácia transcendente da motivação se pretende passar o significado de eficácia que, advinda da fundamentação, recai sobre situação que, embora especificamente distintas, tem grande semelhança com a já decidida e, por isto, reclamam as mesmas razões que foram apresentadas

44 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. Salvador: Podivm, 2007, pág. 478.

pelo tribunal ao decidir. Assim, se a norma constitucional “X” foi considerada inconstitucional em virtude das razões “Y”, a norma constituinte, porém substancialmente idêntica a “X”, exige a aplicação das razões “Y”.

A expressão ‘motivos determinantes da decisão’, em princípio tomada como sinônima da enunciada por ‘eficácia transcendente da motivação’, contém detalhe que permite a aproximação do seu significado ao de *ratio decidendi*. Isto porque há, nesta expressão, uma qualificação da motivação ou da fundamentação, a apontar para aspecto que estabelece claro link entre os motivos e a decisão. Os motivos têm de ser determinantes para a decisão. Assim, não é todo e qualquer motivo que tem eficácia vinculante ou transcendente; apenas os motivos que são determinantes para a decisão adquirirão esta eficácia. E os motivos que determinaram a decisão nada mais são do que as razões de decidir, isto é, a *ratio decidendi*.⁴⁵

Dessa feita, coisa julgada material, coisa julgada material *erga omnes* e efeitos vinculante dos motivos determinantes da decisão são institutos jurídicos que se assemelham, mas que possuem suas próprias particularidades. Os dois primeiros institutos, com efeitos *ultra partes* ou não, com efeitos *erga omnes* ou não, não irradiam seus efeitos para julgamentos futuros; ao passo que os motivos determinantes das razões da decisão vão projetar seus efeitos para casos futuros que exigem as mesmas razões jurídicas ou as mesmas normas ou razões de decidir.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Força dos Precedentes**. Coordenação: MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: Podivm, 2010, pág. 253.

CONCLUSÃO

Na presente monografia, debruçamo-nos sobre os precedentes do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade para estudar a relação entre a vinculação de juízes e tribunais a estes precedentes e a materialização e/ou efetivação do princípio da razoável duração do processo.

Hodiernamente sobressaem duas tradições jurídicas. Uma, a do *civil law*, que se filiou à tradição romano-germânica; a outra, a do *common law*, à tradição do sistema jurídico anglo-saxão, no qual predomina o direito de base jurisprudencial. Fazendo-se um esboço histórico, percebe-se que somente no século de XIX, o direito inglês foi finalmente unificado, com a criação do Suprema Corte de Justiça. Nesse momento, os precedentes jurisdicionais dos tribunais inferiores passam a vincular os juizes subordinados.

Assim, o *common law* em seu estágio mais avançado de desenvolvimento chegou à doutrina do *stare decisis*. Enquanto que o sistema do *civil law* chegou a codificação e vinculação do juiz à vontade da lei. Dessarte, os dois sistemas desejam alcançar os mesmos objetivos, quais sejam, a segurança jurídica e estabilidade do direito.

Para a aplicação de um precedente com força de lei implica, à semelhança da interpretação da lei, a necessidade de o juiz no caso atual “descobrir” a tese jurídica de que se serviu o magistrado para solucionar a lide precedente. Por esse motivo, obrigamo-nos a estudar a doutrina do *stare decisis* nos moldes prenunciados pelo pelos juízes ingleses e norte-americanos.

Aplicar um precedente nada mais é do que comparar casos e, partir da tese jurídica adotada no caso modelo, solucionar a questão jurídica pendente. Assim, a segurança jurídica, a estabilidade das regras de direito e a justiça das decisões são corolários de um sistema que adota a doutrina do *stare decisis*, cabendo registro, forte na doutrina consultada, de que não existe incompatibilidade com nosso direito. Ao contrário, o ordenamento jurídico brasileiro do modo como está estruturado, com o auxílio da doutrina do *stare decisis*, evitará a instabilidade do direito e permitirá maior racionalidade do sistema.

Especificamente no que diz respeito ao instituto do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro, aplicar a doutrina do *stare decisis* equivale a assegurar a autoridade dos julgados do STF, o que proporciona segurança jurídica e, ao mesmo tempo, consagra a efetividade da prestação jurisdicional.

O direito brasileiro já conhece a doutrina dos precedentes obrigatórios no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mormente no controle concentrado de constitucionalidade e nas decisões que declaram a existência ou a inexistência de repercussão geral das matérias veiculadas em recurso extraordinário.

Com a referência às normas jurídicas brasileiras, verifica-se a aplicação de precedentes, ainda que em certas situações tenham força meramente persuasivas (*obiter dictum*). Ao lado desses institutos, a coisa julgada material, a coisa julgada *erga omnes* e o efeito vinculante dos motivos determinantes das decisões do Supremo Tribunal Federal conferem a estabilidade desejada das decisões.

Em síntese conclusiva, valendo-nos da doutrina do *stare de decisis* do direito inglês e da doutrina dos efeitos transcendentais dos motivos determinantes da decisão, do direito alemão, os precedentes do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade reclamam a doutrina do *stare decisis* como forma de proporcionar segurança jurídica, estabilidade do direito, confiança nas instituições jurídicas e, sobretudo, na efetividade do princípio da razoável duração do processo.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2. Ed. Revista. Livraria do Advogado, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**. 2. ed. São Paulo: RT, 1953.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal**. Salvador: Juspodivm, 2010.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007.
- DIDIER JR, Fredie. Coordenador. **Ações Constitucionais**. 3. ed. Salvador: Podivm, 2010.
- DWORKIN, Ronaldo. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronaldo. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DUCOS, Michele. **Roma e o Direito**. São Paulo: Madras, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. **Questões de Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2008.
- HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização sobre razão e religião**. Idéias & Letras 2007.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- KLABIN, Aracy Augusta Leme. **História Geral do Direito**. São Paulo: RT, 2004.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11. Ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo. Método, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A Força dos Precedentes**. Salvador: Podivm, 2010.
- NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. Ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- ROQUE, Sebastião José. **História do Direito**. São Paulo: Ícone, 2007.
- SILVA. José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- RUSSEL, BERTRAND. **História da Filosofia Ocidental**. São Paulo: Editora Nacional, 1957.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Coord. Fundamentos da História do Direito**. Belo Horizonte: Delrey, 2008.