

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

THALES DUARTE SOUZA LUCENA

**O DISCURSO SOBRE PRECEDENTES NA DOUTRINA BRASILEIRA:
OS DITOS E OS NÃO-DITOS**

Rio de Janeiro
2018

THALES DUARTE SOUZA LUCENA

**O DISCURSO SOBRE PRECEDENTES NA DOCTRINA BRASILEIRA: OS
DITOS E OS NÃO-DITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá – UNESA, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional, Direito Processual.

Linha de pesquisa: Acesso à justiça e a efetividade do processo.

Orientador: Prof.º Drº Rafael Mario Iorio Filho

Coorientadora: Prof.º Draº Fernanda Duarte Lopes
Lucas da Silva

Rio de Janeiro

2018

L935d

Lucena, Thales Duarte Souza

O discurso sobre precedentes na doutrina brasileira: os ditos e os não-ditos. / Thales Duarte Souza Lucena. – Rio de Janeiro, 2018.

81 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2017.

1. Precedentes. 2. Stare decisis. 3. Análise do discurso. 4. Doutrina brasileira. I. Título.

CDD 340



Estácio

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

O DISCURSO SOBRE PRECEDENTES NA DOCTRINA BRASILEIRA: OS DITOS E OS NÃO-DITOS

elaborada por

THALES DUARTE SOUZA LUCENA

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

MESTRE EM DIREITO

Rio de Janeiro, 03 de agosto de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael Mário Iorio Filho – Presidente
Universidade Estácio de Sá

Profa. Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva
Universidade Estácio de Sá

Profa. Dra. Helena Elias Pinto
Universidade Federal Fluminense

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro e principalmente àquele que sempre esteve ao meu lado, nunca falhou comigo, nunca me abandonou, mesmo nos momentos mais difíceis, meu mentor, meu maior professor e mestre. Com uma paciência, sabedoria e amor sem fim caminhou ao meu lado e, até quando não percebia, estava lá preparando para mim o caminho. Ao meu Deus dedico este trabalho, sem Ele não teria nem sequer começado essa jornada acadêmica. Obrigado Senhor!

À minha querida e amada esposa Bruna, por acreditar, apoiar e me incentivar nesta jornada. Um presente de Deus para mim. Sem ela não teria chegado até aqui.

À minha mãe Meiremar, sempre presente apesar da distância. Uma fonte inesgotável de amor e carinho. E ao meu pai, Paulo Ademar (*in memoriam*), meu grande professor em quem me espelho e cujo legado me inspira a seguir na carreira docente.

Aos professores Rafael Iorio e Fernanda Duarte, aprendi com eles muitos conceitos e teorias enriquecedoras, mas o mais valioso aprendizado, que levarei para toda minha carreira, foi aprender a pensar, a construir, a produzir um conhecimento relevante e original. Encontrei nas aulas e nas reuniões do grupo de pesquisa a essência da academia, uma busca sincera pelo conhecimento sem preconceitos e com ampla liberdade.

À FAPERJ pela concessão da bolsa Nota 10. Minha gratidão por tornar esse projeto financeiramente possível.

O temor do Senhor é o princípio da sabedoria

Rei Salomão

LUCENA, Thales. **O DISCURSO SOBRE PRECEDENTES NA DOUTRINA BRASILEIRA: OS DITOS E OS NÃO-DITOS.**

RESUMO

A presente dissertação faz uma análise do discurso da doutrina brasileira a respeito da doutrina dos precedentes vinculantes. De início, é tratada a metodologia adotada e são destacadas as quatro obras selecionadas por amostragem para a análise. O conceito de doutrina é abordado, bem como aqueles conceitos introdutórios a respeito da doutrina dos precedentes. Chego então na análise das obras propriamente ditas, em que são destacados os seguintes tópicos: visão panorâmica das quatro obras; justificativa para o uso dos precedentes; se os autores usam o termo *holding* ou *ratio decidendi*; argumento da independência dos juízes como obstáculo ao uso dos precedentes; se o sistema brasileiro é considerado *civil law* ou *common law*; como as obras tratam dos conceitos de precedente e jurisprudência; a importância da argumentação/fundamentação nas decisões ao se trabalhar com precedente; e a técnica de julgamento, baseada na lógica do contraditório dos tribunais como obstáculo à extração da *ratio decidendi* das decisões.

Palavras-chave: precedentes; stare decisis; análise do discurso; doutrina brasileira

LUCENA, Thales. THE SPEECH ON PRECEDENTS IN THE BRAZILIAN DOCTRINE:
THE DICTURES AND THE NON-DITOS.

ABSTRACT

The present dissertation analyzes the discourse of the Brazilian doctrine regarding the precedents. Initially, the methodology adopted is discussed and the four works selected by sampling for the analysis are highlighted. The concept of doctrine is addressed, as well as those introductory concepts regarding the doctrine of precedents. I come then to the analysis of the works proper, in which the following topics are highlighted: panoramic view of the four works; justification for the use of precedents; if the authors use the term holding or *ratio decidendi*; argument of the independence of judges as an obstacle to the use of precedents; whether the Brazilian system is considered civil law or common law; how the works deal with the concepts of precedent and jurisprudence; the importance of argumentation / grounding in decisions when working with precedent; and the technique of judgment, based on the logic of the adversary, of the courts as an obstacle to the extraction of the *ratio decidendi* of decisions.

Keywords: precedents; stare decisis; discourse analysis; brazilian doctrine

SUMÁRIO

1. Introdução	7
1.1. Como cheguei ao objeto	7
1.2. Metodologia adotada	10
1.2.1. Análise do discurso	10
1.2.2. Escolha das obras	11
2. Conceitos introdutórios ao tema	14
2.1. O que é a doutrina no Direito	14
2.2. Breves Conceitos da <i>Common Law</i> :	15
2.2.1. <i>Stare Decisis</i> / Precedentes Vinculantes	16
2.2.2. <i>Ratio Decidendi</i> e <i>Obter Dicta</i>	17
2.2.3. <i>Distinguishing</i>	20
2.2.4. <i>Overruling</i>	23
3. O que a doutrina diz e não diz sobre o precedente	27
3.1. Visão panorâmica das quatro obras	27
3.1.1. Livro 1 - GM:	27
3.1.2. Livro 2 - FD.	32
3.1.3. Livro 3 - CT	36
3.1.4. Livro 4 - PM	38
3.2 Pontos Analisados	40
3.2.1 Principais referências das obras	40
3.2.2. Uso dos precedentes se fundamenta na Constituição	41
3.2.3. Justificativa para o uso dos precedentes	43
3.2.4. <i>Ratio decidendi</i> ou <i> Holding</i>	48
3.2.5. Independência dos juízes / Livre convencimento motivado como obstáculo ao uso dos precedentes	49
3.2.6. <i>Civil Law</i> ou um sistema misto	52

3.2.7. Precedentes ou jurisprudência	53
3.2.8. Argumentação / Fundamentação das decisões	55
4. Conclusão	74
Bibliografia:	76

1. INTRODUÇÃO

1.1. Como cheguei ao objeto

Por muito tempo me causava certo estranhamento a ideia de um direito emanado de decisões judiciais. Todo o conhecimento jurídico que eu tinha à época apontava na direção oposta, na inviabilidade de um sistema baseado em precedentes. Eu sabia como a legislação poderia ser criada, modificada e superada, mas não conseguia dimensionar o mesmo com os precedentes. O *common law* parecia um sistema engessado e lento em meu imaginário.

Todo esse estranhamento ocorria justamente por falta de informações sobre o sistema de precedentes, não fazia sentido porque não o conhecia. Por outro lado, toda minha formação num sistema de *civil law* funcionava como um paradigma, um obstáculo à compreensão da *common law*. Era como se eu usasse um óculos de lentes amarelas e por isso via o mundo a minha volta amarelado, eu olhava a *common law* com as lentes da *civil law*. E para agravar a situação, nesse caso eu desconhecia o fato de que eu estava usando os “óculos de lentes amarelas”.

Mesmo sendo estranho e muitas vezes ilógico pra mim à época, os precedentes vinham sendo usado por séculos em diversos países. O *stare decisis* estava lá, funcionando a pleno vapor. Algo estava errado, a realidade não se ajustava ao meu imaginário e a partir disso surgiu o interesse pelo tema.

Um dos primeiros e mais importantes livros para minha compreensão da *common law* foi “Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada” de Antoine GARAPON e Ioannis PAPAPOULOS. Através da abordagem do tema por comparação foi possível sair de um lugar comum (*civil law*) para chegar ao desconhecido (*common law*), o que facilitou e qualificou o meu aprendizado.

Depois se seguiram diversas leituras e pesquisas de autores nacionais e estrangeiros que consolidaram o entendimento sobre os precedentes. Não posso deixar de mencionar o benefício ímpar para minha compreensão do tema trazido pelas aulas semanais no PPGD da Estácio em que um dos professores era norte americano. Nesse período, foi possível realizar estas comparações em tempo real em relação aos pontos ainda obscuros sobre a *common law*.

Durante a pesquisa foi possível perceber uma aproximação entre o sistema jurídico brasileiro de tradição *civil law* e os sistemas de *common law* anglo-americanos. Durante séculos a *common law* inglesa e a *civil law* continental se desenvolvem em direções distintas.

Contudo, nas últimas décadas é possível notar uma aproximação mútua dos dois sistemas. (GARAPON; PAPADOPOULOS, 2008, p. 258)

Países de *civil law* começaram a valorizar os precedentes, alçando algumas categorias de decisões judiciais ao status da lei. Como exemplo cito as súmulas no Brasil, que representam uma estranha fusão entre norma emanada de precedentes, mas com redação geral e abstrata típica das leis.

Por outro lado, países de *common law* têm feito amplo uso de normas produzidas pelo legislativo. E muitas dessas normas regulam questões que antes eram reguladas exclusivamente por precedentes.

Se recortarmos para análise o período histórico mais recente no Brasil, pós Constituição de 1988, essa aproximação fica ainda mais nítida. Coloco a seguir as mudanças significativas que atuaram no sentido da valorização dos precedentes e consequente aproximação do nosso sistema com a *common law* ocorrida pós CF/88 até os dias atuais.

Inicialmente, destaco a Emenda Constitucional n. 3 de 1993 que inseriu em nosso sistema a Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC. No mesmo ano o STF se posicionou no sentido que as decisões em ADC teriam efeito vinculante. No ano de 1999 as Leis n. 9.868 e n. 9.882 estabeleceram o rito da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação declaratória de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade.

Cinco anos depois a Lei n. 9.756/1998 altera a redação do art. 557 do CPC/73 e autoriza o julgamento monocrático de recurso contrário à súmula ou jurisprudência dominante do STF ou tribunal superior. A mesma lei acrescenta o parágrafo único ao art. 481 do CPC/73 que dispõe sobre a dispensa da reserva de plenário se já houver precedentes do Supremo sobre a matéria.

Em 2001, com a lei n. 10.352, foi alterado o art. 475 do antigo CPC/73 para dispensar o reexame necessário de sentença fundada em precedente consolidado do STF ou Tribunal Superior.

O Agravo Regimental na Reclamação n. 1.880 do STF de 2002 tornou possível o ajuizamento de reclamação contra decisões contrárias às teses da Suprema Corte. No Recurso Extraordinário n. 418.918 o STF, em 2003, atribui efeito vinculante aos Recursos Extraordinários originários dos Juizados Especiais Federais.

Através da Emenda Constitucional 45/2004 cria-se a Súmula Vinculante e o instituto da repercussão geral para admissão de recurso extraordinário. Ambos regulados posteriormente pelas Leis n. 11.417/2006 e n. 11.418/2006.

Também em 2006 a Lei n. 11.276 altera o artigo 518 do CPC/73 e acrescenta o precedente com efeito impeditivo de recurso de apelação. E a Lei n. 11.277 autoriza o julgamento liminar de mérito de improcedência do pedido para casos idênticos.

Em 2007 o STF edita as três primeiras súmulas com efeito vinculante.

No ano de 2008, com a Lei n. 11.672, acrescentou-se o art. 543-C ao CPC-73 que dispunha sobre o incidente processual para o processamento de recursos especiais envolvendo demandas de massa em que se aplicam os precedentes judiciais.

