

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FRANCISCO LUÍS MORSCH

O PRECEDENTE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**Porto Alegre
2017**

FRANCISCO LUÍS MORSCH

O PRECEDENTE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolin

Porto Alegre
2017

FRANCISCO LUÍS MORSCH

PRECEDENTE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica.

BANCA EXAMINADORA

DOUTOR DAISSON FLACH

DOUTOR KLAUS KOHEN KOPLIN

DOUTOR HERMES ZANETTI JUNIOR

RESUMO

Esta dissertação propõe-se a analisar o precedente judicial a partir do *common law*, para com isso verificar as diferenças entre as tradições, os fundamentos para sua adoção e a forma para sua utilização. Ao fim, examinar o sistema brasileiro.

Palavras-chave: precedente – common e civil law - argumentação jurídica – subsunção – ponderação – comparação – novo código de processo civil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. O PRECEDENTE NO COMMON LAW	10
2. FUNDAMENTOS PARA A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE.....	46
3. O USO DO PRECEDENTE	71
4. O SISTEMA BRASILEIRO.....	104
CONCLUSÃO	119
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	121

INTRODUÇÃO

No direito utilizamos a palavra *precedente* quando nos referimos a uma decisão judicial anterior, a um julgamento de um caso concreto que é adotado como diretriz para uma decisão posterior. Uma decisão judicial é composta por um relatório, pela análise das questões de fato e de direito, e pela solução dada¹. Contudo, é o fundamento jurídico que sustenta a decisão proferida que extraímos o conceito de precedente em sentido estrito. Constitui precedente o fundamento jurídico que pode exercer influência sobre julgamentos posteriores de casos análogos².

O sistema jurídico do Brasil tem sua origem em uma tradição de *civil law*. Uma de suas características está atrelada a um estilo de julgamento centrado na análise de normas estabelecidas pelo legislador. Entretanto, cada vez mais implementamos características que antes eram presentes apenas na tradição do *common law*³. No ano de 2016 passou a vigor no Brasil um novo Código de Processo Civil, trazendo normas que reforçaram a intensidade da vinculação ao julgamento precedente, estabelecendo procedimentos e requisitos para que o elemento normativo associado ao precedente alcance uma vinculação específica.

A tradição do *common law* pode auxiliar na compreensão e desenvolvimento de nosso sistema. Inclusive muitas expressões inglesas têm sido frequentes no nosso cotidiano jurídico – expressões como *distinguishing*, *overruling*, *case law*, *holding*, *easy case*, *hard case* são frequentemente mencionadas no discurso jurídico. A estas somam-se expressões ou conceitos específicos, como *ratio decidendi*, *obiter dicta* e *stare decisis* (*stare decisis et non quieta movere*). Estes

¹ Código de Processo Civil, art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

² Didier Jr., Fred. Curso de Direito Processual Civil. 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 455.

³ Zaneti defende a adoção da denominação “tradição” ao invés da denominação “sistema”. Tradição expressa um conjunto de regras de direito, um conjunto de atitudes fundamentais arraigadas e historicamente condicionadas. Uma mesma tradição pode estar presente em diversos sistemas jurídicos, substancialmente diferentes. (Zaneti Jr., Hermes. O Valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 31.

conceitos há muito vêm sendo desenvolvidos pelos juristas do *common law*. Justifica-se, assim, uma análise comparativa dos precedentes no *common law* e no *civil law*. Independentemente da tradição jurídica, cada vez mais juízes dos mais diversos sistemas reconhecem autoridade crescente a precedentes para fundamentar suas decisões. Os sistemas contemporâneos são complexos e multifacetados. O que os diferencia é a intensidade da vinculação dos juízes às decisões pretéritas⁴.

Vários autores vêm exercendo influência significativa sobre a teoria dos precedentes. Alexy, MacCormick, Dworkin, Marmor, Waldron, Ralf Dreier, Aulis Aarnio, Michel Troper, Svein Eng, Lech Morawski, Alfonso Ruiz Miguel, Francisco J. Laporta, Zenon Bankowski, Robert Summers compõe parte dos doutrinadores que vêm se dedicando ao estudo dos precedentes⁵. Parte destes integrou o Círculo de Bielefeld. Uma das obras resultante da reunião dos doutrinadores foi *Interpreting Precedents*. A obra foi significativa⁶ também por comparar treze sistemas jurídicos, observando quais os fundamentos para a aplicação do precedente, o que vincula em um precedente, quando há a vinculação e quais os fatores institucionais influenciam os precedentes⁷. Estas são as questões que serão analisadas neste estudo.

O núcleo moral do direito é composto de um pequeno grupo de normas estritas e não excepcionáveis. Todo o restante do direito consiste em atribuir especificidade às mais diversas questões sobre cuidado e correção, criando padrões particulares e instituições. Estes padrões e estas instituições não são frutos necessários da razão. São apenas as formas adotadas pelo direito após a escolha entre inúmeras opções igualmente razoáveis. Ou seja, a razão prática, sozinha, não é suficiente para precisar como devemos agir em todas as situações. É necessário que busquemos modos mais determinados de argumentação interpessoal sobre

⁴ MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. *Introduction* em *Interpreting Precedents: a Comparative study*. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 2.

⁵ BUSTAMANTE, Thomas, PULIDO, Carlos Bernal. *Introdução a On the Philosophy of Precedent*. p. 7. Mitidiero, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016, 1ª ed. em e-book baseada na primeira edição impressa, capítulo 1, item 5, terceiro parágrafo.

⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016, 1ª ed. em e-book baseada na primeira edição impressa, capítulo 1, item 5, décimo segundo parágrafo.

⁷ MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. *Introduction* em *Interpreting Precedents: a Comparative study*. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. v

questões práticas, como o recurso ao direito e às preocupações específicas da argumentação jurídica⁸.

A decisão judicial se inclui aí. Ela precisa qual a ação correta em uma situação específica⁹. Quando as questões relevantes de um caso forem análogas às de um caso já corretamente decidido, a decisão deve ser a mesma. Devemos tratar igualmente casos iguais, e diferentemente casos distintos. A universalizabilidade impõe que não haja uma variação injustificada do padrão decisório, e o conceito de universalizabilidade é essencial à justificação. A consistência e a coerência são virtudes sistêmicas do direito¹⁰.

Não há dúvida de que em muitas situações há mais de uma decisão possível. Contudo isso não significa que o juiz tem liberdade ilimitada. O juiz sempre será limitado pela justiça formal, pela universalizabilidade, mas também pelas exigências de legalidade e pelo Estado de Direito. A decisão deve ser baseada na maior universalidade possível dentro da ordem jurídica estabelecida. Mesmo que os precedentes não sejam absolutamente vinculantes, é necessário que haja alguma resistência a qualquer desvio do que já foi decidido. Ao menos é necessário demonstrar que a decisão contrária será mais justa que a similar à do precedente¹¹.

Ainda, reconhecer a autoridade de precedentes evita recorrentes esforços argumentativos em relação a questões já decididas, bem como permite o aprimoramento do direito a partir das conclusões extraídas dos casos já examinados. Quando um caso é decidido, o problema deve ser tratado como decidido de uma vez

⁸ “The moral backbone of the law is a small number of strict and exceptionless rules against intentional harm, and lying. Much of the rest of the frame and flesh of the law involves giving specificity to broad affirmative responsibilities of care and fairness. This specificity results in particular systems of transactional, procedural, and property law. The reasonableness of this particular standards and institutions is not of the form ‘inevitably required by reason (morality)’ but rather the form ‘adopted by our law’ by choice from among the range of reasonable options’. But once these options have been chosen, the rational requirements of coherence strongly limit the range of reasonable options for further specification and development.” (Finnis, John. *Natural Law: the classical tradition*, em *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press, 2004, p. 35.

⁹ A justificação moral para a prática especializada de justificação jurídica decorre da necessidade humana de certeza nas questões interpessoais (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 200).

¹⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 199

¹¹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 193

por todas, salvo se houver um elemento especial impondo a reconsideração¹². Ao afirmarmos que uma decisão judicial serve como fundamento para uma nova decisão, reconhecemos que decisões de juízes são normativas. Entretanto, isso somente é possível quando houver uma teoria adequada para a justificação do precedente, uma teoria que estabeleça qual é a importância do precedente para um julgamento. Muitos sistemas jurídicos possuem doutrinas mistas do precedente, fazendo-o por vezes vinculante, e por vezes apenas um dos fatores a serem considerados em determinadas situações¹³.

Assim, após o exame do *common law*, examinaremos o precedente e seu uso, para ao final analisar o sistema brasileiro. Com isso pretende-se compreender os fundamentos para a observação do precedente, identificando quando é correto a ele se vincular ou dele desviar, no cotidiano da aplicação do direito.

¹² MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

¹³ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 193

O PRECEDENTE NO COMMON LAW

Mesmo havendo diferenças relevantes entre o direito na Inglaterra e o direito nos Estados Unidos, os dois integram o *common law*. O *common law* constitui uma das duas grandes tradições do mundo ocidental, ao lado do *civil law*. Tanto um quanto outro compartilham uma cultura e um padrão ético inerente à civilização ocidental. A diferença mais marcante é do estilo da argumentação. Enquanto no *civil law* a argumentação principia analisando a autoridade das leis e sua relação com o caso, no *common law* a aplicação do direito inicia com o exame da autoridade das decisões judiciais proferidas anteriormente. Uma segunda diferença relaciona-se à influência do direito romano. O *civil law* foi profundamente influenciado pelo direito romano, o que não aconteceu no *common law*. Uma terceira diferença relaciona-se com o estilo da análise legal e raciocínio adotados. Embora hoje a diferença entre as duas tradições tenha sido reduzida, o *civil law* ainda institui normas mais genéricas e sistemáticas que o *common law*. O *civil law* confere grande valor à coerência, à estrutura e à sistematização, e ao alto nível de generalização. Estas diferenças são cada vez menos perceptíveis. Uma vez que o ocidente é relativamente unificado cultural, histórica, econômica, filosófica e religiosamente, o que realmente diferencia os dois sistemas são os fatores históricos, pois hoje o respeito ao precedente no *civil law* é tão comum quanto a promulgação de leis no *common law*¹⁴.

A queda do Império Romano no século XV e a ascensão do islã no curso do século XVII trouxeram profundas mudanças econômicas, legais e sociais. A civilização comercial que Roma criara regrediu a um modo de vida essencialmente rural, com a terra como meio de subsistência. O direito, como a ordem política, ficou fragmentado¹⁵.

A distinção entre as tradições do *civil law* e do *common law* teve início em grande medida em razão de dois eventos que ocorreram entre 1000 e 1200. A primeira foi a conquista da Inglaterra pelos Normandos em 1066. A segunda, a

¹⁴ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. **Law in The United States**. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 27.

¹⁵ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. **Law in The United States**. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 27.

descoberta no final do século XI do *Corpus* de Justiniano e seu estudo, primeiro em Bologna, e depois nas Universidades da Europa continental. A maior compilação e sistematização do direito romano foi o *Corpus Iuris Civilis*, compilado entre os anos de 528 e 534 em Constantinopla. O *Corpus* não teve importância na Europa ocidental até o início do segundo milênio¹⁶.

Na Inglaterra a conquista normanda possibilitou uma administração da justiça centralizada e efetiva. A Corte do Rei estava apta para declarar um direito comum a todo o reino – *on law common to the whole realm*. Entre a ascensão de Henrique I e a morte de Henrique III (1100-1272) um direito comum foi declarado para a Inglaterra. Em menos de dois séculos, a ordem legal inglesa alcançou uma maturidade que se manteve até os tempos modernos. As universidades inglesas assumiram um papel relevante como assumiram as universidades na Europa continental. O estudo do direito que se iniciou em Bolonha no fim do século XI rapidamente cruzou o canal e chegou às Universidades de Cambridge e de Oxford, mas não afetou profundamente o surgimento de um direito dos comuns. No final do século XIII, o direito inglês era o direito dos aplicadores – juízes e advogados – e eram eles que conduziam a ordem e a educação jurídicas. O direito declarado pela corte do Rei através do tempo satisfazia às necessidades e às aspirações da sociedade. A maioria das regras relevantes era produto das cortes. Isso fez que os aplicadores alcançassem um monopólio do conhecimento e das habilidades necessárias para a prática do direito. A educação jurídica passou a ser ministrada por eles e concentrada no trabalho das cortes, nos problemas, nos fatos, em suas nuances e nas suas soluções, a partir da identificação das normas oriundas das decisões sobre casos precedentes. As implicações sistemáticas ou teóricas de qualquer resultado particular não despertavam maior interesse. A prática jurídica buscava apenas previsibilidade e um tipo específico de coerência¹⁷.

Enquanto os ingleses atingiram um direito comum a todo o reino já no final do século XIII, possibilitando um crescimento lento e orgânico, no continente europeu a unidade do direito só foi conquistada no século XIX. O direito continental

¹⁶ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. **Law in The United States**. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 27.

¹⁷ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. **Law in The United States**. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 28.

era compreendido como um direito criado, não como um direito natural que pudesse ser identificado e declarado pelas cortes. Os acadêmicos desenvolveram, a partir do século XII, uma ciência jurídica fruto dos esforços de fazer o *Corpus Juris Civilis* compreensível e útil para a economia e para a sociedade. Do século XII em diante, O *Corpus* foi estudado por gerações de juristas. O material era extenso e complexo, mas também obscuro, e fora desenvolvido para uma sociedade que não mais existia, diversa em muitos aspectos relevantes da sociedade em que os acadêmicos estavam familiarizados. A partir daí os juristas centraram seus estudos na busca por princípios gerais que embasassem respostas para casos específicos, dando menos importância para a aplicação do direito, o que fez com que os aplicadores do direito alcançassem pouco prestígio e influência. Eram as universidades e os teóricos que dominavam a educação jurídica¹⁸.

Os sistemas judiciais que surgiram na Europa continental são complexos. Entretanto, há algumas características comuns a respeito da relação entre juízes e a universidade. Desde 1300 os juízes têm sido indicados entre homens treinados nas universidades. Em alguns países, juízes têm responsabilidade por decisões equivocadas, e para se resguardarem, adotam a posição sustentada por acadêmicos como sendo a posição correta, o que lhes confere cada vez maior autoridade. Quando passa a ocorrer a unificação jurídica na Europa continental, a situação diferia enormemente daquela existente na Inglaterra quando ela alcançara sua unidade jurídica. Sucessivas gerações de estudiosos criaram uma ciência do direito centrada em uma uniformidade nacional. Estudos sobre filosofia e sociologia do século XVII fizeram com que os acadêmicos deixassem de admitir que o direito fosse apenas declarado pelas cortes. Entretanto, os juristas não admitiam que o direito pudesse ser criado pelos juízes. A tarefa de criação do direito competia ao executivo ou ao legislativo¹⁹.

Os códigos do sistema de direito romano têm sua legitimidade na legislação promulgada, e podem ser tidos como a vontade do povo - embora parte dos que os elaboraram sustentasse que os códigos continham relação com uma

¹⁸ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. **Law in The United States**. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 30.

¹⁹ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. **Law in The United States**. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 31

ordem inerente à natureza. Já os juristas do *common law* afirmavam que as decisões proferidas pelos juízes apenas refletiam o direito como um direito natural, ou uma ordem ínsita à sociedade²⁰. Assim quando a França, a Alemanha e outras nações tornaram-se estados politicamente consolidados, a codificação tornou-se inevitável. A ciência jurídica desenvolvida nas universidades já havia incutido na sociedade a concepção de que a positivação de regras e de princípios genéricos e sistematizados seria o ideal. Desta forma, tanto o *common law* na Inglaterra quanto o direito alemão e francês conformaram-se às características do período em que alcançaram a unidade jurídica²¹.

O princípio de que casos semelhantes devem ser tratados da mesma forma antecede o surgimento da doutrina de stare decisis. Desde a filosofia grega clássica, na Ética a Nicômaco, no livro 5 (1131a), Aristóteles sustentava que os casos semelhantes deveriam ser tratados de forma semelhante, e tal princípio era aceito pelos juristas ingleses muito antes de passarem a reconhecer decisões individuais como cogentes²².

Muitos defendem que *stare decisis* não existia antes do século XVIII²³. Entretanto, o fato relevante para o surgimento da doutrina de *stare decisis* foi o início da fundamentação das decisões judiciais, durante o século XVI. A este processo somou-se ao início dos repositórios profissionais sobre o direito. A consolidação do *stare decisis* na Inglaterra ocorreu apenas com o surgimento de um sistema hierarquizado de cortes de apelação, em 1870. Cogita-se que a doutrina de *stare decisis* possa ter surgido entre o medievo e a era moderna, pois os juízes do *common law* nem sempre recorriam a decisões anteriores como fonte de autoridade. Mesmo que por vezes considerassem decisões anteriores, os juízes não se sentiam obrigados a considerá-las. Os precedentes eram suscitados no século XIII, mas não tinham o papel que vieram a adquirir. As razões que informavam o julgamento e o guiavam (se

²⁰ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. **Law in The United States**. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 36

²¹ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. **Law in The United States**. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 32

²² DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.p. 24.

²³ Frederik Pollock e Frederic Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1968. V. I, p., 184, apud DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 32).

é que existia alguma) não faziam parte dos registros. Ninguém sustentava que precedentes pudessem vincular. Nas cortes medievais, precedentes eram tratados, por vezes, como evidências do que o direito comumente deveria ser, uma evidência de aprendizado comum²⁴.

Somente na Dinastia Tudor o *status* dos precedentes começou a mudar. Na segunda metade do século XVI as cortes passam a tratar decisões anteriores, quando arrazoadas, como fundamento para o julgamento. Os advogados do século XVI defendiam suas posições com base em súmulas, e começam a surgir compilações de casos decididos pelas cortes mais importantes, o que contribuiu para que o precedente viesse a ser considerado como fonte de direito. Já no século XVII as cortes atentavam para as decisões prévias, mas não se consideravam vinculadas. No ano de 1628 Sir Edward Coke publicou *The First Part of the Laws of England*, afirmando que 'nosso repositório de casos judiciais é a melhor prova do que o direito é' e 'é o principal a ser citado nos casos em julgamento, e não opiniões particulares'²⁵. Na década de 1670, juiz Vaughan C. J. enfatizou sua obrigação de obedecer às leis, mas negou obediência aos precedentes, citando máxima romana de que o julgamento deveria ser conforme ao direito declarado, não aos precedentes: *judicandum est legibus non exemplis*. Vaughan repetia Hobbes, para quem um juiz não poderia sentir-se obrigado a proferir um julgamento igual a um julgamento anterior que ele considerava equivocado. Não se deveria dar o mesmo resultado errado apenas porque outro errou antes²⁶. Precedentes eram considerados, mas a doutrina de *stare decisis* ainda não havia sido elaborada²⁷.

Antes de uma doutrina de precedentes, o *common law* existia apenas como direito costumeiro. Durante algum período no *common law* juízes consideravam apenas reproduzir o direito imanente à sociedade, reconhecendo um direito consuetudinário. Costumes são práticas reiteradas relevantes para uma determinada

²⁴ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 25/32.

²⁵ Sir Edward Coke, *The First Part of the Institutes of the Laws of England. Or, a commentary upon Littleton*, 10^a ed., London: Harper & Walthoe, 1703, 254, apud DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 32).

²⁶ *Bishop of Oxford v. Eades* (1667); *Bole v. Horton* (1673) apud DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 34

²⁷ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 33.

comunidade. *Common law* seria o costume comum a todo o reino, um costume geral (em oposição a um costume de um condado ou feudo), um costume imemorial, existente há eras, o que seria prova suficiente de sua sabedoria. Seria a razão comum testada pelo tempo²⁸.

Costumes, contudo, não são precedentes²⁹. Pelos mais diversos fatores, as decisões das cortes podiam ser contrárias mesmo a determinados costumes. Portanto, antes de uma doutrina de *stare decisis*, o common law já existia como direito consuetudinário³⁰.

Claramente a existência do *common law* na Inglaterra não está vinculada a *stare decisis*. Durante todo o período próximo a 1600 *stare decisis* não regia os juízes: “qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina do precedente, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, acaba por ser insatisfatória, pois a elaboração de regras e princípios que governam o uso de precedentes e seu *status* como autoridade é relativamente moderno, e a ideia de que eles possam ser vinculantes é mais recente ainda. O *common law* já existia séculos antes de qualquer um ficar animado sobre tais questões”³¹. A moderna doutrina do *stare decisis* começou a ser elaborada somente após o século XVIII, e somente após algumas décadas do século XIX podemos considerar que ela tenha tido definidos seus traços fundamentais³².

Nos Estados Unidos a consolidação do *common law* também antecede o surgimento de uma doutrina de *stare decisis*. A colonização da América do Norte teve início no século XVI com a chegada de imigrantes holandeses, ingleses, franceses e espanhóis. Posteriormente vieram alemães, irlandeses, escoceses e suíços. Cada grupo trouxe sua cultura e instituições, criando uma sociedade plural

²⁸ Postema, Gerald J. *Philosophy of the Common Law*, em *Jurisprudence and Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press. 2004, p. 591.

²⁹ Hoje costumes têm um papel significativo na vida comercial, interpretando contratos. Entretanto, o costume tem uma importância relativamente pequena (MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. *Law in The United States*. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 6)

³⁰ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. *Law in The United States*. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 8.

³¹ A. W. Simpson, em *The Common Law and the Legal Theory*, em *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2ª ed., 1973, apud DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 35.

³² DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 35.

composta de diversas culturas e religiões – o que incluía anglicanos, batistas, huguenotes, presbiterianos, puritanos, quakers e católicos romanos. Contudo, com o desenvolvimento econômico e político, a tradição inglesa alcançou um domínio quase completo, o que incluiu seu modelo jurídico, o *common law*³³.

No dia 4 de julho de 1776 o congresso americano aprovou a Declaração de Independência do Reino Unido (no original, *The unanimous Declaration of the thirteen united States of America*). A partir dali os treze estados passaram a deter a autoridade para criar e adaptar o direito. A luta para independência fez com que os estados buscassem romper com a tradição inglesa: enquanto o Reino Unido tem uma constituição *de facto*, os estados passaram a adotar constituições escritas, como a Constituição de Massachusetts, de 1780. A maioria das constituições dos treze estados recepcionou formalmente o *common law* inglês³⁴.

Enquanto no início do século XVII as condições de vida nas colônias não requeriam um sistema legal desenvolvido e juristas profissionais, com a revolução em 1775 cada colônia treinou profissionais capazes de trabalhar com um sistema legal sofisticado e técnico. Nas cidades, os juristas alcançaram prestígio e sucesso econômico. Dos 56 assinantes da Declaração de Independência, 25 eram advogados. As características mais gerais e essenciais do sistema jurídico inglês persistiram. O estilo do pensamento jurídico e do vocabulário técnico jurídico foram mantidos. O júri continuou a exercer um papel central na administração da justiça criminal e civil. Entretanto, a diversidade da cultura americana fez com que os juristas não adotassem integralmente o *common law* inglês. Somente aquilo que estivesse de acordo com os novos ideais da nação foi mantido. A regra inglesa da primogenitura, por exemplo, não foi considerada apropriada para uma sociedade que acreditava em maior igualdade. A tradição de que juízes somente poderiam ser escolhidos entre *barristers*³⁵, o monopólio dos aplicadores do direito sobre a educação jurídica, nada se manteve. A monarquia e suas instituições correlatas eram desacreditadas aos olhos revolucionários. O federalismo, o sistema presidencial, o papel das cortes no

³³ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. *Law in The United States*. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 33.

³⁴ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. *Law in The United States*. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 4.

³⁵ No Reino Unido há duas classes de advogados. Os *solicitors* são os advogados que somente podem atuar em tribunais inferiores, enquanto os *barristers* não possuem esta limitação.

juízo das questões constitucionais, todos decorreram de problemas que as colônias enfrentaram na formação da nação a partir de 13 estados separados. O federalismo americano necessitava de arranjos muito distintos daqueles existentes na Bretanha, o que teve grande influência em todo o direito público³⁶. Isso fez com que os norte-americanos desenvolvessem um modelo jurídico com uma vinculação das cortes ao precedente menos intensa que a inglesa. Os limites da autoridade do juiz para declarar e criar o direito é uma questão central no *common law*, mais importante que a legislação ou a ação do executivo³⁷.

A decisão de um juiz tem ao menos dois efeitos. O primeiro efeito é colocar fim ao litígio entre as partes. Um segundo efeito criar uma norma que controlará a decisão nos casos posteriores quando a mesma questão vier a ser debatida. Este é o princípio do precedente, ou *stare decisis*. Nem todos os modelos de *common law* têm a mesma posição sobre a intensidade da vinculação das cortes às decisões prévias. Nem sempre os modelos têm um padrão inalterado. A intensidade da vinculação ao precedente varia também ao longo do tempo. Há padrões gerais cíclicos. Qualquer corte pode alterar sua posição em relação a *stare decisis*. Talvez as cortes superiores americanas tenham sentido e ainda sintam um considerável senso de liberdade em relação aos precedentes quando comparadas, por exemplo, às inglesas³⁸.

As leis existiam em tese. No direito americano, do seu início até o final do século XVII, salvo questões constitucionais, o direito era criado pelas decisões dos tribunais. Desenvolvimentos econômicos, políticos e sociais no final do século XIX e no início do século XX resultaram no aumento da importância de legislaturas e agências administrativas, principalmente em relação à legislação federal. Outros fatores contribuíram para a ampliação da unidade do direito americano, com a diminuição das divergências entre o direito de cada estado. A cultura americana é largamente unitária, com uma linguagem comum e com uma identidade comum e com

³⁶ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. *Law in The United States*. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 33.

³⁷ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. *Law in The United States*. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 36.

³⁸ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. *Law in The United States*. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 9.

valores comuns. O governo nacional envolve-se em áreas chave, como comércio internacional, em que divergências entre estados causaria problemas reais.

Na virada do século, escolas nacionais de direito – começando por Harvard – começaram a dominar a educação jurídica americana. Escolas de direito que preparam para a prática apenas em uma jurisdição particular não atraíam mais os melhores estudantes. A escola nacional de direito permitia que, com algum treinamento adicional para adequação às peculiaridades jurídicas locais, os formados atuassem em qualquer estado da nação. As escolas de direito nacionais, com uma conseqüente cultura jurídica nacional contribuía para uma harmonização das abordagens, o que promoveu convergência. Ao fim, o Instituto de Direito Americano (*American Law Institute* - ALI) disponibilizava análises em áreas centrais do *common law*, trazendo uma estruturação dos melhores princípios do *common law*, alcançando harmonia, senão uniformidade³⁹.

A forma como os julgamentos e decisões são estruturados e os votos são escritos influencia sua força e conteúdo⁴⁰. Nos Estados Unidos, em seus julgamentos, o tribunal pode apenas citar um precedente aplicável, sem precisar discutir razões específicas para justificar sua decisão. Apenas decisões que modificam, distinguem ou superam precedentes são fundamentadas. O estilo predominante é discursivo mais que dedutivo ou subsuntivo. A corte oferece razões substantivas de programa e princípios, cita precedentes vinculantes, como se houvesse apenas uma resposta correta. A corte dá razões substantivas de programas e princípios e cita precedentes vinculantes⁴¹. No *common law* os votos proferidos pelos integrantes da corte trazem uma exposição mais ampla, completa e explícita das razões. O juiz que profere o voto é identificado pelo nome, e os outros juízes são livres para acolher ou dissentir, fundamentadamente, e subscrevem seus votos⁴².

³⁹ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. *Law in The United States*. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 13.

⁴⁰ TARUFFO, Michele. *Institutional Factors influencing Precedents*, em *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 450.

⁴¹ SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997. p. p. 7.

⁴² MEHREN, Arthur von. Murray, Peter L. *Law in The United States*. New York: Cambridge University Press, 2. ed. 2007, p. 7.

Um julgamento pode transformar-se em precedente apenas se é conhecido não apenas pelas partes em litígio, mas também pelas outras cortes. A forma em que os precedentes são reportados, a forma de sua publicação determina a natureza e o uso de precedentes. Nos Estados Unidos todo o julgamento é publicado – os fatos do caso, os votos concorrentes e divergentes, as fundamentações, as decisões⁴³. As cortes publicam suas decisões em volumes e as disponibilizam para pesquisas pelos advogados e pelo público em geral, conforme a tradição inglesa. Buscando que a grande quantidade de decisões judiciais seja organizada de tal forma que as decisões relevantes sejam identificadas com diligências e certeza, foram criados os repositórios. O *American Digest System* foi criado no final do século XIX, e relata casos de 1658 em diante. A partir de um número chave, questões que tratam sobre determinado assunto são reunidas. O acesso às decisões também é possível a partir de palavras e frases que tipicamente são utilizadas em decisões que abordam determinado tipo de problema⁴⁴. A recorrência com que precedentes são citados influencia sua vinculatividade. O estilo americano é orientado para uma referência regular e efetiva à análise dos precedentes. Há ampla discussão sobre as decisões anteriores, analisando casos e discutindo os fundamentos para sua aplicação⁴⁵.

Como os Estados Unidos são um sistema federal, sua hierarquia legislativa é complexa. O artigo VI da Constituição⁴⁶ prevê estarem todos os juízes vinculados à Constituição Americana e às que forem promulgadas em conformidade com ela. A Constituição, as leis federais e os tratados constituem o direito supremo da nação. Qualquer constituição ou lei estadual contrária é inválida. A décima emenda (1971) prevê que os poderes não delegados aos Estados Unidos⁴⁷ pela Constituição, nem proibidos aos Estados, são reservados aos Estados, ou ao povo. Inicialmente o

⁴³ TARUFFO, Michele. Institutional Factors influencing Precedents, em *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 452.

⁴⁴ MEHREN, Arthur von. Murray, Peter L. *Law in The United States*. New York: Cambridge University Press, 2. ed. 2007, p. 7.

⁴⁵ TARUFFO, Michele. Institutional Factors influencing Precedents, em *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 455.

⁴⁶ *This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.*

⁴⁷ *The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.*

common law desenvolvia-se muito mais através das cortes do que através da legislação. Na decisão do caso Heydon, em 1548⁴⁸, Lord Coke afirmou que o corpo do direito que descansa sobre as decisões judiciais é um sistema completo e coerente, e uma lei deveria ser elaborada apenas para corrigir um equívoco particular. No século XIX as leis eram promulgadas em situações específicas, e deveriam ser elaboradas de forma restrita. Esta visão passou a ser revista a partir do século XX. O *Restatement (Second) of the Law* sobre contratos⁴⁹, de 1979, é um exemplo de que o direito é em muito baseado em argumentos de analogia a partir do Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code*)⁵⁰.

No *civil law*, a forma mais importante adotada pela legislação é o código. Em concepção e estilo, os códigos são emanações da ciência legal que foi desenvolvida pelos séculos nas universidades da Europa continental. Os códigos exibem qualidades como compreensividade, alto grau de generalidade e coerência interna. Códigos oferecem – a partir de uma visão formal – soluções para todas as questões que podem surgir em relação ao setor da economia ou da vida social para os quais eles foram dirigidos. A codificação ideal atraiu juristas americanos. Um movimento iniciou em meados do século XIX, através de David Dudley Field (1805-1894), um destacado advogado nova-iorquino. Por sua iniciativa, duas comissões foram feitas em 1847 em Nova Iorque: uma para reformar os procedimentos criminal e civil, e outra para codificar o direito material. O Código de Processo Civil teve vigência em 1849. O Código de Processo Penal foi adotado em 1882. A comissão formada para elaborar um código de direito material divergiu sobre sua viabilidade e sua adequação, e foi extinta. No ano de 1879 um código civil foi aprovado pelo legislativo, mas, pressionado pela associação de advogados, o governador o vetou. Em 1883, em uma reunião, a comissão, baseada na posição de Savigny, rejeitou a codificação de Field. O código de processo civil de Field teve grande influência, vindo a ser adotado em aproximadamente trinta estados. Dezesesseis estados adotaram o

⁴⁸ [1584] EWHC Exch J36 76 ER 637, Pasch 26 Eliz, plea began 20 Eliz Rot 140.

⁴⁹ O Restatement é um tratado jurídico que busca informar juízes e outros juristas sobre os princípios gerais sobre contratos no *common law*.

⁵⁰ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. Law in The United States. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 14.

código penal e o código de processo penal. Cinco estados, incluindo a Califórnia, adotaram o rejeitado código civil de Field⁵¹.

Entretanto, a análise feita pelos juristas californianos da época sobre o código civil de Field indica que o código não alcançou seu objetivo. Consideravam que as disposições do código deveriam ser compreendidas como a declaração do *common law* e de regras de equidade, salvo quando ficar claro que as regras ali contidas evidenciassem a existência de uma busca por afastar-se desta posição. Sua premissa era que, como a lei não previa resposta para muitas questões, não deveria ser adotada como fonte primeira do direito privado. Por trás disso estava a ideia de que o código não seria um todo orgânico e coerente, não oferecendo um ponto de partida para a argumentação jurídica, e deveria ser desconsiderado, salvo questões específicas. Embora muitos juristas sustentem que o Código é o ponto de partida para a fundamentação judicial, a posição dos juristas californianos prevaleceu⁵². Atualmente, muito da legislação americana e dos estados federados está organizada em códigos. Muitos estados americanos adotaram códigos civis. Contudo os códigos nunca alcançaram o *status* ou a função das codificações do *civil law*. Para a maioria, um código não é uma estrutura orgânica e sistemática com um grau relativamente alto de generalidade, como no *civil law*. Poucos consideram que os códigos não sejam uma mera compilação, sistematização e declaração das normas estabelecidas pelos juízes. Sempre prevaleceu a compreensão de que a lei é mera declaração do *common law*⁵³.

No direito americano é dada maior relevância à observação do precedente, o que constitui a doutrina do *stare decisis*. A decisão judicial tem duas funções no sistema de *common law*. Ela julga o caso trazido à corte e estabelece uma norma a ser seguida nos julgamentos posteriores. Segundo a doutrina, quando uma questão é decidida por uma corte, ela não será superada, a não ser excepcionalmente⁵⁴.

⁵¹ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. *Law in The United States*. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 17.

⁵² MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. *Law in The United States*. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 17.

⁵³ MEHREN, Arthur von. MURRAY, Peter L. *Law in The United States*. New York: Cambridge University Press, 2007, 2ª ed, p. 18.

⁵⁴ *Stare decisis* é redução da expressão latina "*stare decisis et non quieta movere*", que significa "estar em coisas decididas". (nota do tradutor Pablo Giordano Bernardi Bombardelli, na obra *A Nova Doutrina*

A decisão proferida por uma corte superior vincula as cortes inferiores (precedente vertical), pois há hierarquia entre elas. Contudo há grande debate sobre a vinculação da corte às decisões proferidas anteriormente pela mesma corte – o precedente horizontal. Um argumento que indica determinada posição apenas em razão de situação semelhante no passado é tratado como uma falácia. Holmes reputou ser revoltante que as cortes continuassem decidindo sem adotar as melhores razões⁵⁵; Bentham considerava o julgamento a partir de *stare decisis* um agir sem razão⁵⁶; Antonin Scalia rejeita a cogência do *stare decisis* por ser inconsistente com seu compromisso de sustentar a Constituição e não aquilo que seus predecessores disseram ser o conteúdo da Constituição⁵⁷. A ideia de adotar razões equivocadas seria contraintuitiva⁵⁸.

da Retroatividade, de Pamela J. Stephens, revisado por Luis Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2012, p. 10).