Fica nítido que a legislação vinha percorrendo um caminho de aproximação com a *common law* no sentido de valorização dos precedentes. E nesse sentido, o novo CPC publicado em 2015 dá um passo substancial e cria o que alguns autores chamam de microsistema de precedentes que amplia ainda mais o uso dos precedentes para além dos institutos elencados anteriormente. Dentre os diversos dispositivos que tratam sobre os precedentes, destaco o artigo 927 que diz:

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. [...] (grifo meu)

No *caput* do art. 927, o verbo observar não se encontra no modo imperativo, portanto, não se trata de uma sugestão, mas um dever para os juízes e tribunais de observar as decisões elencadas nos incisos.

Tal como colocado pelo art. 927 e também pela doutrina do *stare decisis* da *common law*, ao decidir uma questão no presente o magistrado deve observar as decisões do passado, mormente as decisões de Cortes Superiores. Inequivocadamente, segundo a doutrina do *stare decisis* o que se deve observar no precedente é a sua *ratio decidendi*, pois é dela que emana a norma jurídica e, por consequência, a ela se adere o efeito vinculante. Portanto, o magistrado norte americano, por exemplo, sabe que ao considerar, remeter-se ou observar um precedente deve ater-se a sua *ratio decidendi*. Em suma, observar um precedente na *common law* equivale a extrair e seguir sua *ratio decidendi*.

Contudo, diferente de como ocorre na *common law*, na realidade brasileira não fica claro para o magistrado o que significa o verbo “observar” no CPC. A tradição da *civil law* e o direito brasileiro não deixa nítido para o magistrado se é para observar o dispositivo do

precedente, sua fundamentação, o relatório, a ementa, toda a decisão, a *ratio decidendi*, os fundamentos determinantes da decisão, etc. Dentro do nosso contexto jurídico o comando normativo da palavra “observar” do art. 927 do CPC fica vazio de sentido.

Naturalmente esse vazio de significado será preenchido com o tempo através da jurisprudência e da doutrina na medida em que debate-se a matéria. Com o objetivo de trazer mais luz ao tema, este trabalho objetiva colocar o que a doutrina brasileira tem dito sobre os precedentes. Em outras palavras, como a doutrina brasileira tem preenchido de significado o art. 927 do CPC quando manda observar diversos tipos de decisões do próprio judiciário.

1.2. Metodologia adotada

1.2.1. Análise do discurso

Para analisar as obras doutrinárias lancei mão do método defendido por Charaudeau denominada Teoria Semiolinguística do Discurso político. Essa teoria se fez útil para o propósito deste trabalho, pois permite que a análise extrapole o texto explícito do autor a fim de decantar o “projeto de influência do EU sobre o TU em uma dada situação”. (IORIO 2014, p. 39).

A interação analisada entre o autor do discurso (autor das obras para o presente trabalho) e seu interlocutor (leitor das obras) ocorre dentro do que Charaudeau chama de “Contrato de Comunicação” que decompõe o discurso extraindo e identificando os sujeitos, o objetivo, o objeto temático e as circunstâncias que influenciam o discurso.¹ Dentro desse contexto, adoto as premissas teóricas da Escola Francesa de Análise do Discurso² que, conforme a descrição de CHARAUDEAU e MAINGUENEAU pensam “a relação entre o

¹ Em análise do discurso, Charaudeau faz do contrato de comunicação (por um tempo chamado “contrato de fala”, 1983: 50 e 93) um conceito central, definindo-o como o conjunto das condições nas quais se realiza qualquer ato de comunicação (qualquer que seja sua forma, oral ou escrita, monolocutiva ou interlocutiva). É o que permite aos parceiros de uma troca linguageira reconhecerem um ao outro com os traços identitários que os definem como sujeitos desse ato (identidade) reconhecerem o objetivo do ato que os sobredetermina (finalidade), entenderem-se sobre o que constitui o objeto temático da troca (propósito) e considerarem a relevância das coerções materiais que determinam esse ato (circunstâncias). (CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2004, p. 132)

² O rótulo ‘Escola Francesa’ permite designar a corrente da análise do discurso dominante na França nos anos 60 e 70. Surgido na metade dos anos 60, esse conjunto de pesquisas foi consagrado em 1969 com a publicação número 13 da revista *Langages*, intitulado “A Análise do discurso” e com o livro *Análise automática do discurso de Pêcheux* (1938 – 1983), autor mais representativo dessa corrente. Essa problemática não permaneceu restrita ao quadro francês; ela emigrou para outros países, sobretudo para o francês e para os de língua latina. O núcleo dessas pesquisas foi o estudo do discurso político conduzido por linguistas e historiadores com uma metodologia que associava a linguística estrutural a uma “teoria da ideologia”, simultaneamente inspirada na releitura da obra de Marx pelo filósofo Louis Althusser e na psicanálise de Lacan. (CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2004, p. 202)

ideológico e o linguístico, evitando, ao mesmo tempo reduzir o discurso à análise da língua e dissolver o discurso no ideológico”. (2004, p. 202)

Durante minha análise das obras busquei compreender o objetivo do autor com esta ou aquela fala o que refletiu inclusive na escolha dos tópicos abordados a seguir nesta dissertação. Tal abordagem é fruto do que Charaudeau chama de “princípio da influência” o qual parte do pressuposto de que o locutor (autor da obra) tem como objetivo influenciar o receptor do discurso (leitor) de alguma maneira, seja para provocar uma ação, emoção ou mudar seu modo de pensar.³ Me pareceu que o último seja o objetivo imediato dos doutrinadores em especial daqueles aqui analisados.

Também ponderei sobre o “princípio da alteridade” de Charaudeau⁴ em que são consideradas as semelhanças e diferenças entre os parceiros no ato de linguagem. Em especial as semelhanças quando avalio se o autor naquela obra pressupõe que o seu leitor já possui algum conhecimento básico sobre o objeto do discurso, se o leitor já é um “iniciado” na matéria.

Portanto, neste estudo a análise extrapola o texto puro das obras e busca compreender questões extratextuais em função das ferramentas emprestadas da Análise do discurso da Escola Francesa.

1.2.2. Escolha das obras

Será feita uma análise por amostragem de quatro obras:

Livro 1 - MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5ª Ed, São Paulo: RT, 2016.

³ O *princípio de influência* : todo sujeito que produz um ato de linguagem visa atingir seu parceiro, seja para fazê-lo agir, seja para afetá-lo emocionalmente, seja para orientar seu pensamento. Por conseguinte, todo sujeito receptor-interpretante de um ato de linguagem sabe que é alvo de influência. Isto confere a este último a possibilidade de interagir, mas obriga os parceiros a levar em consideração a existência de restrições ao exercício da influência. A *finalidade intencional* de todo ato de linguagem se acha pois inscrita no dispositivo socio-linguístico. (CHARAUDEAU, 2005, p. 3)

⁴⁴ O *princípio de alteridade* : todo ato de linguagem é um fenômeno de troca entre dois parceiros (quer estejam diante um do outro ou não) que devem reconhecer-se como semelhantes e diferentes. São semelhantes porque, para que a troca se realize, é necessário que tenham em comum *universos de referência* (saberes compartilhados) e *finalidades* (motivações comuns) ; são diferentes porque o outro só é perceptível e identificável na dessemelhança, e porque cada um desempenha um papel particular : de sujeito emissor- produtor de um ato de linguagem (o *sujeito comunicante*), de sujeito receptor-interpretante deste ato de linguagem (o *sujeito interpretante*). Assim, segundo este princípio, cada um dos parceiros está engajado num processo recíproco (mas não simétrico) de reconhecimento do outro, numa interação que o legitima enquanto tal - o que é uma condição para que o ato de linguagem seja considerado válido. Este princípio é o fundamento do aspecto *contratual* de todo ato de comunicação, pois implica um reconhecimento e uma legitimação recíprocos dos parceiros entre si. (CHARAUDEAU, 2005, p. 2)

Livro 2 - DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.⁵

Livro 3 - TARANTO, Caio Márcio Gutterres. Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Livro 4 - MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Para facilitar a leitura e a compreensão, ao longo desse trabalho irei me referir às obras acima usando a numeração já colocada acima e as iniciais dos autores. Sendo assim, me referirei às obras da seguinte forma: Livro 1 – GM; Livro 2 – FD; Livro 3 – CT; e Livro 4 PM respectivamente.

Apesar da escolha das obras terem sido por amostragem, não se tratou de uma escolha aleatória. A proposta deste trabalho é fazer uma análise qualitativa e não quantitativa da doutrina. Ainda assim, durante minha pesquisa bibliográfica, que foi além dos autores e obras citados acima, percebi que as obras analisadas alcançam uma elevada representatividade do campo de produção doutrinária sobre o tema e são suficientes para cumprir o objetivo desse estudo.

Dito isso, alguns critérios foram utilizados para seleção das obras que constituem o objeto dessa pesquisa. As obras dos autores Caio Taranto e Patrícia Mello foram escolhidas por sua relevância e qualidade no meio acadêmico no tocante ao tema dos precedentes. O livro “Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional” do autor Caio Taranto foi publicado em 2010 é fruto de sua pesquisa no mestrado e doutorado sobre o tema. O livro “Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo” da autora Patrícia Mello, publicado em 2008, é fruto da sua pesquisa e dissertação de mestrado. Ambos os livros foram publicados bem antes do Novo CPC, lei publicada em 2015, quando os precedentes ainda não estavam em voga como estão hoje. Portanto é de se louvar a pesquisa dos autores nesse aspecto, pois atuaram na vanguarda da temática dos precedentes, tendo em vista a escassa quantidade de publicações nacionais sobre o tema à época e a necessidade de pesquisa em publicações estrangeiras também não foi obstáculo capaz de deter os trabalhos. Desse modo, esses autores foram escolhidos justamente

⁵ A obra organizada por Fredie Didier é composta por 34 artigos, cada um dando origem a um capítulo. Nem todos os capítulos foram citados neste trabalho apesar de terem sido parte da análise. Em especial os artigos da terceira parte do livro, denominada “Os institutos ligados aos precedentes no CPC novo”, tiveram pouco destaque, pois, como o próprio título já demonstra, trata de assuntos periféricos aos precedentes que é o objeto central dessa dissertação. Todos os artigos citados ou que tiveram papel relevante na análise estão mencionados na bibliografia ao final.

pela sua relevância acadêmica sobre o tema, fruto da qualidade e profundidade de suas pesquisas, bem como pelo pioneirismo no assunto.

As outras duas obras, “Precedentes obrigatórios” de Luiz Guilherme Marinoni e “Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes” de Fredie Didier Jr, foram escolhidas pelo seu destaque no mercado editorial. São autores que conseguem atingir um elevado número de juristas e estudantes de direito, pois se sobressaíram no mercado editorial. O fato dos autores terem sido escolhidos pelo destaque editorial em nenhuma hipótese implica na ausência de destaque e relevância acadêmica. Pelo contrário, o destaque editorial evidencia a qualidade e relevância dos autores no meio acadêmico. Por fim, esse critério foi escolhido pelo alcance e consequente influência direta que essas obras possuem para além do público mais hermético da academia.

É importante dizer que a obra do autor Luiz Guilherme Marinoni teve sua 1ª edição escrita em 2010, antes do Novo CPC. Contudo, para este trabalho, analisei a 5ª edição do livro, publicada em 2016, que foi revista, atualizada e ampliada pelo autor, abarcando todas as alterações legais sobre os precedentes, destacadamente, o Novo CPC.

Quanto à obra de Fredie Didier Jr., essa foi a única coleção dentre os quatro livros analisados. Didier foi o coordenador geral e também um dos quarenta e dois autores do livro, publicado em 2016 e que já se encontra em sua 2ª edição. Dentre os autores estão o proeminentes juristas nacionais e internacionais, o que proporcionou um enriquecimento da pesquisa no sentido ampliar o discurso analisado sobre os precedentes para mais de quarenta autores. Esse livro foi publicado após a vigência do Novo CPC e por isso em diversos capítulos aborda as novidades trazidas por essa lei.

Para fazer justiça às demais obras sobre o tema dos precedentes, quero registrar que outros livros e autores poderiam ter sido escolhidos considerando os critérios e características levantados acima. Existem vários trabalhos de igual envergadura acadêmica e outros autores de igual destaque editorial que escrevem sobre a matéria. Contudo, como dito anteriormente, foi uma escolha puramente metodológica feita por amostragem, tendo em vista o objetivo de se fazer uma análise qualitativa e não quantitativa da doutrina. Ademais, minha percepção durante a pesquisa bibliográfica do tema foi no sentido que as obras selecionadas alcançam significativa representatividade do discurso sobre o precedente judicial no Brasil. Ressalvado alguns poucos tópicos e autores essas obras abrangem satisfatoriamente a discussão sobre precedentes na doutrina brasileira.