[...] o princípio que está na base da doutrina de *stare decisis* é proteger a confiança justificável sobre o direito estabelecido. À medida que uma parte contou com razão com o direito estabelecido e não tem fundamento para esperar uma modificação nesse direito, recusar-se a aplicar uma nova regra de direito a essa parte corresponde ao *stare decisis*. [...] O precedente coage à tomada de decisão judicial, mas não impede que os juízes despeçam-se de uma decisão anterior que agora é considerada como falsa. Em geral, o tribunal se afastará de um precedente antiquado pouco a pouco. Ele assim o fará para, pelo menos, em parte, não perturbar esperanças e confiança justificadas sobre a antiga regra. Em alguns casos, contudo, o tribunal simplesmente abandonará a antiga regra, tendo recusado sua eficácia ou constitucionalidade. A aplicação flexível da doutrina do *stare decisis* permitiu o direito desenvolver pouco a pouco neste país, vindo ao encontro de modificações da sociedade moderna, não limitado por regras arcaicas. (idem, p. 72 e 73).

Fernando Vogel Cintra sustenta que a doutrina dos precedentes está relacionada a doutrina de *stare decisis*, mas *stare decisis* não esgotaria o tema dos precedentes. *Stare decisis* estaria vinculado a outros conceitos centrais, como *distinguishing*, *overruling*, *pure prospectivity*, *retroactivity*, *nonretroactivity* e outros. (CINTRA, Fernando Vogel. Dogmática dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio grande do Sul [on line]/ Defensoria Pública do Rio Grande do Sul – Ano 7, V. 14 (janeiro/abril de 2016) Porto Alegre – DPE, 2016). Frederick Schauer sustenta que *stare decisis* é uma espécie de precedente. O precedente poderia ser compreendido em duas dimensões. Em uma dimensão vertical, um tribunal inferior ficaria vinculado à decisão proferida em razão da hierarquia existente entre elas. Em uma dimensão horizontal, é a obrigação de seguir decisão precedente do mesmo tribunal. Vinculativa da mesma forma que a decisão superior, ela é seguida apenas porque é anterior. A prioridade temporal é suficiente por si. Ambos versariam sobre a autoridade dada a uma decisão prévia. (SCHAUER, Frederick. Precedent. Org. Andrei Marmor. Editora The Routledge Companion by Taylor And Francis Group, 2015. p. 124).

⁵⁵ Holmes, O. W. The Path of the Law, Harvard Law Review 10: 469, 1897, apud SCHAUER, Frederick. Precedent. Org. Andrei Marmor. Editora The Routledge Companion by Taylor And Francis Group, 2015. p.131.

⁵⁶ Bentham, Jeremy. “Constitutional Code,” in F. Rosen and J. H. Burns, eds., The Collected Works of Jeremy Bentham, London: Athlone Press, 1893, apud SCHAUER, Frederick. Precedent. Org. Andrei Marmor. Editora The Routledge Companion by Taylor And Francis Group, 2015. p.131.

⁵⁷ Scalia, Antonin. (1997) A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law, Princeton: Princeton University Press, p. 139, apud SCHAUER, Frederick. Precedent. Org. Andrei Marmor. Editora The Routledge Companion by Taylor And Francis Group, 2015. p.131.

⁵⁸ SCHAUER, Frederick. Precedent. Org. Andrei Marmor. Editora The Routledge Companion by Taylor And Francis Group, 2015. p.131.

Os defensores de *stare decisis* sustentam ser melhor que o direito esteja definido do que posteriormente venha a ser definido corretamente, mas durante este período as pessoas não saibam qual o direito aplicável. Estabilidade, previsibilidade e confiança seriam necessárias, nos termos de Brandeis⁵⁹. Poder contar com determinado contexto ou com uma determinada regra é importante em muitos aspectos da vida. Não há fundamento para acreditar que um primeiro juiz ou o seu sucessor estejam certos sobre esta ou aquela questão. As vantagens da consistência, em certa perspectiva superam as potenciais vantagens de permitir que cada juiz tente aprimorar as conclusões alcançadas por seu predecessor. Portanto as principais vantagens do *stare decisis* são a estabilidade, a confiança e a previsibilidade, atreladas ao próprio propósito do direito. Os povos também são definidos pelo compartilhamento de valores e normas, requerendo, então, consistência através do tempo. A norma de *stare decisis* faz uma comunidade coesa através do tempo. O valor da igualdade, o valor de tratar casos da mesma forma que casos semelhantes é defendido desde Aristóteles⁶⁰.

Entretanto, autores como Llewellyn sustentam que os juízes primeiro escolhem o resultado, depois fundamentam. São significantes os aspectos da personalidade do juiz, e como tais aspectos interagem com as características dos litigantes e dos fatos. Para Llewellyn⁶¹ a escolha inicial do juiz está atrelada mais a questões de programa, mas o determinante para a tomada inicial de posição é outra coisa que não a regras no papel. Realistas defendem que as decisões ao início se fundam em bases não legais, que sequer podem ser descritas ou justificadas. Têm origem inicialmente em questões não legais. Eventual fundamentação é racionalização posterior à tomada de decisão a partir de elementos que incluem o precedente. A visão dos realistas é de que o precedente não é nem causal nem cogente, mas justificatório. Seria possível qualquer resultado que o juiz desejar, e que

⁵⁹ SCHAUER, Frederick. Precedent. Org. Andrei Marmor. Editora The Routledge Companion by Taylor And Francis Group, 2015. p.131.

⁶⁰ Aristóteles, Ética a Nicômaco. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. 4. ed. São Paulo : Nova Cultural, 1991. Livro V, 2. Referido por SCHAUER, Frederick. Precedent. Org. Andrei Marmor. Editora The Routledge Companion to Philosophy of Law by Taylor And Francis Group, 2015. p.132.

⁶¹ Llewellyn, K. N. (2011) The Theory of Rules, F. Schauer, ed., Chicago: University of Chicago Press, apud SCHAUER, Frederick. Precedent. Org. Andrei Marmor. Editora The Routledge Companion by Taylor And Francis Group, 2015. p.134.

as decisões são suscetíveis de várias interpretações e descrições. Pesquisas tendem a dar algum suporte para a visão realista – ao menos nas mais altas cortes. Na Suprema Corte, embora professem estar presa a uma norma de *stare decisis*, o comportamento atual dos juízes sugere que a norma é mais fraca que geralmente supomos. Em regra os juízes não tem interesse em submeter seus julgamentos a precedentes que eles consideram equivocados em razão de leis, moral, política, pragmática ou outro fundamento qualquer⁶².

Centremos a análise da teoria do *stare decisis* a partir do modelo proposto pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A *stare decisis* conduz a Corte a discutir se é aplicável ao caso o mesmo resultado de um julgamento precedente, independentemente de ser a conclusão correta ou incorreta⁶³. Na Suprema Corte o conceito de *stare decisis* constitui uma presunção geral aplicável em favor da aderência ao julgamento precedente, um argumento genérico contra a superação de precedentes aplicável independentemente de qualquer contexto substantivo em qualquer caso dado. A doutrina sobre precedentes analisa quais os requisitos para uma corte julgar um caso rejeitando o resultado de um julgamento anterior. Para superar um precedente, o tribunal pondera a força cogente do *stare decisis* invocando fatores e testes existentes em seus próprios precedentes em que houve a análise da doutrina de *stare decisis*, os precedentes sobre a cogência de suas decisões anteriores⁶⁴.

A partir da influência de um voto dissidente proferido pelo juiz Louis Brandeis no julgamento do caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, em 1932, o papel do *stare decisis* transformou-se de uma vaga máxima do *common law* em uma polêmica doutrina. Há duas tradições sobre o *stare decisis*: a tradição fraca, que permite a superação dos precedentes (*overruling*) baseada na suposta fundamentação falha da decisão anterior; e uma tradição forte, que exige um fundamento forte não baseado no mérito. A Suprema Corte afirma expressamente

⁶² SCHAUER, Frederick. Precedent. *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. Org. Andrei Marmor. Editora The Routledge Companion by Taylor And Francis Group, 2015. p.132/134.

⁶³ PETERS, Christopher J. (Org.). Introdução. In: *Precedent In the United States Supreme Court*. [S.l.: e-book], 2013. p. 3.

⁶⁴ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: *Precedent In the United States Supreme Court*. Org. Christopher J. Peters. p. 19.

estar sujeita a um regime de *stare decisis*⁶⁵. Entretanto, a Constituição não faz qualquer menção à autoridade dos precedentes. Antes do início do século XX as referências a *stare decisis* tomavam-na como máxima ou princípio em favor da aplicação dos precedentes. Sua autoridade e significado derivavam da tradição do *common law*. Hoje é diferente. No debate ocorrido no julgamento de *Citizens United*, em 2010, o tribunal por maioria rejeitou a lei federal que impedia gastos de sociedades empresárias com eleições, pois fora violada a 1ª Emenda à Constituição Americana. *Citizens United* permitiu gastos políticos ilimitados, mas, além disso, destacou as diversas posições da Corte sobre a superação de precedentes pela maioria – no caso dois precedentes sobre a 1ª Emenda. Redigindo pela maioria, juiz Kennedy citou *Montejo v. Louisiana*, de 2009, quando decidiram que os fatores relevantes para decidir sobre aderir ao princípio do *stare decisis* seriam a antiguidade do precedente, a confiança dos interessados, e a presença de uma boa fundamentação. Juiz Stevens, entretanto, defendeu que a boa ou má fundamentação não pode ser considerada no cálculo do peso do *stare decisis*. Citando *Planned Parenthood v. Casey*, de 1992, a decisão de superação de um precedente deveria basear-se em uma razão especial, superior à crença de que o caso anterior foi mal decidido⁶⁶. Embora as decisões atuais mencionem o dissenso em *Coronado Oil*, a questão central atual remonta ao debate entre os juízes William Rehnquist e Thurgood Marshall no julgamento do caso *Payne v. Tennessee*, em 1991⁶⁷.

A Constituição dos Estados Unidos não contém nenhuma regra sobre o exercício do poder judicial, sobre como interpretar ou aplicar o direito. Há apenas o artigo III da Constituição, que se limita a conferir o poder de julgar à Suprema Corte e às cortes inferiores⁶⁸. As emendas dispuseram sobre importantes direitos substantivos

⁶⁵ SCHAUER, Frederick. Precedent. *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. Org. Andrei Marmor. Editora The Routledge Companion by Taylor And Francis Group, 2015. p. 124.

⁶⁶ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: *Precedent In the United States Supreme Court*. Org. Christopher J. Peters. p. 20.

⁶⁷ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: *Precedent In the United States Supreme Court*. Org. Christopher J. Peters. p. 21.

⁶⁸ Comentários de sobre o Direito Inglês, escrito por William Blackstone, de 1765, foi um dos primeiros textos a mencionar a existência de uma regra do precedente como uma obrigação geral no direito inglês. Blackstone sustentou que a aderência ao precedente preservava a integridade do tribunal, mantinha a escala de justiça sempre e constante, não mudando com a opinião de cada novo juiz do tribunal. A doutrina assegurava estabilidade no direito. Blackstone reconhecia, contudo, não haver uma cega obediência ao precedente (*Comentaries*, p. 71, apud Lee). As declarações de Blackstone coincidiram com o período em que a Constituição Americana foi estruturada. Os primeiros comentários

e procedimentais, mas nenhuma disposição constitucional regula como interpretar ou aplicar o direito⁶⁹. É possível distinguir a análise dos precedentes pela Suprema Corte em dois períodos – tendo como marco divisório entre os períodos o ingresso do juiz Louis Brandeis na Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Assim uma primeira era abrangeria o período compreendido entre 1791 e 1916. Ao longo destes primeiros 125 anos a expressão *stare decisis* aparece 40 vezes – 22 vezes no voto majoritário, e 15 no voto divergente. Nenhuma delas envolve a análise do conceito. Apenas o invocam como uma máxima da retórica em favor da adoção da posição de um julgamento precedente. Um primeiro debate sobre o *stare decisis* foi travado entre os juízes Marshall, Grier e Peter Daniel. No ano de 1853 houve o julgamento de *Marshall v. Baltimore & Ohio Railroad Co.* Marshall fora contratado para exercer influência sobre o parlamento para aprovação de uma determinada lei em Virgínia. Com a aprovação da lei, Marshall cobrou o valor acordado. Dentre as inúmeras questões discutidas, debateram sobre a vinculação a um precedente sobre a competência para o exame da questão – se ao tribunal da unidade federada ou à Suprema Corte. O juiz Robert Grier sustentou que a adesão à máxima de *stare decisis* é necessária para a paz da sociedade, principalmente em questões como a distribuição retroativa da competência das cortes. Mesmo que a Corte considerasse que os princípios afirmados no caso anterior não estivessem fundados na razão, não poderíamos sobrepor a razão ao precedente. O juiz Peter Daniel asseverou que *stare decisis* é sem dúvida uma regra de decisão suficiente. Entretanto, como qualquer outra regra, deve ser afastada quando contrária à razão ou ao dever, ou mantiver arbitrariamente uma injustiça, um erro claro ou um absurdo⁷⁰.

americanos sobre o direito do precedente constam do Federalista 78, escrito por Alexander Hamilton (The Federalist, Clinton Rossiter ed., 1961, p. 471, apud Lee) Para ele, para evitar a arbitrariedade dos tribunais, é indispensável que eles sejam comprometidos com regras estritas e precedentes que servem para definir e pontuar seu dever em cada caso particular que venha diante dele. Deve haver uma aderência aos direitos previstos na Constituição inflexível e uniforme. A carta federalista 78 analisou apenas a vinculatividade vertical do precedente, não analisando a possibilidade de superação de precedentes pela própria corte. (LEE, Thomas R. *Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court.* Vanderbilt Law Review, Vol. 52, pp. 647-735, 1999.

⁶⁹ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: Precedent In the United States Supreme Court. Org. Christopher J. Peters. p. 22.

⁷⁰ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: Precedent In the United States Supreme Court. Org. Christopher J. Peters. p. 23.

A doutrina dos precedentes alcança significativo avanço com votos proferidos pelo Juiz Louis Brandeis. Ao ingressar na corte, o juiz Brandeis passou a proferir uma série de votos divergentes, que culminaram no voto proferido em 1932 no julgamento de *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* sobre a exigibilidade de um tributo. Brandeis desenvolveu uma análise baseada em um rigoroso estudo empírico das práticas de superação de precedentes pela corte. Seu estudo alcançou autoridade canônica⁷¹. Brandeis defendeu que o caso havia sido decidido equivocadamente e deveria ser rejeitado. Brandeis sistematizou os argumentos favoráveis e os contrários à aplicação de *stare decisis*. Esta seria usualmente o programa mais sábio, porque na maioria das questões é mais importante definir o que é o direito aplicável do que o decidir corretamente. Isto é verdadeiro mesmo quando o erro traz séria preocupação, mas a correção da decisão deve ocorrer pela legislação. A principal justificativa para a adoção do precedente é a estabilidade no direito. Entretanto, nos casos envolvendo a Constituição Federal, em que a correção pelo legislativo é praticamente impossível, o tribunal usualmente estaria superando suas decisões. A Corte render-se-ia às lições da experiência e à força do melhor fundamento, reconhecendo que o processo de tentativa e erro, tão frutificante nas ciências físicas, seria apropriado também na função judicial. A corte não deveria hesitar em superar precedentes que contradigam a experiência e a boa razão. *Stare decisis* não seria, como a regra da *res judicata*, um comando universal inexorável⁷².

Mais relevante que o corpo do voto proferido são suas notas de rodapé. A primeira nota sugere que *stare decisis* seria uma política especialmente sábia quando o erro cometido pela Corte possa ser corrigido pela legislação. A segunda nota de rodapé lista aproximadamente 30 precedentes constitucionais superados a partir da melhor razão e do teste da experiência. As notas de rodapé demonstram que

⁷¹ A influência de Brandeis nos julgamentos subsequentes sobre *stare decisis* foi significativa. Em três votos posteriores, entre 1936 e 1944, o juiz Stone citou especificamente o voto dissidente de Brandeis em *Coronado Oil*, destacando as notas de rodapé. Em 1949 Wiley Rutledge citou a posição de Brandeis sobre o diminuto impacto de *stare decisis* no campo da construção constitucional. Brandeis impactou dramaticamente a teoria do tribunal sobre *stare decisis*, na substância e na forma. Na substância, ainda parafraseiam a frase de Brandeis de que “*stare decisis* não é um comando inexorável” ou de que “é mais importante que o direito seja definido do que o seja decidido corretamente”. (STARGER, Colin. *The Dialectic of Stare Decisis Doctrine*. In: **Precedent In the United States Supreme Court**. Org. Christopher J. Peters. p. 28)

⁷² STARGER, Colin. *The Dialectic of Stare Decisis Doctrine*. In: **Precedent In the United States Supreme Court**. Org. Christopher J. Peters. p. 26.

a corte sempre tratou o *stare decisis* como um princípio, preterível. A aderência ao *stare decisis* não seria previsível em decisões baseadas em determinações sobre fatos atrelados a visões econômicas ou políticas posteriormente abandonadas. No caso *Coronado Oil*, Brandeis concluiu que deveria haver a superação de Gillespie, o precedente anterior⁷³.

O debate de 2010 em *Citizens United* deixou claro haver duas posições gerais sobre quando a corte pode superar seus próprios precedentes. Uma concepção fraca de *stare decisis* permite a rejeição do precedente quando ele estiver mal fundamentado. A versão forte de *stare decisis* exige uma “justificação especial” para superar um precedente, não apenas a convicção de que o caso precedente foi mal decidido⁷⁴. As duas tradições têm origem no voto dissidente de Brandeis em *Coronado Oil*. Entretanto, a análise histórica da doutrina revela que o debate em *Citizens United* efetivamente reproduz argumentos expostos no debate travado entre os juízes William Rehnquist e Thurgood Marshall em *Payne v. Tennessee*, julgado em 1991 – em *Payne* é traçada a dialética contemporânea da doutrina do *stare decisis*⁷⁵.

A concepção fraca exposta no voto do juiz Kennedy tomou por paradigma os critérios fixados no julgamento de *Montejo v. Louisiana*, em 2009, em voto redigido por Antonin Scalia. Para a superação do precedente deveriam ser considerados a antiguidade do precedente, a confiança dos interesses em participação e a fundamentação adequada da decisão anterior. Com base em tais fundamentos, *Citizens United* superou a posição sobre a expansão dos direitos de corporação constante em *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*⁷⁶. Foram citados em ordem cronológica inversa por Kennedy em *Citizens United* (2010): *Montejo* (Scalia redigindo pela corte em 2009), *Pearson v. Callahan* (Alito, 2009), *Payne* (Rehnquist, 1991), *Smith v. Allwright* (Reed, 1944) e *Coronado Oil* (voto dissidente de

⁷³ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: **Precedent In the United States Supreme Court**. Org. Christopher J. Peters. p. 28.

⁷⁴ A discussão travada sobre as concepções fraca e forte pode ser analisada a partir da perspectiva do paradoxo da autoridade – é a razão que impõe a observância da autoridade, mas no caso a razão pode trazer outros argumentos que induzem à não obediência da autoridade. Sobre o paradoxo da autoridade Scott J. Shapiro escreveu *Authority, em Jurisprudence and Philosophy of Law*, New York: Oxford University Press. 2004, p. 382

⁷⁵ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: *Precedent In the United States Supreme Court*. Org. Christopher J. Peters. p. 28.

⁷⁶ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: *Precedent In the United States Supreme Court*. Org. Christopher J. Peters. p. 31.

Brandeis, 1932). No ano de 1944 Reed afirmou no julgamento de *Allwright* que “quando convencidos de um erro anterior, o tribunal nunca é constrangida pelo precedente anterior”. Reed citou as notas de rodapé de Brandeis e mais alguns novos precedentes de *overruling* desde 1932. No ano de 1991 Rehnquist adotou a mesma técnica em *Payne* quando cuidadosamente catalogou 33 decisões que superaram precedentes nos últimos 20 anos⁷⁷.

A concepção forte também é analisada a partir de *Citizens United*, no voto dissidente do juiz Stevens. Ele assevera que *stare decisis* exige justificação significativa, além da preferência de cinco juízes para superar doutrina definida. Mencionou diretamente o julgamento de *Planned Parenthood of Southeastern v. Casey*, de 1992, quando foi rejeitado o desafio constitucional ao direito ao aborto, aderindo a Corte a *Roe v. Wade*. Na ausência de justificação especial, o tribunal deve aderir ao precedente. O voto do juiz O'Connor 1984 em *Rumsey v. Arizona* é em verdade o voto mais remoto na concepção forte. Em ordem cronológica inversa, em favor de uma concepção forte: voto dissidente de Stevens em *Citizens United*, em 2010, *Casey* (voto plural de O'Connor, Kennedy e Souter, em 1992), *Payne* (voto dissidente de Mashall, 1991), *Rumsey v. Arizona* (O'Connor, 1984), *Swift & Co. v. Wickham* (Harlan, 1965), *Allwright* (Reed, 1944), e *Coronado Oil* (Brandeis dissenting 1932)⁷⁸. A concepção forte baseia-se no aforismo de Brandeis de que é melhor o direito definido do que o direito decidido de forma correta. A decisão de superar um precedente deve advir de mais do que de uma crença de o caso anterior ter sido decidido erroneamente. Na origem da expressão “justificação especial” encontra-se a origem da tradição da concepção forte de *stare decisis*⁷⁹.

Para expor sua proposta para uma definição do conceito de justificação especial, O'Connor citou dois casos: *Wickham* e *Allwright*. Os dois casos superaram precedentes. O'Connor ateve-se à linguagem, não ao resultado. No julgamento de *Wickham*, o tribunal superou um precedente de três anos antes. Desde o julgamento, os tribunais inferiores estiveram confusos e o precedente provou ser inaplicável,

⁷⁷ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: Precedent In the United States Supreme Court. Org. Christopher J. Peters. p. 32.

⁷⁸ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: Precedent In the United States Supreme Court. Org. Christopher J. Peters. p. 33.

⁷⁹ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: Precedent In the United States Supreme Court. Org. Christopher J. Peters. p. 35.

inexequível, impraticável. A formulação de O'Connor para especial justificação é suportada por sua citação de *Allwright*. Decidido em 1944, o caso definiu que a 15ª Emenda proibia discriminação racial nas eleições primárias para partidos políticos. Houve a superação de precedente unânime de 1935 que permitia tal discriminação. A única frase na decisão sobre *stare decisis* é que “em adotando esta conclusão nós não ignoramos a desejável continuidade das decisões de questões constitucionais. Reed insistiu ser adequado superar um precedente quando a Corte concluir haver um erro (a decisão aloca *Allwright* na corrente fraca da *stare decisis*). Entretanto, a correção da injustiça racial é o exemplo adotado por O'Connor para uma justificação especial.

Nem *Wickhan* nem *Allwright* dão suporte a uma concepção forte de *stare decisis*, o que não tem relevo, pois *Rumsey* não provocou um debate acerca de *stare decisis*. O argumento de O'Connor para aderir ao precedente não foi desafiado em seu mérito. O'Connor não utilizou a expressão justificação especial em sentido doutrinário ou retórico, o que somente ocorreu em *Payne*⁸⁰.

A expressão justificação especial foi introduzida pelo juiz O'Connor em 1984 no julgamento de *Rumsey*. O Estado do Arizona requereu a urgente superação de um precedente. O'Connor sustentou que, embora a aderência ao precedente não seja uma exigência rígida em casos constitucionais, a não aplicação da doutrina de *stare decisis* exige “justificação especial”. O conceito não foi desenvolvido naquele voto. A frase não atingiu qualquer importância à época. O conceito de “justificação especial” somente assumiu real significado 8 anos depois, em *Payne*, no debate entre *Rehnquist* e *Marshall*. Foi *Marshall* que trouxe a primeira desambiguação do teste de *stare decisis* forte⁸¹.

O objeto de *Payne* era definir se a VIII Emenda permitia manifestações da vítima durante o julgamento. Precedentes anteriores o haviam proibido (*Booth* e *Gathers*). Redigindo o voto condutor de julgamento acolhido por maioria de seis juizes, juiz *Rehnquist* rejeitou os precedentes. O relator avançou em duas questões acerca de *stare decisis*. Primeiro, sustentou que considerações em favor de *stare decisis* são

⁸⁰ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: Precedent In the United States Supreme Court. Org. Christopher J. Peters. p. 37.

⁸¹ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: Precedent In the United States Supreme Court. Org. Christopher J. Peters. p. 34.

no seu ápice casos envolvendo direitos de propriedade e contrato, quando interesses de confiança estão envolvidos, enquanto o oposto é verdadeiro em casos como envolvendo regras sobre procedimentos e evidências. Segundo, Rehnquist sugeriu que os dois precedentes poderiam ser superados porque eles foram decididos por pequenas margens, após divergências desafiando as bases das decisões. Marshall pontuou que qualquer precedente que tenha tido voto divergente de quatro juízes poderia ser revisto adotando tal premissa. Rejeitando a posição de Rehnquist, Marshall sustentou que a superação de um precedente da corte deve ser uma questão de grande momento e consequência. Consequentemente, o tribunal nunca deveria fugir do precedente sem uma justificação especial. Marshall então elaborou o que ele considerava uma justificação especial. Nenhum desenvolvimento factual ou legal justificavam a superação de Booth e Gathers. A única mudança notável desde o julgamento dos casos foi em relação aos juízes que integravam a corte. Mais do que uma justificação especial exigida por *stare decisis*, a nova maioria simples e ilegitimamente aumentou o número de dissidentes. O dissenso não é relevante, e sim o fato de que a expressão “justificação especial” finalmente alcançou papel central. A partir daí a expressão “justificação especial” tornou-se o eixo linguístico do debate sobre *stare decisis*⁸².

Há apenas mais uma questão a ressaltar do dissenso de Marshall em Payne: Marshall advertiu que, a partir da afirmação de Rehnquist de que somente haveria proteção de *stare decisis* em casos de direito de propriedade e de contratos, a maioria estaria enviando um sinal claro de que todas as decisões sobre liberdades pessoais protegidas pelo Bill of Rights e pela 14ª Emenda estariam abertas a reexame por aqueles que agora compõem a corte. Para enfatizar sua posição, Marshall elaborou uma lista de perigosos precedentes que logo seriam superados. Os precedentes mencionados eram todas decisões constitucionais liberais potencialmente ameaçadas pela maioria conservadora. A lista incluiu três hipóteses em que a corte realmente superou os precedentes na década seguinte. Entretanto, a decisão mais proeminente da lista – *Roe v. Wade* – sobreviveu a todos os seus desafios⁸³.

⁸² STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: Precedent In the United States Supreme Court. Org. Christopher J. Peters. p. 37.

⁸³ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: Precedent In the United States Supreme Court. Org. Christopher J. Peters. p. 37.

O debate em Payne antecipou a confrontação épica de *stare decisis* – Planned Parenthood v. Casey, de 1992. Em Casey a corte analisou a constitucionalidade das leis da Pensilvânia restringindo aborto. A maioria rejeitou a superação de Roe v. Wade. A posição majoritária em Casey provavelmente represente o zênite da tradição forte de *stare decisis*. A opinião colegiada explicitada foi de que a força de *stare decisis* compelia-os a aceitar Roe, embora o peso dos argumentos para o superar e as próprias dificuldades dos juízes em o reafirmar. Noutras palavras, a maioria afirmou que Roe provavelmente está errado, mas *stare decisis* os compelia a reafirmar o precedente. A análise feita em Casey⁸⁴ fixou requisitos pragmáticos para superar um precedente. A superação somente seria possível quando o precedente se mostrasse inexecutável, quando não houvesse prejuízo à confiança, quando a doutrina houvesse se desenvolvido, e quando houvesse mudança de circunstâncias factuais. Como o juiz Marshall no voto proferido em Payne, a maioria em Casey não incluiu a má fundamentação de um caso como elemento relevante para a superação de um precedente⁸⁵.

As decisões demonstram não haver uma posição definida sobre o *stare decisis* na doutrina da Suprema Corte, da mesma forma como ocorre em relação ao

⁸⁴ É comum reconhecer Wade como um super precedente ou super *stare decisis*. O Super precedente é o que penetra na cultura institucional e nas normativas públicas de forma profunda. Embora inicialmente seja apenas uma decisão, ele torna-se a base para subsequentes linhas de decisões judiciais. O super precedente é o que as instituições públicas depositam pesados investimentos e forte confiança. Eles são introjetados em nosso direito nos mais diversos ramos e em nossa vida através de atividades subsequentes, penetram em nossa consciência pública. Sua correção não passa a ser discutida pelas cortes. O super precedente é a clara instância em que valores institucionais promovidos pelo fidelidade ao precedente, como consistência, previsibilidade, estabilidade e confiança social tornam-no inarredavelmente obrigatório. (Michael J. GERHARDT, Michael J. Super Precedent. 90 Minn. L. Rev. 1204 2005-2006) Entretanto, em nenhuma teoria é afirmado que decisões que eventualmente possam ser reconhecidas como um super precedentes sejam insuperáveis. Um exemplo claro de um precedente diferenciado é Marbury v. Madison. Trata-se de precedentes que não são objeto de discussão, e se o forem, são decididos sem polêmica ou discussão. Trata-se de um precedente que possui uma vinculação horizontal tão intensa quanto a vinculação vertical. (PRECEDENT, SUPER-PRECEDENT Michael Sinclair" Citation: 14 Geo. Mason L. Rev. 363 2006-2007). A similaridade da intensidade da vinculação do super precedente ao precedente vertical não os faz institucionalmente equiparados. A corte constitucional não afirmou em nenhum momento que Wade seja insuperável, ou que sua vinculação à decisão seja equiparada à das cortes inferiores. O super precedente é apresentado como a decisão detentora de alto grau de coerência sistêmica. São seus fundamentos que conferem ao super precedente vinculação superior, não sua institucionalidade.

⁸⁵ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: Precedent In the United States Supreme Court. Org. Christopher J. Peters. p. 39.

devido processo e igual proteção. Ora prevalece a concepção forte, ora a fraca de *stare decisis*⁸⁶.

É um equívoco cogitar que a concepção fraca seja defendida por uma maioria alinhada a uma posição conservadora busque alterar precedentes de uma maioria anterior, de ideologia oposta. Alterações na composição da corte tornam mais comum a superação de precedentes, e juízes de todas as linhas políticas, liberais ou conservadores, tiraram vantagem desta realidade. Mais que isso, os juízes, individualmente, geralmente tem posições inconsistentes sobre a doutrina de *stare decisis*. A resposta à defesa de Marshall às virtudes de *stare decisis* pode ser encontrada nos próprios escritos de Marshall. Nas palavras de Marshall, “*stare decisis* não é um aprisionamento da razão”, concluindo que Marshall concorda que precedentes “com suporte racional claramente inadequado” devem ser superados. Para Scalia, Marshall adotava a concepção forte quando concordava com o precedente, e a fraca quando discordava. Juiz Kennedy escreveu o voto majoritário em *Citizens United* e foi um dos que fundamentaram *Casey*. Ele ora defendeu, ora rejeitou a inclusão da análise das razões de um precedente desafiado no cálculo da *stare decisis*. Portanto os precedentes da corte sobre a vinculação à decisão de casos precedentes têm pouco valor enquanto precedente⁸⁷.

Entretanto, a ideia de que os precedentes da corte não devem se alterar a cada nova maioria tem apelo intuitivo. Direito Constitucional deve basear-se mais na consistência do que na política. A mudança das pessoas da corte não deve significar a mudança do direito. O direito deve ser permanente como a República, não mortal e flutuante como os membros da Suprema Corte. A concepção fraca autoriza alteração da doutrina, a forte, traz estabilidade. Por vezes a mudança é boa, por vezes a estabilidade é. Contexto importa imensamente. Os argumentos já foram postos, sempre retomando *Brandeis em Coronado Oil*⁸⁸.

Outra perspectiva para analisarmos *stare decisis* nos Estados Unidos pode ser centrada no originalismo. A Suprema Corte dos Estados Unidos continua a

⁸⁶ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: Precedent In the United States Supreme Court. Org. Christopher J. Peters. p. 41.

⁸⁷ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: Precedent In the United States Supreme Court. Org. Christopher J. Peters. p. 43/44.

⁸⁸ STARGER, Colin. The Dialectic of Stare Decisis Doctrine. In: Precedent In the United States Supreme Court. Org. Christopher J. Peters. p. 43/44.

conferir importância à compreensão originalmente conferida ao texto da Constituição (originalismo, compreensão original, intenção original- *originalism*, *original intent*, *original understanding*)⁸⁹, o que, para a população, assegura a não usurpação do poder pelo judiciário. A Suprema Corte repete posições dos Fundadores, entretanto, uma significativa parte de nossa ordem constitucional não pode ser racionalmente reconciliada com a compreensão original. Um exemplo claro decorre da 14ª Emenda, em que os que a redigiram e ratificaram acreditavam que ela permitiria segregação racial em escolas públicas. Portanto, *Brown v. Board of Education* apresenta profunda dificuldade para aqueles que insistem que uma compreensão original é o único cânone para um julgamento constitucional. *Brown* não vai ser superado, assim como o *New Deal* e o Estado Administrativo, todos contrários à Constituição, em uma perspectiva originalista⁹⁰.

Originalismo insiste que a tarefa crucial em qualquer sistema de julgamento constitucional é manter a lei fundamental em sua compreensão original, datada de mais de duzentos e vinte anos atrás. Entretanto, o intento original não pode ser o único padrão legitimado para a tomada de decisão dos juízes. A ordem constitucional atual é uma variante do que identificamos como a compreensão original. Em algumas áreas, a própria Corte foi a causa direta da superação da compreensão original. *Brown* e *Roe v. Wade* são exemplos claros. Contudo, com mais frequência, o tribunal tem simplesmente validado partidas do entendimento original iniciadas por lacunas políticas. A Corte tem dado suporte para mudanças legítimas⁹¹. Nenhuma concepção satisfatória de originalismo parece capaz de sustentar *Brown*. A discussão de *Brown* das diferenças entre a educação em 1868 e em 1954 não são persuasivas. O conceito de ensino público era claramente compreendido ao tempo das decisões. Não foi o sentido da emenda constitucional que mudou através do tempo. O conceito se tornou constitucionalmente inválido com a passagem do tempo. Não foi o sentido

⁸⁹ A doutrina tem diferenciado originalismo (*originalism*) de textualismo de concepção (*conception textualism*), aquele atrelado à intenção dos que ratificaram e escreveram a Constituição; este, ao sentido do texto quando da promulgação da Constituição. (PERRY, John. *Textualism and the Discovery of Rights*. In: *Philosophical Foundations of Language in the Law*. Org. Andrei Marmor and Scott Soames. Oxford University Press, 2011).

⁹⁰ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 723.

⁹¹ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 724.

da emenda que mudou pelo passar do tempo. Da mesma forma, parece evidente que os casos de aborto e os casos de discriminação sexual são inconsistentes com qualquer concepção da compreensão original⁹².

O resultado tem sido a adoção da substância, assim como do método, de julgamento da *common-law*: alguma forma de interesse balanceada, com garantias constitucionais tratadas simplesmente como um dos interesses em análise, e acessados tanto em termos funcionais quanto históricos. As diversas interpretações sobre as garantias das liberdades civis provam que há um *Bill of Rights* textual separado de outros perímetros limitativos do processo de decisão judicial – *Bill of Rights* que foi incorporado à Constituição pela 14ª Emenda. A maior dificuldade do originalismo consiste em sustentar a compatibilidade entre os arranjos institucionais centrais da Constituição de 1789 baseados no federalismo e a transformação operada pelo *New Deal*, que transformou inteiramente o sistema. Os imperativos do novo estado administrativo triunfaram sobre as aparentemente limitadas estipulações constitucionais⁹³. O originalismo nega que qualquer transformação tenha ocorrido quanto ao modelo de federalismo⁹⁴. As justificações dos originalistas para o *New Deal* não são convincentes. Não há base para sustentar que as gerações fundantes admitissem um Congresso Nacional para regular todas as questões envolvendo comércio – o art. 1º da Constituição refere apenas o poder do congresso para regular comércio interestadual. No ano de 1824, no julgamento de *Gibbons v. Ogden*, o juiz Marshall asseverou que Congresso poderia regular aquilo que afetasse o comércio, no sentido econômico, refletindo a compreensão original, embora nada indicasse que o congresso buscasse poder superior ao necessário para afastar barreiras comerciais interestaduais. Não há dúvida de que aquela geração de juízes não acreditava que o comércio como um todo fosse afetado a um sentido constitucional⁹⁵.