2. CONCEITOS INTRODUTÓRIOS AO TEMA

2.1. O que é a doutrina no Direito

Para aqueles familiarizados com o campo do direito, sabe-se que muito se fala da doutrina jurídica, mas em pouco ou nenhum momento é explicado o que é a doutrina. Como este trabalho é sobre a análise do discurso da doutrina brasileira, é importante estabelecer as características dessa doutrina, avançar no seu conhecimento e conceituação.

A doutrina ocupa o espaço no direito brasileiro de dizer a melhor interpretação das leis, dos princípios jurídicos e da melhor aplicação da justiça em sentido mais amplo. Os autores atuam desde comentários e interpretações de leis específicas até de proposições de sistemas jurídicos para um país. Como dito por Rafael IORIO a doutrina:

[...] consiste no sistema de pensamento, resultado de uma atividade discursiva que faz o papel de fundadora de um ideal jurídico referível à construção das opiniões. Assim, este *topos* se refere a uma dogmática jurídica, não atrelada aos atores especificamente. Refere-se sim, para usar uma denominação “bourdieuniana”, ao *habitus* e ao capital simbólico dos integrantes do campo jurídico. [...] seria responsável pela socialização dos integrantes do campo jurídico (advogados, magistrados, membros do Ministério Público, estudantes e acadêmicos do Curso de Direito) nos símbolos e nas representações articuladas do sistema de pensamento ou da atividade discursiva próprias do direito. (2014, p. 42)

Cito ainda a lição de TEIXEIRA MENDES sobre o assunto:

A dogmática jurídica, também chamada de doutrina, é uma forma de construção do saber própria do campo jurídico que consiste em reunir e organizar de forma sistemática e racional comentários a respeito da legislação em vigor e da melhor forma de interpretá-la. A dogmática é um saber que produz as doutrinas jurídicas, através das quais o direito se reproduz. Tais doutrinas constituem o pensamento de pessoas autorizadas²⁴ a trabalhar academicamente determinados assuntos, interpretar os textos legais e emitir pareceres a respeito da forma mais adequada de interpretá-los e de aplicá-los. O saber jurídico não é científico, é dogmático (GEERTZ, 1998:249). O saber jurídico construído pela doutrina é considerado pelo campo como puramente teórico, mas seria mais bem definido, a meu ver, como um saber abstrato e normativo, que tem a função de ensinar de forma normalizada e formalizada as regras que estão em vigor. Vale esclarecer que a visão da doutrina não é uma teoria a qual estão subordinadas as práticas judiciárias. A doutrina jurídica é um discurso autorizado sobre a lei e suas possíveis interpretações e aplicações jurisprudenciais. É um discurso normativo, ideal-típico, uma vez que está dizendo como a realidade deve ser e não como a realidade é. É saber que não se debruça sobre a realidade empírica, com a finalidade de explicá-la ou compreendê-la, como faz o saber

científico. Antes, tem a finalidade de interpretar a lei, recomendando a melhor forma de aplicação. A doutrina e a legislação estão dirigidas ao mundo do dever-ser: o mundo empírico está num outro plano e não lhes interessa. Na produção de doutrina jurídica, a observação empírica está descartada. Por ser um saber normativo e existir com a finalidade de dizer como a realidade deve ser, não tem base empírica e é comum que os juristas concluam, diante da realidade distinta da norma, que a realidade está errada, pois ela não deveria ser assim. (2008, p.40)

Durante a leitura das obras, me chamou atenção a característica do “ideal-típico”, do “dever ser” nos textos. Acredito que na doutrina dos precedentes, por ser um tema ainda em vias de implementação no Brasil, um assunto relativamente novo e ainda distante da prática no dia a dia dos juristas, o discurso fica ainda mais descolado da realidade fática.

A legislação brasileira, em especial o novo CPC, apontou um caminho em direção à doutrina dos precedentes. Tive a impressão, que os diversos autores ao perceberem os precedentes no horizonte (apenas no horizonte, pois se encontram distantes da prática) do sistema brasileiro, se esforçaram e correram para dizer o que é de fato a tal doutrina dos precedentes e o que a lei quis dizer ao tratar dos precedentes.

Cabe ponderar que a realidade empírica e concreta muitas vezes representa um obstáculo à doutrina, pois nem sempre obedece a seus ditames. Muitas vezes o “ser” esquece-se de combinar com o “dever ser” o que vai fazer. Nessas situações de incompatibilidade entre a dogmática jurídica e a prática jurídica a doutrina tem duas opções: se omitir e ser cobrada por sua omissão, colocando em risco sua credibilidade, ou enfrentar a incompatibilidade se expondo no processo. Ambas as opções desconfortáveis.

Como os precedentes não foram aplicados substancialmente no Brasil, o momento atual que o país vive em relação à doutrina dos precedentes é o melhor dos mundos para os doutrinadores. Os autores podem caminhar livremente no campo hipotético ideal sem se preocupar com os obstáculos gerados pela realidade (a teoria não está funcionando na prática ou que, pelo menos, está diferente da prática), justamente porque essa realidade não existe ou é incipiente ainda e por isso não tem força para confrontar a doutrina.

Por fim, as afirmações acima poderão ser vistas na prática em especial quando trato do panorama geral das obras e levanto o exemplo da obra do autor Guilherme Marinoni, que possui como característica marcante esse discurso dogmático.

2.2. Breves Conceitos da *Common Law*:

Antes de tratar especificamente da análise das obras, julgo importante tratar de alguns conceitos introdutórios para se operar com os precedentes e serão expostos de forma resumida. Esclareço que serão abordados abaixo os conceitos construídos e desenvolvidos na *common law* e não na doutrina brasileira ou de demais países de *civil law*, justamente porque foi no contexto anglo-americano que a doutrina do precedente surgiu e se desenvolveu. É uma tentativa de compreender a origem do que temos nas mãos hoje (neste trabalho especificamente a doutrina brasileira sobre precedentes) para se alcançar uma melhor análise.

O objetivo desse tópico é passar pelas ferramentas básicas da *common law* utilizadas para operar com os precedentes vinculantes. Servirá como referência teórica para todo o estudo e compreensão do tema.

2.2.1. *Stare Decisis / Precedentes Vinculantes*

Na cultura jurídica dos Estados Unidos quando uma Corte Recursal, estadual ou federal, em um julgamento colegiado, decide um caso concreto é estabelecido um precedente. Desse ponto em diante a Corte e os juízes daquela circunscrição aplicarão o precedente aos casos futuros em que os fatos relevantes sejam semelhantes. (COLE, 1998, p. 1) A vinculação criada pelo precedente da Corte é chamada de doutrina do *Stare decisis*, que foi herdada da tradição do direito consuetudinário inglês. A expressão vem da frase em latim “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa: “deixar quieto o que já foi decidido e não alterá-lo”. (PEREIRA, 1988)

Antes de prosseguirmos com o tema é importante mencionar a diferença entre precedente e jurisprudência. Até mesmo a lei brasileira promove a confusão entre os dois conceitos. Pelo fato do precedente e jurisprudência historicamente serem colocados como fonte secundária em nosso sistema nunca foi dada a devida atenção para a problemática envolvendo o conceito. Porém, com as mudanças em nossa legislação processual há um movimento vigoroso para romper essa inércia quanto ao estudo do tema.

Se tomarmos como base os conceitos prioritariamente da *common law*, a jurisprudência é formada pelo conjunto de diversas decisões judiciais reiteradas num mesmo sentido na aplicação de um direito. Alguns autores nacionais também tem se posicionado nessa mesma linha. (PINHO, 2016, p. 2) É condição para criação de uma jurisprudência uma pluralidade de julgamentos semelhantes. Quanto ao precedente, basta apenas uma única decisão de uma corte recursal. A diferença essencial é a questão quantitativa, pois um único caso, chamado de *leading case*, vai originar o precedente.

No sistema *common law* norte americano a vinculação está ligada ao precedente e não à jurisprudência. Basta um único julgado para vincular todas as demais futuras decisões. Quanto à jurisprudência, essa tem função de lapidar o precedente, ajuda a entendê-lo melhor e a delimitar o seu alcance. Já no sistema brasileiro, ora o requisito é um precedente *sui generis* como é no IRDR, ora é a jurisprudência como o caso das súmulas. Tais fatos reiteram a necessidade de trazer mais luz sobre tais conceitos e assim viabilizar uma aplicação mais refinada da técnica dos precedentes.

A doutrina do *Stare decisis* preconiza que casos iguais devem ser decididos da mesma maneira. Esse princípio compõe a natureza da vinculação dos juízes ao precedente criado pela Corte a qual estão subordinados ou da qual fazem parte. O sistema se fundamenta na noção básica de justiça de que casos iguais devem receber o mesmo tratamento e casos diferentes, tratamento diferente. Por isso, é possível perceber a colocação da igualdade e da coerência das decisões como princípios basilares do sistema.

2.2.2. *Ratio Decidendi e Obter Dicta*

Para a aplicação do precedente é fundamental que se extraia da decisão a regra aplicada ao caso e que será repetida nos casos futuros. Contudo, extrair de uma sentença seus fatos e motivos determinantes é tarefa complexa e amplamente estudada na *common law*. A seguir serão analisados os princípios essenciais para extração de uma norma do precedente ou *ratio decidendi* a ser aplicada em casos futuros. Para tanto, imagine-se que certo dia o gerente de um shopping center se deparou com um incidente no estabelecimento. O cachorro de um cliente comeu o lanche e derrubou o prato e bebida de outro cliente na praça de alimentação. Diante do fato, o gerente instruiu os seguranças que dali em diante era proibida a entrada de cachorros na praça de alimentação para garantir a higiene, segurança e tranquilidade dos clientes. Nesse caso, podemos afirmar que a instrução do gerente descrita acima constitui a *ratio decidendi*.

Dias depois, veio outra cliente com um gato na praça de alimentação. Os seguranças, na tentativa de evitar um novo incidente, impediram-na de permanecer ali, ainda que não se tratasse exatamente de um cachorro, o que foi avalizado pelo gerente sob a justificativa de que o fato atual é semelhante ao passado (animal na praça de alimentação) se encaixando perfeitamente nas justificativas da decisão anterior. Nesse caso, para se manter fiel a sua fundamentação o gerente expande os fatos alcançados pela *ratio decidendi*.

Em outro momento entrou no shopping um cego utilizando um cão guia e após conversar com o gerente foi liberado para usar a praça de alimentação junto com seu cachorro. Para explicar a situação aos seguranças o gerente afirmou que aquele tipo de cachorro recebe um treinamento especial e que o direito de locomoção do cego, nesse caso, deveria prevalecer sobre a regra do estabelecimento. E assim, o precedente segue amadurecendo ao longo de sua trajetória seu alcance e exceções vão sendo firmados e esclarecidos.

Sem adentrar nas divergências sobre o tema⁶, a norma extraída do caso concreto é chamada de *holding* ou *ratio decidendi*. Essa questão é uma das mais importantes para se entender o funcionamento de um sistema *common law*, afinal é a compreensão e delimitação da *ratio decidendi* que vai determinar o rumo do direito naquela matéria.

Geralmente a *ratio decidendi* é composta de uma ou duas frases que resumem a decisão. Menciona os princípios abstratos os quais o caso se fundamenta e que poderão ser usados em casos futuros. Também faz uma breve menção aos fatos essenciais para a decisão. (GARVEY; ALEINIKOFF; FARBER, 2004, p. 66)

Para delimitação da *ratio decidendi* é necessário o exame: I) dos fatos relevantes do caso concreto, II) da questão colocada em juízo, III) da fundamentação e IV) do que restou decidido. Para aplicação da *ratio decidendi*, primeiro identifica-se as semelhanças e diferenças fáticas do novo caso com o precedente. Posteriormente, determina-se se são semelhantes ou diferentes no que diz respeito às questões relevantes a serem decididas. (GARVEY; ALEINIKOFF; FARBER, 2004, p. 69) Nitidamente, estabelecer essa analogia entre os precedentes e o caso em julgamento é uma das tarefas mais difíceis. A depender do caso, geralmente quando se trata de questões complexas, chamado de *hard cases* pelos americanos, a argumentação dos advogados e até mesmo o “estilo” de análise do juiz é determinante para a aplicação deste ou daquele precedente.