Tanto em 1789 quanto em 1824, ninguém pensaria que a cláusula de comércio autorizasse regulação federal direta da relação entre empregador e

⁹² MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 728.

⁹³ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 729.

⁹⁴ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 731.

⁹⁵ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p.731.

empregado ou sobre a produção agrícola⁹⁶. Nenhuma concepção aceitável de compreensão original pode oferecer uma abordagem satisfatória do *New Deal*. Inicialmente ficava claro que as cortes não deveriam imiscuir-se em questões específicas de estados federados em razão da proteção política do federalismo – tais questões não seriam sequer passíveis de análise pelo judiciário. Entretanto, as decisões da Suprema Corte confirmaram o *New Deal*, constituindo um importante marco de um federalismo nacional centralizado, superando os paradigmas do século XIX de um federalismo centrado nos estados. A análise dos tributos nacionais e dos crescentes gastos públicos da união com programas sociais evidenciam esta posição⁹⁷. Isto contraria a concepção original. Madison sustentava que os poderes do novo governo nacional deveriam ser poucos e definidos, enquanto aqueles que remanescessem no estado deveriam ser numerosos e indefinidos. Os originalistas não podem ignorar a atual hegemonia do governo nacional. A Constituição de 1789 emergiu no final de uma era agrícola, no começo da industrialização. Nesta época, poucas tarefas poderiam ser assumidas pelo novo governo nacional. Somente a regulação do comércio entre os muitos estados, comércio centrado em atividades de uma economia largamente não industrializada. Ninguém cogitava uma regulação federal maciça, ou as várias intervenções federais para minorar consequências do mercado em uma era pós industrial. Talvez toda esta atividade nacional possa ser enquadrada na compreensão originalista do argumento de mudança das circunstâncias (*changed circumstances argument*). O argumento talvez pudesse ser acolhido em relação à economia, mas não é válido em relação a intervenções relativas à implementação de bem estar social, educação, saúde e pesquisas médicas, corrupção política local, todas questões compreendidas pelos Fundadores, mas não incluídas entre os objetivos do governo federal⁹⁸. Até o *New Deal* o governo nacional era um governo do congresso, ou mais precisamente, governo pelos presidentes dos comitês do congresso. A partir dali mudanças cruciais e irreversíveis começaram. A consolidação do poder do governo federal foi acompanhada com a centralização do

⁹⁶ Constituição, art. 1º, seção 8, cláusula 3ª. O Congresso tem poder para: [...] regular comércio com nações estrangeiras, e entre os diversos Estados, e com as tribos indígenas.

⁹⁷ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 733.

⁹⁸ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p.734.

poder na presidência - resultado da segunda guerra mundial e da ascensão dos Estados Unidos como líder mundial. O presidente hoje tem um papel dominante no governo nacional absolutamente superior aos limites conferidos em 1789. O presidente moderno apropriou-se de poderes reservados pela constituição e pela tradição ao Congresso⁹⁹. A Corte tem validado explicitamente a expansão da acumulação de poder da Presidência. Frequentemente a Corte tem declarado não sujeitos a exame judicial as mudanças dos objetivos do poder presidencial, ao mesmo tempo que contribui ativamente para ampliar os poderes do presidente, afirmando o poder do presidente¹⁰⁰.

Nenhuma versão aceitável da teoria da compreensão original pode apresentar uma abordagem descritiva convincente das principais características de uma Constituição bicentenária: garantias não textuais de liberdades civis; governo nacional poderoso centrado no presidente; o amplo aparato administrativo – e estas características não podem ser revertidas¹⁰¹.

A partir daqui começa a ficar claro que *stare decisis* exerce um papel central no julgamento constitucional. Deve a corte aderir a uma decisão anterior mesmo se a maioria da corte agora acredita que o precedente seja inconsistente com a compreensão original (ou errado a partir de qualquer outra teoria sobre o que constitui critérios apropriados para julgamento constitucional)? Poderia *stare decisis* prover suficientemente uma justificação para o resultado? E se *stare decisis* pode legitimamente ser invocada para introduzir maior fixação à ordem existente, o que agora é apropriadamente deixado para o papel da compreensão original? Os “Legal Tender Cases” ilustram a força de *stare decisis*. A Constituição de 1789 admitia apenas metal pode constituir um meio para pagamento (*legal tender*). Com a guerra civil o governo adotou o papel moeda, e a questão foi discutida em uma série de casos na Cortes, o que ficou conhecido como “Legal Tender Cases”, uma das controvérsias constitucionais mais importantes da história americana. Hoje nenhuma Corte vai reexaminar a questão ou os argumentos que levaram à decisão, pouco importando

⁹⁹ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 736.

¹⁰⁰ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 738.

¹⁰¹ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p.739.

sua correção¹⁰². Da mesma forma, Brown não será reexaminado. É inconcebível que a Corte negue o Estado Administrativo, agora uma característica permanente de ordem constitucional americana. As dimensões políticas do *New Deal* são definitivas. Assim ou o originalismo deve ser redefinido ou atinge grau de generalidade que se torna vazio¹⁰³. *Stare decisis* tem peso também nos casos em que a questão ainda é debatida, como em *Roe v. Wade*¹⁰⁴.

O precedente é, por certo, parte da compreensão americana sobre o que é o direito. Tal conclusão, contudo, não resolve a questão sobre a razão de ele ter papel tão importante. Geralmente a aderência ao precedente é defendida pontuando a importância de valores na feitura da decisão que com ela são promovidos: consistência, coerência, correção, igualdade, previsibilidade e eficiência. Estabilidade e continuidade de instituições políticas (e dos valores compartilhados) são objetivos importantes para o processo de julgamento constitucional. A Constituição Americana foi elaborada com o objetivo de perdurar por eras vindouras, enfrentando e adaptando-se às mais diversas crises¹⁰⁵.

A utilidade de uma teoria da legitimidade para compreender a ordem legal é controversa. Para os que defendem um modelo discursivo (“reasoning class”), a Suprema Corte confere legitimidade a importantes medidas governamentais. *Stare decisis* promove estabilidade ampla e continuidade ao sistema, assegurando a manutenção de importantes normas governamentais, como a discriminação racial, a legalidade do papel moeda, o valor geral da cláusula comercial. Um ataque bem-sucedido a qualquer destas questões geraria desestabilização massiva, atingindo o funcionamento do governo federal, a ordem constitucional¹⁰⁶. Ao menos em parte, parece justo dizer que a estabilidade do sistema legal depende da doutrina do *stare*

¹⁰² MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 744.

¹⁰³ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 745.

¹⁰⁴ “E argumentos continuam a ser elaborados, mesmo nestes casos, em que nos equivocamos ao interpretar a Constituição. No entanto, a doutrina de *stare decisis*, mesmo que talvez nunca venha a ser inteiramente persuasiva em questões constitucionais, é uma doutrina que deve ser respeitada em uma sociedade regida pelo estado de direito. Nós respeitamos isso hoje, e reafirmamos *Roe v. Wade*” - *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416, 419-20 (1983).

¹⁰⁵ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 748.

¹⁰⁶ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 749.

decisis. A limitação imposta por *stare decisis* é uma virtude passiva, política em sua natureza¹⁰⁷.

Uma das funções centrais da limitação imposta por *stare decisis* é evitar a deslegitimação de arranjos governamentais profundamente entrincheirados. O desvio do precedente ameaça a estabilidade e a continuidade da ordem política e deve ser evitado. Estabilidade e continuidade, contudo, não são os únicos valores constitucionais importantes¹⁰⁸.

A Corte deve demonstrar a legitimidade da revisão judicial. Uma aderência ao precedente constitucional suporta um consenso sobre o primado do direito, especificamente a crença que todos os órgãos do governo, incluindo a corte, são vinculados ao direito, mesmo mantendo decisões que se afastam do direito. Há a necessidade de manter a fé do povo em que o judiciário é uma fonte de julgamentos impessoais e racionais¹⁰⁹.

Os precedentes sobre a primeira e quarta emenda demonstram que a consistência doutrinária é apenas um valor, não o último valor. Alguma medida de inconsistência doutrinária é tolerável em nome de interesses maiores, particularmente em nome de um documento como a Constituição que é em si um agrupamento de compromissos¹¹⁰. Muitos, se não todos os temas fora da pauta previamente discutidos deveriam ser protegidos por *stare decisis* simplesmente porque (em termos de estabilidade e continuidade) é impensável que os precedentes sejam superados¹¹¹.

Fica claro que uma parte significativa da ordem constitucional não pode ser adaptada com qualquer concepção aceitável da compreensão original da constituição escrita de 1789. Ao fim, a aceitação do *stare decisis* destrói o originalismo. O caráter escrito da Constituição foi fundamental. Entretanto, ao fim, o argumento da constituição escrita não pode sustentar o absoluto primado do texto sobre a interpretação. Primeiro, o texto escrito não é logicamente inconsistente com a ideia de

¹⁰⁷ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 750.

¹⁰⁸ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p.751.

¹⁰⁹ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 752.

¹¹⁰ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 759.

¹¹¹ MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 760.

stare decisis. Não é possível descobrir a compreensão original dos fundadores sobre determinados assuntos, pois houve mudanças profundas e arraigadas, e os Fundadores simplesmente não possuíam elementos para compreender os problemas fáticos atuais, de um universo social diverso daquele de 1789. Em tal universo, a relação entre texto e interpretação judicial não pode ser tida como óbvia. Ao menos no processo de julgamento constitucional. A Suprema Corte está preocupada não com a Constituição, mas com o direito constitucional, que consiste largamente, embora não totalmente, com a decisão constitucional precedente. Juízes, advogados e cidadãos orientam-se mais pelas razões constantes dos votos da Suprema Corte do que pelo texto constitucional. A jurisprudência desenvolve e refina o texto constitucional. O processo judicial no *common law* é uma batalha sobre casos e o que eles determinam. Atualmente, o texto constitucional exerce apenas um papel. A compreensão original do texto é simplesmente um fator no processo de decisão, um fator a ser considerado e ponderado com outros fatores. O precedente sobrepõe-se ao texto da Constituição e à compreensão histórica. É o precedente que ganha importância central, não a literalidade da Constituição¹¹².

Não é possível identificar as peculiaridades da estrutura judiciária de cada uma das unidades que compõe os Estados Unidos. Contudo é suficiente centrarmos a análise da estrutura no sistema do Estado de Nova Iorque. Embora cada modelo tenha peculiaridades, seus elementos principais são bastante semelhantes, e Nova Iorque é um dos maiores e mais influentes estados norte-americanos, possuindo 1.150 juízes, 12.000 empregados e um orçamento anual de 1 bilhão de dólares. No topo do sistema está situada a Corte de Apelação. Logo abaixo, e em ordem decrescente, está a Suprema Corte (dividida em quatro regiões), o Tribunal de Apelação, a divisão de apelação da Suprema Corte, e, ao fim, as cortes de julgamento da Suprema Corte. Há várias outras cortes, as cortes de julgamento (*trial courts*), que analisam e julgam a maior parte das questões de fato e de direito. Estas não criam precedentes vinculantes, estando vinculadas apenas a precedentes das cortes superiores. A corte estadual e a corte federal são sistemas separados um do outro. A Corte de Apelação de Nova Iorque é a mais alta corte. É composta de sete juízes –

¹¹² MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: *Columbia Law Review*. Vol. 88. 1988. p. 761.

que decidem por maioria de quatro –, indicados pelo governador para compor a Corte por um período de 14 anos. Esses magistrados analisam apenas questões de direito em apelação, salvo condenações à morte e decisões dos tribunais que revertem decisões de juízes¹¹³.

A organização das cortes determina quais cortes podem criar precedentes, como precedentes podem ser criados e o que é um precedente. O modelo mais comum para os sistemas modernos é um sistema piramidal de três níveis. Estrutura hierárquica significa que a maior autoridade é atribuída ao nível mais alto, e algum grau de subordinação caracteriza as cortes baixas. A estrutura hierárquica explica características da dimensão vertical. Precedentes das cortes mais altas são os mais importantes e os de maior autoridade. No nível mais baixo, geralmente as cortes seguem os precedentes das cortes superiores e intermediárias. As decisões das cortes do nível mais baixo em regra não são consideradas vinculantes. Divergências sobre a existência de precedentes e sua força podem ocorrer, mas podem as cortes superiores enfatizar a força dos precedentes¹¹⁴.

As cortes baixas de Nova Iorque, por exemplo, tratam os precedentes das cortes intermediárias menos respeitosamente do que os precedentes da corte de apelação. Segundo, as decisões do pleno sempre têm maior atenção do que as de um grupo. Em terceiro, as mudanças políticas, econômicas e sociais são a principal causa de descarte de um precedente. Alguns sustentam que os juízes têm o dever de examinar precedentes e trazê-los à conformidade de realidades sociais. O quarto fator consiste em compreender que a divergência não enfraquece o precedente, mas traz argumentos que podem ser utilizados por aqueles que não desejam segui-lo; e o ramo do direito influencia a autoridade do precedente – questões acerca da transferência de propriedade, por exemplo, já se afirmou que a estabilidade e aderência ao precedente é mais importante que uma melhor ou mesmo uma correta regra de direito.

¹¹³ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 355.

¹¹⁴ Tarrufo, Michele. Institutional Factors Influencing Precedentes. In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 438

Por fim outros fatores, como a influência dos escritos acadêmicos e as alterações legais em ramos do direito correlatos que ensejam a reanálise do ponto¹¹⁵.

Ainda adotando o exemplo do Estado de Nova Iorque, as cortes inferiores estão formalmente vinculadas aos precedentes das cortes de recurso: corte de apelação e cortes de apelação intermediárias. Da mesma forma, em relação às decisões das cortes de apelação divididas; mas apenas em casos que tenham competência territorial correspondente – os julgamentos indicam que também haja quanto às demais, mas não há definição a respeito. Nada obstante essas cortes inferiores raramente desconsideram precedentes formalmente vinculantes. As cortes de apelação divididas são formalmente vinculadas às decisões da corte de apelação; contudo não há vinculatividade vertical entre as decisões umas das outras. A Corte de Apelação de Nova Iorque, em menor medida, mas em considerável extensão, segue seus próprios precedentes em forte vinculatividade horizontal determinada por ela própria. As quatro Cortes de Apelação Divididas seguem seus próprios precedentes. A existência de argumentos fortes para dar suporte a um resultado diverso não é suficiente. Não há leis em Nova Iorque requerendo ou proibindo o uso do precedente. Apenas a *ratio (holding)*, uma regra sobre um ponto do direito posto em questão pelas partes, é necessário para a decisão. E somente este pode ser formalmente vinculante em um precedente. As cortes de Nova Iorque recorrentemente reafirmam que embora não concordem com determinados precedentes, eles devem ser seguidos. As decisões judiciais em Nova Iorque discutem explicitamente os graus de força normativa – vinculação formal, força, apoiador, ilustrativo; mas o foco das decisões é distinguir, superar ou afirmar a relevância de um precedente¹¹⁶.

Feitas tais considerações sobre sistemas que compõe o common law, sobre sua formação, sua evolução, suas características, sobre as posições adotadas pelos tribunais, é possível afirmar: não há diferenças relevantes entre o *common law* e o *civil law*, não há uma diferença metodológica significativa entre ambos. Embora haja diferenças consideráveis, elas são superficiais, diferenças principalmente

¹¹⁵ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 374.

¹¹⁶ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 370.

centradas no estilo usualmente adotado pelos aplicadores do direito. Os elementos fundamentais da argumentação jurídica são comuns a qualquer sistema jurídico relativamente desenvolvido¹¹⁷. Há uma interpenetração das tradições, com caráter transordenamental¹¹⁸. Somente se compreendêssemos o *common law* como um corpo de direito judicial que não possuísse normas explícitas estabelecidas em textos dotados de autoridade poderíamos negar a progressiva aproximação entre as tradições. A diferenciação decorre justamente da confusão entre *common law* e *stare decisis*¹¹⁹. Tanto no *common law* quanto no *civil law* a aplicação do direito ocorre tanto através da subsunção de leis, quanto através da comparação entre casos¹²⁰.

Ao afirmarmos que os elementos fundamentais da argumentação jurídica são comuns a qualquer sistema jurídico desenvolvido, estamos nos referindo à institucionalização da razão¹²¹. Qualquer conceito de direito compõe-se da determinação e ponderação de três elementos: a decretação de acordo com a ordem, a eficácia social e a correção quanto ao conteúdo. Um conceito de direito deve incluir a solução de questões práticas, enlaçando a decretação de acordo com a ordem e a eficácia social, o que só ocorrerá adequadamente em uma teoria ampla do sistema jurídico – a teoria do discurso do estado constitucional democrático¹²². Somente através da teoria do discurso o estado constitucional democrático pode formar uma

¹¹⁷ MACCORMICK, Neil. The Motivation of Judgements in the Common Law. In Perelman, Chaim; Forriers, Paul Alain (eds.). La motivation des décisions de justice. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1978, p. 167/194, apud. Zaneti Jr., Hermes. O Valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 327

¹¹⁸ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016, 1ª ed. em e-book baseada na primeira edição impressa, capítulo 1, item 5, segundo parágrafo.

¹¹⁹ MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 60

¹²⁰ Bustamante, Thomas da rosa. Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 106, citado em Zaneti Jr., Hermes. O Valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 327

¹²¹ Alexy, Robert. Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão, in Heck, Luís Afonso (organizador e tradutor). Constitucionalismo Discursivo. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, páginas 19 e seguintes, apud O Neoconstitucionalismo em Hans Kelsen, Luís Afonso Heck, in Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2016, p. 93.

¹²² Alexy, Robert. Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão, in Heck, Luís Afonso (organizador e tradutor). Constitucionalismo Discursivo. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, páginas 19 e seguintes, apud O Neoconstitucionalismo em Hans Kelsen, Luís Afonso Heck, in Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2016, p. 93.

vontade racional em todos os planos. O estado democrático vive praticamente através de discursos¹²³.

A teoria do discurso busca descobrir potenciais de razão existentes na realidade humana¹²⁴. Somente há racionalidade em um discurso quando ele atende às condições do argumentar racional, e tais condições estão reunidas em um sistema de regras do discurso¹²⁵. A razão prática é a capacidade de atingir juízos práticos através das regras do discurso¹²⁶.

A necessidade da observação da decisão precedente como diretiva para problemas futuros é fundada nos princípios da universalidade e da inércia, que são princípios prático gerais¹²⁷. Partindo da premissa de que é necessário solucionar questões práticas, que a racionalidade é necessária, que a pretensão de correção é necessária, devemos reconhecer que ao menos a dimensão ideal do direito¹²⁸ faz obrigatória a observância de precedentes¹²⁹. A racionalidade não está atrelada nem ao *common law*, nem ao *civil law*, mas a um conceito de direito amplo, que abrange as duas tradições. As diferenças devem ser identificadas em cada sistema jurídico, marcadamente em como e em que extensão os juízes devem observar precedentes como modelos para a decisão a partir das normas individuais estabelecidas por cada

¹²³ Alexy, Robert. Constitucionalismo discursivo. 3. Ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2011. Organizador e tradutor: Luís Afonso Heck, apud O Neoconstitucionalismo em Hans Kelsen, Luís Afonso Heck, in Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2016, p. 97.

¹²⁴ Alexy, Robert. Teoria do discurso e dos direitos do homem, in Direito, razão, discurso. Porto Alegre. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, tradução: Luís Afonso Heck, p. 111 e seguintes, apud O Neoconstitucionalismo em Hans Kelsen, Luís Afonso Heck, in Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2016, p. 102.

¹²⁵ Alexy, Robert. Theorie der juristischen Argumentation. 7. Aufl. Frankfurt am Main: 2012, S. 2012, 234 ff. apud O Neoconstitucionalismo em Hans Kelsen, Luís Afonso Heck, in Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2016, p. 102.

¹²⁶ Alexy, Robert. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática, in Luís Afonso Heck, Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 99, tradutor: Luís Afonso Heck.

¹²⁷ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 282

¹²⁸ Alexy, Robert. The Dual nature of Law, in Ratio Juris 23 2010, p. 167, apud O Neoconstitucionalismo em Hans Kelsen, Luís Afonso Heck, in Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2016, p. 93.

¹²⁹ O que, em um sistema jurídico é correto, depende, completamente no sentido do conceito de correção de segundo grau ou ordem, essencialmente disto, o que foi determinado, fundado em autoridade ou institucionalmente,

sistema. Em relação ao decretado conforme a ordem e eficácia social, não há dúvida de que existe diferenças essenciais entre cada sistema¹³⁰. Entretanto a divisão em *common law* e *civil law* não detém relevância significativa¹³¹. Perdurariam tendências, no common law de conferir maior importância a precedentes errados, e no civil law de segui-los. Muitos autores sustentam que o futuro será o common law, que gradualmente estenderá sua teoria de precedentes primeiro para as nações do *civil law* do ocidente, e posteriormente para as demais nações europeias. Igualdade e previsibilidade justificam ao menos uma limitada teoria de *stare decisis*¹³².

¹³⁰ MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. *Introduction* em *Interpreting Precedents: a Comparative study*. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 2. ALEXI, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 154. ALEXI, Robert. DREIER, Ralf. *Precedent in Federal Republic of Germany* in *Interpreting Precedents: a Comparative study*. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 43

¹³¹ HONDIUS, Ewoud. *Precedent Revisited*. , in *On the Philosophy of Precedent*, org. Bustamante, Thomas. Pulido, carlos Bernal. Stuttgart : Steiner, 2012, p. 136.

¹³² HONDIUS, Ewoud. *Precedent Revisited*. , in *On the Philosophy of Precedent*, org. Bustamante, Thomas. Pulido, carlos Bernal. Stuttgart : Steiner, 2012, p. 140.

FUNDAMENTOS PARA A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE

Alexy e Dreier resumem a doutrina sobre precedentes de autores alemães, austríacos e suíços alemã sobre precedentes em uma perspectiva histórica inicialmente. Pontuam que o sistema alemão é um sistema codificado, atrelado ao *civil law*. Na baixa idade média não havia um sistema normativo estabelecido, o que acabou atribuindo aos tribunais amplos poderes. Consequentemente, suas decisões passaram a ter grande importância, quase um 'culto a precedentes'. Isso fez que os monarcas viessem a promulgar códigos e a adotar outras medidas para reduzir o poder dos tribunais. Com a derrota de Napoleão no começo do século XIX teve início um debate sobre a utilidade de um código civil. Naquela época, F. K. von Savigny publicou em 1814 'Sobre a vocação de nosso tempo para a legislação e para a teoria do direito', opondo-se à codificação. Sua autoridade acadêmica foi uma das razões impedir que até o final do século não fosse promulgado um código civil. Para ele, a fonte suprema de todo o direito seria a convicção comum da nação. Os tribunais deveriam seguir critérios estabelecidos pelos acadêmicos ('*communis opinio doctorum*') e pelas práticas dos tribunais ('*usus fori*')¹³³.

Bernhard Windscheid sustentava que haveria duas fontes de direito – os estatutos e o direito costumeiro. Precedentes somente seriam direito quando atendessem aos requisitos para que fossem também reconhecidos como direito costumeiro – *longa consuetudo, opinio necessitatis*. Um precedente somente teria autoridade e força prática quando seus fundamentos fossem adequados¹³⁴. Posteriormente ganharam importância autores positivistas que definiam o direito como a vontade do Estado. O julgamento seria a declaração desta vontade. Entretanto os positivistas proeminentes do período, Biding, Laband, Bergbohm não elaboraram uma teoria sobre a força do precedente e sobre o juiz fazendo a lei. Kelsen somente

¹³³ ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. Precedent in Federal Republic of Germany *in* Interpreting Precedents: a Comparative study. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 41

¹³⁴ WINDSCHEID, Bernard. Lehrbuch des Pandektenrechts, vol. I, 7ª ed., Frankfurt a.M.: Rütten & Loening, 1891, s. 16,22, apud ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. Precedent in Federal Republic of Germany *in* Interpreting Precedents: a Comparative study. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 42

abordou a questão na 2ª edição do *Teoria Pura do Direito*¹³⁵. No ano de 1885 Oscar Bülow apresentou a tese de que a norma cria o direito, mas este necessita do juiz para ser concretizado e completado. Portanto, o direito válido seria resultado da cooperação entre legislativo e judiciário. Segundo ele, portanto, o juiz faz o direito para o povo¹³⁶. Ao lado de Savigny, Rudolf von Jhering foi o mais importante advogado alemão no século XIX. O primeiro Jhering representa a forma clássica da jurisprudência dos conceitos. O sistema seria uma fonte inesgotável do direito¹³⁷. O segundo, representou uma virada para uma doutrina de propósitos – a finalidade seria a criadora de todo o direito¹³⁸. Posteriormente a isto, nas primeiras décadas do século XX, foi dada importância à teoria do direito livre e à teoria do direito sociológica. Nenhum deles deu atenção ao tema dos precedentes isolados¹³⁹.

Há três princípios em favor da vinculatividade de precedentes ou linhas de precedentes: o princípio da certeza jurídica, que decorre do princípio do estado de direito; o princípio da igualdade; o princípio da proteção da confiança (também derivado do princípio do estado constitucional). Os argumentos de suporte referem-se a limitar o litígio e assegurar a uniformidade do sistema legal. O direito escrito possui uma textura aberta, as leis tornam-se obsoletas diante de rápidas mudanças de uma sociedade complexa. Os juízes estão constitucionalmente vinculados a princípios como direitos fundamentais, à democracia, ao estado de direito e ao estado social. Possuindo poder para sopesar e os aplicar normas e princípios, o juiz completa,

¹³⁵ KELSEN, Hans. *Reine Rechts lehre*, Vienna: Franz deutike, 2ª ed., apud ALEXU, Robert. DREIER, Ralf. *Precedent in Federal Republic of Germani in Interpreting Precedents: a Comparative study*. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 42

¹³⁶ BÜLOW, Oscar. *Gesetz und Richteramt*, Leipzig: Dunker & Humblot, 1885, p. 48, apud ALEXU, Robert. DREIER, Ralf. *Precedent in Federal Republic of Germani in Interpreting Precedents: a Comparative study*. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 43

¹³⁷ JHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschieden Stufenseiner Entwicklung*, parte II 2, Leipzig, 5ª ed, reimpresso em 1968, Aalen: Scientia, apud ALEXU, Robert. DREIER, Ralf. *Precedent in Federal Republic of Germani in Interpreting Precedents: a Comparative study*. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 43

¹³⁸ JHERING, Rudolf von. *Der Zweck in recht*, vol. 2, 3ª ed., Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1893, apud ALEXU, Robert. DREIER, Ralf. *Precedent in Federal Republic of Germani in Interpreting Precedents: a Comparative study*. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 43

¹³⁹ ALEXU, Robert. DREIER, Ralf. *Precedent in Federal Republic of Germani in Interpreting Precedents: a Comparative study*. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 43

implementa e desenvolve o direito. Os argumentos contrários mais importantes são os princípios da democracia, da separação de poderes, e da correção substantiva ou do direito a um julgamento judicial justo. Ainda, os tribunais, quando comparados com o parlamento, possuem menor capacidade para explorar fatos empíricos relevantes e identificar as possíveis consequências de novas normas. Ao fim, reconhecer vinculação ao precedente judicial pode dificultar a evolução do direito¹⁴⁰.

As teorias sobre a vinculação a decisões precedentes podem ser divididas em dois grupos. A maioria dos teóricos filia-se à escola histórica. A decisão precedente somente teria autoridade quando fosse uma interpretação correta do direito válido. A opinião majoritária filia-se à posição da escola histórica. Para Enneccerus¹⁴¹, Larenz¹⁴², Esser¹⁴³, Canaris¹⁴⁴, Flume¹⁴⁵ e Fischer¹⁴⁶ a autoridade do precedente está limitada por uma interpretação correta do direito válido. A posição minoritária atribui maior importância ao precedente. Consideram que em favor do precedente há uma presunção da razoabilidade, trazendo aos que pretendem dele se desviar a obrigação de argumentar, estando o juízo vinculado à decisão proferida

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. Precedent in Federal Republic of Germani *in* Interpreting Precedents: a Comparative study. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 47

¹⁴¹ ENNECCERUS, L. e NIPPERDEY, H. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, vol. I.1, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, 15ª ed., apud ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. Precedent in Federal Republic of Germani *in* Interpreting Precedents: a Comparative study. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 44

¹⁴² LARENZ, Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin: Springer. 1991, 6ª ed., p. 429, apud ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. Precedent in Federal Republic of Germani *in* Interpreting Precedents: a Comparative study. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 44

¹⁴³ ESSER, J. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortlichen Fortbildung des Privatrechts. Tubingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 3ª ed., 1974, p. 267, apud ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. Precedent in Federal Republic of Germani *in* Interpreting Precedents: a Comparative study. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 44

¹⁴⁴ LARENZ, Karl, CANARIS, C. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin/Heidelberg/Nova Iorque: Springer. 1995, 3ª ed., p. 525, apud ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. Precedent in Federal Republic of Germani *in* Interpreting Precedents: a Comparative study. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 44

¹⁴⁵ FLUME, W. Richter und Recht, p. 17, in Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages. 1966, vol. II, part. K. p. 5 Munich/Berlin: Beck apud ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. Precedent in Federal Republic of Germani *in* Interpreting Precedents: a Comparative study. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 44

¹⁴⁶ FISCHER, R., Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Karlsruhe: C. R. Müller, p. 25, apud ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. Precedent in Federal Republic of Germani *in* Interpreting Precedents: a Comparative study. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 44

quando por outros argumentos mais de uma decisão puder ser admitida metodológica e substancialmente¹⁴⁷. Não há dúvida de que o sistema constitucional alemão prioriza a legislatura. Assim, mesmo que reconheçamos o direito fruto dos tribunais como fonte, é necessário responder à questão de seu ranking e seus limites constitucionais. Esta resposta deve ser respondida pela ponderação de princípios constitucionais¹⁴⁸.

Aarnio inicia sua apresentação sobre a análise feita por finlandeses sobre as razões em favor de seguir um precedente afirmando que lá pouco se discutia sobre um sistema de precedentes. Conforme a Constituição, o papel do tribunal superior é decidir litígios, competindo ao legislativo editar as normas gerais. Entretanto a situação vem se alterando nas últimas décadas. A corte suprema passou a selecionar os casos que irá examinar, deixando de ser um tribunal de recursos para somente decidir os casos que serão utilizados como orientação para outras cortes. Busca-se, com isso, a estabilidade das relações diante do mais alto grau de previsibilidade possível, de modo a facilitar a integração social e coexistência, permitindo o planejamento das atividades sociais. Precedentes possibilitam unificação, com a conseqüente promoção da igualdade entre as pessoas de diferentes partes do país. Ao fim, promovem o desenvolvimento da ordem legal. O processo legislativo é muito inflexível para reagir rapidamente diante das mudanças da sociedade. Esta tarefa acaba sendo deixada pelo legislador para as cortes, comumente através de cláusulas gerais e leis com textura aberta. O objetivo tradicional e típico de qualquer sistema judicial é garantir uma solução legal e justa para todo e qualquer caso, o que fica mais factível quando apenas duas instâncias examinam o caso, e aplicam ao mesmo a orientação geral e abstrata do tribunal maior¹⁴⁹.

Expondo a questão a partir da perspectiva francesa, Troper e Grzegorzcyk ressaltam que as leis são a principal fonte de direito no país, e os

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. Precedent in Federal Republic of Germani *in* Interpreting Precedents: a Comparative study. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 45

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. Precedent in Federal Republic of Germani *in* Interpreting Precedents: a Comparative study. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 46

¹⁴⁹ AARNIO, Aulis. Precedent in Finland *in* Interpreting Precedents: a Comparative study. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 91

tribunais, até 1996, nunca discutiam decisões anteriores. O juiz francês é visto como detentor de uma função judicial, não de um poder judicial. A única fonte de direito são as leis. Como declarado na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, o direito é a expressão da vontade geral. Toda decisão inicia com “Au nom du Peuple Français”. Na linguagem jurídica francesa, a palavra precedente nunca significa uma decisão vinculante, porque as cortes nunca estão vinculadas pelo precedente. A ideia de que um juiz pode buscar a base para sua decisão em um julgamento anterior é literalmente impensável em um sistema de direito legislado. Um princípio na base do sistema francês é que somente as leis são fonte de direito. Lei de 1790 proibiu formalmente os juízes de fazerem regras ou interferirem na legislação. A única situação em que uma corte expressamente guia decisões futuras é quando a Corte de Cassação, em plenário, após uma determinação prévia ter sido desrespeitada por uma corte de apelação, regra a decisão, mas tal determinação apenas é válida para o caso, não para situações futuras. Uma importante alteração institucional ocorreu em 1991. Qualquer juiz pode questionar a Corte de Cassação sobre sua posição em relação à interpretação de uma lei quando esta for nova, frequente e difícil. A manifestação da corte, contudo, não é vinculante. Precedentes não são vinculantes. Os tribunais raramente citam precedentes e não devem basear suas decisões neles, porque a única fonte legítima consiste em leis. Entretanto, ao analisar a prática jurídica, conclui-se que precedentes são muito importantes¹⁵⁰.

Na doutrina, os acadêmicos franceses comumente justificam a vinculação a precedentes em razão da necessidade de unificação do direito criado por juízes, observando-se a hierarquia das cortes. Alguns escritores também referem que tratar casos similares da mesma forma é uma questão de justiça – adotam, portanto, o argumento da universalização. Quando determinada interpretação de uma lei for considerada correta para um caso, necessariamente deve ser considerada correta para os demais casos. O precedente seria, em verdade, a formulação de um princípio, formulação vinculada tanto à situação institucional da corte quanto à qualidade da decisão, aparentando ser uma interpretação particular da lei ou uma boa solução para

¹⁵⁰ TROPER, Michel. GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. em *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 107, 112 e 120

um caso difícil. O precedente deve ser identificado como uma solução generalizável. Entretanto, juízes em regra referem-se a princípios ou princípios gerais de direito. Por vezes há menção a necessidade de autocontenção dos juízes das cortes inferiores, e uma busca por não ter suas decisões reformadas pelas cortes superiores, ou, diante da sobrecarga de trabalho, a necessidade de solucionar casos com rapidez reproduzindo precedentes. Entretanto, para o autor, tais argumentos são explicações psicológicas e não podem ser consideradas fundamentos para a aplicação do precedente – o que vem corroborado pelo fato de nunca serem citados tais argumentos em decisões judiciais. A crítica presente na doutrina centra-se na ausência de validade do direito criado por juízes, bem como na ausência de um critério empírico (como a prática das cortes de reconhecerem os precedentes). Ao fim, consideram que a vinculação a precedentes constitui um obstáculo à evolução do direito e de sua adaptação à sociedade¹⁵¹.

Eva Steiner, em artigo escrito em 2010, reproduz as conclusões de Troper e Grzegorzcyk. O sistema francês ainda veda a vinculação dos juízes a decisões precedentes, mas ressalva que estudos de 1953 já mencionavam a complementariedade entre precedentes e a legislação. A jurisprudência seria nada mais que a interpretação, a alteração e o toque final para a legislação promulgada¹⁵². Outros sustentariam que os tribunais, ao lado de códigos e leis, reformulavam um novo direito de natureza consuetudinária¹⁵³. Certo que, diante da vagueza dos textos legais, de sua amplitude, seria impossível sem a intervenção judicial definir a finalidade do texto, seria impossível refinar o texto, e tais decisões devem ser respeitadas posteriormente em razão da segurança jurídica¹⁵⁴.

Na Itália, o termo 'precedente' é utilizado em sentido amplo, denotando qualquer decisão judicial pretérita relevante para um caso em análise. Os precedentes possuem alguma autoridade, mas não são formalmente vinculantes. As decisões do

¹⁵¹ TROPER, Michel. GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. em *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 126 e 127.

¹⁵² BOULANGER, J. *Jurisprudence in Repertoire de Droit Civil*, 1ª ed., 1953, p. 22, apud STEINER, Eva, *Theory and Practice of Judicial Precedent in France* in DIDIER, Fred et al., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 41

¹⁵³ PLANIOL, Marcel. *Traité Elementaire de Droit Civil*, 1922, vol. 1, p6, apud STEINER, Eva, *Theory and Practice of Judicial Precedent in France* in DIDIER, Fred et al., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 44

¹⁵⁴ STEINER, Eva, *Theory and Practice of Judicial Precedent in France* in DIDIER, Fred et al., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 42

colegiado da corte constitucional, entretanto, são consideradas precedentes em sentido próprio. As decisões da Corte de Cassação são consideradas pelos juízes. Já as decisões dos tribunais de apelação raramente são consideradas. Há muitos estudos sobre precedentes, e a maior parte da literatura tem por objeto sintetizar, reconstruir racionalmente, explicar e realizar a análise crítica de precedente. Advogados sustentando casos perante as cortes citam e discutem precedentes relevantes¹⁵⁵.

Os italianos consideram em regra que os precedentes devem ser observados para que haja igual tratamento diante da lei, para que haja certeza sobre os padrões legais adotados quando dos julgamentos, para que haja previsibilidade e uniformidade nas decisões. O artigo 3º da Constituição prevê a igualdade, e é comum sustentarem que igualdade deve ser assegurada também nas decisões judiciais, já que uma mesma questão deve ser solucionada sempre da mesma forma, e um sistema de precedentes é um instrumento para que tal fim seja atingido. A certeza do direito também é um princípio fundamental do sistema legal – e o direito é certo quando oferece normas estáveis aplicadas de maneira clara. A previsibilidade, que tem base na certeza jurídica, é extremamente importante em qualquer negócio, e reduz litígios. Ademais, a referência a precedentes pode ser útil para solucionar lacunas e indeterminações, e encontrar um guia para a evolução e interpretação do direito. Mesmo que as justificações teóricas eventualmente não sejam consideradas, precedentes exercem um papel prático importante, já que o legislador não consegue desenvolver a legislação da forma necessária para a solução de conflitos práticos¹⁵⁶. A variação da jurisprudência deve ser considerada possível somente quando existam razões particularmente relevantes decorrentes de mutações sociais, morais ou econômicas, em uma necessária dimensão dinâmica do direito. A uniformidade da interpretação e aplicação do direito é um valor fundamental e deve ser realizado na maior medida possível.¹⁵⁷

¹⁵⁵ TARUFFO, Michele. TORRE, Massimo. Precedent in Italy *in* Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 152

¹⁵⁶ TARUFFO, Michele. TORRE, Massimo. Precedent in Italy *in* Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 165

¹⁵⁷ TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia, *in* Precedentes, coord. Fred Didier Jr. ... [et al.] Salvador: Juspodivm, 2016, p. 252

No discurso jurídico polonês corriqueiro, precedente significa um caso que precede outro similar, a força vinculante de uma decisão para a aplicação do direito em casos semelhantes. Dentro da jurisprudência polonesa, há duas concepções comuns. Para Wróblewski, precedente significa uma decisão que normativa ou factualmente influencia a elaboração de outras decisões¹⁵⁸. Já segundo Ziembinski, precedentes possuem dois significados. No sentido afirmativo, precedente é o reconhecimento de norma proveniente dos juízes no exercício da jurisdição. Noutra sentença, há um precedente quando uma autoridade profere uma decisão sem que haja fontes legais claras e sua decisão é tratada como a expressão de uma norma vinculante geral e abstrata que até então não fora formulada¹⁵⁹. O problema dos precedentes começou a ser discutido em 1950. Em países comunistas como a Polónia, foram introduzidas orientações para a administração da justiça e para a prática jurídica para que houvesse uniformidade nas decisões judiciais. As orientações continham normas gerais, ranqueadas nos termos de decisões precedentes, que não eram nada mais do que normas individuais conectadas com o exame do caso concreto. Eram vinculantes também respostas a questionamentos legais e decisões proferidas por grupos de juízes e o exame das apelações contra decisões judiciais válidas. Entretanto no ano de 1989 houve grande alteração. A Corte Suprema perdeu o direito de regular, resoluções e princípios legais criados pela Suprema Corte perderam sua força vinculante, e o princípio da separação de poderes passa a influenciar em grande medida os juízes da Polónia¹⁶⁰. Hoje *stare decisis* não é reconhecido na Polónia. Decisões judiciais não são reconhecidas como fonte de direito. Entretanto muitas decisões funcionam de fato de uma forma similar a precedentes. As resoluções da Suprema Corte, especialmente as que enunciam princípios legais, pronunciam a interpretação de regras legais. Algumas destas

¹⁵⁸ WRÓBLEWSKI, J. Precedens i jednolistość sadowego stosowania prawa. PiP, 10, 1971, p. 525, apud MORAWSKI, Lech, ZIRK, Marek. Precedent in Poland. in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 222

¹⁵⁹ ZIEMBINSKI, Z. Problemy podstawowe prawosławstwa, Warsaw, 1980, p. 262, apud MORAWSKI, Lech, ZIRK, Marek. Precedent in Poland. in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 222

¹⁶⁰ MORAWSKI, Lech, ZIRK, Marek. Precedent in Poland. in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 222

resoluções alcançam o status de princípios legais. Muitas decisões judiciais funcionam de forma semelhante a precedentes clássicos¹⁶¹.

As razões mais importantes para justificar a criação e observância de precedentes são a uniformidade, a previsibilidade, a correção e a justa aplicação do direito. Também é possível mencionar que sistemas legais são incompletos e falíveis, fazendo do precedente um instrumento de preenchimento de lacunas, ou correção de equívocos óbvios. Ainda, a legislação, principalmente a proveniente do parlamento, não é veloz o suficiente para adequar-se com rapidez às transformações sociais. Ao fim, precedentes orientam e facilitam as cortes inferiores, que acabam correndo menor risco de terem suas decisões reformadas. Precedentes reduzem a incerteza do direito, bem como sobre a interpretação dos fatos, já que há presunções, regras de evidência *prima facie* ou outras regras da evidência que estão solidificadas apenas em precedentes (precedentes indicam conclusões similares para fatos semelhantes nos casos em que há várias possibilidades de interpretação dos fatos).¹⁶²

Na estrutura cultural da mente do espanhol, ratificado muitas vezes pela Corte Constitucional, o juiz está vinculado às leis, não ao precedente. O código civil não incluiu os precedentes como uma das fontes formais. Estritamente falando, precedentes não são formalmente vinculantes. Após alguns anos da criação da Corte Constitucional, muitos estudos surgiram analisando suas posições sobre tópicos específicos como igualdade, liberdade individual, liberdade de expressão, devido processo – mas apenas entre acadêmicos. As cortes quase nunca debatem a jurisprudência da Corte Constitucional. As decisões jurídicas nunca discutem a vinculação a precedentes¹⁶³. Entretanto, a Espanha caminha para um sistema de precedentes mais forte e vinculante. Uma decisão da Suprema Corte de abril de 1995 enunciou que “não é possível ignorar a real transcendência normativa da jurisprudência”¹⁶⁴. A Constituição de 1978 trouxe normas sobre precedentes, e na década de 90 foi incluída a possibilidade de a Corte Constitucional rejeitar questões

¹⁶¹ MORAWSKI, Lech, ZIRK, Marek. Precedent in Poland. *in* Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 224

¹⁶² MORAWSKI, Lech, ZIRK, Marek. Precedent in Poland in Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 244

¹⁶³ MIGUEL, Alfonso Ruiz. LAPORTA, Francisco. Precedent in Spain, in Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 269.

¹⁶⁴ MIGUEL, Alfonso Ruiz. LAPORTA, Francisco. Precedent in Spain, in Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 269.

individuais quando existir um precedente que enseje negar provimento ao apelo¹⁶⁵. Não há discussões teóricas densas sobre as razões para que precedentes venham a ter força vinculante, ou sobre a finalidade de eventual vinculação. Os argumentos favoráveis a conferir mais peso a precedentes versam sobre o tamanho e reputação da corte, bem como o princípio da igualdade perante a lei, sobre a universalização, a segurança jurídica, a uniformidade na aplicação da ordem legal, a previsibilidade¹⁶⁶.

Na Inglaterra dos séculos XIX e XX a posição positivista foi quase hegemônica. Positivistas sustentam que o precedente é uma fonte subordinada do direito, subordinada à lei de um parlamento soberano ou uma autoridade. O espaço para os juízes criarem o direito é apenas intersticial. Isso trouxe reflexos na prática dos tribunais. A doutrina dos precedentes firmou-se, e houve uma hierarquização do ranking de precedentes vinculantes, reconhecendo que os juízes faziam direito. Atualmente considera-se que o direito é baseado em princípios, parte decorrentes da prática e do costume, parte construídos a partir de elementos morais e ideológicos, que trazem junto prática e valores contemporâneos em uma ordem coerente. Regras legais e regras judiciais devem ser vistas como determinações de princípios anteriores – nem simples deduções deles, nem decisões arbitrárias ou discricionárias, mas decisões parcialmente discricionárias, na melhor forma de fazer o direito determinado para um caso determinado. A melhor fundamentação racional para o precedente seria a teoria da determinação, que poderia dar conta de continuar o papel do precedente judicial como uma fonte de direito, mas uma fonte excepcionável. O fato de uma questão já ter sido previamente determinada é aceita como uma razão especial para continuar nesta linha de decisão, mesmo que outra linha possa vir a ser melhor do que a inicialmente encontrada¹⁶⁷.

Teorias sobre a natureza geral do direito ou a natureza do processo judicial não fornecem uma análise racional conclusiva para decidir o quão firme ou rígida deve ser uma doutrina de precedentes. Portanto devemos distinguir entre

¹⁶⁵ MIGUEL, Alfonso Ruiz. LAPORTA, Francisco. Precedent in Spain, in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 263.

¹⁶⁶ MIGUEL, Alfonso Ruiz. LAPORTA, Francisco. Precedent in Spain, in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 280

¹⁶⁷ BANKOSKI, Zenon. MACCORMICK, Neil. MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom, in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 331.

teorias que explicam uma razão para ter uma doutrina do precedente, teorias que explicam porque ter uma teoria vinculante do precedente, e teorias sobre um fundamento racional para uma doutrina do precedente absolutamente vinculante. Argumentos para justificar a atribuição de poder aos tribunais para determinar o direito são raras. Juízes têm de o fazer, pois do contrário ninguém o fará. Contra a concepção de atribuir a juízes o poder de estabelecerem normas há os princípios da separação de poderes e da democracia. Atualmente juízes britânicos buscam uma autolimitação, conferindo deferência ao parlamento como legislador constitucional e democrático. O silêncio da lei pode ser solucionado através do recurso ao princípio da liberdade, pois tudo que não é proibido, é permitido. Noutra extremidade, há doutrinas como a teoria da determinação (*determinative theory*). Sustentam que deve haver desenvolvimento de princípios específicos, particulares, mas respeitando-se uma visão coerente de doutrinas jurídicas, respeitando-se princípios, possibilitando a precisão do direito através de um juiz que é verdadeiramente sensível a todas as particularidades do contexto da decisão. Juristas, assim, podem diferenciar a força decisória e o escopo dos precedentes de seu peso e ou força gravitacional como justificação e desenvolvimento do direito. Certo é que quando um tribunal fixa um precedente, o princípio da separação de poderes induz à conclusão de que somente o legislativo teria poder para alterar a norma. Havendo uma norma, é importante que os cidadãos possam nela confiar, que tais normas sejam duráveis, previamente noticiadas, possibilitando previsibilidade e certeza, princípios todos decorrentes do estado de direito. Há razões de justiça formal, que exige tratamento igualitário de casos semelhantes. Há, ainda, razões de conveniência, pois a vinculação a precedentes impede o dispêndio de recursos decorrente de rediscutir pontos já decididos por uma autoridade judiciária superior¹⁶⁸.

Entretanto, contra o argumento da certeza há o argumento da justiça. Quando o precedente é injusto, ou gera consequências deletérias imprevistas, ou mostra-se incoerente com o restante do sistema jurídico, há razões para superar o precedente. A certeza jurídica é uma parte da justiça formal, e é geralmente benéfica.

¹⁶⁸ BANKOSKI, Zenon. MACCORMICK, Neil. MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom, in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 334.

Entretanto, por vezes um aspecto da justiça ou utilidade pode ou mesmo deve preponderar sobre outro. O precedente é indispensável para assegurar certeza e uma base para o desenvolvimento de normas, mas se a ele for atribuída rigidez excessiva, o próprio desenvolvimento do direito será obstado. O relaxamento da regra de *stare decisis* deve ser tal que assegure contra riscos de retroatividade em questões contratuais e de propriedade, e que identifique a especial necessidade de certeza para questões ao direito criminal¹⁶⁹.

Para Summers, analisando a doutrina e a posição dos tribunais de Nova Iorque, o poder das cortes para criar precedentes vinculantes necessário. Há muitos ramos do direito que o legislador deixa de regular, fazendo necessário fixar precedentes para serem seguidos por juízes em casos futuros. Mesmo quando há leis regulando determinadas questões, haverá questões que não podem ser solucionadas pela simples aplicação da lei ao caso, situações a excetuar, situações que a aplicação da lei não se mostra como uma solução minimamente adequada ao caso. A aplicação do precedente em regra é baseada na estabilidade assegurada à sociedade e na segurança jurídica oferecida por haver regras previamente estabelecidas e conhecidas. O precedente é necessário para preservar certeza, estabilidade e simetria na jurisprudência¹⁷⁰.

A decisão de um tribunal de última instância define não apenas os princípios de direito envolvidos no caso para os que litigam, mas para todos os litigantes futuros. Quando a diretriz normativa de um precedente é aplicada reiteradamente, torna-se um princípio em que todos podem confiar quando da regulação de suas questões particulares, quando o direito pode ser tido como definido e certo. Estabilidade, certeza, justiça imparcial e estado de direito parecem ser os valores formais mais fortes para os precedentes. Juízes divergem sobre a importância que conferem para tais argumentos. Para muitos deles, estes argumentos apenas devem ser contrapostos aos argumentos que embasariam uma nova regra. Entretanto, para outros tais fundamentos são tão importantes que o precedente deve

¹⁶⁹ BANKOSKI, Zenon. MACCORMICK, Neil. MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom, in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 335.

¹⁷⁰ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 379.

ser observado exceto quando houver uma situação excepcional. O Tribunal de Apelação de Nova Iorque já teve juizes que divergiam radicalmente sobre a abordagem ao precedente. John T. Loughran foi presidente da Corte de Apelação e acreditava que as cortes deveriam seguir precedentes a menos que isto conduzisse a resultados terminantemente injustos ou absurdos. Segundo ele “[...] seria perigoso se cada juiz pudesse se tornar o direito em si mesmo, com conseqüente caos e total incerteza [...] a superação de um precedente pode causar mais prejuízo do que benefício, pelo efeito de indeterminação que pode causar às transações concluídas na confiança nas regras previamente declaradas.”¹⁷¹ Sol Wachtler – também presidente da corte – sustentava que os precedentes deveriam ser seguidos exceto em circunstâncias especiais. Em um voto divergente sustentou que “a corte é vinculada a seguir seus próprios precedentes a menos que a necessidade por uma nova regra de direito prepondere largamente sobre a necessidade de estabilidade, previsibilidade, e uniforme aplicação das regras estabelecidas. Na verdade, há precedentes que estabelecem diretrizes que as cortes devem seguir para determinar se um precedente existente deve ser superado.”¹⁷² Contudo, alguns juizes acreditam que se as cortes aderirem muito estritamente ao precedente, o direito ficará estagnado. Holmes sustentou que precedentes perduram por mais tempo do que as razões para as quais foram criados, quando o fundamento para o precedente chegou a um fim, quando o fundamento para eles restou esquecido, levando à conclusão de que seguir um precedente é uma conclusão falha e confusa¹⁷³. Judith Kaye, outra presidente da Corte de Apelação de Nova Iorque, sustentou que a aderência ao precedente pode manifestar não auto-restrição judicial, mas *nonsense* intelectual¹⁷⁴.

¹⁷¹ LOUGHRAN, J. Some Reflections on the Role of Judicial Precedent. *Fordham Law Review*, 22, 1953, pp. 3-4, apud SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 379p. 378.

¹⁷² *Kalisch-Jarcho, Inc. v. City of New York*, 448 N.E.2d413, 419 (N.Y.1983), apud SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 378

¹⁷³ HOLMES, Oliver. *Common Careers and Common Law*. *American Law Review*, 13, 1879, p. 630, apud SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 381

¹⁷⁴ KAYE, Judith, *The Human Dimension in Appellate Judging: a brief Reflection on a Timeless Concern*. *Cornell Law Review*, 73. p. 1006. 1988. apud SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 381.

Para outros, certeza, estabilidade e outros valores formais são apenas variantes para serem ponderadas contra outros. Em *Higby v. Mahoney*, o Juiz Fuchsberg manifestou-se defendendo que *stare decisis* seria um conceito mais sutil e flexível do que sugerem, com inafastáveis limitações, pois a estabilidade deve coexistir com uma sociedade em evolução e com a sabedoria resultante das injustiças repetidas que uma regra particular forjou, fazendo mais ponderada a maleabilidade do ouro do que a rigidez do aço.¹⁷⁵ Entretanto a maioria dos juízes que participaram do julgamento em *Higby* considerou que a superação do precedente dependeria de muitos fatores, como o grau de confiança que legitimamente foi conferido ao precedente, devendo o peso do precedente estar atrelado à facilidade de alteração legislativa. Convites à alteração legislativa têm mais peso quando dirigidos a questões constitucionais, pois há grande dificuldade de alteração constitucional. O uso de precedentes promove economia judicial e eficiência, e conserva os recursos de juízes, advogados e partes. Uma vez examinada uma questão pelo tribunal, ela torna-se definida, não precisando ser reexaminada. O precedente desencoraja litígios, conserva recursos de partes e do tribunal, providencia uma estrutura jurídica preexistente que encoraja acordos extrajudiciais, despersonaliza decisões, fazendo com que o perdedor não resista ao cumprimento da obrigação ao ver que a decisão se aplica a todos que estiverem na mesma situação. Os juízes ao saberem que sua decisão será analisada e seguida por outros, na análise de casos novos, adotam maior rigor no exame dos argumentos, buscando sempre uma universalização do argumento. A prática de seguir precedentes permite maior coerência e inteligibilidade. Fornece ao direito maior aderência, e permite que seja mais suscetível de valoração racional e crítica¹⁷⁶.

Zhang Qi, examinando o sistema chinês, observa a vinculação a precedentes está condicionada à correção. Apenas quando os casos precedentes refletirem os propósitos legislativos, o espírito da legislação, os princípios da

¹⁷⁵ HIGBY, 48 N.Y.2d 15 (1979), p. 18-19, SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 381.

¹⁷⁶ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 381.

legislação, eles vinculam¹⁷⁷. Entretanto, a vinculação não é a do *common law*, do *stare decisis*. A verdadeira influência do precedente é de persuasão que a fundamentação pode exercer. O precedente promove segurança jurídica e igualdade. Considerar precedentes como meramente persuasivos¹⁷⁸. O direito é um sistema formal de regras que busca evitar subjetivismo, arbitrariedade contingente, indeterminação e imprevisibilidade. A ausência de rigidez na vinculação e seleção de precedentes traz injustiça. A aplicação de precedentes deve ser determinada previsível e unificada para que os objetivos do sistema sejam atingidos¹⁷⁹.

Na Argentina já houve a tentativa de implementação de um modelo de *stare decisis*. A constituição de 1949, em seu art. 95, estabelecia que a interpretação que a Suprema Corte confere aos artigos da constituição por recurso extraordinário ou aos códigos e leis, por recurso de cassação, seria aplicada por juízes e tribunais nacionais ou provinciais.¹⁸⁰ Seguir precedentes seria conferir preponderância a igualdade, previsibilidade, economia e respeito à sabedoria e experiência de gerações anteriores de juízes¹⁸¹.

Entretanto, a própria corte preceitua que há um dever condicionado. Devem ser repetidas a credibilidade dos jurisdicionados no sistema jurídico a partir do correto manejo da argumentação para manter ou modificar os precedentes. Havendo condições contextuais novas, bem como dificilmente podem ser esgotados os argumentos que poderiam ser elaborados, a jurisprudência se encontra em permanente mudança. Este é o parecer da doutrina.¹⁸²

Na Rússia Soviética Lenin enviou juristas para Suíça, Alemanha e França para copiar seus códigos, resultando no Código Civil de 1922. Entretanto os

¹⁷⁷ QI, Zhang. On the Method of Searching for Guiding cases on the Basis of Trial Experience, in *On the Philosophy of Precedent*, org. Bustamante, Thomas. Pulido, carlos Bernal. Stuttgart : Steiner, 2012, p. 127.

¹⁷⁸ QI, Zhang. On the Method of Searching for Guiding cases on the Basis of Trial Experience, in *On the Philosophy of Precedent*, org. Bustamante, Thomas. Pulido, carlos Bernal. Stuttgart : Steiner, 2012, p. 129.

¹⁷⁹ QI, Zhang. On the Method of Searching for Guiding cases on the Basis of Trial Experience, in *On the Philosophy of Precedent*, org. Bustamante, Thomas. Pulido, carlos Bernal. Stuttgart : Steiner, 2012, p. 132.

¹⁸⁰ SALGADO, José Maria. Precedentes y Control de Constitucionalidad em Argentina. In: *Precedentes*, coord. Fred Didier Jr. .. [et al.] Salvador: Juspodivm, 2016, 133.

¹⁸¹ SALGADO, José Maria. Precedentes y Control de Constitucionalidad em Argentina. In: *Precedentes*, coord. Fred Didier Jr. .. [et al.] Salvador: Juspodivm, 2016, 124.

¹⁸² SALGADO, José Maria. Precedentes y Control de Constitucionalidad em Argentina. In: *Precedentes*, coord. Fred Didier Jr. .. [et al.] Salvador: Juspodivm, 2016, 137.

tribunais sempre tiveram a função de preencher lacunas e superar inconsistências. Além dos julgamentos, os tribunais expediam instruções vinculantes para as cortes inferiores. Em teoria, as instruções deveriam ser mera interpretação das disposições relevantes do Código, mas na prática elas criavam direito novo e emendavam o existente.¹⁸³ Com o fim da União Soviética, promulgada a nova constituição russa, veio expressamente previsto o poder das cortes para expedir instruções vinculantes.¹⁸⁴ A busca por consistência nas decisões prolatadas pelos tribunais é tão relevante na Rússia que foi o fundamento de uma reforma do sistema jurídico russo, unificando as cortes superiores em uma nova Suprema Corte da Federação Russa, ocorrida na primavera de 2014. Foi mantido o poder da corte de expedir instruções vinculantes¹⁸⁵.

Os juristas dos mais diversos sistemas deixam claro que uma dogmática jurídica perfeita, em que cada sentença é apenas um ato de subsunção é uma idéia insustentável.¹⁸⁶ A aplicação de prescrições legais exige que sejam feitas valorações que não podem ser derivadas do material dado com autoridade¹⁸⁷. Existem casos claros, em que a lei é nitidamente aplicável, casos geralmente incontroversos. Entretanto há casos em que haverá razões tanto a favor como contra reconhecer que a palavra 'veículo', constante de uma norma que proíbe veículos no interior de parques, refere-se também a aviões, bicicletas ou patins. A linguagem da norma parece apenas assinalar um exemplo vinculante constituído pelo caso evidente. Nos demais casos, é necessário examinar se o caso se assemelha suficientemente ao caso simples. A norma acaba por ser imprecisa para indicar se bicicletas podem ou não ingressar no parque, evidenciando a abertura do texto normativo. A textura aberta

¹⁸³ HENDERSON, Jane. Precedent as a source of law in the russian legal system. In: Precedentes, coord. Fred Didier Jr. ... [et al.] Salvador: Juspodivm, 2016, 102.

¹⁸⁴ HENDERSON, Jane. Precedent as a source of law in the russian legal system. In: Precedentes, coord. Fred Didier Jr. ... [et al.] Salvador: Juspodivm, 2016, 105.

¹⁸⁵ HENDERSON, Jane. Precedent as a source of law in the russian legal system. In: Precedentes, coord. Fred Didier Jr. ... [et al.] Salvador: Juspodivm, 2016, 115.

¹⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. Wahrheit um Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Band 1, 6. Aufl. Tübingen: Mohr, 1999, S. 335, apud HECK, Luís Afonso. A Ponderação no Código de Processo Civil, in Heck, Luís Afonso. Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 131.

¹⁸⁷ HECK, Luís Afonso. A Ponderação no Código de Processo Civil, in Heck, Luís Afonso. Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 131.

é uma característica geral da linguagem humana¹⁸⁸. A imprecisão de casos limítrofes não pode ser afastada. A lei é uma tentativa de regular antecipadamente e sem ambiguidade e sem uma esfera de comportamento por meio de um padrão geral. Entretanto não é possível identificar todos os fatos, todas as características, todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer. Quando se proíbe um carro no parque busca-se tranquilidade e paz à custa de excluir o trânsito dos mesmos. Contudo não foi debatida a situação de um carro de brinquedo, situação que ao início não se poderia prever. O problema não é aventado antecipadamente. Quando ele surge, é necessário decidir se a paz e tranquilidade devem ser sacrificadas em alguma medida em benefício do prazer das crianças de usufruírem de seus brinquedos. As autoridades judiciais ou administrativas devem buscar obter um equilíbrio entre os interesses conflitantes, analisados caso a caso. É possível editar normas gerais, minimizando a necessidade de tal escolha. Entretanto, quando maior autoridade reconhecemos às normas gerais, o fazemos à custa de prejudicarmos cegamente o resultado de uma situação cuja natureza e circunstâncias ignoramos. Pensar assim leva a incluir na norma casos que excluiríamos a fim de alcançar objetivos sociais racionais – objetivos que permanecem imprecisos até que sejam articulados com possibilidades que somente a experiência possibilita¹⁸⁹.

¹⁸⁸ “deve-se a Hart o esforço de laborar um conceito de norma e de validade do direito que desse conta do fenômeno da indeterminação normativa. Sua contribuição quanto á chamada ‘textura aberta do direito’ apresenta interesse geral, embora tenha sido desenvolvida na perspectiva da tradição do common law.” (LUDWIG, Roberto José. A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 94). Casos difíceis nascem, quando o direito positivo – portanto, os fundamentos fundados em autoridade, apoiados em fontes – admitem mais que uma decisão. A decisão, que deve ser pronunciada em um tal âmbito da abertura, é uma decisão sobre uma questão normativa, que não pode ser apoiada em critérios do direito positivo, pois pudesse ela ser apoiada em tais critérios, ela não seria uma decisão no âmbito da abertura. Se ela deve ser apoiada em algum critério, ela não deve ser uma decisão puramente arbitrária, o que contradiria a pretensão de correção. Ela tem de ser apoiada em outros critérios normativos. Em decisões jurídicas trata-se, muitas vezes, de questões de distribuição e de compensação. Questões de distribuição e de compensação são questões de justiça. Questões de justiça são, porém, questões morais. Desse modo, a estrutura aberta do direito, juntamente com a natureza de questões jurídicas implica que a pretensão de correção, promovida no decidir jurídico, necessariamente diz respeito não somente a fundamentos fundados em autoridade, apoiados em fontes, mas também a fundamentos morais. (ALEXY, Robert. Não-positivismo inclusivo. Para a relação de direito e moral. Tradução de Luís Afonso Heck. In: Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2017, p. 19).

¹⁸⁹ HART, H. L. A. **O conceito de Direito**; pós escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antonio de liveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 161 e seguintes.

A limitação dos textos normativos para solucionar os problemas práticos não decorre apenas da vagueza da linguagem e da possibilidade de decidir casos especiais contra a literalidade da norma. Há também a possibilidade de conflitos normativos e de casos não regulados pelas normas vigentes¹⁹⁰. Diante da necessidade de decidir questões práticas, é racional a institucionalização estável de um discurso prático em um ordenamento jurídico. Através da argumentação jurídica aumentamos a consistência e o caráter diferenciado da decisão. A consistência é exigida pelos princípios da não contradição, da universalidade e da inércia. O caráter diferenciado da decisão é alcançado pela consideração de todos os argumentos¹⁹¹.

Para a fundamentação da aplicabilidade dos precedentes são necessários argumentos práticos do tipo geral.¹⁹² O fundamento do uso do precedente são os princípios da universalidade e da inércia¹⁹³. O princípio da universalidade,

Analisando a dificuldade de estabelecer o que é devido, proibido ou permitido, fazendo necessário valorações substanciais na interpretação jurídica, Alexy pontua: “em numerosos casos, nenhum dos três argumentos institucionais [argumentos linguísticos, genéticos e sistemáticos] leva a, rigorosamente, um resultado. Assim, existem muitos casos, nos quais argumentos linguísticos terminam com a comprovação de um espaço semêncito, argumentos genéticos fracassam na ambiguidade do objetivo legislativo e argumentos sistemáticos indicam em direções distintas. Se em tais casos deve ser decidido em virtude de argumentos, pode isso ocorrer somente sob emprego de argumentos práticos gerais, cuja força mnã se baseia na sua ancoragem institucional, mas exclusivamente em seu conteúdoo segundo fundamento é que, em numerosos casos, argumentos institucionais das distintas categorias levam a resultados diferenes e é incerto qual deve ser escolhido. Outra vez, argumentos práticos gerais são necessários para chegar a uma decisão com argumentos. O terceiro fundamento e´ que argumentos sistemáticos frequentemente só são completos quando eles são complementados por argumentos práticos gerais. Isso é, por exemplo, na ponderação entre princípios ou na analogia, regularmente, o caso. O quarto fundamento, finalmente, é que podem existir casos nos quais argumentos práticos gerais têm um peso tão grande que eles prevalecem sobre argumentos institucionais. A argumentação institucional é, portanto, sempre dependente de argumentação prática geral. Isso é um fundamento essencial para isto, considerar a argumentação jurídica ou o discurso jurídico como um caso especial, definido por vinculações institucionais, da argumentação prática geral ou do discurso prático geral. (ALEXY, Robert. *Interpretação Jurídica*. In: *Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito*. Tradutor e revisor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: RT, 2ª ed., revista, 2015, p.73)

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011, p. 280.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011, p. 282.

¹⁹² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011, p. 278.

¹⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011, p. 283.

segundo Hare¹⁹⁴, corresponde ao princípio da justiça formal de tratar igualmente o igual¹⁹⁵. O princípio da universalidade exige que expressões valorativas compartilhem essa característica em razão de seu elemento descritivo. Um juízo moral sobre algo decorre de determinadas características (não morais). Uma vez que os juízos morais sobre coisas potenciais se fazem por razões, o princípio da universalidade exige que essa razão seja aplicada em todos os casos. Se 'A' possui características (não morais) para que seja considerado 'bom', o princípio da universalidade compromete o falante a considerar 'bom' qualquer objeto que tenha tais características¹⁹⁶. Trata-se de uma regra moral que exige que quando algo possuir certas características, há uma razão para reputá-lo 'bom'. Tal regra, por não individualizar, por não conter expressões singulares, é universal. O princípio da universalidade não diz sobre o conteúdo da regra. Ele somente exige que se aja conforme uma regra. O princípio da universalidade exige apenas coerência¹⁹⁷.

¹⁹⁴ HARE, R. M. *Freedom and Reason*, Oxford, 1963, in: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011, p. 73.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011, p. 281.

¹⁹⁶ A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim a um ponto. Aquilo que, no modelo dos valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editora, 2014. p. 153).

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011, p. 77.

Posição semelhante à de Hare é a de Singer. Segundo Singer, o princípio da generalização imiscui-se em todo julgamento moral, não podendo existir um julgamento moral independente de razões, bem como não podendo haver fundamentação moral que desconsidere o princípio da universalidade: "o princípio da generalização é envolvido em ou pressuposto por todo julgamento moral genuíno. Para isso é uma parte essencial do significado de termos morais como certo, errado e devido, em seu sentido moral distintivo. É também uma característica essencial da argumentação moral, por isto pressuposto em toda tentativa de dar uma razão para um julgamento. Isso determina o que pode contar como um julgamento moral... Disto segue que não pode haver um julgamento moral genuíno independente de razões, e nenhuma fundamentação moral independente do princípio da generalização" (Singer, M. G. *Generalization in Ethics*, Nova York, 1961, p. 34, apud ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011, p. 75). MacCormick defende que o termo universalizabilidade expressa o conceito com maior adequação, em detrimento de generalizabilidade. Uma vez que a variedade de circunstâncias humanas não permite antever cada possibilidade, conclui-se que estar aberto a surpresas é uma questão de sabedoria prática. Portanto a universalizabilidade de uma pessoa prudente deve ser uma universalizabilidade excepcionável (*defeasible*). O particularismo é uma posição que insiste na possibilidade de abertura para que eventos e circunstâncias imprevistos sejam avaliados para que as quase certezas sejam revisadas, isso ocorre

A dificuldade maior no uso dos precedentes decorre da identificação das diferenças e da determinação de sua relevância. Não há identidade absoluta entre dois casos. Pode ocorrer, também, que para se afastar da regra do precedente haja fatos especiais, particulares, ou estejam ausentes determinados fatos. Ainda, é possível que as características semelhantes sejam as mesmas, mas o valor atribuído às circunstâncias tenha se alterado¹⁹⁸. Uma racionalidade elementar exige que todas as características sejam consideradas. Ao considerar todas as circunstâncias quando em um discurso de aplicação, inicia-se um processo permanente de precisão, modificação, rejeição e criação de normas, uma instância falível irrenunciável¹⁹⁹, a cumprir a pretensão de correção, também universalizável. É possível, assim, se afastar do precedente, mas nesta hipótese há uma carga de argumentação. Nos termos do princípio da inércia de Perelman, somente é possível alterar uma decisão quando forem apresentadas razões suficientes para tanto. Uma idéia que tenha sido aceita uma vez não pode ser rejeitada sem motivo suficiente. A inércia é o fundamento da estabilidade da vida intelectual e social. Não há racionalidade em abandonar uma ideia aceita sem que haja razões para tanto²⁰⁰. Não se pode eliminar o risco de uma jurisprudência do caso concreto. Entretanto, uma prática racional, por pessoas

dentro de um quadro de proposições excepcionáveis – e a cada nova exceção reconhecida torna-se ela mesma uma exceção universal. Nesta perspectiva, universal contrasta com particular, e geral com específico. Seguindo Hare (Hare, R. M. *Proceedings in the Aristotelian Society* (1972), p. 1), este último par de termos admite diferenças de grau, e o primeiro não. Universal e particular são propriedades lógicas, generalidade e especificidade, propriedades quantitativas. No direito, regras, princípios ou decisões particulares são universais (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.121)

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011, p. 268.