Não obstante, uma das técnicas mais simples para verificar se determinada questão é essencial à solução do caso compõe-se do seguinte exercício: inicialmente, inverte-se o significado da referida questão. Caso a inversão enseje a alteração do resultado do julgamento trata-se de um ponto essencial à solução do caso. Do contrário, trata-se um uma questão marginal e por consequência não vinculante. (MELLO, 2008, p. 120)

⁶ A expressão *ratio decidendi* não é unívoca, sendo mais utilizada na Inglaterra, em algumas oportunidades, como sinônimo de *holding*, e, em outras, como correspondente à fundamentação da decisão, à razão de decidir. (MELLO, 2008, p. 118)

Retornando ao exemplo, a proibição era relacionada a presença de um animal na praça de alimentação. Invertendo a questão, se fosse um animal de pelúcia ou qualquer outro objeto inanimado que o cliente poderia levar ao estabelecimento? Se a resposta for positiva, como é no exemplo, trata-se de uma questão essencial ao caso e, portanto integrará a *ratio decidendi*. Caso a resposta seja negativa trata-se de questão marginal, chamada de *obter dictum*, desnecessária a solução da demanda. Seria também a hipótese de *obter dictum* o gerente do shopping afirmar que além de ser um animal o cachorro era grande, sujo ou que soltava muito pelo. Todas essas questões, apesar de contribuir e apontar na mesma direção dos argumentos centrais, não afetariam diretamente a decisão de proibir os animais na praça de alimentação, tendo em vista que os pontos centrais da decisão, ou *ratio decidendi*, são a higiene, segurança e conforto para os clientes do shopping.

A despeito, seria um erro subestimar as alegações consideradas *obter dictum*. Essas tem papel persuasivo e argumentativo relevante. Funcionam como um argumento periférico que confere mais força ao argumento central. Quando um caso exige um exame de várias questões de direito, uma afirmação considerada como *obter dictum* pode ganhar força com o tempo e em futuros julgamentos pode até ser considerada uma *ratio decidendi* alternativa.

Outro ponto importante é como os juízes se portam diante do fato que suas decisões serão utilizadas em casos futuros. A redação da sentença tende a ser diferente das decisões dos juízes da *civil law*. Inicialmente existe um senso de responsabilidade maior, pois aquela decisão produzirá efeitos para além das partes do processo. Uma responsabilidade com alguma semelhança àquela do legislador ao redigir uma lei. O magistrado deve preocupar-se em trazer justiça para o caso presente, contudo, deve ainda utilizar uma argumentação capaz de ser aplicada a casos futuros. Há um senso de que se a mesma lógica da decisão atual não puder ser aplicada a casos futuros esta não pode ser considerada uma decisão justa. A fim de evitar decisões arbitrárias a *common law* credita menos valor às singularidades de cada caso e mais valor a isonomia e coerência.⁷

De fato, no sistema civil law brasileiro experimentamos o oposto, com diversas decisões do STF reiterando que aquela argumentação é estrita àquele caso, de que se trata de um caso único ou de uma exceção. Tal disposição não faria o menor sentido para um jurista norte americano principalmente quando pronunciada por uma suprema corte.

Na própria redação da sentença recomenda-se que o juiz deixe claro tanto quanto possível os argumentos e fatos relevantes da sentença. Justamente por saber que a decisão irá

⁷ Este assunto é abordado em profundidade por Antonie GARAPON e Iannis PAPADOUPOLOS no capítulo VIII de sua obra (2008, p. 171 - 197)

transcender o caso concreto sob análise, há um esforço no sentido de demarcar o que será aplicado as questões futuras.

Ainda sobre as controvérsias relacionadas às decisões vinculantes e a construção da *ratio decidendi* na *common law*, vale trazer uma breve reflexão sobre como o sistema contorna o problema da legitimidade dos juízes para dizer o direito, o chamado “*judge made law*”. Essa é uma discussão que passa distante da *civil law*, já que os legisladores são eleitos e desse fato extraem sua legitimidade como representantes do povo que os elegeram. Sendo assim, o primeiro ponto é que decisões singulares não são consideradas precedentes. Como dito anteriormente, o que vincula são as decisões das Cortes Recursais, fruto de um julgamento colegiado. Isso reafirma a aversão à arbitrariedade dessa cultura, onde um indivíduo sozinho não deve ditar regras a serem observadas pelos demais.

Outra solução adotada consiste no fato de que a força do precedente deriva de sua qualidade argumentativa e não da autoridade do magistrado. Por isso, não é de se estranhar que as sentenças sejam escritas em primeira pessoa e se assemelham mais a uma opinião do que a uma ordem de uma autoridade. Nas palavras de Antonie GARAPON e Iannis PAPADOUPOLOS:

O juiz de *common law* escreve opiniões, e não raciocínios silogísticos. Na cultura judiciária de *common law* o juiz não é um matemático, e sim um contador, um narrador do direito. Seu prestígio junto ao seu meio profissional lhe impõe, como contrapartida, que assuma plena e abertamente suas próprias interpretações e que dê conta delas através da argumentação na primeira pessoa do plural (quando fala pela maioria) ou do singular (quando sua opinião é dissidente). (2008, p. 173).

Há um esforço por parte do magistrado de convencimento das partes e de toda a comunidade jurídica. E é desse convencimento, por argumentação e não por autoridade ou imposição que se extrai a legitimidade.

Estes argumentos estão longe de solucionar o problema da legitimidade dos juízes ao dizer o direito na *common law*. Entretanto, demonstram como cada sistema busca compensar seus pontos mais sensíveis e se mostra capaz de trazer justiça e paz aos conflitos na sociedade.

2.2.3. *Distinguishing*

Uma das hipóteses para não aplicar determinado precedente a um caso é o uso do *distinguishing*. Nessa situação não se ataca o precedente em si, mas sua aplicabilidade ao

caso. Tenta-se mostrar que os fatos em análise são diferentes dos fatos do precedente e por isso deve ser aplicado outro precedente ou outra lei.

Não é qualquer fato ou detalhe que autoriza a aplicação do *distinguishing*. Apenas fatos relevantes e centrais para a decisão são capazes de afastar um precedente. Caso contrário, todo o sistema não prosperaria, uma vez que cada ocorrido tem suas particularidades e, portanto, é diferente em algum aspecto dos demais.

É importante destacar que um precedente, geralmente, é lapidado por casos futuros com fatos semelhantes. Esses novos casos acabam por ampliar ou restringir o alcance da *ratio decidendi*. Por mais clara e determinada que uma regra seja, ela pode se revelar restritiva demais. De volta ao exemplo, seria razoável que a proibição de cachorros no estabelecimento se estendesse também a gatos e demais animais de estimação. Restringir o precedente apenas a cachorros e não aos demais animais seria uma afronta aos motivos centrais da decisão. Fica claro que se a regra fosse aplicada de modo restritivo perderia sua força argumentativa, justamente por lhe faltar coerência com seus fundamentos basilares.

De modo contrário, há situações em que a ampliação do alcance do precedente produz um confronto da *ratio decidendi* com sua finalidade. É a hipótese de aplicar a proibição de animais para animais de pelúcia. Quando a abrangência do termo “animais” alcança animais de pelúcia, toda a argumentação de garantir a higiene, segurança e o conforto na praça de alimentação do shopping perde o sentido. Então, nesse tipo de situação, o *distinguishing* deve ser usado e o alcance do precedente deve ser reduzido sob pena da regra se tornar incoerente com seu fundamento e, conseqüentemente, injusta.

Ademais, dentro de uma nova situação podem surgir novos valores em conflitos que pesem para o surgimento de uma exceção, como é o exemplo do cão guia. Aqui todos os fatos relevantes estão presentes, mas é acrescentado um novo fato tão relevante quanto os demais. Não se trata mais de uma preocupação de coerência da *ratio decidendi* com suas finalidades ou fundamentações, e sim de um sopesamento de argumentos distintos. De um lado o direito à higiene, segurança e conforto dos clientes do shopping e do outro o direito à locomoção do cego. Em regra tais direitos convivem harmonicamente no universo jurídico, porém nesse caso específico entraram em conflito e um deve prevalecer sobre o outro. Dentro do exemplo prevaleceu o direito de locomoção do cego como uma exceção à regra da *ratio decidendi* e, portanto seu alcance foi restringido.

Nesse contexto, é observado que através da argumentação de *distinguishing*, casos considerados semelhantes serão abarcados pelo precedente, ampliando seu alcance. Já outros, serão retirados do alcance do precedente, restringindo assim sua aplicação.

O uso do *distinguishing* é visto com frequência no direito brasileiro, como o caso do julgamento que autorizou a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. O argumento central de quem advogou pela manutenção da proibição da interrupção da gravidez era de que tratava-se de prática de aborto, que por sua vez é considerado crime pelo Código Penal Brasileiro. Do lado contrário o advogado da causa vencedora à época e atual ministro do STF, Luís Roberto Barroso, utilizou em sua argumentação o *distinguishing*. Afirmou que o caso não se tratava de aborto e sim de uma interrupção terapêutica da gravidez, o que era permitido por lei.⁸ Apesar do *distinguishing* neste caso ser operado em relação a uma lei e não a um precedente, a técnica é a mesma. A intenção não era superar o entendimento legal de que aborto é crime, mas de demonstrar que o caso é diferente de um aborto, que se trata de situação distinta daquela descrita na lei penal.

Outro caso importante foi o *distinguishing* operado no HC n. 85.185-1 com a súmula 691 do STF que diz: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer em habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”. O caso concreto encaixava-se perfeitamente à situação descrita na súmula, contudo, sob o fundamento de que havia flagrante ilegalidade o recurso foi conhecido. Em outras oportunidades o STF decidiu também nesse sentido, consolidando o estreitamento do alcance da súmula.

Não obstante, tratar cada caso como se fosse único através de termos genéricos, como “flagrante ilegalidade”, operar o *distinguishing* acaba por inviabilizar a função do Supremo de estabilização e uniformização. Nesse sentido, o Min. Cezar Peluzo diz que a redação da súmula 691 deveria ser alterada para “não compete ao Supremo conhecer, exceto nos casos em que o Supremo entende que compete conhecer!”. E assim o STF acaba por continuar sendo acionado para dizer se irá aplicar a regra ou uma exceção.

O constante e excessivo uso do *distinguishing* pode ser uma maneira simples de solucionar os processos sem enfrentar os precedentes e jurisprudências da corte. Ou até mesmo uma ferramenta para decidir de forma casuística. Causa estranheza ver o STF, como uma corte constitucional, que opera o importante papel de uniformização do ordenamento e que experimenta um excesso de processos, citar com frequência que o caso em julgamento trata-se de “situação excepcionalíssima”. É natural que isso leve a uma enxurrada de processos cada vez maior para o tribunal. Pois, se para cada regra cria-se, através do

⁸ Está argumentação está registrada no relatório da ADPF 54 (pág 2 do inteiro teor do acórdão)

distinguishing, várias exceções, a corte sempre será chamada a tratar daquelas exceções que somente ela mesma pode reconhecer.

2.2.4. *Overruling*

Afirmar que um precedente pode ser alterado ou superado pode soar contraditório com a ideia essencial da doutrina do *stare decisis* de “deixar quieto e inalterado o que foi decidido”. Admitir tal hipótese, em um primeiro momento, pode parecer um contrassenso ou uma incoerência no próprio sistema da *common law*. Quando superam um precedente é crível levantar dúvidas sobre a legitimidade dos juízes, a segurança jurídica, isonomia e eficiência que são pilares do sistema. Ao contrário do que aparenta, os argumentos utilizados para a manutenção do *stare decisis* são os mesmo que sustentam a superação dos precedentes. Sendo assim, alterar o entendimento sobre determinada matéria e consequentemente alterar o precedente é de todo compatível com o *common law* como pretende-se explicar.

A superação do precedente ocorre quando uma corte altera seu próprio entendimento sobre determinada matéria em uma sentença. Apenas um novo precedente é capaz de superar o anterior. Pelo princípio de que o Judiciário deve ser provocado é imperiosa uma nova decisão sobre a matéria. Assim, comentários, entrevistas, artigos, publicações, etc., feitas pelos juízes por si só não tem essa força vinculante.