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. *Fundamentação de normas e aplicação de normas*. In: *Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito*. Tradutor e revisor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: RT, 2ª ed., revista, 2015, p. 59.

²⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 172. Atienza considera que a posição de Perelman não oferece critérios adequados para a tomada de decisões, e os critérios que oferece tem conotação conservadora. Em sua leitura, Perelman exige que o que venha a decidir seja imparcial, trate casos iguais de modo semelhante, e repete o princípio da inércia (só se deve justificar a mudança, sempre e apenas, sobre a base de valores precedentemente admitidos). “esses critérios, além de claramente insuficientes, têm um sabor ideológico sem dúvida conservador”. Para Atienza, aquele que quer mudar as regras não é imparcial. Portanto, o que não aceita a universalidade de regras em uma estrutura de relações, por definição não argumenta. Dentro da filosofia, segundo a leitura de Atienza sobre Perelman, o que argumenta só pode tomar posição pela ordem estabelecida. (Atienza, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Gumarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 84)

racionais, como juízes, advogados, partes, tende a combinar as forças da estabilização e a busca de um ideal de correção através de uma carga argumentativa²⁰¹.

Uma vez obedecida a regra da carga de argumentação, a observância de precedentes assegura estabilidade – contribuindo para a segurança jurídica e para a proteção da confiança. A moral, por sua limitação, exige a validade do princípio da segurança jurídica²⁰². Através de precedentes, se fixam e se fazem reproduzíveis determinadas soluções a questões práticas, soluções que podem ser reproduzidas durante longo tempo. Mesmo que sejam respeitadas as regras do discurso jurídico e do discurso prático geral, muitas vezes é possível mais de uma solução a determinada questão, o que é contrário ao princípio da universalidade e a um aspecto elementar do princípio da justiça – o princípio da igualdade de tratamento. A estabilização, assim, é uma exigência de um princípio prático geral²⁰³.

Justamente a estabilização que justifica que aquele que pretende se afastar do precedente apresente razões que justifiquem a nova solução, mas que também justifiquem romper com a tradição. Esta é a carga de argumentação que deve ser suportada²⁰⁴.

A segurança jurídica e a confiança têm valor moral. O direito oferece uma moldura para que as pessoas saibam onde estão e o que podem fazer. É o direito

²⁰¹ LUDWIG, Roberto José. A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 482.

²⁰² Não concordância discursivamente possível, porém é não-concordância racional. A teoria do discurso bate aqui em um limite que ela mesma não pode exceder. Poder denominar-se a isso o “problema do conhecimento”. [...] O problema do conhecimento e da imposição têm de ser solucionados se os custos da anarquia devem ser evitados. Que esses sejam evitados, porém, é não somente uma exigência da sabedoria, mas também uma exigência da moral. Assim, é, então, a moral mesma que, por causa de suas fraquezas, exige a validade do princípio da segurança jurídica. No seu centro está, por um lado, como Gustav Radbruch o formula, “a conhecibilidade segura do preceito jurídico” e, por outro, “a executoriedade segura do direito comprovado”. Conhecibilidade segura e imposição segura não são, porém, possíveis sem positividade. Radbruch compreende a idéia já claramente manifestada em Kant na formulação “que da carência de segurança jurídica tudo que se chama direito positivo tem origem. A segurança jurídica converte-se assim em fundamento da positividade. (ROBERT, Alexy. Segurança jurídica e correção. Tradutor HECK, Luís Afonso. in Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Org. Heck, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 45)

²⁰³ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 262.

²⁰⁴ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 264.

que possibilita a realização da dignidade dos seres humanos como participantes independentes, ainda que interdependentes. A conduta dos indivíduos deve poder se conformar na maior medida possível a padrões conformes ao que consideram serem as normas do sistema. O indivíduo concebe expectativas sobre a conduta de outros, podendo presumir que eles irão se comportar de forma similar a partir daquilo que consideram ser as normas aplicáveis. Os participantes têm para si a existência de uma ordem comum, algo dotado de força normativa, e dentro desta ordem são livres²⁰⁵. Aderir ao precedente é a forma mais segura para garantir que o futuro seja certo. Os homens desejam ter o maior grau possível de controle sobre seu meio, podendo alterar e definir o curso de eventos futuros. Isso tem uma justificação psicológica. Uma das mais fundamentais necessidades humanas é ter controle sobre o próprio meio, é que haja previsibilidade²⁰⁶.

O precedente também possui função de progresso. Através de precedentes é possível oferecer comprovações e diferenciar proposições normativas. Através do precedente ocorre também a função de descarga. Ao adotar a solução contida no precedente, aceita ao menos de maneira provisória, é possível deixar de discutir novamente a cada caso as mesmas questões. Conferindo importância ao precedente, os tribunais podem deter-se em discussões técnico jurídicas sem precisar voltar a discutir tudo que já fora discutido em outro julgamento²⁰⁷. O valor da função de descarga é limitado, pois está condicionado a simplicidade, precisão, riqueza e consenso sobre os precedentes. Há enunciados claros, ricos precisos, facilitando a decisão, mas tais características não estão sempre presentes. Uma vez que a limitação destas características é inerente ao direito, ao mesmo tempo que precedentes possuem função de descarga, em determinadas situações exigem um

²⁰⁵ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 21

²⁰⁶ WASSERSTROM, Richard A., *The Judicial Decision: toward a theory of legal justification*. California: Stanford University Press. 1978, p. 61

²⁰⁷ Reduz-se a margem de erro dos juízes, pois restringe individualidades em favor do direito já fixado. Entretanto, isso não pode significar que o primeiro juiz seja detentor da verdade jurídica apenas porque ele foi o primeiro a examinar a questão. A restrição ao individualismo tem por premissa o fato de que vários juízes possam ter verificado que a decisão anterior é livre de um erro jurídico. A probabilidade de que vários juízes estejam corretos é maior do que a probabilidade de que estejam errados e apenas o juiz do caso esteja certo. O acordo de muitos deve prevalecer sobre a minoria de um. Assim a doutrina do precedente acaba por servir como uma valiosa restrição contra as falibilidades de um único juiz (WASSERSTROM, Richard A., *The Judicial Decision: toward a theory of legal justification*. California: Stanford University Press. 1978, p. 77)

aumento da carga argumentativa – a partir da observância aos precedentes, aumenta a dificuldade das decisões²⁰⁸. Do contrário, a tarefa dos juízes seria interminável e a função do judiciário seria infinitamente menos útil. A eficiência é indiscutivelmente um pré-requisito para o sucesso de qualquer sistema jurídico²⁰⁹.

Argumentos consequencialistas não oferecem uma justificação completa para a adoção de precedentes. Tal justificação somente seria possível se pudéssemos avaliar todas as consequências decorrentes da adoção do precedente e da não adoção. Entretanto, não há dúvida de que a rejeição de um precedente é custosa – a rejeição de um precedente é desaprovada, pois desestabiliza o direito, a ponto de juízes do common law não se vangloriarem quando o tem de fazer. Pouco provável, contudo, que algum juiz deixe de o fazer pela simples razão de que rejeitar um precedente pode ser problemático. Entretanto, quando o juiz não segue o precedente, as partes apelarão e o recurso provavelmente será provido, causando apenas significativo custo aos litigantes. Adotar o precedente é indicativo de humildade diante do trabalho realizado anteriormente por outros juízes – a boa vontade de aprender com o passado e tratar as conclusões de outros juízes com seriedade. Tratar com respeito o trabalho de outros juízes acarreta que venham a adotar reciprocidade quando a oportunidade chegar. Do contrário, pode ocorrer até mesmo retaliação. Cooperação sobre precedentes resulta em alguma perda de poder, porque o juiz será constrangido por decisões que um espírito livre não seguiria. Entretanto os precedentes que criar serão mais influentes junto aos juízes que o sucederem²¹⁰. Argumentos consequencialistas são fundamentos recorrentes, tendo um papel fundamental para decidir casos difíceis²¹¹.

²⁰⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 263.

²⁰⁹ WASSERSTROM, Richard A., The Judicial Decision: toward a theory of legal justification. California: Stanford University Press. 1978, p. 73

²¹⁰ DUXBURY, Neil. The Nature and Authority of Precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 153.

²¹¹ “Os fundamentos consequencialistas são as razões justificatórias mais fundamentais disponíveis para decidir judicialmente casos problemáticos. [...] No trabalho de Ronald Dworkin [Taking Rights Seriously, 1977] encontramos uma crítica diferente mas não completamente distinta de algumas idéias contemporâneas sobre o consequencialismo no Direito. No coração da tese original antipositivista de Dworkin, sua ‘tese de direitos’, repousa uma objeção não tanto á visão de que boas decisões jurídicas devam ser orientadas pelo atendimento de objetivos políticos quando da visão

Portanto a observância de diretrizes normativas contidas em decisões judiciais precedentes fundamenta-se na universalidade, no princípio da inércia, no princípio da segurança jurídica, no princípio da proteção à confiança, na função de descarga, progresso e estabilização.

Precedentes podem ser uma fonte jurídica formal, como ocorre no *common law*. Entretanto, mesmo nos sistemas em que a eles não foi formalmente conferido o status de fonte de direito²¹², diante da universalidade, do princípio da inércia, do princípio da segurança jurídica, do princípio da proteção à confiança, das funções de descarga, de progresso e de estabilização, a razão prática²¹³ exige que não se desvie de um precedente sem que sejam apresentadas razões suficientes que justifiquem a nova solução, mas que também justifiquem romper com a tradição.²¹⁴ Obedecer à razão prática não é uma faculdade. A razão prática é a capacidade de, através do sistema de regras do discurso, chegar a juízos práticos, a descobrir potenciais de razão existentes na realidade humana²¹⁵. Um conceito de direito adequado²¹⁶ “enlaça a decretação de acordo com a ordem e a eficácia social com a

segundo a qual os objetivos políticos pertencem todos a uma mesma categoria. [...] Uma crítica à tese de Dworkin, oferecida por Kent Greenawalt [Policy, Rights and Judicial Decision. *Georgia Law Review*, 11, 1977, p. 991], é que a insistência de Dworkin em uma diferenciação radical entre questões de políticas públicas e questões de direitos é refutada pela prevalência de argumentos consequencialistas na justificação das decisões jurídicas. Se as razões consequencialistas para as decisões são boas razões, a política deve ter um papel fundamental na produção de decisões jurídicas, e, assim, a tese dos direitos falha em descrever o sistema jurídico que efetivamente temos. [...] Dworkin efetivamente afirma, talvez no mesmo espírito, que os argumentos consequencialistas são caracteristicamente, e assim devem ser, argumentos que testam decisões e suas consequências em relação a princípios, não em relação a políticas puras. Portanto, o debate entre Dworkin e Greenawalt lança nova atenção à possibilidade de haver algumas ambiguidades ocultas na própria noção de argumento consequencialista” MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 157.

²¹² ALEXY, Robert. **Interpretação Jurídica**. In: *Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito*. Tradutor e revisor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: RT, 2ª ed., revista, 2015, p. 72.

²¹³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011, p. 278.

²¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 264.

²¹⁵ O Neoconstitucionalismo em Hans Kelsen, Luís Afonso Heck, in *Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2016, p.102

²¹⁶ Alexy conceitua o direito como um sistema normativo que formula uma pretensão à correção, consistindo ‘na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e ao qual pertencem os princípios e outros

correção quanto ao conteúdo”.²¹⁷ O direito possui uma natureza dupla. Assim como possui uma dimensão real ou fática, possui uma dimensão ideal: o direito está necessariamente atrelado à correção moral²¹⁸.

argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção’. (ALEXY, Robert. ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 151.) O precedente, assim, a depender do sistema jurídico, pode estar contido tanto entre as normas estabelecidas em conformidade com a constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social, quanto entre os argumentos normativos, ou em ambos, em um sistema misto.

²¹⁷ O Neoconstitucionalismo em Hans Kelsen, Luís Afonso Heck, in *Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2016, p.93

²¹⁸ ALEXY, Robert. The Dual Nature of Law, in *Ratio Juris* 23 2010, p. 167, apud *O Neoconstitucionalismo em Hans Kelsen, Luís Afonso Heck, in Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2016, p.93 “A pretensão de correção está necessariamente implícita no direito. O melhor método de demonstração é o método da contradição performativa. Um exemplo de uma contradição performativa é o primeiro artigo de uma constituição fictícia que reza “X é uma república soberana, federal e injusta’. Dificilmente é possível negar que esse artigo é, de algum modo, absurdo. A ideia subjacente ao método da contradição performativa é explicar a absurdidade como decorrente de uma contradição entre o que implicitamente é pretendido quando se produz uma constituição, a saber, que ela é justa, e o que é explicitamente declarado, a saber, que ela é injusta. Ora, a justiça é mais um caso especial da correção, pois a justiça não é nada mais que a correção da distribuição e da compensação. Portanto, nosso exemplo mostra que o direito e a pretensão de correção não estão conectados somente, como afirma Eugênio Bulygin, através de razões prudenciais, mas também, o que é muito mais, através de razões que são, por natureza, conceituais.” (ALEXY, Robert. A dupla natureza do Direito, in Alexy, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Organização e tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense. 2ª ed., 2015, p. 304). Mesmo nas Viagens de Gulliver há crítica a uma observância estrita de precedentes: ‘É uma máxima entre estes advogados, que qualquer coisa que tenha sido feita antes, deve legalmente ser feita novamente: e portanto eles tomam cuidado especial para registrar todas as decisões antigamente feitas contrárias à justiça comum e a razão geral dos homens. Isto, sobre o nome de precedentes, eles produzem como autoridade para justificar as mais iniquas opiniões; e os juízes nunca falham de dirigir-se de acordo”. Jonathan Swift, *Gulliver’s Travels* (Harmondsworth: Penguin, 1967 [1726], p. 296, apud DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 100.

O USO DO PRECEDENTE

Para identificar o que é exigido, proibido ou permitido a partir de precedentes devemos primeiro identificar a similaridade entre os casos. Depois, identifica-se a norma jurídica inerente ao primeiro caso. Ao fim, a norma é aplicada ao segundo caso. A norma, contudo, vai se alterando caso após caso. As normas são reconfiguradas a cada novo julgamento, evidenciando o caráter dinâmico do direito. Isso ocorre porque a finalidade da norma e seu significado estão unidos com os fatos que vão sendo considerados semelhantes e relevantes a cada novo julgamento. A identificação das semelhanças e das diferenças relevantes é a questão central da argumentação jurídica. Assim como a norma do caso é alterada. O próprio processo de argumentação é alterado. A própria classificação altera a forma como a classificação é feita.²¹⁹ Não só o precedente e o processo de argumentação são alterados. A própria autoridade do precedente pode ser superada em razão de novos julgamentos.²²⁰

Neste processo, tanto os juízes quanto os advogados exercem papel central. Os advogados trazem aos juízes as idéias comuns na sociedade. A argumentação através de exemplos demonstra como as idéias comuns da sociedade e as distinções feitas pelos expertos podem moldar o direito²²¹.

Há numerosas teorias para identificar o que vincula em um precedente, qual é a norma do precedente, distinguindo *ratio decidendi* e *obiter dicta*, bem como desenvolvendo técnicas para comparar casos, para os distinguir²²².

Precedentes podem ou não ser uma fonte jurídica formal. Independentemente disto, para que se desvie de um precedente devem ser apresentadas razões suficientes que justifiquem a nova solução, mas que também

²¹⁹ LEVI, Edward. H. Na Introduction to Legal Reasoning. Chicago: University of Chicago. 1992 [1949], p. 2

²²⁰ DUXBURY, Neil. The Nature and Authority of Precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 30.

²²¹ LEVI, Edward. H. Na Introduction to Legal Reasoning. Chicago: University of Chicago. 1992 [1949], p. 2

²²² ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 271.

justifiquem romper com a tradição.²²³ A extensão da obrigação regulada pela carga de argumentação depende da amplitude das possibilidades de afastar-se dos precedentes, ou seja, do peso da autoridade conferida aos atos de estatuição de normas, da vinculação *prima facie* a uma decisão anterior ²²⁴. Para tanto serão analisadas as teorias sobre *overruling*²²⁵.

Para selecionar e para distinguir precedentes é necessário identificar quais dos elementos que compõem o precedente são relevantes²²⁶. É necessário identificar qual a regra constante no precedente²²⁷. Quando o precedente não é uma fonte formal de direito, não vinculando o resultado de julgamentos futuros, como ocorre em países da Europa continental, não há tanta razão para excluir qualquer classe de afirmações por não serem centrais ou necessárias para um julgamento. Na Espanha, conforme uma decisão da Corte Constitucional, razões citadas como *dicta* devem ser vistas como detentoras de autoridade, e citadas como fundamento para decisões judiciais. Em determinada ocasião, na Alemanha, o Tribunal Constitucional declarou que a todos os argumentos legais contidos em uma decisão deve ser conferida força vinculante²²⁸. Entretanto, mesmo nos sistemas em que o precedente não possui autoridade formal, é como se se sentissem inclinados a buscar diferentes sentidos e definições para elementos vinculantes²²⁹.

Qualquer um que estuda o direito deseja saber o que buscar quando lê um caso. Ademais, distinguir *rationes decidendi* de obter *dicta* é uma estratégia importante para administrar a informação: que haja uma noção segura do que deve ser observado. Não havendo distinção, juízes podem criar livremente o direito, tudo

²²³ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 264.

²²⁴ LUDWIG, Roberto José. A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 532

²²⁵ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 271.

²²⁶ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a Precedent *in* Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 503.

²²⁷ ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 12.

²²⁸ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a Precedent *in* Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 508.

²²⁹ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a Precedent *in* Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 509.

que constar de uma decisão prévia será potencialmente relevante, não apenas a decisão sobre os fatos materialmente relevantes. Antes da corte decidir se segue o precedente, é necessário saber o que o precedente estabelece. A fundamentação entre seguir ou não o precedente é diverso de distinguir casos. Identificar o que é observado é uma premissa para ambas as situações, mas que conduzem a fundamentações diversas²³⁰.

Quando perguntamos o que aconteceu em um julgamento a resposta pode ser dada de diversas formas, variando os níveis de generalidade e a quantidade de detalhes. Imagine-se um caso em que o chefe de estado não permite que o primeiro ministro conduza a eleição geral. Ao descrever o caso, poderíamos nos ater a fatos como um senhor, de nome X, com 65 anos, cabelo cinza, fez o pedido pessoalmente em uma quarta-feira, às 23 horas. Certamente a cor do cabelo ou o nome dos envolvidos não é relevante como a descrição do evento com a finalidade de constituir um precedente para comportamentos futuros. Entretanto, muitas vezes, no primeiro momento em que observamos um fato podemos não ter certeza de quais características devem ser incluídas na descrição. Tais questões ficam mais claras apenas após uma série de casos com características similares²³¹.

Um exemplo recorrentemente adotado para explicar tais questões é o julgamento de *Donoghue v. Stevenson* [1932] A. C. 532. A senhora Donoghue foi com um amigo a um café em Paisley, Escócia. Pediu um drinque gelado, servido pelo proprietário, que colocou sorvete em um copo e sobre ele derramou parte do conteúdo de uma garrafa opaca de cerveja de gengibre. Após a senhora Donoghue beber o primeiro copo, quando foi servir o restante da cerveja, percebeu que dentro da garrafa de cerveja havia restos de um caracol em decomposição, o foi a causa de uma gastroenterite. A senhora Donoghue processou os fabricantes da cerveja, *Stevenson & Co.* A Casa dos Lordes definiu que o fabricante tem dever de adotar cuidado razoável na preparação e engarrafamento das cervejas, e são responsáveis quando

²³⁰ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 90.

²³¹ MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a Precedent in Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 504.

falham neste dever, independentemente de qualquer relação contratual direta entre o fabricante e o consumidor²³².

Quais as características relevantes do caso? Somente seria aplicável para bebidas industrializadas? Ou para bebidas industrializadas envasadas em garrafas opacas? Às consumidas em lugares públicos? Qual material pode ser utilizado para que o consumidor tenha a oportunidade de verificar a segurança e adequação ao consumo da bebida? Muitas destas questões foram levantadas em julgamentos posteriores. É difícil sustentar que a corte não pudesse ter considerado que os casos possuíam características relevantes diversas em alguns ou mesmo todos os demais casos. Donoghue foi o primeiro de uma série de casos que vieram a definir a doutrina sobre responsabilidade civil na Escócia²³³.

Certo é que somente parte das características é juridicamente relevante. Ao restante, não é alocada qualquer força ou autoridade a ser observada em decisões futuras. Deve haver um critério minimamente preciso para identificar quais elementos da decisão precedente devem ser observados em decisões futuras – o que é ainda mais relevante nos sistemas jurídicos que conferem vinculatividade à solução encontrada no precedente. Nos países do *common law* grande parte da teoria sobre precedentes vinculantes concerne a identificar tais elementos e a definir o que significa esta parcela vinculante do precedente. Este grupo de elementos vinculantes é denominado *ratio decidendi* ou, nos Estados Unidos, *holding*²³⁴.

Há diversos significados atrelados ao termo precedente. Em uma definição compreensiva do conceito de precedente, ele significaria toda a decisão judicial – incluindo a *ratio decidendi* (ou *holding*), bem como as questões relativas especificamente ao caso em julgamento, proferida em um momento anterior sobre

²³² MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a Precedent *in* Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 505.

²³³ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a Precedent *in* Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 505.

²³⁴ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a Precedent *in* Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 506. Juristas por vezes tentaram criar distinções mais específicas que a distinção *ratio-obiter dictum*. Através do conceito de *holding*, Carl Llewellyn tentou afirmar que aquilo que o caso conteria imperativo superiores à *ratio*, bem como *dicta* menos relevante que a *ratio decidendi*, mas mais importante que a *obiter dicta*. Essas distinções não foram acolhidas. (Karl L. The Case law System in America, Chicago: University of Chicago Press, 1989 (a933), p. 14-15, apud DUXBURY, Neil. The Nature and Authority of Precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 61.

fatos assemelhados aos em análise. Chamemos esta definição compreensiva de 'julgamento precedente'. É possível restringir o conceito, considerando como precedente apenas a *ratio decidendi*, ao que denominamos *ratio* ou *holding* do precedente. É possível considerar que o precedente pode ser apenas a determinação individual de um julgamento pretérito. Designemos ordem do caso precedente²³⁵.

A *ratio* é a parte essencial à teoria do precedente. Entretanto, após séculos de longas investigações, não há um mínimo consenso sobre um conceito de *ratio decidendi*. Há inúmeras possibilidades do que pode ser o conceito de *ratio*²³⁶.

(RD1) o elemento do voto que representa a premissa necessária, ou o passo logicamente necessário, para a decisão de um caso;

(RD2) o princípio legal que, em uma decisão judicial, é suficiente para decidir o caso em exame;

(RD3) a argumentação necessária ou suficiente para decidir o caso em exame;

(RD4) a norma (regra ou princípio) que representa, alternativamente: (a) a condição necessária e suficiente, (b) a condição suficiente, mas não necessária, ou mesmo (c) qualquer condição necessária, mas não suficiente da decisão em exame;

(RD5) a norma para os fatos do caso, em uma análise textual do *julgamento precedente* apresentado, que o juiz que decidiu o caso verdadeiramente estabeleceu e/ou seguiu, além do que ele possa ter afirmado ou pensado afirmar;

(RD6) a norma para os fatos de um caso que o juiz que proferiu o julgamento expressamente declarou ter estabelecido e/ou seguido, ou tacitamente acreditou ter estabelecido ou seguido;

(RD7) a norma para os fatos do caso que o juiz expressa ou tacitamente tratou como sendo necessária para decidir o caso;

(RD8) a norma para os fatos relevantes de um caso que – de acordo com o direito, fatos ou precedentes existentes – o juiz que decidiu o caso deveria ter estabelecido e/ou seguido, para decidir o caso corretamente;

(RD9) a norma para os fatos relevantes de um caso que, de acordo com o juiz subsequente *J_s*, o juiz prévio *J_p*, que decidiu o caso, acreditava ter estabelecido e/ou seguido;

(RD10) a norma para os fatos relevantes de um caso que, de acordo com o juiz subsequente *J_s*, o juiz prévio *J_p*, que decidiu o caso, de fato estabeleceu e/ou seguiu, não importante qual o significado que ele desejou atribuir ao julgamento;

(RD11) a norma para os fatos relevantes de um caso que um juiz subsequente *J_{ss}* deveria ter considerado como tendo sido

²³⁵ CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In *On the Philosophy of Precedent*, org. Bustamante, Thomas. Pulido, Carlos Bernal. Stuttgart: Steiner, 2012, p. 17.

²³⁶ CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In *On the Philosophy of Precedent*, org. Bustamante, Thomas. Pulido, Carlos Bernal. Stuttgart: Steiner, 2012, p. 17.

estabelecida e/ou seguida pelo juiz prévio Jp, no julgamento precedente relevante²³⁷.

Sir Rupert Cross definiu *ratio* como qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para que ele alcançasse sua conclusão, considerando-se a linha de fundamentação adotada por ele, ou uma parte necessária de sua instrução para o júri ²³⁸. MacCormick criticou tal definição por ser muito abrangente. A *ratio* deve relacionar-se com a parte da decisão necessária para justificar o elemento vinculante, mas apenas o suficiente para a definir²³⁹. Para MacCormick, uma *ratio decidendi* “é uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso”²⁴⁰. Didier sustenta que a *ratio* constitui-se pelos “fundamentos jurídicos que sustentam a decisão. A opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”. É a tese jurídica que se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações assemelhadas, extraída por indução. Uma regra geral que pode ser generalizada, a decisão de um caso com aptidão para ser generalizada. A norma deve ser identificada pelos juízes posteriores que examinarem a decisão pretérita²⁴¹.

Schauer sustenta que a *ratio* está atrelada à identificação do escopo de um precedente a partir das palavras adotadas pela corte. A vinculação deve recair sobre os exatos termos das palavras adotadas pela corte precedente. As palavras utilizadas funcionarão como uma regra escrita, ao que se denomina “modelo de regras dos precedentes” (*rule model of precedent*). Portanto, se o texto do fundamento da decisão precedente possuir generalidade suficiente para ser

²³⁷CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: On the Philosophy of Precedent, org. Bustamante, Thomas. Pulido, Carlos Bernal. Stuttgart: Steiner, 2012, p. 18.

²³⁸ CROSS, Rupert. Precedent in English Law. Oxford: Clarendon Press, 1961, apud MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a Precedent *in* Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 512.

²³⁹ MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are. In: Goldstein, L. (ed) Precedent in Law, Oxford: Oxford University Press, 1987, apud MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a Precedent *in* Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 512.

²⁴⁰ MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 203

²⁴¹ Didier Jr., Fred. Curso de Direito Processual Civil. 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 456.

subsumido ao caso posterior, há uma norma (cogente) decorrente de um precedente. Nas demais situações, a decisão proferida no caso contém fundamentos que devem ser considerados como argumentos de analogia a serem ponderados²⁴².

No ano de 1892 Eugene Wambaugh propôs que caso invertêssemos um dos fundamentos da decisão, invertendo seu significado, caso a decisão restasse inalterada, estaríamos diante de um *obter dicta*. A Suprema Corte, em julgamento de 1853 posicionou-se conforme a teoria de Wambaugh (*Carol v. Carol Lessee*, 57 US 275). Sua teoria deu origem ao que se convencionou denominar teste de Wambaugh. Sustentava que o *holding* era a premissa maior e a premissa menor era a situação de fato do caso, e a conclusão era a decisão. Uma vez que a decisão não se baseia unicamente em premissas lógicas, a base de sua teoria é questionada. Havendo dois fundamentos, um deles pode ser suficiente para que o resultado seja inalterado pelo outro argumento alterado²⁴³.

A. L. Goodhart escreveu dois artigos relevantes sobre precedentes. Em 1928 ele escreveu *Three Cases on Possession*; em 1934, *Precedent in English and Continental Law*. Em 1928 ele considerava que a *ratio* de um caso deveria ser buscada nas bases em que ele foi decidido, uma vez que há inúmeras razões que fundamentam as decisões tomadas pelos juízes, mas não constam das razões escritas. Entretanto, não haveria como sustentar que deveriam discutir fundamentos apresentados apenas posteriormente, pelos contendores, mas como referente a decisão pretérita. Em 1930 Goodhart reconsiderou sua posição e sustentou que não há conexão necessária entre as razões que fundamentam a decisão e a *ratio decidendi*. As razões, os fundamentos, tem importância peculiar, permitindo identificar quais fatos foram considerados. A *ratio decidendi*, contudo, não se confunde com os fundamentos da decisão. Veja-se que as razões oferecidas por uma corte ao fundamentar uma decisão podem vir a ser consideradas inadequadas ou incorretas, mas ainda assim a regra criada pela corte deve ser seguida em casos posteriores. Mesmo uma decisão não fundamentada possui *ratio*, e uma má fundamentação, por

²⁴² Precedent, in *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. Org. Andrei Marmor. Nova Iorque: Routledge. 2015, p 126 e seguintes

²⁴³ SALGADO, José Maria. Precedentes y control de constitucionalidade em Argentina, in *Precedentes*, org. Didier, Fred. Salvador: Juspodivm, p. 128.

vezes, produz um bom direito²⁴⁴. Assim, para Goodhart, a *ratio* é determinada pelos fatos. Mesmo se o juiz considerar fatos errados, a *ratio* não é alterada²⁴⁵. O teste de Goodhart, assim, determina que todos os fatos destacados pelo juiz definem a *ratio*. Os fatos não destacados são irrelevantes. Caso nenhum tenha sido destacado, todos os fatos são relevantes. Caso algum tenha sido destacado como irrelevante, não deve ser considerado. Havendo mais de um voto condutor da decisão, divergindo sobre fatos relevantes, todos eles devem ser considerados.²⁴⁶ O artigo de Goodhart, contudo, pertence a uma era passada. Uma fórmula para determinar a *ratio* de um caso tende a parecer fossilizada hoje – embora ainda hoje juízes e acadêmicos adotem tal concepção²⁴⁷. As críticas a Goodhart são numerosas. Um primeira primeira crítica tem por base a idéia de que a *ratio* não pode ser separada dos fundamentos. Cross e Harris²⁴⁸ sustentam que Goodhart não pode negligenciar o caminho em que o caso é apresentado e requerido, o processo de fundamentação adotado, a relação do caso com outras decisões. As razões dadas pela corte, ressaltam Cross e Harris, são importantes tanto para identificar quais fatos são relevantes, mas também a razão de tais fatos serem considerados importantes, ao contrário de outros. Muitos fatos em um julgamento não são destacados por juízes, mas isso não significa que não sejam extremamente relevantes, o que obriga concluir que a fundamentação é imprescindível para a definição de *ratio*. A segunda linha de críticas à tese de Goodhart é feita por Julius Stone. A limitação da *ratio* aos fatos analisados impede que uma conclusão confiável, pois os fatos podem ser analisados em diferentes níveis

²⁴⁴ “Nevertheless, the *ratio decidendi*, the reason for the decision, is not the same thing as the reasons for the decision. A decision for which no reasons are given does not necessarily lack a *ratio*; furthermore, the reasons offered by a court in reaching a decision might be considered inadequate or incorrect, yet the court's ruling in reaching a decision might be endorsed in later cases – ‘a bad reason may often make good law’”. (Goodhart, Determining the *Ratio Decidendi* of a Case, p. 4, apud DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 81.)

²⁴⁵ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 81.

²⁴⁶ SALGADO, José Maria. Precedentes y control de constitucionalidade em Argentina, in *Precedentes*, org. Didier, Fred. Salvador: Juspodivm, p. 128.

²⁴⁷ São exemplos os julgamentos proferidos *Al-Mehdawi v. Secretary of State for the Home Dept* [1990], *United Steelworkers of America v. Board of Education*, 1984, *Achen v. Pepsi-Cola Bottling Co. of Los Angeles*, (1951). *SZEEU v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* (2006); *Abramowicz and Stearns* – apud DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 81.

²⁴⁸ Cross, Rupert et al. *Precedent in English Law*, p. 67, apud DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 84

de generalidade, e cada nível de generalidade ensejará a criação de uma norma diversa²⁴⁹.

J. L. Montrose escreveu no ano de 1950 uma série de artigos que buscavam pôr fim à busca de um conceito de *ratio decidendi*. Considerava que Goodhart subestimava a importância dos fundamentos da decisão para a identificação da *ratio*. O termo “razão para a decisão” deveria ser traduzido como ‘*ratio decidendi*’. Os fundamentos, aplicados aos fatos, conduzem à decisão. Seu conceito de *ratio* baseava-se na premissa de que para identificar a *ratio decidendi* de um caso deve-se atentar para todas as razões da decisão. Propôs um método, atribuindo sinais para frases, como ‘a+’ significando a existência de um fato, ‘a=’, a incerteza, a ‘a-’ indicando a inexistência. Entretanto seu método nada acrescentou e sua generalização trouxe maior complexidade, pois acrescentou elementos à análise, não o contrário. Havendo múltiplos fatos e questões de direito, seu método era ininteligível, e levava a conclusões equivocadas²⁵⁰.

Por vezes a *ratio* é clara, por vezes não. Por vezes é ampla, por vezes é restrita. Em *Montgomery v. Daniels*²⁵¹, o tribunal afirmou: “Nós definimos que o *no-fault automobile accident compensation law* não é inconstitucional”. Por vezes é mais estrita, especificando minudentemente os requisitos que devem estar presentes, como em *Simpson v. Phoenix Mutual Life Ins. Co.*²⁵²: “Concluimos que o emprego, como definido pela política deste grupo, é uma condição do seguro, e não houve contestação a isso no período pertinente; o contestante fica impedido de suscitar o ponto como defesa”²⁵³. O *holding* por vezes é menos explícito. Quando uma corte dedica a maioria de seu voto a discutir um princípio legal, o *holding* deve ser a aplicação deste princípio. Entretanto, se o foco do voto é um fato específico, o *holding* é o fato. Uma visão estrita do escopo do *holding* é de que ele é limitado à decisão dos fatos do caso. Uma visão mais ampla considera que os fatos expressamente

²⁴⁹ Stone, Julius. *The Ratio of the Ratio Decidendi* (1959) 22 MLR 597-620, apud DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 84

²⁵⁰ Montrose, J. L. *The Language of, and a notation for, the Doctrine of Precedent*. *University of West Australia Annual L. Ver.* 301-29, 504-25 a 306. (1952-3), apud DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 87

²⁵¹ 38 NY2d 41,45 (1975)

²⁵² 24 NY2d 262, 266 (1969)

²⁵³ SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 383.

mencionados são necessários para a decisão; contudo a corte posterior pode identificar qual fato é necessário. O escopo cheio do *holding* pode ser incerto, até as cortes posteriores interpretarem e aplicarem a decisão. Nada impede *holdings* alternativos ou cumulados²⁵⁴.

Algumas partes do voto não são formalmente vinculantes enquanto precedentes, nem são necessárias para a decisão. A isso nominou-se "*dicta*", cujo tipo mais comum consiste em afirmações gerais da corte sobre questões as quais não está realmente decidindo ou sendo chamada a decidir. *Dicta* define-se por exclusão: tudo o que não for *ratio*. Há duas principais razões pelas quais não se deve considerar a *dicta*: primeiramente os juízes não conferem igual consideração à *dicta* quanto à *holding*; e os juízes não são tão informados quanto ao obter dictum porque as partes usualmente concentram suas alegações na questão que realmente a causa examina. *Obter dictum* pode indicar qual a linha de pensamento da corte²⁵⁵. *Obter dicta* significa literalmente 'a propósito'. Na fundamentação jurídica, *obter dictum* é algo desnecessário para o objetivo ou desconectado dos fatos²⁵⁶.

As diversas definições de *ratio decidendi* acima referem-se ou pressupõe a natureza do precedente, a forma em que é expresso, a relevância da intenção do juiz que estabeleceu o precedente, ou do juiz que o aplicou para decidir um caso, os objetivos relevantes para a decisão do caso, ou sua posição no sistema. Conforme uma concepção argumentativa, considerando a natureza da *ratio decidendi*, por vezes podemos considerar que a *ratio* é o fundamento, a premissa, os passos logicamente necessários, os argumentos necessários ou suficientes para um julgamento. É o que nas situações mencionadas em RD1 e RD3. Noutra perspectiva, *ratio* pode ser definida como a norma, a regra, o princípio, o regramento, nos termos de RD2, RD4, outros. Trata-se da concepção normativa de *ratio decidendi*. Estas duas concepções guardam relação com a palavra latina *ratio*, que relaciona-se com as ideias de uma razão ou com a ideia de regra (uma medida, um critério de julgamento).

²⁵⁴ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 384.

²⁵⁵ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 385.

²⁵⁶ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 67.

A norma geral aplicada por um juiz para decidir um caso é uma razão (normativa) que justifica a decisão; é uma premissa normativa da fundamentação da conclusão que constitui o comando do juiz. Ao fim, se considerarmos o julgamento como uma fundamentação em uma estrutura lógica, a norma geral aplicada pelo juiz pode ser considerada como um passo lógico necessário desta fundamentação. Em uma perspectiva analítica, a concepção normativa deve ser preferida às argumentativas. Melhor considerar como *ratio decidendi* a norma, regra ou princípio que exerce papel fundamental na justificação da decisão judicial²⁵⁷.

Podemos destacar, ainda, que a intenção do juiz que profere a decisão pode ou não ser tida como um elemento de *stare decisis*. Nos casos RD6, 7 e 9 a intenção presumida do juiz é considerada. Nos casos RD1, 2, 3 e 4 isso não ocorre. Podemos denominar as primeiras concepções como intencionalistas ou subjetivas, e as últimas como objetivas. Ainda, a concepção de ratio pode estar atrelada ao sistema jurídico (RD8 e RD11)²⁵⁸.

Quanto ao modo de expressão, a *ratio decidendi* pode ser expressa ou implícita. É explícita quando afirmada expressamente pelo juiz em seu voto. Podemos distinguir, ainda, a *ratio* real da *ratio* aparente. A *ratio* aparente é a que depreendemos do julgamento. A *ratio* real é a que será definida nos julgamentos anteriores, uma *ratio* ainda não formulada, não anunciada, tácita, implícita, que somente alcançará sua real dimensão com as decisões judiciais subsequentes²⁵⁹.

Tais distinções têm valia como auxílio para a argumentação²⁶⁰. Juristas devem estar prontos para explicar a razão para que determinados elementos são tomados como relevantes e porque a eles são atribuídos pesos em uma operação de

²⁵⁷ CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In *On the Philosophy of Precedent*, org. Bustamante, Thomas. Pulido, Carlos Bernal. Stuttgart: Steiner, 2012, p. 19.

²⁵⁸ CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In *On the Philosophy of Precedent*, org. Bustamante, Thomas. Pulido, Carlos Bernal. Stuttgart: Steiner, 2012, p. 21.

²⁵⁹ CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In *On the Philosophy of Precedent*, org. Bustamante, Thomas. Pulido, Carlos Bernal. Stuttgart: Steiner, 2012, p. 20.

²⁶⁰ CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In *On the Philosophy of Precedent*, org. Bustamante, Thomas. Pulido, Carlos Bernal. Stuttgart: Steiner, 2012, p. 20.

analogia²⁶¹. A partir de um processo de ponderação e seleção, a partir de um ou muitos casos, deve ser definida uma regra ou um princípio²⁶². Em caso de conflito sobre quais argumentos devem preponderar para definir a *ratio*, deve haver ponderação, mostrando-se inadequada uma definição que limite quais os argumentos possam ser utilizados para definir a *ratio*. É inadequada até mesmo uma hierarquia rigorosa entre os diversos tipos de argumentos. Dentro da teoria da argumentação, há amplo consenso acerca de existir, no máximo uma primazia prima-facie dos argumentos que virão a ser ponderados, mas isso deve sempre ser examinado juntamente com elementos do caso²⁶³.

A identificação do que é ordenado, proibido ou permitido ocorre através da interpretação jurídica. Interpretar é argumentar²⁶⁴. No interior da interpretação pode ser distinguido entre uma metodologia e uma teoria estrutural do entender. A metodologia centra-se nas regras da explicação e na arte da interpretação. A teoria estrutural tem por objeto as condições da possibilidade do compreender. A estrutura do compreender é adequadamente representada pelo conceito de círculo hermenêutico. Há três círculos hermenêuticos. O primeiro círculo hermenêutico diz respeito à relação entre a pré-compreensão e o texto. O intérprete aproxima-se do texto com uma hipótese determinada pelas informações do mundo e pelas experiências do intérprete. A hipótese deve ser revisada a partir do texto, em um processo de interação que corresponde ao postulado da reflexão²⁶⁵. O segundo círculo corresponde à relação entre a parte e o todo. Compreender as normas pressupõe compreender o sistema, mas o sistema não pode ser compreendido sem que suas normas sejam compreendidas, em uma interpretação sistemática. Trata-se do postulado da coerência²⁶⁶. A relação entre a norma e o fato corresponde ao terceiro

²⁶¹ AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable: a treatise on legal justification*. Holand: D. Reidel Publishing Company. 1987, p. 129.

²⁶² MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a Precedent in Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 513

²⁶³ ALEXY, Robert. *Interpretação Jurídica*. In: *Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito*. Tradutor e revisor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: RT, 2ª ed., revista, 2015, p. 74.

²⁶⁴ ALEXY, Robert. *Interpretação Jurídica*. In: *Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito*. Tradutor e revisor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: RT, 2ª ed., revista, 2015, p. 67.

²⁶⁵ ALEXY, Robert. *Interpretação Jurídica*. In: *Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito*. Tradutor e revisor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: RT, 2ª ed., revista, 2015, p. 66.

²⁶⁶ ALEXY, Robert. *Interpretação Jurídica*. In: *Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito*. Tradutor e revisor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: RT, 2ª ed., revista, 2015, p.65.

círculo. As normas são universal abstratas, enquanto os fatos são individual-concretos. As normas contêm poucas características, os fatos contêm infinitas. As características podem ensejar a aplicação ou a rejeição da norma ao caso, pode-se precisar uma característica do tipo, ou acrescentar ao tipo uma característica. O problema da interpretação somente pode ser solucionado quando todas as características da norma e do fato forem consideradas. O terceiro círculo, assim, corresponde ao postulado da completitude²⁶⁷.

Entretanto, a visão hermenêutica na estrutura do entender possibilita apenas os postulados da reflexão, coerência e completitude, postulados que têm o status de postulados de racionalidade. A teoria do círculo hermenêutico não contém critérios substanciais para identificar o que é devido, proibido ou permitido.²⁶⁸ Nos casos em que não há uma regra expressa que se possa extrair do texto da lei, então a norma deve ser construída²⁶⁹.

Cada caso possui um número ilimitado de características. Por vezes casos compartilham uma ou algumas destas características, algumas relevantes, outras não²⁷⁰. A justiça formal exige que tratemos casos iguais da mesma forma. Entretanto, uma vez que nunca há dois casos absolutamente iguais, um dos problemas revelantes para a subsunção da regra estabelecida pelo precedente²⁷¹ é determinar a relevância das semelhanças e das diferenças²⁷².

Nos casos complicados, nos casos difíceis, o esquema básico não é suficiente. Quando uma norma contém diversas alternativas ao fato hipotético, quando a aplicação da lei exige complementação, quando são possíveis diversas consequências jurídicas, quando determinadas expressões admitem diversas

²⁶⁷ ALEXY, Robert. *Interpretação Jurídica*. In: *Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito*. Tradutor e revisor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: RT, 2ª ed., revista, 2015, p. 65.

²⁶⁸ ALEXY, Robert. *Interpretação Jurídica*. In: *Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito*. Tradutor e revisor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: RT, 2ª ed., revista, 2015, p.65.

²⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 221.

²⁷⁰ ALEXY, Robert. *Two or Three?* In Borowski Martin (Ed.). *On the Nature of Legal Principles*. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 14.

²⁷¹ ALEXY, Robert. *Two or Three?* In Borowski Martin (Ed.). *On the Nature of Legal Principles*. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 12.

²⁷² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 268.

interpretações, é preciso analisar com profundidade tanto o fato quanto a norma, em um ir e vir do olhar, nas palavras de English. A principal dificuldade está em achar as premissas, a possibilitar, ao fim, a subsunção do fato à norma²⁷³.

A norma estabelecida pelo precedente é a precisão²⁷⁴ do que é ordenado, proibido e permitido a partir do material dado com autoridade²⁷⁵. Muitas vezes é fácil identificar a norma. Entretanto, isso pode ser complicado, já que por vezes a norma jurídica pode ter uma estrutura complexa, ou pode prever a escolha de diferentes consequências jurídicas. É possível também que não se possa dizer com certeza se o estado de coisas é uma instanciação do tipo de regra, ou seja, a formulação da norma permite interpretações plúrimas. Nestas hipóteses há um espaço semântico, decorrente de ambiguidade, de vagueza ou de uma abertura valorativa²⁷⁶.

Para identificar a norma do precedente é necessário combinar as três dimensões da argumentação jurídica, a dimensão de classificação, a de gradação e a de comparação. Cada uma destas dimensões corresponde a um esquema básico de

²⁷³ ENGISCH, K. *Logische Studien zur Gasetzesanwendung*, p. 15 apud ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 226. Analisando especificamente o precedente, Levi reitera a circularidade do processode interpretação. Em um primeiro momento há a criação de um conceito jurídico que é elaborado a partir da comparação de casos. O juiz inicia buscando sentidos para o texto. Vários sentidos podem ser testados. Com isso os sentidos vão sendo precisados, mas continua a haver a classificação de termos, inserindo ou excluindo características. Começam a aparecer novos significados, por vezes ponderando novos fatos junto dos velhos, por vezes resignificando termos, por vezes chegando a excluir palavras inicialmente consideradas relevantes. O raciocínio não verdadeiramente indutivo, mas não deixa de ser do particular para o geral. O problema é justamente incluir as espécies no gênero, e identificar o gênero para as espécies. (LEVI, Edward. H. *Na Introduction to Legal Reasoning*. Chicago: University of Chicago. 1992 [1949], p. 8 e 27)

²⁷⁴ LUDWIG, Roberto José. *A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 526. A precisão é o isolamento dos casos apanhados pela norma daqueles outros não apanhados por ela. (op. cit. 510) No caso do precedente, após comparação, subsumir a norma ou distinguir os casos. Tal precisão, contudo, está condicionada a uma iniludível variabilidade (op. cit. 518). No caso dos precedentes, o caso pode ser visto dialeticamente – o caso representa tanto a possibilidade de confirmação da regra, quanto um perigo para a mesma. (ALEXY, Robert. *Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles*. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 15).

²⁷⁵ HECK, Luís Afonso. *A Ponderação no Código de Processo Civil*, in Heck, Luís Afonso. *Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 117 e 131.

²⁷⁶ LUDWIG, Roberto José. *A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 511. Alexy, Robert. *On Balancing and Subsumption. A structural comparison*. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4. Dez 2003 (433-449), p. 448, apud LUDWIG, Roberto José. *A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 511.

operação do direito - a subsunção, a ponderação e a analogia²⁷⁷. Princípios são mandamentos de otimização, são mandamentos a serem otimizados. A otimização ocorrerá após a subsunção de um mandamento definitivo estatuído em razão de um caso concreto. Tanto regras quanto princípios, ao fim, necessariamente têm de subsumir ao caso²⁷⁸. Da mesma forma, a comparação não pode ser solucionada racionalmente sem ponderação²⁷⁹. Portanto, em qualquer das três operações básicas, ao fim a subsunção é “uma operação que necessariamente tem de ser executada de acordo com alguma ou outra versão do esquema geral que rege todos os casos em que regras jurídicas hão de ser aplicadas”²⁸⁰.

A subsunção é uma operação básica por ser formal, necessária e específica. Ele é um esquema específico em razão de desenvolver-se conforme um tipo específico de regra, as regras da lógica²⁸¹. Trata-se de um esquema necessário em razão de ser necessário seu emprego quando regras jurídicas precisem ser aplicadas. Ele é formal em razão de nada dizer sobre quais argumentos serão utilizados para definir o tipo abstrato ou a consequência jurídica. O tipo e a consequência somente serão definidos a partir de uma fundamentação externa à

²⁷⁷ LUDWIG, Roberto José. A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 505

²⁷⁸ LUDWIG, Roberto José. A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 502

²⁷⁹ ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 18.

²⁸⁰ ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 10, apud LUDWIG, Roberto José. A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 503.

²⁸¹ Este é o esquema geral que rege todos os casos em que regras jurídicas devam ser aplicadas:

- (1) $\forall x (Tx \rightarrow ORx)$
- (2) $\forall x (M^1x \rightarrow Tx)$
- (3) $\forall x (M^2x \rightarrow M^1x)$
- .
- .
- .
- (n+2) $\forall x (Sx \rightarrow Mnx)$
- (n+3) Sa
- (n+4) ORa (1) – (n+3)

regra²⁸², a partir de outros argumentos, que podem incluir a ponderação ou a comparação²⁸³.

A ponderação também é uma operação básica específica, necessária e formal. Sempre que houver princípios, deve ser empregada uma regra específica, a ponderação. Não há outra forma de aplicar princípios, demonstrando que a ponderação é necessária. Ao fim, ela é formal, pois nada diz sobre os argumentos que serão adotados para determinar qual peso será atribuído a cada variante, ou para defini-las. O esquema básico da ponderação é a fórmula peso²⁸⁴. Em situações que envolvam apenas dois princípios, a ponderação inicia com a subsunção do caso em dois princípios concorrentes, para a seguir atribuir valores à intensidade da interferência, aos pesos abstratos de cada princípio, ao grau de certeza das premissas normativas, ao grau de certeza das premissas empíricas. Após atribuir números a tais variáveis, as premissas estão completas, e o cálculo do peso concreto de um princípio ponderado com o princípio colidente. Nestas circunstâncias, em um caso (C), o princípio P_i tem precedência sobre P_j , o que representamos por $(P_i \mathbf{P} P_j) C$.²⁸⁵

²⁸² A justificação das premissas da justificação interna, portanto, da premissa da lei e da do fato, é objeto do fundamentar jurídico. Essa tarefa, a justificação das premissas, é, em delimitação para com a justificação interna, designada como justificação *externa*. A justificação externa é que forma o objeto decisivo de uma justificação. A correção da sentença depende da possibilidade de justificação das premissas. (BÄCKER, Carsten. O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico? Tradução de Luís Afonso Heck, in Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2017, p. 66).

²⁸³ ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 10.

²⁸⁴ A fórmula peso de Alexy tem sua formulação mais recente em Princípios Formais, designada pelo autor como fórmula do peso completa refinada, acrescentando a diferenciação das premissas que justificam a intervenção entre premissas empíricas R_i^e e premissas normativas R_i^n , em uma escala geométrica, correspondente aos graus “certo”, “plausível” e “não evidentemente falso”. $W_{(ij)}$ representa o peso concreto do princípio W_i em relação ao princípio colidente W_j . I representa a intensidade da intervenção. W representa o peso abstrato dos princípios colidentes. Essa é a fórmula peso:

$$W_{(i,j)} = \frac{I_j \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

(ALEXY, Robert. Princípios Formais. Tradutor: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In Princípios Formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 11). A lei da ponderação possui diversas formulações. Entretanto, apenas a fórmula peso possibilita uma análise precisa e completa da estrutura da ponderação. (HECK, Luís Afonso. A Ponderação no Código de Processo Civil, in Heck, Luís Afonso. Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 124)

²⁸⁵ ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 11.

Desta ponderação, extraímos uma regra que tenha o caso (C) como antecedente (prótase) e como conseqüente (apódose) do princípio P_i no caso concreto a consequência jurídica (Q). Prova-se, assim, que há subsunção quando a ponderação é concluída. Isso não retira, contudo, o caráter específico da ponderação. Apenas demonstra que a ponderação e a subsunção se relacionam²⁸⁶.

A terceira operação é a comparação entre casos. Imagine-se uma regra que proíbe veículos no parque. Caso um automóvel ingresse no parque, o tribunal aplicará a lei. Assim, tanto em razão do precedente quanto em razão da legislação, há a regra que proíbe automóveis de ingressarem no parque. O mesmo tribunal, contudo, examina um caso e fixa que ciclistas podem utilizar o parque, pois é uma atividade lúdica protegida pela liberdade de ação, bem como não polui e não perturba os frequentadores com ruídos excessivos. O perigo a pedestres, se existente, não é em grau minimamente relevante. Após este caso, o tribunal tem de examinar uma acusação contra um motorista de motoneta acusado de violar a regra que proíbe veículos no parque. A acusação sustenta que a motoneta, assim como o carro, possui motor, poluindo e produzindo ruídos excessivos (F_{1i}), o que não poderia ser admitido em razão de que os visitantes têm direito à paz e à tranquilidade em prol de sua saúde e bem estar. A defesa sustenta que a motoneta, assim como a bicicleta, é utilizada para lazer (F_{1j}), não gera risco minimamente considerável a pedestres (F_{2j}). Assim, com base no princípio da liberdade de ação, deveria ser permitido o ingresso no parque (Q). Assim a regra a ser aplicada permitindo o ingresso da motoneta no parque seria $(R_4) F_{1j} \wedge F_{2j} \rightarrow Q$. Já a regra proibindo o ingresso seria $(R_5) F_{1i} \rightarrow \neg Q$. Entretanto, a motoneta compartilha com o automóvel (c_k) uma característica relevante: possui motor, gerando barulho e poluição (F_{k1}). Esta característica é a mesma do caso da motoneta, assim $F_{1i} = F_{k1}$. A regra do automóvel poderia ser formulada assim: $(R_6) F_{k1} \rightarrow \neg Q$ ²⁸⁷

A regra é a mesma regra R_5 . Portanto, é aplicável ao caso tanto uma formulação positiva da regra quanto uma formulação negativa, evidenciando que o esquema precisa ser aprimorado. Ademais, afirmar que veículos motorizados não

²⁸⁶ ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 11.

²⁸⁷ ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 12.

podem ingressar no parque ($F_{k1} \rightarrow \neg Q$) não é uma comparação e sim uma regra. Ao fim, não há uma regra prevendo que veículos que poluem e produzem ruídos excessivos não possam ingressar no parque. As características que os casos compartilham não constituem o antecedente de uma regra válida. Entretanto, para que possamos afirmar a regra de que veículos motorizados não podem ingressar devemos concluir que a restrição à poluição e ao excesso de ruídos são razões que estão presentes em uma regra pressuposta que possui a restrição à poluição e aos ruídos como antecedentes – o que tem por fundamento o princípio da universalizabilidade²⁸⁸.

Casos compartilham incontáveis características, mas nem todas são relevantes. Semáforos e motonetas são feitos de metal, mas isso não tem qualquer relevância. Características são relevantes porque estão conectadas com as razões que dão suporte à regra. Entretanto as características que adquirem relevância são apenas as que estão relacionadas com as razões que embasam as regras que as têm como antecedentes - e tais antecedentes são normalmente princípios. Isso demonstra que regras, princípios e casos estão intrinsecamente conectados através da analogia, uma estrutura argumentativa que une estas três dimensões. Mostra-se adequado, assim, substituir a formulação “porque a regra $F_{j1}, \dots, F_{jn} \rightarrow Q$ é válida”, e “porque a regra $F_{i1}, \dots, F_{in} \rightarrow \neg Q$ é válida”, por “porque há razões para que a regra $F_{j1}, \dots, F_{jn} \rightarrow Q$ seja válida”, e “porque há razões para que a regra $F_{i1}, \dots, F_{in} \rightarrow \neg Q$ seja válida”²⁸⁹.

O caso por trás da regra é importante porque pode conferir suporte à regra. Entretanto, também pode ameaçá-la. Após a decisão que autoriza ciclistas, o motorista da motoneta passa a cogitar ter direito a ingressar no parque, enquanto antes da decisão nunca pensara que isto seria possível. Uma regra que permitisse o ingresso de ciclistas não teria igual efeito. O motorista da motoneta somente passou a cogitar ingressar no parque diante das razões pressupostas à decisão proferida no caso das bicicletas. Entretanto, caso bicicletas começassem a causar acidentes em razão de que seu silêncio impede que as pessoas desviem delas, a regra e os princípios que a embasam começariam a ser enfraquecidos. A regra que estipulava a permissão do ingresso das bicicletas poderia vir a ser alterada, então, para que

²⁸⁸ ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 14.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 14.

‘veículos destinados à recreação e que não representem risco a pedestres podem ingressar no parque’. Esta é a dimensão real do precedente. A norma do precedente, sujeita a uma permanente dialética entre suporte e enfraquecimento, deixa clara sua dependência dos casos que deram origem à regra e que com ela são comparados²⁹⁰.

Uma vez que as características dos casos somente se tornam relevantes quando conectadas com as razões que dão suporte às regras, fica visível que a analogia somente poderá funcionar se conectada à ponderação. O objeto da ponderação são os princípios que conferem suporte à seleção de determinadas características F_{j1}, \dots, F_{jn} ou F_{i1}, \dots, F_{in} como razões para a consequência Q ou $\neg Q$. São, assim, antecedentes das regras $F_{j1}, \dots, F_{jn} \rightarrow Q$ e $F_{i1}, \dots, F_{in} \rightarrow \neg Q$. A regra que permite o acesso ao parque tem suporte no princípio da liberdade de ação (P_1). A regra que proíbe o acesso tem suporte no princípio de da paz e silêncio no parque (P_2). P_1 , sozinho, implica a permissão para ingressar no parque. P_2 , sozinho, implica a proibição. No caso da motoneta, P_1 e P_2 colidem, o que só pode ser solucionado se for estabelecida uma relação de precedência concreta. Não há uma relação de precedência absoluta ou incondicional, há uma relação de precedência apenas sobre certas condições ou circunstâncias (C). Caso o princípio da paz e silêncio no parque tenha precedência sobre o princípio da liberdade de ação (1) ($P_2 \mathbf{P} P_1$) C , esta relação de precedência somente poderá ser justificada através da fórmula peso²⁹¹.

Para representar isto no esquema da analogia poderíamos substituir C pelo conjunto de todas as características relevantes que deram suporte aos princípios ponderados, em uma ‘regra das características relevantes’: ($P_2 \mathbf{P} P_1$) $F_{1j} \wedge F_{2j} \wedge F_{1i}$. A regra da característica relevante revela a complexidade estrutural do caso. A partir daí é possível formular o esquema da analogia²⁹².

A₁: em todo o caso c_i , pode ser aduzido qualquer caso c_j , sob o argumento de que c_i compartilha com c_j as características F_{1j}, \dots, F_{jn} , e que c_i , por essa razão e porque há razões para a regra $F_{j1}, \dots, F_{jn} \rightarrow Q$, deve ser tratado, assim como c_j , como tendo o efeito Q .

²⁹⁰ ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 15. Isso deixa claro que precedentes não servem apenas para gerar conhecimento, em uma função heurística. Precedentes realmente decidem casos, provando, mais uma vez, que eles têm caráter autoritativo. (op. cit. P. 15)

²⁹¹ ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 16.

²⁹² ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 17.

A₂: em todo caso em que é apresentado um argumento na forma A₁, dois contra-argumentos podem surgir:

A_{2.1}: pode-se alegar que c_i pode ser distinguido (*distinguished*) de c_j pelas características F_{1i}, ..., F_{in}, e que c_i, por essa razão, e porque há razões a favor da regra F_{1i}, ..., F_{in} → ¬ Q, deve ser tratado, em contraposição a c_j, como tendo o efeito ¬ Q.

A_{2.2}: pode-se alegar que c_i compartilha com c_k as características F_{1k}, ..., F_{kn}, e que c_i, por essa razão, e porque há razões a favor da regra F_{1k}, ..., F_{kn} → ¬ Q, deve ser tratado, assim como c_k, como tendo o efeito ¬ Q.²⁹³

Trata-se de um esquema formal. O esquema não diz quais características devem figurar como prótases das regras a que A₁ e A₂ se referem, bem como nada diz sobre quais características devem ser tomadas como relevantes. O esquema também não aponta qual argumento deve prevalecer, sobre quais características são decisivas. Isso fica ainda mais claro quando percebemos que a comparação poderia iniciar tanto por A₁ quanto por A₂. Para isso, A₂ troca de papel com A₁, fazendo que A₂₁ passasse a se referir a características que o distinguiriam de C_k (*distinguishing*)²⁹⁴.

Não há outra forma racionalmente viável para comparação de casos. O esquema, portanto, é necessário. Seu caráter específico decorre da referência dialética possível a partir de características que os casos compartilham, ou de características que os distinguem. Torna-se possível, assim, que casos sejam decididos a partir da identificação do caso e de sua relação com outros, uma vez que a realização de analogia é exigida pela ideia de coerência. Para tanto, como mencionado anteriormente, se faz necessária a realização de ponderações, demonstrando haver conexões necessárias entre os esquemas básicos. Isso não retira de qualquer dos três esquemas sua especificidade²⁹⁵.

²⁹³ ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 17.

²⁹⁴ ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 17.

²⁹⁵ ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 17. Bustamante sustenta que o esquema de analogia proposto por Alexy não é necessário e não contribui para a fundamentação de decisões judiciais. Ademais, o conceito 'operação básica' deve ser redefinido, excluindo-se a analogia enquanto operação básica. Sustenta que ao centrar a analogia em características, retorna ao modelo tradicional para explicar analogias, inteiramente focado em características e similaridades entre casos, não atentando para o

fato de que a melhor forma para justificar analogias é através de um argumento baseado nos princípios que embasam as regras dos precedentes. Uma velha regra deve ser estendida para reger uma nova situação, mas a única forma de o fazer é através dos princípios que a justificam. Ainda, as similaridades que permitem inferência no esquema de analogia permanecem obscuras e não podem ser objetivamente controladas. O esquema da analogia falha ao não explicar como o esquema de analogia permite escolher entre as soluções alternativas possíveis. (BUSTAMANTE, Thomas. Finding Analogies between Cases. In: On the Philosophy of Precedent, org. Bustamante, Thomas. Pulido, Carlos Bernal. Stuttgart : Steiner, 2012, p. 63 e seguintes). Como exposto por Alexy, a argumentação jurídica busca obter decisões racionalmente fundamentáveis, e o esquema da analogia é necessário em razão de não haver outra forma racional para comparar casos - casos, princípios e regras não se confundem. Explicar analogias exclusivamente com base em princípios é negar a existência de uma das dimensões da argumentação. Ao fim, sustentar que o esquema não permite a escolha de uma dentre as opções possíveis é negar, justamente, um dos elementos que faz da analogia um esquema básico - sua natureza formal. A escolha dentre as opções possíveis deve ocorrer por valorações, desde que respeitados os limites racionais impostos pelos esquemas básicos, observando-se que a argumentação jurídica é um caso especial da razão prática, através da justificação externa, “consistente em assinalar e sustentar os critérios que, ao final, devem preponderar dentre os múltiplos encontráveis nesse jogo de ir e vir entre o estado de fato e a norma”. (Ludwig, José Roberto. A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 499) A crítica de Bustamante não parece refutar adequadamente as asserções de Alexy. Negar uma ou alguma das dimensões não é uma atitude isolada. Frederick Schauer sustenta que igualar argumentos baseados em precedentes e argumentos baseados em analogia é um equívoco. Argumentos sobre analogia estão dispersos no direito; os argumentos de analogia usam tipicamente um caso previamente decidido como fonte de analogia, mas ignoram uma importante diferença entre eles, confundindo e ignorando a ideia da cogência do precedente. O argumento de analogia é ordinariamente uma forma de persuasão e justificação, mas não compele. Ao fazer um argumento analógico típico se identifica uma característica ou conclusão na fonte e se busca identificar similaridade entre a fonte e o objeto. Se o sujeito que se busca persuadir aceitar a similaridade, ele pode ser convencido que o caso alvo deve receber igual tratamento. Quando o Presidente Bush fez analogia entre Saddam e Hitler para justificar a intervenção preventiva no Kuwait, ele pediu à audiência que reconhecesse a semelhança entre os dois – buscavam expandir o território e eram perigosos ditadores. Se Hitler deveria ser impedido, Saddam também. O mesmo no direito. Em *Adams v. New Jersey Steamboat Company*, um caso de 1896, o Tribunal de Apelação de Nova Iorque analisou um assalto a bordo de um barco à vapor, e questionou-se se o dever de zelo do proprietário do barco era o mesmo de um proprietário de trem ou se era o mesmo de um proprietário de hospedaria. A partir de analogia, o tribunal identificou semelhanças entre o barco e a hospedaria, como a existência de portas. O argumento, contudo, não é um precedente. O argumento não compele a corte, não a constrange como ocorreria se houvesse um outro caso referente ao um roubo de um passageiro de um barco a vapor. Os advogados de um buscam pela analogia aproximar a situação da cabine do barco da situação de uma hospedaria; os advogados de outro buscam aproximar a situação da de um trem. Em nenhum momento qualquer dos advogados sustenta que a corte estaria vinculada. O argumento analógico, assim, envolveria a seleção de uma fonte análoga em que aquele que elaborou o argumento crê que persuadirá. Já a decisão genuinamente baseada em um precedente não versa sobre opção ou persuasão. É sobre cogência. Se há um caso claramente similar, “on point,” ou “on all fours” (duas expressões jurídicas comuns), o tribunal não tem opção, restando obrigada a decidir unicamente em razão da existência do precedente. A argumentação analógica e a cogência decorrente de um precedente são unidas como uma função com duas causas. Primeiro, no discurso legal as fontes análogas são frequentemente referidas como precedentes, que muitas vezes são o termo guarda-chuva para designar qualquer decisão prévia. Talvez mais importante, casos envolvendo genuinamente a cogência jurisprudencial (*precedential constraint*) são comumente subestimados nas decisões dos tribunais, o que se costuma denominar efeito seletivo, “the selection effect”. Só há verdadeiramente um litígio quando o direito é incerto. O caso fácil (“easy case”) ocorreria quando há um caso diretamente no ponto (“directly on point”), e um caso difícil (“hard case”), quando o argumento analógico e não o precedente domina, prevalecendo a opinião dos juizes de apelação (Precedent, in *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. Org. Andrei Marmor. Nova Iorque: Routledge. 2015, p 126 e seguintes). Noutra oportunidade, Schauer reitera seus argumentos, acrescentando sugestões acerca da

A teoria da norma preconiza um modelo de separação entre regras e princípios²⁹⁶. Para que a regra do precedente possa ser considerada uma regra,

forma como psicólogos podem auxiliar no desenvolvimento da teoria e prática de juristas. Segundo o autor, há relativo consenso entre psicólogos acerca da estrutura básica do pensamento analógico. Argumentação analógica envolve, primeiro, um processo de recuperação, em que o juiz seguindo orientação ou os advogados buscando persuadir selecionam as fontes de analogia para comparar algum aspecto da situação alvo; depois, processo de mapeamento, onde as semelhanças relevantes entre a fonte e o alvo são identificados. Terceiro, transferência, onde os elementos estruturais da fonte são usados para alcançar a conclusão ou para construir um argumento a respeito do alvo. Aquele que argumenta analogicamente tem uma escolha entre as fontes análogas, e a fonte análoga selecionada é uma que é “potencialmente utilizável” tanto para tomar a decisão quanto para persuadir sobre a sabedoria da escolha. Um precedente, contudo, impede uma escolha. O precedente constrange. Na analogia o que argumenta está procurando assistência em identificar a melhor decisão (ou a persuadir à melhor decisão), no caso do precedente, o efeito é o oposto. O julgador, operando sobre uma norma de precedente, sentir-se-á constrangido ao resultado, mesmo que o considere equivocado. Na analogia, o julgador procura uma fonte para decisão para ajudá-lo a tomar a decisão correta. A estrutura de um argumento de precedente é muito diferente da estrutura por analogia. Segundo, a tomada de decisão a partir de um precedente (tomando uma decisão em tese equivocada em razão de ela já ter sido feita antes) é altamente contraintuitivo, dificultando que juízes assim se comportem. Portanto é necessário identificar se há pessoas expertas em adotar precedentes, e quais habilidades estas pessoas possuem que não estão presentes nos demais. Muitas pessoas esperam que juízes sigam precedentes, mas temos pouca pesquisa sobre se é possível seguir o precedente – e se é possível, quem é bom nisso, e como treinar pessoas para isso – padrão usualmente denominado autocontenção judicial (*judicial self-restraint*). Esta é uma tarefa para psicólogos, não para juristas, e a equivocada identificação entre precedente e analogia está impedindo os psicólogos examinarem corretamente a questão. (SCHAUER, Frederick. *Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy*. Ano 2007). Parece, aqui, que Schauer nos casos fáceis reconhece autoridade à decisão previamente decidida, mas nega a possibilidade de comparação; nos casos difíceis, não há autoridade da norma estabelecida no caso precedente, quando em ambas as situações há autoridade do precedente, há necessidade de comparar casos, bem como ponderação. O que diferencia um caso fácil de um difícil não é a negação de qualquer das dimensões.