Segundo a doutrina, existem variadas formas de superar um precedente. Para tanto, são considerados diversos fatores como: alcance da alteração, podendo ser parcial ou total; a necessidade de modular os efeitos da decisão; ou ainda se convém declarar explicitamente a superação do entendimento.

Quando a corte supera integralmente seu precedente é chamado de *overruling*. Neste caso a regra do antigo precedente não é mais aplicada e a nova regra vigora a partir da nova decisão. Há outras hipóteses em que apenas parte da regra do precedente é revogada, o que é denominado *overriding*. Nessa situação, o precedente é considerado superado quando o significado de uma regra ou comando é alterado drasticamente e, por consequência, altera seu sentido como um todo.

Há também técnicas de superação com uma atenção especial voltada para a questão temporal dos efeitos da nova decisão. Nesses casos existe um zelo e preocupação com a segurança jurídica, confiança dos jurisdicionados e possíveis alterações na vida dos jurisdicionados. O designado *prospective overruling* é uma dessas técnicas. Nesse caso, a decisão altera o precedente e fixa uma data a partir da qual a nova regra será aplicada. Outro

instrumento é o *signaling*, quando a corte mantém seu entendimento sobre a matéria, porém, por meio de um *obiter dictum*, sinaliza que pretende abandonar seu posicionamento. (MELLO, 2008, p. 235)

Ao superar um precedente os juízes irão ponderar razões de cunho moral, social, econômico ou político. É o que a doutrina americana chama de *substantive reasons* (MELLO, 2008, p. 179) e está associada à busca de uma decisão mais adequada e justa. Normalmente, do outro lado da balança estão as *authority reasons*, que são as razões ligadas aos princípios de segurança jurídica, isonomia, eficiência e legitimidade da corte. É a ideia de que, apesar de não ser o entendimento mais justo ou adequado, é a atual “regra do jogo” e existe uma legítima expectativa dos jurisdicionados de que ela seja aplicada.

É natural, ao decidir sobre a superação de um precedente, que esses dois tipos de fundamentação entrem em conflito, *authority reasons* versus *substantive reasons*. É a tensão recorrente entre segurança e justiça. Essa tensão existe no direito brasileiro e é constantemente objeto de queixa no ambiente jurídico. Entretanto, a mesma tensão não está presente quando dos julgamentos no sistema *civil law* do Brasil. Não é o caso de que o judiciário brasileiro privilegie justiça em detrimento da segurança jurídica. O sistema demonstra que não são considerados tais tipos de argumentos ao decidir. Por óbvio, diversos magistrados, por um dever de coerência pessoal que têm consigo mesmos, ponderam tais *authority reasons*, mas isso não é transcrito nas decisões como ocorre com os juízes da *common law*.

Essa argumentação evidencia a eficácia horizontal do *stare decisis*. O principal papel do precedente é no plano vertical, em que se cria um sistema coerente e mais uniforme. Contudo, em nome da segurança jurídica, o precedente também possui uma força horizontal (FUNKEN, 2003, p. 10), ligando a própria corte às suas decisões. Por óbvio, essa ligação não possui a mesma força que a do precedente vinculante de uma corte superior. Ainda assim, sua existência é evidenciada pela maior dificuldade argumentativa para realizar um *overruling* do que para simplesmente seguir o precedente. É o que a doutrina vem chamando de ônus argumentativo como será visto adiante.

Tanto é o peso das *authority reasons* para o juiz norte americano que já identificou-se uma preferência das cortes pela aplicação do *distinguishing* do que do *overruling*. Desse modo, a decisão do caso em análise será mais justa, pois aplicou-se o *distinguishing* afastando o precedente tido como inadequado e ao mesmo tempo a corte evitou utilizar o *overruling*. É uma forma que os juízes encontraram de evitar uma sentença injusta sem, contudo, abrir

mão da segurança jurídica e de sua própria credibilidade e legitimidade enquanto corte vinculante. (JAEGGER-FINE, 2014, p. 161)

No direito brasileiro, um dos casos mais surpreendentes de superação de precedente envolve o foro por prerrogativa de função⁹. O debate iniciou-se há mais de 15 anos, em 1999 quando a súmula n. 394 do STF foi cancelada.

Súmula n. 394, STF: Cometido crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

O enunciado da súmula foi aprovado em 1964 e seus fundamentos remontam a uma decisão de 1842 do velho Supremo Tribunal de Justiça. Portanto, tratava-se de um entendimento jurisprudencial com 157 anos quando foi superado.

O entendimento vencedor, constante no inquérito n. 687-4, foi no sentido de cancelar a súmula e três eram seus principais argumentos: I) A súmula era contrária à interpretação literal da constituição; II) o instituto do foro de prerrogativa de função tinha por objetivo proteger o exercício do cargo ou mandato e não a pessoa que o ocupava; III) O STF poderia se sobrecarregar com o número de ações decorrentes da manutenção da súmula.

Não obstante o encerramento da discussão sobre a súmula 394, a matéria estava longe de ser pacificada. Três anos depois, o legislativo promulgou a lei n. 10.628/02 alterando o art. 84 do Código de Processo Penal para a seguinte redação:

Art. 84 Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

Apenas dois anos depois, o Presidente da República, através da medida provisória n. 207, sendo convertida pela lei 11.036/04, estende a prerrogativa de foro ao cargo de Presidente do Banco Central, abrangendo tanto o Presidente em exercício quanto os ex-presidentes do banco.

Em maio de 2005 o Supremo julga duas ADINs, n. 3.289 e 3.290, que versavam sobre a inconstitucionalidade da medida provisória de 2004 convertida em lei. Nessa decisão as

⁹ Parte do exame em questão baseia-se em trecho do livro de Patrícia Perrone (MELLO, p. 281 a 292)

ADINs foram julgadas improcedentes, mantendo a redação da lei que superava o entendimento mais recente da corte sobre a matéria.

Cinco meses depois, em setembro de 2005, o STF julga mais duas ADINs, n. 2.797 e 2.860, que atacavam por sua vez a lei 10.628/02. A expectativa era que o Tribunal manteria seu entendimento demonstrado em maio daquele mesmo ano e julgaria improcedentes as ADINs. Todavia, a corte declarou inconstitucional a lei, sob o fundamento que lei ordinária não pode alterar interpretação do STF acerca da Constituição. Impressiona no julgamento das ADINs a inexistência de qualquer menção à decisão proferida meses antes em sentido diametralmente oposto.

Apesar das idas e vindas sobre o instituto do foro de prerrogativa de função, ou popularmente conhecido como foro privilegiado, a matéria está longe de se pacificar. Atualmente, encontra-se em andamento a PEC n. 358/05 que retoma o assunto e pretende restaurar o foro por prerrogativa de função tanto para os ocupantes quanto ex-ocupantes de cargos e mandatos.

Destaca-se ainda a importância do assunto, pois na presente data, abril/2018, estão em julgamento dezenas de casos de corrupção envolvendo ocupantes e ex-ocupantes de cargos e mandatos públicos, até mesmo com dois ex-presidentes da república sendo julgados em instância ordinária. E ainda foram observadas diversas manobras políticas e jurídicas em diversos níveis de um lado para garantir e de outro para retirar o foro privilegiado de acusados de envolvimento em escândalos de corrupção.

Por fim, merece atenção o pouco espaço que a segurança jurídica (*authority reasons*) desempenhou nestas diversas alterações no ordenamento jurídico. Por operar uma lógica diferente dos sistemas da *common law*, o sistema e a cultura jurídica brasileira não exigem a consideração das *authority reasons* ao se decidir uma matéria. Apesar de não ser exigida, essa argumentação não está completamente ausente do debate jurídico e das decisões do STF, porém, na maioria dos casos, aparece como coadjuvante diante do protagonismo das *substantive reasons* e até mesmo de razões de pressão política ou casuística.

3. O QUE A DOUTRINA DIZ E NÃO DIZ SOBRE O PRECEDENTE

3.1. Visão panorâmica das quatro obras

3.1.1. Livro 1 - GM:

Apesar de todas as quatro obras passarem a impressão que são favoráveis ao uso de precedentes Marinoni vai além. Em sua exposição ele não é apenas favorável e sim um ferrenho defensor, um verdadeiro advogado da implantação dos precedentes no direito brasileiro. As constantes adjetivações em seu discurso revelam este tom advocatício em que não se limita à pura argumentação acadêmica e faz uso de instrumentos retóricos de convencimento.

Como exemplo cito alguns trechos: “torna-se pouco mais que absurdo admitir um juiz ou Tribunal contrariar decisões do Supremo Tribunal Federal” (MARINONI, 2016a, p 66); “daí advindo a obviedade de que não há Estado de Direito sem um Judiciário instituidor de um direito coerente” (MARINONI, 2016a, p 128). Nesse caso “direito coerente” é aquele que faz uso dos precedentes segundo o autor; “mais do que falhar aos fins que se destina, beira a um manicômio” (MARINONI, 2016a, p 150) ao se referir à falta de isonomia no sistema. (grifos meus)

Tive certo estranhamento com o tom do autor ao utilizar fortes adjetivações (“absurdo”, “obviedade”, “beira o manicômio”, etc) por fugir à regra dos textos acadêmicos, que preferem um tom mais imparcial e distante do objeto. Talvez por ter suas raízes na advocacia como ex-Procurador da República e atualmente como advogado privado, manteve no seu livro a estilística das petições. Do mesmo modo, não se pode descartar a opção retórica de ser enfático e convincente e assim alcançar maior impacto com seu texto. Se o objetivo é convencer o leitor, o estilo de escrita, sem dúvida, contribui para alcançá-lo.

a) Abordagem histórica e comparativa

De forma singular o autor trabalha a causa da presença dos precedentes vinculantes na *common law* e sua ausência na *civil law*. Nenhum outro autor é explícito e profundo no tema como o Marinoni. Todo o primeiro capítulo da obra é dedicado à explicação da origem do problema, uma vez que para o autor a ausência de precedentes vinculantes no sistema *civil law* é sim um problema.

Registro que Hugo Chacra também toca no assunto no capítulo 3 do livro coordenado por Didier, mas dedica apenas duas páginas ao assunto sem se aprofundar como fez o Marinoni.

De volta ao livro do Marinoni, é feita uma comparação de como a Inglaterra e a França lidaram com a hipótese de o judiciário atuar com arbitrariedade. É colocado dois pontos-chaves na história em relação ao precedente: para a aplicação e fortalecimento do precedente vinculante a Revolução Gloriosa na Inglaterra (1688) e sua total rejeição a Revolução Francesa (1789). Ambas as revoluções são responsáveis pelo fim do absolutismo monárquico o que, naturalmente, abria mais espaço para a atuação do Poder do Judiciário. Surge então a necessidade de conter esse poder para que não se torne arbitrário.

Na Inglaterra os juízes foram aliados na revolução e não havia qualquer insegurança, pós-revolução, em relação à atuação desses. Pelo contrário, os magistrados ingleses recebem a responsabilidade de evitar a sua própria arbitrariedade com a consolidação da vinculação aos precedentes.

Por outro lado na revolução francesa os juízes representavam um obstáculo, pois eram membros da aristocracia, nomeados pelo rei e fiéis apoiadores da monarquia inclusive usando seus poderes para favorecer a manutenção do poder real. Diante de tais circunstâncias os revolucionários franceses, que ocupavam o legislativo, optaram por uma completa submissão dos juízes a lei que era equivalente à submissão ao legislativo.

Veja como o autor aborda a questão no sentido da Revolução Francesa ser a causa da rejeição ao precedente e notadamente um equívoco:

As histórias do poder no *common law* e no *civil law* foram as responsáveis pelas diferentes funções atribuídas aos juízes desses sistemas jurídicos. Entretanto, há necessidade de sinalizar para a circunstância de que a dessemelhança entre as funções dos juízes do *common law* e do *civil law* restaram no papel e na intenção dos inspiradores do Estado Legislativo francês. A Revolução Francesa, como toda revolução, ressentiu-se de forte dose de ilusões românticas utopias, gerando dogmas como o da proibição de o juiz interpretar a lei. (MARINONI, 2016a, p 49-50)

De outra parte, a tradição do *civil law*, ancorada nas razões da Revolução Francesa, foi completamente descaracterizada com o passar do tempo. A evolução do *civil law* é a história da superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um desejo revolucionário, que, portanto, nasceu com a marca da utopia. (MARINONI, 2016a, p 81).