²⁹⁶ Princípios são mandamentos de otimização, satisfeitos em graus variados. Um princípio determina que algo seja realizado na maior medida possível tanto diante das possibilidades fáticas existentes, quanto diante das possibilidades jurídicas. A viabilidade jurídica é determinada por princípios e regras colidentes (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editora, 2014. p. 90). As regras são normas que são cumpridas ou não cumpridas. Regras são uma fixação no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Normas são ou princípios, ou regras (op. cit. 91). A diferença entre regras e princípios fica mais clara quando analisamos os conflitos entre regras e o conflito entre princípios. Havendo duas regras conflitantes, deve haver a possibilidade de introdução de uma cláusula de exceção. Não sendo este o caso, uma das regras é inválida. Não é possível que duas normas que preceitem soluções contraditórias sejam igualmente válidas. Isso ocorre em relação a norma posterior que prevê desfecho diverso do previsto em norma anterior, sem, contudo, revogar expressamente a norma anterior. Nesta hipótese, lei posterior prevalece sobre a lei anterior, ou seja, a lei anterior deixa de ser válida. O mesmo ocorre em relação a conflito entre leis federais e leis estaduais, quando houver a previsão de que leis federais são hierarquicamente superiores. Aqui, a lei federal faz inválida a lei estadual. Portanto, conflitos entre leis ocorrem na dimensão de validade (op. cit. 92). No conflito entre princípios, não há nem a introdução de uma cláusula de exceção, nem a invalidade de um dos princípios. Simplesmente, um princípio tem precedência sobre outro em determinadas condições. Ponderados, princípios têm pesos diferentes, e os princípios com maior peso no caso concreto acabam por prevalecer. Princípios, portanto, tem uma dimensão de peso. Analisando-se o caso concreto, é possível a fixação de condições em que um princípio tem precedência sobre o outro. Trata-se da lei de colisão, que reflete o caráter dos princípios como mandamentos de otimização (op. cit. 99-102). Tanto regras quanto princípios têm um caráter *prima facie*. Princípios não contêm um mandamento definitivo, mas um mandamento *prima facie*. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões opostas. Regras exigem que seja

contendo determinações definitivas, e sendo aplicada da forma tudo ou nada, ela necessita apresentar características típicas de qualquer regra, como a universalidade e a subsumibilidade, sem prejuízo da variabilidade, inerente a sua relação com a ponderação. Ela deve estabelecer um dever-ser concreto com determinações suficientes que nada mais caiba discutir senão se é caso de aplicar ou não²⁹⁷. Uma proposição normativa deve poder “expressar-se mediante formalização, com vista à sua justificabilidade forma, e através da saturação das premissas, com respeito à justificabilidade no plano externo”²⁹⁸. Conforme exposto, o esquema da analogia é um esquema formal, adequado à justificabilidade no plano externo através da saturação das premissas. A universalizabilidade é ínsita à comparação²⁹⁹. A subsumibilidade foi demonstrada no esquema de comparação³⁰⁰. A variabilidade decorre da própria limitação da subsunção³⁰¹. Portanto, *prima facie*, a regra do precedente, quando válida, é uma razão definitiva, com conteúdo determinado, subsumível e universal, embora excepcional³⁰².

feito o que determinam, ou seja, regras são razões definitivas. Elas têm uma determinação de seu conteúdo diante de possibilidades fáticas ou jurídicas. Entretanto, diante de determinações fáticas ou jurídicas essa determinação pode não subsistir. Isso demonstra que as regras não possuem um caráter definitivo estrito. Nesta hipótese, as razões excludentes fazem que ocorra o afastamento do direito positivo em relações individuais. A introdução de uma exceção pode ocorrer em razão de um princípio. Nunca será possível ter certeza de que em um novo caso não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção (op. cit. 101-104). Portanto, uma regra é um dever ser definitivo para um determinado juízo concreto quando ela for válida, aplicável e não for excepcionada. A regra cede quando é atribuído maior peso ao princípio contrário àquele que fundamenta a regra (op. cit. 108).

²⁹⁷ LUDWIG, José Roberto. A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 490.

²⁹⁸ LUDWIG, José Roberto. A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 490.

²⁹⁹ “the analogy scheme is a requirement of the idea of coherence” (ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 17). A universalidade fundamenta o uso do precedente (ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011, p. 283)

³⁰⁰ “According to the law of competing principles, this means that a rule is valid that has C as its protasis and the legal consequences (Q) of P; in the concrete case as its apodosis: C → Q. The case now can be subsumed under this rule”. [...] “Comparison is necessary connected with balancing”. (ALEXY, Robert. Two or Three? In Borowski Martin (Ed.). On the Nature of Legal Principles. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010, p. 11 e 18)

³⁰¹ Conforme nota 294.

³⁰² “a variabilidade dos resultados de decisões jurídicas em geral, seja com aplicação de princípios ou com regras, assim como ocorrem em outros campos onde ingressam juízos avaliativos, é ineludível, podendo apenas buscar-se recursos técnicos que atenuem a extensão desse fenômeno”. (LUDWIG, José Roberto. A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 490.

Apresentada a operações básica, resta apenas algumas questões terminológicas. *Distinguishing* (distinção) refere-se à hipótese mencionada no item A_{2.1} do esquema da analogia. A distinção apenas demonstra que a regra do precedente não é subsumível ao caso em razão da presença de características que embasam princípios que vêm a ter precedência sobre os princípios que fundamentavam a regra do precedente. A autoridade do precedente, portanto, permanece inalterada, pois a relação de precedência *prima facie* estabelecida no precedente não resta alterada. A atividade de *distinguishing* deixa a autoridade do precedente não perturbada. A corte não afirma que é má norma, mas que determinada norma não é aplicável. Imagine um caso em que a *ratio* esteja atrelada às características ABC. Num segundo caso, há a presença das características ABC, mas há um quarto elemento relevante, D, que induz conclusão diversa da prevista no precedente. Assim o precedente acaba sendo emendado para ABCnãod, implica x, enquanto a regra do novo caso é ABCD implica Y³⁰³.

Dictum-ising (transformar em *dictum*) que consiste em sustentar que o que é visto como *ratio* deve ser interpretado como *dictum*. *Undermining* é a busca para não reconhecer autoridade em um precedente. Através de *per incuriamring* apresentam-se argumentos para demonstrar que a *ratio* é equivocada. Através de *quondam-ing* sustenta-se que a *ratio* foi estabelecida há muito tempo, não podendo mais ser considerada. *Garnishing* consiste em reinterpretar a *ratio*, aprimorando sua compreensão³⁰⁴.

Overruling consiste em um ato judicial explícito rejeitando um precedente³⁰⁵. É a técnica para substituição de um precedente por outro³⁰⁶. Ocorre quando, no julgamento de um caso particular, o precedente não pode ser evitado, mas

³⁰³ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 115.

³⁰⁴ CHIASSONI, Pierluigi. *The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction*. In *On the Philosophy of Precedent*, org. Bustamante, Thomas. Pulido, Carlos Bernal. Stuttgart: Steiner, 2012, p. 24.

³⁰⁵ ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. *Precedent in Federal Republic of Germani in Interpreting Precedents: a comparative study*. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 57. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011, p. 271.

³⁰⁶ DIDIER JR., Fred. BRAGA, Paula Sarno. Oliveira, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 507

há razões suficientes para afirmar que a regra anterior não deve ser seguida, mostrando-se justo que o precedente seja definitivamente eliminado.³⁰⁷

A superação do precedente pode ser expressa (*express overruling*) quando o tribunal afirma que adota uma orientação diversa da contida no precedente. A superação é tácita ou implícita (*implied overruling*) quando não há menção expressa de que a regra do precedente é substituída³⁰⁸. Isso pode acontecer em razão de o tribunal conscientemente ignorar o precedente, ou inconscientemente, de boa-fé, em razão de o tribunal não considerar um precedente adequado ao caso, quando ele de fato o é.³⁰⁹ Menciona-se também a possibilidade de o tribunal reconhecer a incorreção de tratamento anterior, mas não altera sua posição – apenas prepara uma revogação futura (*transformation*)³¹⁰.

Para haver *overruling* é necessário que as circunstâncias sejam materialmente idênticas³¹¹. O precedente deve ser *in point*, ou seja, o caso precedente deve ser apropriadamente similar ao caso subsequente. Ao menos, o caso a ser decidido deve apresentar a mesma questão jurídica solucionada em um caso anterior. É possível, também, que o tribunal se afaste do precedente em razão de uma redefinição dos elementos do precedente que devem ter relevo, ou mesmo reclassifique os fatos de qualquer dos casos³¹².

Vários fatores influenciam a frequência com que ocorre o afastamento do precedente. Acessibilidade ao precedente é essencial, o que inclui indexação e organização. Não podendo ser localizado o precedente, maior será a quantidade de decisões que não adotam a mesma posição. O volume de precedentes é um fator relevante, pois quanto maior o número de precedentes maior é o risco de conflitos. A

³⁰⁷ TARUFFO, Michele. Per um'analisi comparata del precedente giudiziario. *Ragion Pratica*. 1996/6, p. 57, apud ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 315.

³⁰⁸ DIDIER JR., Fred. BRAGA, Paula Sarno. Oliveira, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 508

³⁰⁹ SUMMERS, Robert S., ENG, Svein. *Departures from Precedent*. In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 522.

³¹⁰ DIDIER JR., Fred. BRAGA, Paula Sarno. Oliveira, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 508

³¹¹ PRESGRAVE, Ana Beatriz Rebello. *O precedente Judicial e sua Alteração: segurança jurídica e adequação do direito*. In: *Precedentes*. Org. Fred Didier Jr. et alii. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 594.

³¹² SUMMERS, Robert S., ENG, Svein. *Departures from Precedent*. In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 520

possibilidade ou frequência de recursos tem como reflexo a maior aderência a precedentes em razão da reforma das decisões que contrariarem a posição do precedente. A atuação do dador de leis é igualmente decisiva. Um legislador ativo e consistente fará desnecessária a superação de precedentes pelos tribunais. A disponibilidade do tribunal para ouvir aqueles que pretendem a superação dos precedentes influencia a quantidade de *overrulings*. A existência de uma tradição acadêmica de criticar os precedentes afeta a disposição da corte para reverter decisões incorretas³¹³.

Na Alemanha, somente há vinculação a precedentes em relação às decisões do Tribunal Constitucional, mas o próprio tribunal não está vinculado a seus precedentes. Portanto somente há *overruling* em sentido amplo. Um dos casos mais notórios de superação de um precedente foi a decisão sobre o financiamento de partidos políticos. Conforme decisão de 1966 apenas os gastos necessários com campanhas eleitorais poderiam ser restituídos pelo erário. Em 1992 houve um *overruling* explícito. “em oposição à opinião da corte até então, considerou-se não ser inconstitucional dar recursos aos partidos para financiar suas atividades gerais, impostas pela lei básica (GG). Assim não é necessário identificar os limites do necessário ao financiamento público de campanha” (BVG 85, 264 (285f)). Outros casos de relevo: BVG 85, 191 (206) e BVG 89, 155 (175)³¹⁴.

Na Finlândia, *overruling* em sentido estrito somente em relação às decisões (orientações) dadas pela suprema corte, e somente ela pode as anular ou emendar. No sentido fraco, a superação de precedentes pode ocorrer nas cortes inferiores. A regra do precedente é superada apenas em razão de não estar adequada ao caso, por a *ratio* não corresponder à solução moral ou socialmente adequada, ou por alteração legislativa. Superações prospectivas não são conhecidas lá³¹⁵.

Na França, uma vez que precedentes não são vinculantes, não há qualquer procedimento especial para superar decisões anteriormente proferidas. Já

³¹³ SUMMERS, Robert S., ENG, Svein. Departures from Precedent. In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 527

³¹⁴ ALEXI, Robert. DREIER, Ralf. Precedent in Federal Republic of Germany *in* *Interpreting Precedents: a comparative study*. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 55.

³¹⁵ AARNIO, Aulis. **Precedent in Finland** *in* *Interpreting Precedents: a Comparative study*. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 96.

que precedentes não são sequer mencionados nas decisões, é difícil identificar quando e como os entendimentos são alterados. Uma superação prospectiva, assim, sequer pode ser cogitada. Nada impede reconhecer que acadêmicos conseguem antever alterações futuras das cortes a partir de tendências. Uma vez que precedentes não são formalmente vinculantes, os tribunais inferiores alteram livremente as regras das decisões pretéritas³¹⁶.

No sistema italiano, não havendo vinculação formal, os precedentes simplesmente deixam de ser considerados persuasivos. Não há procedimentos especiais a seguir. O que por vezes ocorre é a corte que proferiu determinada decisão mencionar que vem a rever seu posicionamento. Isso decorre, por vezes, da alteração dos elementos que embasam o precedente, por vezes por ser a decisão correta a ser proferida. Embora a superação seja fundamentada, não se exige razões especiais para tanto – embora, quando houver uma linha de precedentes, a fundamentação seja em regra mais cuidadosa³¹⁷. A questão, na Polônia, é semelhante. Os tribunais afastam-se de precedentes, mas recorrentemente fundamentam tal decisão. Rigores formais para a superação de precedentes só existem em relação aos precedentes vinculantes (resoluções ou princípios legais da suprema corte). Para tais decisões deve ser observado o artigo 22 do ato da suprema corte sobre o ponto, fazendo necessária uma resolução da corte para que o precedente seja superado. Em relação aos demais precedentes, a corte simplesmente apresenta uma nova regra. Não há o instituto de superação prospectiva de decisões. O instituto presta-se para evitar as consequências de um precedente retroativo. Entretanto as bases do instituto já foram postas pelos tribunais, que em uma resolução do CT formulou o princípio que é possível a fixação de uma data futura para que uma resolução interpretativa passe a produzir efeitos³¹⁸.

A prática espanhola esta usualmente atrelada a um *overruling* silencioso. As cortes simplesmente não seguem o precedente, mesmo quando o precedente é

³¹⁶ TROPER, Michel. GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. em *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 134. TARUFFO, Michele. TORRE, Massimo. Precedent in Italy in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997.

³¹⁷ TARUFFO, Michele. TORRE, Massimo. Precedent in Italy in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 178.

³¹⁸ MORAWSKI, Lech, ZIRK, Marek. Precedent in Poland. in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 248

vinculante. A Corte Constitucional muitas vezes altera seus precedentes livremente, sem qualquer menção à superação. Houve situações isoladas em que a corte alterou sua posição e foi expressa sobre isso. Os tribunais em regra respeitam seus próprios precedentes, mas quando consideram que deles devem se afastar, não se veem impedidos por qualquer requisito formal. A suprema corte, em duas situações supera seus entendimentos: profunda alteração de valores sociais ou culturais e a mudança da legislação. Não há a prática de superações prospectivas.³¹⁹

Quando um tribunal do Reino Unido considera que o precedente deve ser superado, o faz explicitamente, retirando por completo a autoridade da decisão anterior. Há a possibilidade de *prospective overruling*: é possível que em determinado caso a corte indique que virá a superar seu entendimento sobre o ponto, preservando o interesse daqueles que confiaram no precedente. Já as cortes inferiores alterarem precedentes das cortes superiores a partir da expectativa de uma alteração futura é uma prática desaprovada, e não é aceita.³²⁰

O Tribunal de Apelação de Nova Iorque com pouca frequência supera um precedente vinculante. Nas vezes que o fez, sofreu críticas. Segundo aqueles que desaprovam, o tribunal estaria falhando em reconhecer as amplas e imprevisíveis consequências de abandonar a velha regra, bem como estaria minando a estabilidade das relações privadas, usurpando poder do legislador. Um exemplo conhecido é *Boomer v. Atlantic Cement Co*³²¹. O operador de uma grande planta de cimento é processado por vizinhos que pretendiam fechar a planta em razão de vibrações e pó. Havia precedente reconhecendo a prevalência do direito de propriedade, independentemente dos custos para o produtor, em investimento de 1 milhão de dólares, em 1913, contando com cerca de 500 empregados. Tratava-se do caso *Whalen v. Union Bag & Peper Co*³²². Já em *Boomer*, o tribunal limitou-se a reconhecer o direito ao pagamento de indenização, permitindo a continuidade da atividade e superando o precedente. A decisão foi amplamente criticada por desrespeitar o

³¹⁹ MIGUEL, Alfonso Ruiz. LAPORTA, Francisco. Precedent in Spain, in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 287.

³²⁰ BANKOSKI, Zenon. MACCORMICK, Neil. MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom, in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 345.

³²¹ 26 NY 2d 219 (1970)

³²² 208 NY 1 (1913)

precedente, por alterar judicialmente conteúdo de lei e por legitimar, e ao mesmo tempo sancionar, aquilo que a corte admitiu ser um ato errado do réu. Dessa forma a corte teria minado sua imagem como um tribunal que aplica a razão no desenvolvimento de precedentes. Alguns acadêmicos, contudo, sustentam que *Boomer* foi uma decisão justificada em plano político³²³. Ao menos três principais razões justificam o *overruling* pelo tribunal nova-iorquino. Primeiro, alteração tecnológica que torna o precedente obsoleto. Segunda, alinhar o *common law* com crescimento social e moral. Terceiro, a experiência demonstra que um precedente desde o início é equivocado e mal concebido³²⁴.

A aplicação retroativa de uma decisão que supera um precedente acaba com a confiança no precedente e trata partes semelhantes de forma diversa. Assim as cortes adotaram a prática de superar precedentes apenas prospectivamente. A posição anterior é aplicada a todas as situações pretéritas. Assim, segundo *Ceres Partners v. Gel Assocs.*³²⁵, haverá *prospective overruling* quando: as partes confiam no precedente anterior; a aplicação retroativa da regra as prejudicará; e, quando a aplicação retroativa causar resultados substancialmente injustos³²⁶. A prática de conferir tratamento não retroativo às decisões da Suprema Corte data de 1960, durante a Corte Warren. A Corte considerava que decisões prospectivas evitavam uma séria ruptura da confiança. As decisões sempre consideraram que a alteração de decisões de forma retroativa rompe seriamente a confiança, decisões que por vezes são individuais, por vezes são governamentais ou mesmo sistêmicas. Entretanto, o julgamento de *Harper v. Virginia Department of Taxation* solidificou posição contrária da Suprema Corte. No julgamento de *Davis v. Michigan Department of Treasury* a corte invalidou normas estatais que taxavam benefícios pagos pelo governo federal, mas não taxavam benefícios pagos pelos estados e suas subdivisões. A Suprema Corte de Virgínia, baseando-se em precedente anterior (*Chevron*), recusou aplicação

³²³ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 394.

³²⁴ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 396.

³²⁵ 714 F Supp 679 (SDNY 1989),

³²⁶ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997, p. 398.

retroativa da decisão da corte. Contudo, a Suprema Corte dos Estados Unidos, acompanhado voto do Juiz Thomas, considerou que quando a corte aplica uma regra de direito federal para as partes diante dela, esta regra é a interpretação do direito federal e a ela deve ser conferido efeito retroativo pleno a todos os casos ainda em aberto em recurso e a todos os eventos, independentemente de tais eventos antecederem ou sucederem o anúncio da regra³²⁷. A nova doutrina da retroatividade é consistente com visão mais conservadora da corte sobre o estreito papel do judiciário e os limites do poder judicial, em uma clara reação à posição da Corte Warren. Exigindo-se que as decisões tenham efeito retroativo, as cortes serão menos inclinadas a superar seus precedentes, não desejando prejudicar aqueles que confiaram na velha regra³²⁸.

A superação de precedentes, ou seja, o aprimoramento do direito³²⁹, envolve a relação entre os princípios da segurança jurídica e da correção. Entre eles há uma relação de tensão que retrata a natureza dupla do direito. O direito necessariamente inclui uma dimensão real ou fática, ínsita aos elementos de definição da decretação de acordo com a ordem e da eficácia social, e uma ideal, retratado na correção quanto ao conteúdo. A segurança impõe que as normas sejam determinadas e cumpridas, o que somente pode ocorrer com decretação e eficácia, a demonstrar a conexão entre segurança e positividade. Entretanto, a segurança também exige correção. Justiça consiste em correção quanto ao que distribuição e compensação,

³²⁷ 'Beam controls this case, and we accordingly adopt a rule that fairly reflects the position of a majority of Justices in Beam: When this Court applies a rule of a federal law to the parties before it, that rule is the controlling interpretation of federal law and must be given full retroactive effect in all cases still open on direct review and as to all events, regardless of whether such events predate or postdate our announcement of the rule'. (Harper v. Virginia Dep't of Taxation, 501 U.S. 1247 (1991), 97).

³²⁸ STEPHENS. Pamela J. A nova doutrina da retroatividade - Igualdade, confiança e stare decisis. Tradução de Pablo Giordano Bernardi Bombardelli, revisão de Luís Afonso Heck Sergio Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 2012, p. 75. "Há de se perceber que, nos EUA, o tratamento da modulação de efeito é vacilante" (DIDIER JR., Fred. BRAGA, Paula Sarno. Oliveira, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 513)

³²⁹ "A mais recente e sofisticada tentativa de prover racionalidade e, ao mesmo tempo, respeito às demais instâncias institucionais de produção do direito pode ser visualizada na atenção aos princípios formais, na dogmática dos espaços e na fórmula peso". (LUDWIG, Roberto José. A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 530).

que são questões morais. A correção acresce à decretação de acordo com a ordem e eficácia social um elemento conceitual necessário, não positivista³³⁰.

Correção quanto ao conteúdo consiste em demonstrabilidade. Há racionalidade quando juízos morais são submetidos a uma argumentação racional. São corretas as normas que em um discurso ideal seriam consideradas corretas por cada um dos participantes, e somente há uma norma válida quando houver correção. Entretanto discursos ideais não são realizáveis. O critério de correção, portanto, é apenas uma ideia regulativa. O enlace entre o discurso ideal e o discurso real pode apenas reduzir, de forma limitada, a indefinidade do resultado. Sem qualquer infração a regras do discurso, é possível concepções incompatíveis. A não concordância é racional. Este é o “problema do conhecimento”³³¹. Justamente a limitação da moral que exige a validade do princípio da segurança jurídica, que se converte em fundamento da positividade³³². A necessidade da positividade implica a correção da positividade. Contudo, a pretensão de correção quanto ao conteúdo, a pretensão de justiça não desaparece com a positividade. Distingue-se, assim, dois graus de correção. A correção de primeira ordem retrata a dimensão ideal, a justiça. A de segunda ordem expressa tanto a dimensão ideal quanto a real, enlaçando a justiça e a segurança. A segurança jurídica é um princípio formal, “exigindo a vinculação àquilo que é fundado em autoridade e socialmente eficaz”. A justiça é um princípio substancial ou material. Sendo princípios, a segurança e a justiça podem colidir. A natureza dupla do direito exige que a relação entre justiça e segurança seja corretamente estabelecida³³³.

³³⁰ ALEXY, Robert. Segurança jurídica e correção. Tradutor Luís Afonso Heck. In: Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Org. Heck, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 43.

³³¹ ALEXY, Robert. Segurança jurídica e correção. Tradutor Luís Afonso Heck. In: Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Org. Heck, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 45.

³³² ALEXY, Robert. Segurança jurídica e correção. Tradutor Luís Afonso Heck. In: Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Org. Heck, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 46.

³³³ ALEXY, Robert. Segurança jurídica e correção. Tradutor Luís Afonso Heck. In: Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Org. Heck, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 47.

No cotidiano da aplicação do direito³³⁴, definir o que é correto depende do que foi determinado, fundado em autoridade ou institucionalmente, e o que se ajusta no sistema. A argumentação jurídica, assim, está vinculada à lei e ao precedente, vinculações essas expressas nas regras e nas formas específicas do discurso jurídico³³⁵. Entretanto é possível decisões contrárias a normas estatuídas, aí se incluindo a lei e o precedente³³⁶, fazendo possível o aperfeiçoamento do direito³³⁷.

Não há dúvida de que, *prima facie*, uma lei ruim deve ser aplicada. Deve haver uma “primazia-*prima-facie* do fundado em autoridade ou institucional”, incluindo leis e precedentes”³³⁸. O caráter *prima-facie* (ou seja, não absoluto) de tal primazia decorre da natureza dupla do direito, exigido pela correção quanto ao conteúdo. A segurança deve ser ponderada com a correção. “Argumentos que expressam uma vinculação ao texto da lei ou à vontade do legislador histórico, precedem outros

³³⁴ ALEXY, Robert. Segurança jurídica e correção. Tradutor Luís Afonso Heck. In: Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Org. Heck, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 51.

³³⁵ ALEXY, Robert. Segurança jurídica e correção. Tradutor Luís Afonso Heck. In: Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Org. Heck, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 53. É possível que mesmo as regras do discurso sejam positivadas, completando-se regras processuais com regras morais. Pode a lei de cada sistema jurídico vincular a precedentes, não permitir que sejam reconhecidas particularidades que excepcionem a regra, não permitir que precedentes sejam de forma alguma superados. Isso acabaria em uma codificação da moral. Nas palavras de Alexy, “Essa questão tem diversos significados e pode ser estabelecida a partir de diferentes pressupostos. O pressuposto mais forte seria considerar uma teoria do discurso útil apenas se ela levasse, em todos os casos, a um resultado seguro. Isso seria possível se as regras do discurso fossem formuladas de uma forma tão forte a ponto de poderem conter, em um sentido que não será especificado mais de perto aqui, a solução de todo caso individual. Isso só poderia ser alcançável se as regras processuais fossem completadas com regras materiais, o que acabaria sendo uma codificação de uma moral. As desvantagens são óbvias. Uma tal codificação de uma moral dificilmente poderia aspirar um consentimento geral. A maior segurança dos resultados deveria ser paga com uma maior insegurança dos pressupostos. Além disso, uma tal codificação, como ensina a experiência das codificações jurídicas, de modo algum levaria sempre a um resultado seguro. A insegurança seria apenas reduzida, mas não eliminada. Uma vez que não se vislumbra nenhum outro processo de fundamentação que garanta, em casos de alta aceitabilidade dos pressupostos, a segurança dos resultados, aquele que insiste nessa segurança deve renunciar inteiramente às regras da fundamentação. A ele restaria a mera decisão. Um tal ponto de vista tudo ou nada não é necessário e não faz sentido”. (ALEXY, Robert. Uma teoria do discurso prático. In: Teoria Discursiva do Direito. 2. ed. Org., Trad. e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 67).

³³⁶ LUDWIG, Roberto José. A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 532.

³³⁷ ALEXY, Robert. Segurança jurídica e correção. Tradutor Luís Afonso Heck. In: Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Org. Heck, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 56.

³³⁸ ALEXY, Robert. Segurança jurídica e correção. Tradutor Luís Afonso Heck. In: Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Org. Heck, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 56.

argumentos, a não ser que deixem alegar-se fundamentos racionais para isto, conceder aos outros argumentos a primazia”³³⁹. Portanto a ponderação entre a correção quanto ao conteúdo e a segurança jurídica expressa-se na regra da carga da argumentação³⁴⁰.

³³⁹ ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation* (Fn. 6), S. 305, apud Alexy, Robert. *Segurança jurídica e correção*. Tradutor Luís Afonso Heck. In: *Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org. Heck, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 56.

³⁴⁰ ALEXY, Robert. *Segurança jurídica e correção*. Tradutor Luís Afonso Heck. In: *Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org. Heck, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 57. “O debate acerca da eventual exorbitância da atividade ponderatória dos tribunais em face dos marcos institucionais previamente fixados de acordo com as competências constitucionalmente estabelecidas tem trazido à tona a questão da inserção de princípios formais na ponderação. [...] Pela ordem lógica, convém primeiro precisar a definição de princípios formais. Alexy essencialmente os caracteriza como aqueles princípios que, ao invés de conterem determinações de dever-ser materiais, possuem por objeto outras determinações, essencialmente regras, para acentuar o seu caráter *prima facie* e, dessa maneira, conferir ao ordenamento maior dureza, e assinar um ônus argumentativo para qualquer princípio em contrário. [...] Por isso a sua natureza e função de estruturas interprocedimentais, na medida em que eles estatuiriam a vinculação ao resultado de processos anteriores; ou seja, os princípios democrático e da divisão dos poderes ordenam o respeito à decisão do procedimento legislativo, enquanto que o princípio da segurança jurídica possui natureza similar; na mesma linha a vinculação ao precedente,” LUDWIG, Roberto José. *A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 530-533.

O SISTEMA BRASILEIRO

Foi analisada a importância de considerar a regra do precedente e como o fazer, considerando-se a natureza dupla do direito, a permanente tensão entre correção e segurança jurídica, levando a uma primazia-*prima-facie* do fundado em autoridade ou institucional. Passa-se, agora, a analisar o sistema brasileiro. Iniciemos a descrição do sistema por sua Constituição. A Constituição regula a produção de normas gerais³⁴¹. Ela é a norma que representa o escalão mais elevado do direito positivo ³⁴². Uma norma jurídica somente é válida se for produzida por uma determinada maneira e na medida em que for determinado pela constituição. É a figura da supra-infra-ordenação, de uma ordem jurídica escalonada em níveis de normas jurídicas³⁴³. A produção de normas jurídicas gerais, regulada pela constituição em sentido material, têm o caráter de legislação. A sua regulamentação pela constituição compreende a determinação do órgão ou dos órgãos que são dotados de competência para a produção de normas jurídicas gerais. Os tribunais podem ter autorização para criar o direito (na verdade, já nas palavras de Kelsen, ‘a decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica’)³⁴⁴. Contudo, para tanto, “eles têm de receber poder para isso”³⁴⁵.

A Constituição do Brasil não é omissa sobre o poder dos tribunais de criar normas vinculantes. Consta nos artigos 102 e 103-A da Constituição, de forma expressa, que determinadas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal terão efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário.

³⁴¹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Batista Machado, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 249.

³⁴² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Batista Machado, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 247.

³⁴³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Batista Machado, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 246.

³⁴⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Batista Machado, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 248 e 283.

³⁴⁵ Kelsen continua a explicação apontando que quando a constituição é omissa em relação ao poder dos tribunais para criar o direito, essa autorização não é dada em uma norma da constituição não escrita, a norma deve ser pressuposta. Neste caso, a norma fundamental institui como fato gerador do direito não apenas o ato do autor da constituição, mas também o costume constituído pela conduta dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica constitucionalmente criada. (Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Batista Machado, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 248 e 283).

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 2º 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 do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

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

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

A constituição confere ao o poder de criar normas ao Legislativo – art. 44. Obedecidas as normas criadas pelo Poder Legislativo, ao Supremo Tribunal foi atribuído o poder de criar regras com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do poder judiciário. Portanto, quando atendida a formalidade necessária para sua criação (v.g. a aprovação por dois terços dos membros do Tribunal), as normas jurídicas gerais positivadas pelo Supremo Tribunal Federal devem ser aplicadas pelos tribunais inferiores. Quando a Constituição normatiza os demais tribunais integrantes do poder judiciário, não confere igual poder. A Constituição atribui poder apenas ao Supremo Tribunal – veja-se artigo 92 e os seguintes. Portanto, apenas o Supremo Tribunal, em situações específicas, tem poder para criar normas.

No ano de 2015 foi promulgado novo Código de Processo Civil. O artigo 927 dispõe que juízes e tribunais devem observar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmula vinculante. Devem ser observados também os acórdãos dos incidentes de assunção de competência e de demandas repetitivas (o que inclui Tribunais inferiores – CPC, 976 a 987), bem como os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Ravi Peixoto analisa o artigo e sustenta que o artigo cria um rol exemplificativo de precedentes obrigatórios, não cabendo aos magistrados a eles sujeitos a opção de seguir ou não, pouco importando suas opiniões³⁴⁶. Segundo Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça sustentam que o artigo estabelece uma vinculação aos precedentes, elencados hierarquicamente no art. 927, para assegurar um aumento da credibilidade do Poder Judiciário³⁴⁷. Guilherme Rizzo do Amaral posiciona-se da mesma forma. O art. 927 prevê efeito vinculante para todos os juízes e tribunais. Ressalta que o dispositivo diz menos do que deveria, pois quaisquer precedentes, como um acórdão prolatado em recurso especial, vinculam juízes e tribunais, independentemente de terem resultado de julgamento descrito no rol do art. 927, e vinculam independentemente de suas boas razões, independentemente de o julgador concordar ou não com a *ratio*.³⁴⁸

Lenio Streck e Georges Abboud sustentam que os provimentos elencados no art. 927 são vinculantes. Entretanto, na aplicação da norma deve haver interpretação que considere a especificidade de cada caso concreto com o intuito de se proferir a solução constitucionalmente adequada para o caso concreto bem como para assegurar a integridade e coerência do sistema³⁴⁹.

Nery analisa que os preceitos dos incisos III a V são tratados como se tivessem a natureza de norma geral, de lei, equiparando-os à súmula vinculante do Supremo Tribunal. Tal equiparação, por ser contrária à Constituição, juízes podem fazer o controle concreto de constitucionalidade de ato contestado em face da constituição. Concluindo haver inconstitucionalidade, o preceito pode deixar de ser

³⁴⁶ PEIXOTO, Ravi. Aspectos Materiais e Processuais da Superação de Precedentes no Direito Brasileiro. In.: Precedentes. Coordenadores Freir Didier et alii, 2ª. Ed, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 539.

³⁴⁷ CAMBI, Eduardo. FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos Precedentes Judiciais Obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In.: Precedentes. Coordenadores Freir Didier et alii, 2ª. Ed, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 347.

³⁴⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo do. Comentários às Alterações do Novo CPC. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³⁴⁹ STRECK, Lenio. ABOUD, Georges. O NCPC e os Precedentes – afinal do que estamos falando? In.: Precedentes. Coordenadores Freir Didier et alii, 2ª. Ed, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 181.

observado. Nos tribunais, naturalmente, deve ser respeitada a reserva de plenário. Os precedentes devem observar os preceitos, por sua essência, por seu conteúdo intrínseco. Os precedentes devem convencer o juiz. A leitura constitucionalmente adequada da proposição normativa é que juízes devem considerar os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar a estabilidade, a integridade e coerência do sistema³⁵⁰.

Hermes Zanetti Jr. analisa as diversas posições. Defende que o argumento sobre a inconstitucionalidade não seria adequado. Precedentes seriam normas gerais e concretas, enquanto leis seriam gerais e abstratas. Se os juízes pudessem fazer normas gerais e abstratas, haveria inconstitucionalidade, as a vinculação aos fundamentos determinantes afasta qualquer vício. Mesmo as súmulas vinculantes foram incluídas na constituição após emenda. Seriam, assim, igualmente inválidas, pois desconsiderariam a separação de poderes e legalidade. Ao fim, no controle de constitucionalidade o juiz não cria direito, ele age como legislador negativo. Em relação a uma diferenciação de grau entre os incisos, decorrente da possibilidade de decisões vinculantes do STF serem passíveis de reclamação e as demais não, sustenta que não haver como “negar, em nenhuma hipótese, que a expressão ‘observarão’ constante do caput significa obrigatoriedade normativa, um comando normativo”. Portanto, qualquer crítica é posição pessoal que não representa a norma processual estabelecida no art. 927³⁵¹.

Veja-se que qualquer norma deve ter universalidade e a subsumibilidade. Sustentar que normas decorrentes de precedentes sejam gerais concretas, e por isso ganham vinculação é identificar os instrumentos racionais para aplicação do direito (que no caso do precedente é a comparação, e no caso da lei é a subsunção) com as características inerentes de qualquer norma. Veja-se que o âmbito da súmula vinculante do Supremo Tribunal é estreito. Ela tem por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas sobre as quais paire controvérsia. O juiz sempre cria o direito, isto é ínsito a sua dimensão dinâmica. Os limites para tanto, contudo, devem ser fixados pela constituição, nos termos das lições de Kelsen acima

³⁵⁰ NERY, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. 16ª. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³⁵¹ ZANETTI JR, Hermes. O Valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 369.

transcritas. O fato de tal hipótese ter sido inserida na Constituição por emenda constitucional não a macula, pois não houve a abolição de qualquer direito pético. Os limites do poder atribuídos pela Constituição ao Supremo Tribunal para criar normas vinculantes são claros, não há vagueza, ambiguidade ou abertura valorativa. Portanto, reconhecer que os juízes estão vinculados às normas mencionadas em qualquer dos incisos do art. 927 é contrariar expressamente o texto constitucional. Portanto a interpretação dada à norma acerca de sua vinculatividade não pode ser reconhecida.

A questão centra-se na interpretação dada ao verbo observar. 'Observar' é palavra polissêmica. Segundo o dicionário Aurélio, observar pode significar examinar minudentemente, olhar com atenção; estudar; espiar, espreitar; cumprir ou respeitar as prescrições de preceitos; obedecer a; praticar; atentar em, notar, advertir, ponderar, replicar, acompanhar a evolução, o comportamento ou o funcionamento de. fazer ver, advertir, notar, verificar, examinar atenta, minuciosamente, as pessoas e/ou o ambiente que os cerca; vigiar as próprias ações, ser circunspecto; vigiar-se reciprocamente³⁵². No dicionário Houaiss 'observar' consta como fixar os olhos em (alguém, algo ou a si mesmo); considerar-se com atenção, com aplicação; ver-se mutuamente; estudar-se; fazer uma observação científica de; olhar, fitar com atenção e minúcia, buscando chegar a um julgamento, a uma conclusão; constatar, perceber, notar considerar, verificar; olhar às escondidas, espiar, espreitar; conformar-se a, praticar, obedecer; atentar para ou fazer atentar para; expressar uma opinião ou julgamento, ponderar, replicar³⁵³. A norma, portanto, é ambígua, trazendo uma abertura semântica.