Diversos autores tratam do contexto histórico tanto da *common law* quanto da *civil law*, porém Marinoni foi o único a trabalhar de forma profunda, enfática e comparada este momento de consolidação e rejeição do precedente vinculante, que foram as Revoluções

Gloriosa e Francesa. Do mesmo modo, esse primeiro capítulo, dedicado à análise histórica, está perfeitamente alinhado com o restante do livro na defesa do uso do precedente vinculante.

b) Tentativa de esgotar os tópicos

Outra característica marcante da obra é a tentativa do autor esgotar os tópicos sobre o tema. Não me refiro à tentativa de esgotar o tema, por ser extremamente vasto e abrangente e por não ser crível pensar que um autor experiente como o Marinoni pretenderia tal feito com apenas um volume de menos de quatrocentas páginas. Refiro-me ao esforço do autor em tratar de diversos tópicos sobre os precedentes. É passada a impressão que levantar este ou aquele assunto, ainda que de forma rasa, é mais importante do que deixar passar em branco. É possível perceber isso na leitura da obra, contudo uma breve leitura do sumário já reflete essa conclusão, pois diversos tópicos que abordam assuntos complexos contêm apenas uma página.

Tal posição do autor faz sentido se seu objetivo é ampliar o uso de precedentes no Brasil. Cada vez que um assunto diferente é abordado uma potencial discussão sobre o mesmo surge. Cada tópico pode funcionar como um pontapé inicial em uma discussão sobre precedentes que, inevitavelmente, resultará no amadurecimento da matéria. Por conseguinte, torna mais viável a implementação dos precedentes por já ser um assunto mais debatido e familiar para os operadores do direito.

Outro efeito é estender o debate para além das fronteiras do Processo Civil, área em que o autor mais se destacou em sua carreira. Ao tratar de diversas nuances do precedente o debate com outras áreas e profissões do direito é provocado, como o direito constitucional, hermenêutica, teoria do estado, teoria geral do direito, magistrados, advogados, professores, etc. Assim, Marinoni estimula a discussão do assunto em sua obra, ele coloca em pauta o tema dos precedentes em diversos seguimentos do direito, o que, como dito anteriormente, contribui para a implementação do próprio precedente.

Corroborar com esse ponto o fato de todas as demais obras citarem o autor, ainda que, em raros momentos, para discordar, como foi o caso do autor do capítulo 6 do livro do Didier, Juraci Mourão Lopes Filho: “não se pode proceder como proposto por Marinoni [...]”. Isso mostra que se o Marinoni deixasse de abordar o assunto de forma tão panorâmica como fez, não estaria presente em tantas discussões sobre o tema.

c) *Dever ser vs. Ser*

Como dito anteriormente, uma das características da doutrina é trabalhar com o *dever ser* e não com o *ser*, com a realidade concreta. Em alguns momentos o *dever ser* toca o *ser* e em outros se distancia nitidamente. É interessante ponderar que, pela forma de escrever de alguns doutrinadores, um leitor desatento ou desconhecedor daquela realidade não percebe a oscilação do texto entre o mundo real e a abstração do *dever ser*.

Não é minha intenção desqualificar ou atribuir juízo de valor ao posicionamento do autor na obra, mesmo porque a argumentação e estilo doutrinário utilizado me parecem alinhados com toda a teoria do autor acerca dos precedentes. Quero apenas observar uma marca natural e comum ao discurso doutrinário que é tratar do hipotético ideal. Essa característica tem seu valor no sentido de, ainda que deslocada da realidade, apontar uma direção desejável para que a realidade caminhe. Trabalha com a coragem de propor um aprimoramento da realidade.

O objetivo aqui é demonstrar que a prática de trabalhar com *dever ser* está de tal modo enraizada que o texto descritivo (*ser*) e propositivo (*dever ser*) é entrelaçado em diversos momentos e apenas uma leitura detida e atenta pode identificar essa oscilação entre realidade e abstração ideal.

Em determinado momento quando o Marinoni trata das súmulas no direito brasileiro essa oscilação ocorre de forma sutil. Dentro do capítulo IV, intitulado “Os Precedentes no CPC de 2015”, no tópico que trata da súmula vinculante, o autor coloca os fundamentos legais do instituto, explica seu funcionamento e tece algumas críticas. Neste primeiro momento é revelado um discurso descritivo e crítico da realidade, ao *ser*.

Com o desdobramento do assunto, nos parágrafos finais do tópico, o autor coloca: “Ora, se os precedentes, uma vez proferidos, não geram dúvida quanto à sua *ratio decidendi*, não há razão para editar súmula. Quando os precedentes, ou o precedente do Plenário, têm *ratio decidendi* claramente decifrável, inexistente motivo para ter súmula vinculante”. (MARINONI, 2016a, p. 313)

Observe que a oscilação do *ser* para o *dever ser* ocorre quando o autor parte da premissa que o precedente já faz parte da *práxis* jurídica, presumindo um “precedente do Plenário”. Isso após dizer que no Brasil o precedente, equivocadamente, não é utilizado e respeitado. Assim, fica a pergunta: como o Plenário de um Tribunal cria um precedente num sistema que não utiliza e respeita o precedente? Ao entender a característica do discurso doutrinário a resposta parece mais simples: o autor já não está mais na descrição do *ser* e sim na prescrição do *dever ser*.

No mesmo sentido é presumida a extração da *ratio decidendi* do precedente. A mesma *ratio decidendi* tida em tópicos antecedentes como matéria estranha ao direito brasileiro, de difícil extração devido às técnicas de julgamento, mas que na frase citada parece emergir naturalmente do precedente. O autor parte da premissa de que a *ratio decidendi* está nitidamente presente na prática do direito o que não condiz com a realidade descrita por ele mesmo anteriormente. Veja que a incoerência é apenas aparente, uma vez que no trecho citado o autor se descola da prática concreta e trabalha exclusivamente com o hipotético ideal.

Ainda na temática da característica prescritiva do discurso doutrinário, outra marca é o tratamento de algo como óbvio quando na realidade não é. Novamente sobre as súmulas, o autor coloca: “Ora, se a elaboração da ‘súmula vinculante’ depende da adequada percepção dos fundamentos determinantes do precedente – ou dos precedentes –, é pouco mais do que evidente a impossibilidade de aplicá-la, revisá-la ou cancelá-la sem se considerar os fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem a sua edição.” (MARINONI, 2016a, p. 313) (grifo meu)

O próprio Marinoni, antes do trecho citado, critica a realidade das súmulas do STF justamente por ignorar, em determinados momentos, os precedentes que lhes deram origem. “Em suma, o repertório de súmulas transformou-se num mero “guia de interpretação”, sem qualquer correspondência com os casos de onde afloraram e com a própria prática do direito.” (MARINONI, 2016a, p. 310)¹⁰

Ora, se as súmulas vinculantes são aplicadas independentemente dos precedentes pelo STF, como isso seria impossível? Como algo impossível ocorre na realidade? A conclusão imediata é que: se ocorre na realidade é possível. Em outras palavras, o impossível na verdade é possível, pois ocorre efetivamente no dia a dia da prática jurídica do Tribunal.

Contudo, nesse caso o possível refere-se à realidade concreta e o impossível é o que o autor coloca no plano do *dever ser* abstrato. No contexto abstrato estão presentes todas as premissas colocadas previamente pelo autor e se essas premissas estivessem também presentes na realidade, a forma como o Supremo trata as súmulas na prática seria verdadeiramente impossível. É a coerência na incoerência aparente, isso porque o discurso novamente alterou-se, sem avisar, do descritivo para o prescritivo, do *ser* para o *dever ser*.

¹⁰ Acrescento que, neste mesmo sentido, Patrícia Mello também pondera em sua obra o descolamento dos textos de diversas súmulas do STF em relação aos precedentes que formalmente lhes deram origem. (MELLO, p. 166-173)

Não se pode negar também o efeito retórico de caracterizar a realidade como algo “impossível”. Tudo que é absurdo se destaca dos demais e possibilita uma maior atenção e convencimento do interlocutor.

O trecho mencionado corrobora com presença de duas características marcantes do autor já demonstradas, o uso de recursos retóricos de persuasão comum na prática da advocacia e o atributo da doutrina de trabalhar com o *dever ser* se descolando do *ser* em diversos momentos.

3.1.2. Livro 2 - FD.

De todos é a única coleção. Justamente por ser uma coleção não possui a linearidade dos demais trabalhos. Mesmo assim é possível perceber o trabalho do coordenador na escolha e ordem dos temas.

A obra é dividida em três partes, a primeira “Teoria dos Precedentes”, a segunda “Precedentes no novo CPC” e a terceira “Os institutos ligados aos precedentes no CPC novo”. Essa primeira divisão já demonstra a intenção do coordenador em estabelecer uma sequência lógica entre as partes. Primeiro explica-se a teoria e conceitos, em seguida os relaciona com o novo CPC e por fim trata de temas periféricos.

a) Contraste nos dois primeiros capítulos

Os dois primeiros capítulos lançam grande contraste sobre o tema. O coordenador coloca já de início dois exemplos, cada um situado num extremo do espectro quando se trata do uso dos precedentes.

O primeiro capítulo revela como a França lida com os precedentes. Trata-se de um artigo escrito em língua inglesa pela autora Eva Steiner, doutora pela Universidade de Paris, professora e diretora do programa LLB English Law & French Law. O fato de a autora trabalhar na Inglaterra e ter sua formação na França corrobora com suas credenciais para falar do tema. O artigo mostra um olhar singular sobre os precedentes de quem já esteve dentro do sistema jurídico francês, mas que agora o observa de fora a partir de um sistema que foi o berço dos precedentes.

Este artigo revela uma das tradições da *civil law*, que é a repulsa à aplicação do precedente como norma. Nas palavras de Eva STEINER “there has always been a tradition of hostility towards judicial precedent [...] law can only legislative in origin” (2016, p. 21).

Segundo a autora o precedente está fora da pirâmide de normas de Kelsen e as decisões do judiciário não fazem parte das fontes formais do direito na França.

São colocados três razões para a não aplicação dos precedentes no direito francês. I) A doutrina francesa de separação dos poderes não permite que os juízes interfiram na competência de criar leis do legislativo; II) Da primeira proposição segue a de que os juízes são proibidos de editar normas para regular casos futuros ou de usar decisões anteriores ao julgar; III) Por consequência segue a ausência da doutrina do *stare decisis* em que as decisões dos tribunais não possuem efeito vinculante. (STEINER, 2016, p. 22-29)

Inclusive, a autora mostra a proibição de se extrair norma de decisões é explícita na legislação francesa. É conhecida como proibição dos *Arrêts de Règlement*, constante do art. 5 do Código Civil francês que proíbe juiz de atuarem como legisladores, sendo vedado que criem regras para o futuro que extrapolam o caso concreto em julgamento.

Sendo assim, os precedentes não precisam e nem devem ser seguidos. Até as mais altas cortes não estão vinculadas às suas decisões e do mesmo modo as cortes inferiores não estão vinculadas aos precedentes das cortes superiores. Ademais, não é permitido menção a casos anteriores nas decisões e o fato de uma decisão ir contra algum precedente de corte superior não é uma garantia de aceitação do recurso. Por fim, atualmente a jurisprudência goza apenas de força persuasiva naquele sistema.

Em seguida o capítulo 2 é um artigo originalmente publicado na Stanford Law Review, escrito por Frederick Schauer e traduzido para o português por André Duarte de Carvalho e Lucas Buriel de Macêdo. Schauer é professor de direito na Universidade da Virgínia e um conhecido autor sobre os precedentes. Além de ser um dos autores na obra do Didier é citado e referenciado em diversas publicações sobre o tema, inclusive em todas as demais obras objeto deste estudo. Isso revela a influência e relevância do autor para o tema, bem como o esforço do coordenador do livro em trazer um autor de peso originário da *common law* para tratar da matéria.

Nesse sentido, duas características mostram a relevância deste artigo para o coordenador Didier. Primeiro, é o capítulo mais longo do livro, com 38 páginas, mais que o dobro das 15 páginas em média dos demais capítulos. Segundo, dos seis capítulos de autores estrangeiros, é o único que foi traduzido para o português.

De fato é um artigo primoroso em sua argumentação, linha de raciocínio, didática e fundamental para compreensão dos precedentes, em especial para leitores que são oriundos da *civil law*. Schauer inicia com uma das dúvidas mais comuns em relação à doutrina do *stare decisis*, principalmente de quem tem sua formação jurídica nas tradições do direito

continental: “Se for para sermos acorrentados ao passado e endividados com o futuro, qual é a força desse elo e o que seria necessário para se libertar dele?” (SCHAUER, 2016, p.49)

Schauer responde a pergunta mostrando a relação da decisão atual com o passado e principalmente com o futuro, o que ele chama de “aspecto prospectivo do precedente”. Mostra como é natural no convívio social o uso dos precedentes exemplificando seu uso numa relação familiar de pai e filhos quando o pai estabelece as mesmas regras tanto para o filho mais velho quanto para o caçula. Assim, deixa claro como tratar pessoas, sob uma mesma autoridade, de modo igual é harmônico com a ideia de justiça, além de repelir a arbitrariedade.

Após essa introdução o autor entra de fato no assunto do artigo que é sobre a composição do precedente. De que o precedente é feito ou o que compõe o precedente. Para tanto, ele trabalha a ideia de categorias e caracterização dos fatos e argumentos com uma clareza ímpar. Conhecer e aplicar tais categorias permite decantar a norma da decisão passada e aplicá-la no presente.

Ao invés de simplesmente jogar o conceito de *ratio decidendi* para o leitor, Schauer explica os conceitos utilizados para se encontrar a *ratio decidendi*. Principalmente para o leitor estranho à *common law*, a explicação da ideia de categorias desmistifica os precedentes, a *ratio decidendi* e sua utilização.

Por fim, são colocadas quatro virtudes acerca do uso dos precedentes vinculantes: I- Equidade; II- Previsibilidade; III- Eficiência da tomada de decisão e o fortalecimento da instituição da decisão; e IV- Estabilidade.

Desse modo já nos dois primeiros capítulos do livro Didier estabelece um contraste importante entre a realidade do direito francês, avesso à ideia dos precedentes vinculantes e do outro lado a realidade do direito norte americano, imerso na doutrina do *stare decisis*. São colocadas as justificativas e o funcionamento de um sistema que faz amplo uso do precedente e de outro sistema que o rechaça sua utilização. Sendo assim, de início o leitor tem claro em seu horizonte dois exemplos situados nos dois extremos do espectro e assim é possível se situar melhor em qual ponto desse espectro sua cultura jurídica se encontra e para onde caminha.

b) Independência dos juízes

Talvez o mais frequente obstáculo mencionado aos precedentes é independência dos juízes e esse é justamente o tema do terceiro capítulo. Didier optou por abordar este tema já de início se posicionando sobre a principal crítica aos precedentes. Comumente, ao se falar de

independência dos juízes, usa-se o termo “livre convencimento motivado”. Contudo, segundo a doutrina, o livre convencimento motivado está associado à apreciação e valoração das provas pelo juiz e não à fundamentação e interpretação das normas na sentença.

É importante separar os dois conceitos, pois dizem respeito a etapas distintas na decisão dos juízes. De um lado está a liberdade para valorar as diversas provas apresentadas em juízo. Desde que seja devidamente motivada, o juiz pode priorizar determinada prova em detrimento de outra. Em outras palavras, o juiz pode formar seu convencimento pela(s) prova(s) que entender pertinente contanto que fundamente sua opção. Esse é o chamado “livre convencimento motivado”, que se traduz na liberdade do juiz de ter seu convencimento construído por qualquer das provas bastando a devida justificativa. Relaciona-se com os fatos, sobre quais acontecimentos serão tidos como verdadeiros pelo magistrado.

Outro ponto é a liberdade/independência do juiz para interpretar o ordenamento jurídico e aplicá-lo aos fatos previamente apurados através das provas e do livre convencimento motivado. Argumenta-se que o juiz deve ser independente para aplicar a lei que lhe pareça trazer justiça ao caso concreto. Trata-se de um momento posterior ao da apuração e comprovação do ocorrido.

Apesar da confusão entre os conceitos acima ser comum no meio jurídico, todos os autores desta obra usam corretamente o termo liberdade ou independência do juiz.

Dito isso, Hugo Chacra Carvalho e Marinho, autor do capítulo 3 do Livro do Didier, diz que independência dos juízes está relacionada com o princípio do juiz natural e da imparcialidade do juiz. (MARINHO, 2016, p. 88 e 93) O autor defende a mitigação da independência dos juízes em favor da igualdade de tratamento aos jurisdicionados para a aplicação dos precedentes.

Destaco um ponto que Hugo MARINHO toca que nenhum dos demais autores aborda com tanta clareza. Ele coloca que a garantia de independência dada ao juiz, é antes uma garantia do cidadão.

Não se pode desconhecer a importância ou a necessidade da independência funcional da magistratura. Porém, essa independência não representa um fim em si mesmo; é um valor instrumental para preservar o outro, qual seja, a imparcialidade do julgador, tida por Cappelletti como valor final na função judiciária. O problema é que os termos do exercício da independência em relação ao próprio poder confunde-se com a pessoa do juiz e as garantias constitucionais da magistratura. No entanto, é preciso ficar claro que essas garantias não pertencem à pessoa do juiz, pertencem ao povo, à sociedade, ao jurisdicionado. (2016, p. 93) (Grifos meus)

Ao ponderar sobre o caráter instrumental da independência do juiz, o autor coloca que esse princípio deve ser aplicado em conjunto com os demais princípios, em especial o princípio da igualdade. Da mesma forma que a liberdade do magistrado é uma garantia para o cidadão, a igualdade também é uma garantia e ambas devem ser analisadas em conjunto, e a primeira não deve prevalecer absoluta sobre a segunda.

O capítulo 3 é uma breve e contundente crítica ao alcance da independência do juiz. Defende que esta garantia deve ceder espaço para a igualdade, previsibilidade e segurança jurídica viabilizando o uso dos precedentes vinculantes.

c) Considerações gerais:

Um leitor não familiarizado com o tema dos precedentes terá dificuldades de compreender as discussões trazidas nos artigos. Trata-se de um livro para já iniciados no assunto, pois os conceitos básicos que envolvem a doutrina dos precedentes não são explicados preliminarmente e seu conhecimento prévio é presumido.

O organizador traz em seu livro artigos que mostram a experiência com precedentes em outros países fora da tradição da *common law*. No capítulo 1, como já dito, fala da experiência francesa, o capítulo 4 trata dos precedentes na Rússia, o capítulo 5 aborda a realidade argentina e o capítulo 11, escrito por Michele Taruffo, um dos autores mais citados nas obras¹¹, revela a experiência italiana. Por se tratarem de artigos não é possível compreender em profundidade a forma com que cada um desses países lidam com o precedente, ainda assim a escolha desses textos enriquece a experiência de leitura ao lidar com o direito comparado falando de países em situação semelhante a do Brasil (país de *civil law* implementando em alguma medida a doutrina do *stare decisis*).

3.1.3. Livro 3 - CT

Caio Márcio Gutterres Taranto autor do livro “Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional” é juiz federal, professor universitário, doutor em direito pela Universidade Gama Filho e à época da publicação do livro, em 2010, era doutorando. De acordo com a pesquisa que fiz o livro é fruto tanto da pesquisa de mestrado quanto de doutorado do autor.

Taranto adota um tom acadêmico em sua obra, faz uso de uma linguagem clara e acessível. Mesmo atuando como juiz por oito anos antes da publicação do livro não percebi a

¹¹ Ver tópico 3.2.1. “Principais Referências das obras”.

estilística da escrita e argumentação presente nas sentenças e demais decisões judiciais. Parece-me que o autor optou pelo recurso de estilo e argumentação acadêmicos na redação do seu trabalho.

Uma característica marcante do livro é sua objetividade. Não digo no sentido de ser sucinto ou breve nas suas colocações, mas no sentido de alinhar todos os tópicos e argumentos na direção da sua tese de que o uso dos precedentes se fundamenta na ordem constitucional. É perceptível a linearidade na argumentação e a amarração dos tópicos e capítulos para corroborarem com a tese final ou “a tese da tese”. Foram deixados de fora todos os assuntos e tópicos estranhos ao tema principal. Qualquer ponto que não colaborasse diretamente com a ideia central ficou de fora do texto.

Alguns livros e artigos se assemelham a uma estrada com vários desvios, rotas alternativas, paralelas e que ao final chegam a um ou vários pontos. A objetividade do autor a que me refiro se assemelha a uma estrada sem desvios, uma única reta em que a conclusão de cada capítulo é um *checkpoint* indicando que o leitor está mais próximo da conclusão. Todas as questões abordadas apontam para mesmo o objetivo.

Como o objetivo, o foco do autor é o precedente no direito brasileiro, pouco é mencionado sobre o direito estrangeiro. No corpo do texto são poucas as análises de institutos e doutrinas de outros países, até mesmo da *common law* como seria a expectativa em um trabalho sobre precedentes.

Dois pontos interessantes decorrem dessa percepção. O primeiro é que isso não prejudica a compreensão ou qualidade do trabalho. Justamente por ser um trabalho objetivo e focado no direito brasileiro, todo o percurso argumentativo é feito baseado no sistema jurídico nacional. Taranto busca legitimar o uso dos precedentes com base nos institutos e doutrinas próprias do Brasil e não com institutos e doutrinas estrangeiras. O autor mostra que o sistema pátrio já é suficiente para justificar o uso dos precedentes.

Segundo, ainda que o percurso teórico e argumentativo envolva prioritariamente o direito brasileiro, não implica no fato do autor ignorar a doutrina e prática estrangeira dos precedentes. Muito pelo contrário, o direito estrangeiro não é protagonista no corpo do texto, mas é abundante nas notas de rodapé e nas referências bibliográficas. É possível notar uma extensa pesquisa em literatura estrangeira, não só de autores de língua inglesa originários da *common law*, mas também de obras em italiano e espanhol.

A obra perfaz um caminho lógico e argumentativo retilíneo no sentido de apontar como fundamento para o uso do precedente a Jurisdição Constitucional. O alicerce para os precedentes é essencialmente a Constituição e é colocado como instrumento “para o acesso à

justiça, efetividade do processo perante um contexto de legalidade, segurança jurídica e, sobretudo, isonomia.” (TARANTO, 2010, p. 309) A descrição precisa e resumida do trabalho consiste, nas palavras do próprio Taranto, “do conceito, surgimento, revogação, recriação, aplicação e autoridade dos precedentes judiciais no Direito brasileiro em decorrência da Jurisdição Constitucional e do sentido das normas judicadas a partir da teoria determinativa”. (TARANTO, 2010, contracapa)

3.1.4. Livro 4 - PM

Patrícia Perrone Campos Mello é autora da obra “Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo”, com mestrado e doutorado pela UERJ, atualmente trabalha como assessora do Min. Luís Roberto Barroso do STF. Contudo, a época de edição do livro era Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. O livro é fruto de sua dissertação de mestrado.

Para aqueles não familiarizados com o tema é sem dúvida o melhor dos quatro livros analisados para iniciar os estudos sobre os precedentes, e até mesmo das demais obras referenciadas. Todos os conceitos básicos relacionados aos precedentes são abordados de forma clara. A linguagem utilizada não é complicada e muitas citações em língua estrangeira são traduzidas.

Outra característica que facilita o contato com o tema é a metodologia de comparação utilizada. Para cada instituto da *common law* trabalhado é trazido o equivalente ou semelhante no Brasil. Neste momento são levantadas semelhanças, diferenças e diversos exemplos que trazem mais luz ao objeto da pesquisa.

O fato de ser acessível aos não iniciados na matéria em momento algum significa que se trata de uma pesquisa rasa sobre precedentes. Revela apenas a intenção e/ou estilo da autora ao escrever. Diversos tópicos são abordados em profundidade, a diferença é que a autora explica as premissas básicas do conteúdo previamente. Dão respaldo a essa afirmação não só o texto em si, mas a quantidade e qualidade das citações e referências ao longo do livro.

Na primeira parte do livro “Contextualização” inicialmente é trabalhada a função dos precedentes tanto na *common law* quanto na *civil law*. A rica análise histórica da *common law* logo no princípio permite uma melhor compreensão e familiarização daquele sistema. É também abordada a função desempenhada pelos precedentes na *civil law* em geral e no Brasil

especificamente. Ao final do tópico é chamada a atenção para a aproximação dos dois sistemas.