Reconhecer que 'observar' significa 'respeitar as prescrições de preceitos' ou 'conformar-se a' é uma das possibilidades. Não é, contudo, uma imposição decorrente de um tecnicismo jurídico. Observância ao direito, para Kelsen, é conceito diverso de aplicação. "Aplicação do direito é simultaneamente produção do direito. [...] todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma superior". Observância "é a conduta a que corresponde, como conduta oportuna, aquela a que é ligado o ato

³⁵² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Séc. XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3ª ed. totalmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1429.

³⁵³ HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2044.

coercitivo da sanção. É, antes de tudo a conduta que evita a sanção, o cumprimento do dever jurídico constituído através da sanção. Criação do direito, aplicação do direito e observância do direito são funções jurídicas no sentido mais amplo. Também o uso de uma permissão positiva pode ser designado como observância do direito. Porém, só a criação e aplicação do direito são designadas como funções jurídicas num sentido estrito específico³⁵⁴. Adotando-se a premissa de que o conceito de Kelsen é ao menos um dentre os possíveis, reconhecemos haver polissemia mesmo entre conceitos jurídicos, reconhecemos haver ambiguidade na norma, abrindo ao intérprete a possibilidade de valorações para identificar qual dentre os sentidos possíveis é o mais adequado.

Nesta perspectiva, considerando-se o texto constitucional como conformador do sentido da norma processual, devemos rejeitar a possibilidade de atribuir ao vocábulo o sentido de ‘aplicar’. Podemos considerar que o termo ‘observar’ seja interpretado como possuidor do significado de ‘atentar’, o que faz interpretar a norma a partir do princípio da inércia de Perelman, obrigando apenas a uma carga de argumentação para que o precedente deixe de ser aplicado ao caso. É possível ainda interpretar o termo como ‘ponderar’, levando à necessidade de ponderação entre a segurança jurídica e a correção, para assim aplicar ou não a norma do precedente. Qualquer destas duas hipóteses pode ser admitida, acarretando os mesmos resultados – a norma constitucional é respeitada e cada inciso será analisado individualmente, a partir da vinculatividade que o sistema conferir especificamente a ele. As súmulas vinculantes deverão ser respeitadas nos termos deifinidos pela constituição. Da mesma forma as decisões proferidas em controle de constitucionalidade concentrado. As demais hipóteses, como precedentes que são, vincularão em razão dos princípios que fundamentam sua aplicação. Como antes defendido, uma vez não ter sido conferido a eles pelo sistema constitucional o status de fonte formal de direito, diante da universalidade, do princípio da inércia, do princípio da segurança jurídica, do princípio da proteção à confiança, das funções de descarga, de progresso e de estabilização, a razão prática exige que não se desvie de um precedente sem que sejam apresentadas razões suficientes que justifiquem a nova

³⁵⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Batista Machado, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 260.

solução, mas que também justifiquem romper com a tradição. Há vinculação à ponderação, não ao resultado da regra do precedente.

Uma vez que tal interpretação não nega validade da norma, tanto juízes quanto os membros de tribunal podem imediatamente aplicar a norma nestes termos, sem necessidade de observar a necessária remessa a plenário (NCPC, 949).

Há dois argumentos contrários cogitáveis. O primeiro contra-argumento decorre de o Superior Tribunal e o Supremo Tribunal possuírem como função uniformizar a jurisprudência sobre questões legais ou constitucionais. Isso, entretanto, não deve ser interpretado como a estatuição de uma preponderância absoluta da segurança jurídica. Segurança jurídica é um princípio, e como tal deve ser ponderada, para que, caso a caso, o princípio alcance a máxima medida possível. Ao não possuir uma precedência absoluta, a função atribuída aos tribunais superiores não retira dos juízes a possibilidade de, no caso concreto, ponderados todos os argumentos, decidir com correção.

O segundo argumento é atrelado a este. O sistema exige que os Magistrados, em grau recursal, neguem provimento aos recursos interpostos contra decisões conformes aos precedentes mencionados no art. 927, ou deem provimento aos recursos para conformar as decisões proferidas aos mesmos precedentes.

Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

Trata-se apenas de um requisito formal à superação de precedentes, uma vez que contra tal decisão é possível a interposição de agravo interno, e neste, não há a imposição de que a decisão se conforme à posição sumulada de tribunais superiores, por exemplo. Isso fica ainda mais evidente quando o artigo 1021, §3º exige a ampliação dos argumentos a serem debatidos pelo próprio relator, que quando do

exame inicial não pode analisar argumentos contrários à conformidade a súmula do Superior Tribunal, por exemplo. Portanto a existência requisitos formais à não aplicação do precedente, não significa que ela não possa ocorrer quando estes forem superados.

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

§ 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

§ 3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

O mesmo ocorre em relação aos recursos interpostos junto ao Superior Tribunal de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução n. 5, de 5 de fevereiro de 2013, em que estabelece a competência do respectivo Presidente para, antes mesmo da distribuição dos feitos, adotar as seguintes medidas: (i) negar seguimento ou provimento a agravos, recursos especiais e outros feitos que sejam contrários a matéria sumulada ou julgada em recurso representativo de controvérsia; bem como (ii) dar provimento a recursos manejados contra decisões contrárias à ratio lançada em enunciados sumulares, no julgamento de recursos repetitivos ou consolidação na jurisprudência da aludida corte – o que fere o contraditório, já que ainda não oportunizadas as contrarrazões (cf. art. 932, V, CPC, e art. 5º, LV, CF). Cuida-se de filtro adicional, que evita a própria distribuição de feitos em que se discute matéria objeto de precedentes. É certo, contudo, que a Resolução nº 5 prevê o cabimento de agravo interno contra a decisão da Presidência que negar ou dar seguimento ao recurso nos termos acima aludidos, situação em que haverá a distribuição do feito a um dos ministros integrantes da corte³⁵⁵.

A partir daí os Ministros podem adotar as medidas necessárias para distinguir, superar ou confirmar o precedente (CPC, 986). Portanto os Magistrados, independentemente de provocação das partes (mas sem prejuízo do contraditório), devem sempre considerar as regras de decisões repetitivas, das súmulas dos tribunais superiores, das orientações o plenário ou do órgão especial a que estiverem vinculados. Para a superação devem ser apresentadas razões suficientes que justifiquem a nova solução, mas que também justifiquem romper com o precedente. Para a superação em nível recursal, deve ser estabelecido procedimento específico.

A partir de tais premissas podemos identificar as diferenças entre o artigo 927 e o artigo 489, §1º, VI.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

³⁵⁵ Didier Jr., Fred. Curso de Direito Processual Civil. 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 472.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Iniciemos com a lição de Marinoni e Mitidiero sobre os artigos 926 e 489 do Código.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Sustentam que a norma alude genericamente à jurisprudência, sem se preocupar com eventuais distinções que podem existir entre os termos jurisprudência, súmula e precedentes. “Apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes. Os tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à jurisprudência”. Tradicionalmente a jurisprudência consubstancia-se na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para a solução de casos, em que a múltipla reiteração gera uniformidade capaz de servir como parâmetro de controle. Entretanto através de incidente de resolução de demandas repetitivas e a assunção de competência por tribunais de justiça, rompe-se a tradição acerca da múltipla reiteração. O novo código confere outro sentido ao termo jurisprudência – ao menos para determinados casos³⁵⁶.

Já em relação ao art. 489, §1º, VI, asseveram que apenas as cortes supremas podem superar seus próprios precedentes, e que a jurisprudência (constituída por casos de jurisprudência formada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência), apenas a corte que formou a jurisprudência vinculante é que pode dela se afastar. “Isso quer dizer que os juízes e tribunais submetidos ao precedente ou à jurisprudência vinculante não

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergui Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 870.

podem deixar de aplica-los invocando a necessidade da respectiva superação³⁵⁷. Nery, ao comentar o art. 489, reitera a sua posição em relação à inconstitucionalidade³⁵⁸. Rizzo Amaral³⁵⁹ e Tereza A. A. Wambier³⁶⁰, quanto aos artigos mencionados, não analisam a questão na perspectiva das limitações constitucionais.

Retomemos: há três dimensões. Uma dimensão de classificação, uma gradação de gradação e uma dimensão de comparação. Mesmo segurança jurídica atrelada à vinculatividade da lei, em determinadas situações excepcionais, pode vir a ser ponderada com a correção. Portanto a vinculação a precedentes pode, em qualquer situação, ser ponderada com a correção. Vimos que em uma leitura constitucional do art. 927, há precedentes que vinculam em razão de previsão constitucional. Os outros vincularão em razão dos princípios que fundamentam sua aplicação – fazendo necessário graduar, no caso concreto, por exemplo, qual o grau de cumprimento da segurança jurídica, confiança, universalidade, decorrente do respeito a uma regra estabelecida em súmula do Superior Tribunal, e ponderá-lo com outros argumentos que ensejam resultado diverso. Tal relação de preponderância, certamente, não é a mesma que que uma decisão isolada to Superior Tribunal, que não é o mesmo de uma decisão ou linha de precedentes de um Tribunal de Justiça. Precedentes vinculam. A vinculação ao precedente, assim, é uma questão de grau.

No espaço semântico o resultado de uma decisão judicial anterior deve ser considerado, ao menos em razão da igualdade – o que não significa que o argumento baseado na igualdade terá precedência. Há vinculação não a um resultado³⁶¹, mas a um processo racional que inclui a ponderação do peso das regras de decisões anteriores, sejam ou não corretas, provenham ou não de tribunais superiores. Sustentar que um precedente tenha eficácia meramente persuasiva é negar que a decisão anterior tem mais valor que seus fundamentos isolados – àquela

³⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergui Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 491

³⁵⁸ NERY, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. 16ª. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³⁵⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo do. Comentários às Alterações do Novo CPC. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³⁶⁰ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et alii. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

³⁶¹ ALEXY, Robert. Entrevista a Atienza, in Alexy, Robert. Teoria Discursiva do Direito. Organização e tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense. 2ª ed., 2015, p. 330

relação de precedência soma-se o peso do argumento de igualdade: a regra daquele precedente tem maior grau de vinculatividade que a regra da relação de precedência da ponderação antes feita exclusivamente por ter sido a solução dada a um caso anterior. Portanto, todo precedente é vinculante, incluindo os mencionados no art. 927 do CPC e os demais. A vinculação é uma questão de grau.

O Código de Processo não precisa o conceito de precedente. Portanto, havendo menção ao termo precedente, devemos considerar que se refere a qualquer precedente. Quando um tribunal de Justiça decide um caso de uma forma, a parte que enfrenta uma questão semelhante tem direito de saber a razão pela qual seu caso é tratado diferentemente, se todos são iguais perante a lei. Este é o significado do art. 489, §1º VI: positivizar o princípio da inércia de Perelman em relação a um conceito amplo de precedente.

Veja-se que aqui é necessário que a parte invoque o precedente. Os precedentes mencionados no art. 927 o juiz deve observar por ofício, demonstrando que não há identidade entre as normas mencionadas no artigo 927 e os precedentes mencionados no artigo 489, §1º, VI – há relação de continência daqueles nestes.

A dificuldade desta interpretação relaciona-se ao termo “superação”. Podemos associar ‘superação’ a *overruling*. Nesta perspectiva, superação significaria retirar da decisão anterior toda sua autoridade enquanto precedente. Decisões conflitantes com o precedente, que se mantêm hígido enquanto tal, não podem ser consideradas *overruling*³⁶². Entretanto a tradução de *overruling* é substituir, anular ou rejeitar. Não é este o termo adotado pela lei. A lei adotou superar. Uma das traduções para a palavra superar é *outweight*³⁶³, expressão que denota justamente uma

³⁶² Segundo o Black’s Law Dictionary, eis os significados de *overrule*: *To supersede; annul; reject by subsequent action or decision. A judicial decision is said to be overruled when a later decision, rendered by the same court or by a superior court in the same system, expresses a judgment upon the same question or law directly opposite to that which was before given, thereby depriving the earlier opinion of all authority as a precedent. The term is not properly applied to conflicting decisions on the same point by coordinate or independent tribunals.* (em tradução livre, substituir, anular, rejeitar por uma ação subsequente ou decisão. Uma decisão judicial é dita ter sido ‘*overruled*’ quando uma decisão posterior, proferida pela mesma corte, ou por uma corte superior do mesmo sistema, expressa um julgamento sobre a mesma questão ou regra diretamente oposta àquela que foi anteriormente proferida, retirando então da decisão anterior toda a autoridade enquanto precedente.

³⁶³ Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo, tradutores de *Retórica e o Estado de Direito*, de Neil McCormick, elaboraram glossário, contendo as escolhas de tradução que julgaram mais importantes explicitar, “para o efeito de esclarecimento do exato sentido do texto original”. Para os mesmos, o termo inglês *outweigh* significa ‘superar, ter mais peso, sobrepujar’. (MENDES, Conrado Hübner; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Glossário. *in* MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*:

dimensão de peso, ou seja, um significado atrelado a ponderação. Adotando a posição de um lexicógrafo, Oswaldo Serpa, superar significa ‘to surmont, to overcome, to get over; to surpass, to outdo. to outmach, to outstrip’³⁶⁴. Para Maria Chaves de Mello, ‘overcome’ significa ‘superar, passar por cima, dominar,’ enquanto ‘overrule’ significa ‘revogar, anular, alterar, mudar, rejeitar’³⁶⁵.

Nesta perspectiva, uma vez que ‘superar’ não significa ‘overrule’, nada exige que apenas possam superar os precedentes os próprios tribunais que elaboraram as súmulas e que proferiram os julgamentos em recursos repetitivos. A interpretação de que o artigo 489, §1º, VI positiva o princípio da inércia de Perelman é coerente com o sistema do novo Código.

Um último argumento que poderia ser suscitado estaria atrelado ao termo ‘jurisprudência’, que conduziria à inadequação da interpretação que se pretende conferir ao termo ‘precedente’ contido no artigo 489. Como mencionam Marinoni, Arenhart, Mitidiero na análise do art. 926, mencionada acima, o CPC ali o CPC ressignificou ‘jurisprudência’, mas noutros momentos do texto o termo teria outro significado. Na análise do art. 489, como mencionado, sustentam que ‘jurisprudência’ se refere a “casos de jurisprudência formada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência”. É a solução encontrada para compatibilizar sua concepção de que precedentes seriam os precedentes vinculantes mencionados no art. 927, e que o termo superação significaria *overruling*. Uma vez não compartilharmos tais premissas, devemos apenas concordar que ‘jurisprudência’, no art. 489, §1º, VI, não pode ser sinônimo de ‘precedente’. O artigo exige que sejam examinados os argumentos que se relacionem a ‘jurisprudência’. Uma vez que este termo, neste artigo não pode ter o significado de ‘precedente’, está o código positivando o dever de o juiz também examinar a jurisprudência em sua

uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. XXXII) Para o dicionário on line de Cambridge, em tradução livre, ‘outweigh’ significa ‘ser maior ou mais importante que outra coisa’ (‘to be greater or more important than something else’ - in <http://dictionary.cambridge.org/>) In Oxford Living Dictionaries, significa ser mais pesado, melhor, ou mais significante que. (be heavier, greater, or more significant than in Oxford Living Dictionaries, <https://en.oxforddictionaries.com>)

³⁶⁴ SERPA, Oswaldo. Dicionário Escolar Inglês -Português, Português Inglês, 4ª ed., Rio de Janeiro: MEC, p. 1057.

³⁶⁵ MELO, Maria Chaves de Mello. Dicionário JurídicoPortuguês Inglês Inglês Português. 8ª ed., São Paulo: Editora Método, 2006, p. 839

acepção clássica, designando a ciência do direito³⁶⁶ ou dogmática. A ciência do direito é uma mescla da descrição do direito vigente, sua análise sistemática e conceitual e a elaboração de propostas para a solução de casos problemáticos, respectivamente correlatas a dimensões empírico-descritiva, analítico-lógica e prático-normativa³⁶⁷. Integram o grupo dos argumentos sistemático-conceituais que devem ser utilizados para a interpretação do direito³⁶⁸. Portanto o artigo 489, §1º, VI do Código, assim como seu §2º, é mais uma união da lei com o direito discursivo³⁶⁹.

Ao fim, para concluir a exposição dos elementos centrais do sistema brasileiro, é necessário analisar caput do artigo 926, que determina que os tribunais uniformizem sua jurisprudência a mantenham-na estável, íntegra e coerente. Jurisprudência neste contexto deve ser interpretado como a posição das cortes em relação aos casos julgados, conforme mencionado acima. Estabilidade e coerência já foram examinadas. Pende o exame da integridade. Integridade é um termo atrelado às idéias de Ronald Dworkin³⁷⁰. Peczenik consideraria integridade sinônimo de coerência³⁷¹. Didier considera que uma vez ter ocorrido a positivação do conceito de integridade, ele deixa de corresponder com precisão à orientação do autor, passando

³⁶⁶ A Ciência do Direito, durante muito tempo teve o nome de Jurisprudência, que era a designação dada pelos juristas romanos. Atualmente, a palavra possui uma acepção estrita, para indicar a doutrina que se vai firmando através de uma sucessão convergente e coincidente de decisões judiciais ou de resoluções administrativas (jurisprudências judicial e administrativa). Pensamos que tudo deve ser feito para manter a acepção clássica dessa palavra, tão densa de significado, que põe em realce uma das virtudes primordiais que deve ter o jurista: a prudência, o cauteloso senso de medida das coisas humanas. (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 62). Adotando-se novo paralelo com o direito anglo-saxão, *jurisprudence* significa a ciência do direito, a ciência que tem por função definir princípios em que as regras são baseadas, assim como classificar estas regras e demonstrar sua relação umas com as outras, e definir a maneira como casos novos ou duvidosos devem ser decididos. (Black's Law Dictionary) <http://thelawdictionary.org/jurisprudence/>

³⁶⁷ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 247

³⁶⁸ ALEXY, Robert. Interpretação Jurídica. In: Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito. Tradutor e revisor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: RT, 2ª ed., revista, 2015, p.70

³⁶⁹ HECK, Luís Afonso. A Ponderação no Código de Processo Civil, in Heck, Luís Afonso. Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017, p. 140.

³⁷⁰ DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Jefferson Luiz Camargo (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 213-332, apud Didier Jr., Fred. Curso de Direito Processual Civil. 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 489.

³⁷¹ PECZENIK, Alexander. On Law and Reason. LExington: Springer, 2009, p. 132, apud Didier Jr., Fred. Curso de Direito Processual Civil. 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 489.

a corresponder, juntamente com coerência, à consistência – um direito uno e correto³⁷².

Segundo Dworkin, a vinculatividade oferecida pelos precedentes é diversa da vinculatividade dos textos de lei. Os precedentes possuem qualidades vinculantes de uma forma *sui generis*³⁷³. Para Dworkin, a lei possui uma força de promulgação (*enactement force*), enquanto precedentes possuem força gravitacional (*gravitational force*). “Um precedente é um relato de uma decisão de política anterior [assim]; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história ‘política’, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro”³⁷⁴. Considerar precedentes significa considerar os princípios necessários para os justificar. Portanto, levar em conta argumentos de princípios significa considerá-los como parte de um grande “esquema de princípios concretos que fornecem uma justificação coerente para todos os precedentes do *common law* e, assim como estes devem ser justificados por princípios, as proposições constitucionais e legais também”³⁷⁵. A força gravitacional, assim como a autoridade, é variável. O peso de um precedente depende de muitos fatores. A força gravitacional do precedente vincula-se “à equidade que está em tratar casos semelhantes do mesmo modo”³⁷⁶. Posteriormente, em *O Império do Direito*, Dworkin adotou o termo integridade para denominar *fairness*³⁷⁷. Integridade relaciona-se com um processo de desenvolvimento de doutrinas e princípios jurídicos. Cada juiz que interpreta o direito deve considerar decisões prévias, os capítulos de um romance em cadeia, e pronunciar sua decisão como o melhor ou mais persuasivo capítulo da história que vai se revelando, e consciente que outros escreverão os próximos capítulos. Integridade, assim, é a capacidade de reconciliação racional de

³⁷² DIDIER Jr., Fred. Curso de Direito Processual Civil. 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 491.

³⁷³ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 59.

³⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 176. O termo ‘política’ aqui é a tradução de ‘policie’, que significa ‘programa’.

³⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1978, p. 116, apud DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 61.

³⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 176. Equidade, aqui, foi o termo eleito pelo tradutor para significar *fairness*.

³⁷⁷ “Um Juiz ... pode pensar ser injusto exigir indenização por qualquer dano moral. Mas se ele aceitar a integridade e souber que algumas vítimas de dano moral já tiveram direito à indenização, ele terá razão para decidir em favor de outros que buscam indenização por dano moral”. (DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*. London: Fontana, 1986, p. 177, apud DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 59).

uma decisão proferida em um certo momento com as decisões que serão tomadas posteriormente³⁷⁸. Dworkin defenderá que os juízes devem observar uma coerência de princípio, que exija que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos sejam coerentes no sentido de expressarem uma visão única e abrangente de justiça. Integridade trata-se de compreender o direito como totalidade, que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos direitos patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo³⁷⁹. “Lei como integridade requer um juiz para testar sua interpretação de qualquer parte da grande rede de estruturas políticas e decisões de sua comunidade perguntando se poderia fazer parte de uma teoria coerente que justifique a rede como um todo”³⁸⁰. “Coerência não apenas com doutrinas particulares aqui e ali, mas, da melhor forma que possa ser encontrada, principalmente coerência com a integralidade da estrutura do direito”³⁸¹. Assim, a tese do direito como integridade, de Dworkin, imiscui-se com o postulado da coerência³⁸².

Certo que quando o artigo 926 positivou o termo integridade, rompeu com o vínculo do termo a determinada teoria ou a determinado autor. Com isso, é tarefa da dogmática³⁸³ desenvolver seu conceito e elaborar propostas para a solução de casos problemáticos³⁸⁴.

³⁷⁸ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 305

³⁷⁹ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 117

³⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, Cambridge, Mass./London 1986, S. 245, apud. ALEXY, Robert. *Fundamentação Jurídica, Sistema e Coerência*. Trad. Luís Afonso Heck. In. *Constitucionalismo Discursivo*. 3. ed. Luís Afonso Heck (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 118.

³⁸¹ DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*. Cambridge/ Mass.: BelknapPress, 2006, p. 250 apud DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 59).

³⁸² Alexy, contudo, aponta que a doutrina sobre método jurídico, incluindo-se a tese do direito como integridade, aborda a coerência de forma programática e metafórica, abordando no máximo certos aspectos da coerência. O que deve ser entendido com a expressão “coerente” consiste em um catálogo de critérios de coerência. Coerência está atrelada a relação de fundamentação positivas. A determinação geral subsequente ao conceito de coerência é “Quanto melhor é a estrutura da fundamentação de uma classe de declarações, tanto mais coerente é essa classe de declarações” (ALEXY, Robert. *Fundamentação Jurídica, Sistema e Coerência*. Trad. Luís Afonso Heck. In. *Constitucionalismo Discursivo*. 3. ed. Luís Afonso Heck (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 118).

³⁸³ DIDIER Jr., Fred. *Curso de Direito Processual Civil*. 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 490.

³⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 247

CONCLUSÃO

A razão exige que o precedente judicial seja considerado como uma regra, baseada em princípios, e que é aplicada através de três operações básicas coordenadas – a subsunção, a ponderação e a analogia, operações que correspondem a três dimensões do direito, a classificação, a gradação e comparação. A vinculação ao precedente está atrelada à relação de precedência entre os princípios que fundamentam tal vinculação. A relação de precedência que estatui a vinculação também tem um caráter deontico, mas por trás disto há princípios, e em relação a estes há uma gradação prima-facie e uma gradação concreta. A vinculação, portanto, possui uma dimensão de intensidade. Em um último nível, a vinculação ao precedente decorre da ponderação entre segurança jurídica e correção moral, demonstrando a natureza dupla do direito.

Para aplicação da regra do precedente é necessário realizar uma comparação entre casos. Entretanto, nunca há identidade absoluta. Ainda, podem existir situações especiais, particulares, mostrando-se necessário identificar a relevância de cada característica comparada. Ao fim, é possível que os valores que levaram a determinada decisão tenham se alterado, ou que tenha sido identificado que uma decisão é incorreta. Para identificar a importância de cada um destes fatores, precisamos utilizar os esquemas da analogia e comparação. Uma racionalidade elementar exige que todas as características sejam consideradas. Ao considerar todas as circunstâncias quando em um discurso de aplicação, inicia-se um processo permanente de precisão, modificação, rejeição e criação de normas, uma instância falível irrenunciável³⁸⁵, demonstrando a dimensão dinâmica do direito.

Portanto, é possível deixar de aplicar a regra do precedente, desde que sejam apresentados argumentos suficientes para superar os argumentos que fundamentam a regra, mas que justifiquem romper também com os elementos que estabelecem sua vinculatividade. Tais elementos podem ser apenas os princípios que sustentam a vinculação ao precedente. A observância à regra contida em decisões

judiciais precedentes fundamenta-se na universalidade, na igualdade, no princípio da inércia, no princípio da segurança jurídica, no princípio da proteção à confiança, na função de descarga, progresso e estabilização. Entretanto, pode haver norma constitucional disciplinando tal vinculação – ou uma norma constitucional escrita ou uma norma pressuposta, que institui como fato gerador do direito não apenas o ato do autor da constituição, mas também a prática reconhecida dos tribunais de criarem normas.

Esta norma pressuposta é um aspecto da constituição no *common law*, intensificando ou institucionalizando as normas criadas pelos tribunais, conferindo a elas vinculatividade maior do que a decorrente apenas dos princípios que as sustentam. O direito no *common law* se desenvolveu e se impôs especificamente através da metodologia do *common law*. Há um específico corpo de precedentes que concernem especificamente à autoridade e à vinculatividade dos precedentes. Isso não significa, contudo, que a metodologia da aplicação do direito tenha diferenças substanciais entre as tradições jurídicas do *common law* e *civil law*. Cada vez mais os sistemas jurídicos alcançam maior semelhança.

O direito brasileiro foi recentemente alterado. O Código de Processo Civil trouxe diversas proposições normativas sobre o assunto. Houve uma união da lei com o direito discursivo. Entretanto para compreender os termos desta união, devemos reinterpretar o Código a partir dos espaços conferidos pela Constituição. Por um lado, limita em grande parte a vinculatividade formal do precedente; por outro, amplia sua vinculatividade. Ao positivizar elementos de razão prática, conferiu maior efetividade à razão, o que tem por consequência estabilização, progresso e justiça.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **The Rational as Reasonable: a treatise on legal justification**. Holand: D. Reidel Publishing Company. 1987.

_____. **Precedent in Finland** in *Interpreting Precedents: a Comparative study*. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997.

ALEXY, Robert. **Precedent in Federal Republic of Germani** in *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Organizado por MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997.

_____. **Conceito e Validade do Direito**. Org. Ernesto Garzón Valdés... et al. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Two or Three?** In Borowski Martin (Ed.). *On the Nature of Legal Principles*. ARSP 109, Stuttgart: Franz Steiner, 2010.

_____. **Fundamentação Jurídica, Sistema e Coerência**. Trad. Luís Afonso Heck. In. *Constitucionalismo Discursivo*. 3. ed. Luís Afonso Heck (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011

_____. **A fórmula peso**. Trad. Luís Afonso Heck. In. *Constitucionalismo Discursivo*. 3. ed. Luís Afonso Heck (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Princípios Formais**. Tradutor: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In *Princípios Formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editora, 2014.

_____. **A dupla natureza do direito**. In: *Teoria Discursiva do Direito*. 2. ed. Org., Trad. e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

_____. **Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito**. 2. ed. Tradução e rev. de Luís Afonso Heck (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. **Dois ou Três?** In: Teoria Discursiva do Direito. 2. ed. Org., Trad. e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

_____. **Fundamentação de normas e aplicação de normas.** In: Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito. Tradutor e revisor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: RT, 2ª ed., revista, 2015.

_____. **Interpretação Jurídica.** In: Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito. Tradutor e revisor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: RT, 2ª ed., revista, 2015.

_____. **Uma teoria do discurso prático.** In: Teoria Discursiva do Direito. 2. ed. Org., Trad. e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

_____. **Entrevista a Atienza.** In Alexy, Robert. Teoria Discursiva do Direito. Organização e tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense. 2ª ed., 2015.

_____. **Não-positivismo inclusivo. Para a relação de direito e moral.** Tradução de Luís Afonso Heck. In: Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2017.

_____. **Segurança jurídica e correção.** Tradutor Luís Afonso Heck. In: Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Org. Heck, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017.

AMARAL, Guilherme Rizzo do. **Comentários às Alterações do Novo CPC.** 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica.** Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006

BÄCKER, Carsten. **O silogismo como estrutura fundamental do fundamental jurídico?** Tradução de Luís Afonso Heck, in Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2017.

BANKOSKI, Zenon. MACCORMICK, Neil. MARSHALL, Geoffrey. **Precedent in the United Kingdom,** in Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997.

BLACK'S LAW Dictionary. Estados Unidos da América. Disponível em <<http://thelawdictionary.org/>> Acesso em 13 mar 2017.

BUSTAMANTE, Thomas. **Finding Analogies between Cases**. In: On the Philosophy of Precedent, org. Bustamante, Thomas. Pulido, Carlos Bernal. Stuttgart : Steiner, 2012.

CAMBI, Eduardo. FOGAÇA, Mateus Vargas. **Sistema dos Precedentes Judiciais Obrigatórios no Novo Código de Processo Civil**. In.: Precedentes. Coordenadores Freir Didier et alii, 2ª. Ed, Salvador: Juspodivm, 2016.

CAMBRIDGE Dictionary. Inglaterra. <http://dictionary.cambridge.org/>. Acesso em 13 mar 2017

CHIASSONI, Pierluigi. **The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction**, in On the Philosophy of Precedent, org. Bustamante, Thomas. Pulido, Carlos Bernal. Stuttgart: Steiner, 2012.

CINTRA, Fernando Vogel. **Dogmática dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**, Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio grande do Sul [*on line*]/ Defensoria Pública do Rio Grande do Sul – Ano 7, V. 14 (janeiro/abril de 2016) Porto Alegre – DPE, 2016

DIDIER JR., Fred. BRAGA, Paula Sarno. Oliveira, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2

DUXBURY, Neil. **The Nature and The Authority of Precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. (trad. Nelson Boeira), 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Séc. XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3ª ed. totalmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GERHARDT, Michael J. **Super Precedent**. 90 Minn. L. Rev. 1204 2005-2006

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**; pós escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antonio de liveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HECK, Luís Afonso. **A Ponderação no Código de Processo Civil**, in Heck, Luís Afonso. Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017.

_____. **O Neoconstitucionalismo em Hans Kelsen**, in Heck, Luís Afonso. Direito Positivo e Direito Discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017.

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LEE, Thomas R. **Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court**. *Vanderbilt Law Review*, Vol. 52, pp. 647-735, 1999. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1263610>.

LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergui Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARSHALL, Geoffrey. **What is binding in a Precedent** in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997.

MEHREN, Arthur von. Murray, Peter L. **Law in The United States**. New York: Cambridge University Press, 2. Ed. 2007.

MELO, Maria Chaves de Mello. **Dicionário Jurídico Português-Inglês Inglês-Português**. 8ª ed., São Paulo: Editora Método, 2006.

MENDES, Conrado Hübner; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **Glossário**. in MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. LAPORTA, Francisco. **Precedent in Spain**, in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997.

MONAGHAN, Henry Paul. **Stare Decisis and Constitutional Adjudication**. In: *Columbia Law Review* . Vol. 88. 1988.

MORAWSKI, Lech, ZIRK, Marek. **Precedent in Poland**. in *Interpreting Precedents a Comparative Study*. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

NERY, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Comentários ao Código de Processo**

Civil. 16ª. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OXFORD Living Dictionaries. Inglaterra. <<https://en.oxforddictionaries.com>>. Acesso em 13 mar 2017.

PEIXOTO, Ravi. **Aspectos Materiais e Processuais da Superação de Precedentes no Direito Brasileiro.** In.: Precedentes. Coordenadores Freir Didier et alii, 2ª. Ed, Salvador: Juspodivm, 2016.

PERRY, John. **Textualism and the Discovery of Rights.** In: Philosophical Foundations of Language in the Law. Org. Andrei Marmor and Scott Soames. Oxford University Press, 2011.

PETERS, Christopher J. (Org.). **Introdução.** In: Precedent In the United States Supreme Court. [S.l.: e-book], 2013.

POSTEMA, Gerald J. **Philosophy of the Common Law,** em Jurisprudence and Philosophy of Law. New York: Oxford University Press. 2004.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Rebello. **O precedente Judicial e sua Alteração: segurança jurídica e adequação do direito.** In: Precedentes. Org. Fred Didier Jr. et alii. Salvador: Juspodivm, 2016.

QI, Zhang. **On the Method of Searching for Guiding cases on the Basis of Trial Experience,** in On the Philosophy of Precedent, org. Bustamante, Thomas. Pulido, carlos Bernal. Stuttgart: Steiner, 2012.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 25ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

SCHAUER, Frederick. **Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy.** Ano 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1007001>. Acesso em 23 ago. de 2015, 16:55

_____. **Precedent.** In: MARMOR, Andrei (Org.). The Routledge Companion to Philosophy of Law. New York, USA: Routledge by Taylor And Francis Group, 2015.

SERPA, Oswaldo. **Dicionário Escolar Inglês -Português, Português Inglês,** 4ª ed., Rio de Janeiro: MEC.

SHAPIRO, Scott J. **Authority,** em Jurisprudence and Philosophy of Law, New York: Oxford University Press. 2004.

SINCLAIR, Michael. **PRECEDENT, SUPER-PRECEDENT.** 14 Geo. Mason L. Rev. 363 2006-2007

STARGER, Colin. **The Dialectic of Stare Decisis Doctrine**. In: Precedent In the United States Supreme Court. Org. Christopher J. Peters. p. 19. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1007001. Acesso em 23 ago. de 2015, 16:55.

STEINER, Eva. **Theory and Practice of Judicial Precedent in France** in DIDIER, Fred et al., Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016.

STEPHENS, Pamela J. **A nova doutrina da retroatividade - Igualdade, confiança e stare decisis**. Tradução de Pablo Giordano Bernardi Bombardelli, revisão de Luís Afonso Heck Sergio Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 2012.

STRECK, Lenio. ABBOUD, Georges. **O NCPC e os Precedentes – afinal do que estamos falando?** In.: Precedentes. Coordenadores Freir Didier et alii, 2ª. Ed, Salvador: Juspodivm, 2016.

SUMMERS, Robert S. **Precedent in the United States** (New York State). In: Interpreting Precedents: a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997.

_____. ENG, Svein. **Departures from Precedent**. In: Interpreting Precedents: a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997.

TARUFFO, Michele. **Institutional Factors influencing Precedents**, em Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997.

_____. TORRE, Massimo. **Precedent in Italy** in Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997.

_____. **Le funzioni dele Corti Supreme tra uniformità e giustizia**, in Precedentes, coord. Fred Didier Jr. .. [et al.] Salvador: Juspodivm, 2016.

TROPER, Michel. GRZEGORCZYK, Christophe. **Precedent in France**. em Interpreting Precedents a Comparative Study. Dartmouth Publishing Co. (England); Ashgate Publishing Co. (USA). 1997.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et alii. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

WASSERSTROM, Richard A., **The Judicial Decision: toward a theory of legal justification**. California: Stanford University Press. 1978.

ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2016.