Em seguida é tratada a eficácia dos precedentes também em perspectiva comparada. Destaco a categorização dos precedentes pela sua eficácia trazida pela autora: a) Precedentes com eficácia normativa; b) Precedentes com eficácia intermediária e c) Precedentes com eficácia persuasiva. Esse tópico é uma adaptação da categorização feita pelos autores D. Neil Maccormick e Robert S. Summers.

Entender a eficácia dos precedentes é de grande utilidade, principalmente em sistemas de *common law* em que seu potencial é maior utilizado. Desvendar a eficácia dos precedentes nos Estados Unidos e na Inglaterra, ainda que indiretamente e da forma como foi colocada, traz consigo uma carga argumentativa e persuasiva que estimula o uso dos precedentes.

Disse indiretamente, porque a autora utiliza um tom mais acadêmico na sua escrita. Se mantém a certa distância do objeto. Apesar disso, é possível perceber uma inclinação ou até admiração pelo sistema de precedentes pela forma como o tema é trabalhado. Ao tratar do controle de constitucionalidade brasileiro já na conclusão da obra é dito: “a medida mais coerente parece ser a adoção da eficácia transcendente dos motivos determinantes também no controle concentrado”. (MELLO, 2008, p. 322) O próprio uso da expressão “parece ser”, indicando uma sugestão em determinado sentido ao invés de uma afirmação categórica, exemplifica o tom acadêmico. Veja que a citação é extraída do capítulo destinado às conclusões da pesquisa, onde um posicionamento mais marcante seria compreensivo e ainda assim as impressões pessoais são colocadas discretamente.

Até mesmo o Min. Barroso, orientador da pesquisa, no prefácio de sua autoria confessa “grande identificação filosófica que tem com as ideias desenvolvidas no presente estudo”, (MELLO, 2008, prefácio) o que corrobora para demonstrar a inclinação da autora na defesa do uso dos precedentes.

A segunda parte do livro “Operação com Precedentes no *Common Law* e no Brasil”, como o próprio título diz, mostra como o precedente é operado em cada sistema. A metodologia de comparação se mantém e fortalece, tendo em vista que nessa etapa é tratado como os precedentes são aplicados e como funcionam.

É nessa parte que Patrícia Mello explica com maestria três conceitos que julgo fundamentais para o entendimento e operação dos precedentes. São eles: a) *ratio decidendi* ou *holding*, no Brasil é comumente utilizado o termo “fundamentos determinantes da decisão” como equivalente; b) *distinguishing*, traduzido no Novo CPC como “distinção” e c) *overruling*, traduzido no Novo CPC como “superação de precedente”.

Para cada conceito citado acima são trazidos exemplos de casos concretos das cortes dos Estados Unidos e referências a doutrinadores americanos e britânicos para demonstrá-los em sua origem. Mesmo se tratando de conceitos originários da *common law* são expostos também exemplos de casos concretos e doutrina brasileira. Principalmente exemplos de decisões judiciais tendo em vista a reduzida produção doutrinária sobre o tema à época.

Patrícia Mello traz um trabalho predominantemente descritivo dos institutos relacionados ao uso dos precedentes, colocando a teoria e a prática dos países da *common law*, bem como a teoria e prática brasileira equivalente ou assemelhada. É um trabalho abrangente, não por tratar de diversos tópicos como Marinoni, mas porque pega os poucos os principais pontos do tema e os desenvolve com profundidade. Dessa forma é possível ver o quadro geral sem ser superficial nos tópicos levantados.

3.2 Pontos Analisados

3.2.1 Principais referências das obras

Como critério para mensurar os autores mais influentes nas obras analisadas não observei apenas as referências bibliográficas de cada livro, mas contei quantas citações os principais autores tinham ao longo dos textos. Escolhi esse método porque revela a influência e importância de determinado autor para a obra de forma mais precisa do que uma simples análise das referências bibliográficas listadas. Parti do pressuposto de que se um autor foi citado ao longo do texto é porque, de alguma forma, ele se destacou das demais leituras feitas pelo escritor da obra e foi escolhida para compor não só a bibliografia como também o próprio texto em si.

Pelo fato de os precedentes serem um tema de origem na *common law* destaco inicialmente as principais influências de autores de origem e atuação em países da *common law*.

Dos autores ingleses, Neil Maccormick, Arthur Goodhart, Rupert Cross, Neil Duxbury são os mais citados e com maior peso nas obras. Maccormick é também o autor com o maior número de citações no Livro 1 – GM com 69 citações; no Livro 2 – FD aparecendo em 13 ao longo dos 34 capítulos; no Livro 3 – CT com 37 citações e no Livro 4 – PM apesar de não ser o mais citado aparece seis vezes. Isso coloca Maccormick como o autor mais influente na doutrina sobre precedentes no Brasil pelos critérios adotados neste trabalho.

Dentre os autores norte americanos se destacam Robert Summers, Frederik Schauer, Geoffrey Marshall, Melvin Eisenberg, Benjamin Cardozo e Ronald Dworkin. Dentre esses

autores Summer e Schauer são os mais citados ao se tratar diretamente dos precedentes e Dworkin é o mais frequente nos assuntos que gravitam em torno dos precedentes, como princípios, sistemas, conceito de justiça, etc.

Foi possível perceber que nos Livros 1, 2 e 3 os autores ingleses tem mais proeminência que os norte-americanos. O Livro 4 – PM predominam nitidamente os autores americanos Summers e Schauer de modo geral e o trecho dedicado à análise histórica foi baseado no livro de René David¹². De modo coerente com a escolha dos autores Patrícia MELLO explicita em sua obra que dará ênfase ao *common law* norte-americano. (2008, p. 5)

Diante disso posso concluir que a doutrina brasileira analisada tem como principal fonte a doutrina inglesa sobre precedentes, pois 75% das obras analisadas têm como principal influência autores britânicos.

Em meio aos autores brasileiros, ao se falar de precedentes, os mais citados são José Rogério Cruz e Tucci, e Guilherme Marinoni. Marcelo Alves Souza também é citado com frequência. No Livro 3 – FD, Thomas Bustamante é citado com frequência.

Tratando mais especificamente dos precedentes e em relação aos autores de outras nacionalidades se sobressai o italiano Michele Tarufo amplamente citado em todas as obras e o polonês Jerzy Wróblewski muito citado por Marinoni e citado em dois capítulos no livro organizado por Didier.

Em temas periféricos aos precedentes se destacam os autores Mauro Cappelletti, José Gomes Canotilho, Robert Alexy, Jürgen Habermas e Francesco Carnelluti.

Me causou estranhamento o fato de que em sete capítulos do Livro 2 – FD¹³ não fazer qualquer menção a autores da *common law*, justamente pelo fato de haver pouca literatura sobre precedentes no Brasil e por ser um assunto novo em nosso país se comparado com a Inglaterra e EUA.

3.2.2. *Uso dos precedentes se fundamenta na Constituição*

Os autores justificam o uso dos precedentes em diversos princípios, alguns deles princípios constitucionais. Isso já seria o suficiente para concluir que a doutrina dos precedentes encontra fundamento na Constituição Federal segundo as obras analisadas. Contudo, foi possível encontrar repetidamente trechos em que os autores explicitam a conclusão acima.

¹² Livro: DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002

¹³ Capítulos sem autores da *Common Law*: 3, 10, 20, 21, 23, 31 e 34. Faço a ressalva capítulos 31 e 34, que compõem a parte III – Os Institutos Ligados aos Precedentes no CPC Novo, é compreensível a ausência de citações de autores da *common law* justamente por não tratarem diretamente dos precedentes.

No Livro 2 – FD, Hugo MARINHO defende, com base na segurança jurídica, que precedentes devem ser aplicados independentemente de haver texto constitucional explícito determinando sua eficácia vinculante. Ou seja, o texto constitucional já existente é suficiente para justificar a eficácia vinculante dos precedentes. (2016, p. 94)

No mesmo sentido, no Livro 1 – GM, MARINONI não coloca como condição para o uso de precedentes vinculantes a existência de norma explícita a respeito:

Ainda assim, o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme a sua obrigatoriedade, pois as normas constitucionais que atribuem às Cortes Supremas as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para dar origem a um sistema de precedentes obrigatórios. (2016a, p. 109)

A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal debilita a força normativa da Constituição. A força da Constituição está ligada à autoridade dos precedentes do Supremo Tribunal Federal. (2016a, p. 298)

No Livro 4 – PM, Patrícia MELLO se posiciona de modo semelhante ainda que em relação apenas aos precedentes constitucionais. A autora diz que a “supremacia da Constituição e necessidade de preservar a sua força normativa justificaram a atribuição de efeitos gerais e obrigatórios aos julgados sobre matéria constitucional também nos países de tradição romana.” (2008, p.316)

Por fim, Caio TARANTO trata do tema como um dos principais pontos de seu livro. Primeiro porque dois dos seis capítulos de seu livro estão diretamente associados ao assunto: Capítulo III – A Criação do Direito pela jurisdição Constitucional. Procedimento. Fundamentos da Teoria Determinativa e Funções; e o Capítulo IV – Autoridade do Precedente na Jurisdição Constitucional.

Segundo que na própria capa do livro o autor, ao resumir sua obra, afirma que “trata do conceito, surgimento, revogação, recriação, aplicação e autoridade dos precedentes judiciais no Direito brasileiro em decorrência da Jurisdição Constitucional”.

Ainda destaco trecho do capítulo 3 em que Taranto deixa clara sua posição de que os precedentes se fundamentam na Constituição:

No Direito brasileiro, todo precedente judicial válido decorre da Jurisdição Constitucional. Em outras palavras, os precedentes não se excluem do fenômeno da constitucionalização. É a Constituição que determina ao Poder Judiciário editar normas judicadas, especialmente pelo teor dos artigos 102 e 105, quando provocado pelo jurisdicionado. Ademais, os precedentes são expressão da isonomia e da segurança jurídica dirigidas ao Poder Judiciário pelo próprio Poder Judiciário. (2010, p. 57)

3.2.3. *Justificativa para o uso dos precedentes*

De maneira geral todos os autores são simpáticos à aplicação da doutrina dos precedentes no direito brasileiro. A forma como se posicionam varia desde um modo ostensivo até um modo bem discreto. Diversos argumentos são levantados como justificativa e, em termos principiológicos, alguns princípios jurídicos se repetem com frequência.

O Novo CPC traz alguns princípios explícitos no seu texto. O *caput* do art. 926 coloca quatro princípios que devem orientar a jurisprudência: a) uniformização; b) estabilidade; c) integridade; e d) coerência. Inclusive, Didier, no capítulo 17 de sua autoria, os chama de quatro deveres institucionais e trata individualmente cada um. (DIDIER, 2016, p 383)

O § 4º do art. 927 coloca três princípios para serem observados em uma eventual superação de precedente por uma corte: “segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia”. Existe uma razão para tais princípios serem mencionados quando o código fala da possibilidade mudança de entendimento sobre determinada matéria.

Diversas são as razões que podem levar uma corte a mudar seu posicionamento, geralmente os argumentos que justificam tal mudança estão relacionados à ideia de trazer uma decisão mais justa para o caso. Mudanças no ambiente social, político ou econômico podem apontar um novo entendimento mais alinhado com tais fatores. Patrícia Perrone coloca essa questão de forma bem clara e menciona que na *common law* argumentos nesse sentido são chamadas de *substantive reasons*. (MELLO 2008, p 179)

Do outro lado da balança ficam os argumentos que apontam para a manutenção do precedente. Superar um precedente gera um custo para o sistema que precisa ser mensurado. A previsibilidade, segurança jurídica e/ou isonomia podem ser lesionadas pela nova decisão. Patrícia MELLO (2008, p 180) pontua que estas são as *authority reasons*. São as razões indicativas da autoridade do precedente sobre aquela matéria e que se opõem às *substantive reasons*. É a aplicação do precedente em nome da doutrina dos precedentes. São as *authority reasons* que revelam a justificação do uso dessa doutrina.

Cientes disso, os autores do Novo CPC colocaram no dispositivo que regula a superação de determinados precedentes a necessidade de se observar e ponderar os princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia. Ou seja, ao relacionar determinados princípios com a argumentação de eventual *overruling*, o CPC indica que são esses mesmos princípios que justificam a adoção da doutrina dos precedentes.

a) Livro 1 – GM

Já no prefácio da obra MARINONI (2016a) afirma que o precedente vinculante “tem sustentação especialmente na igualdade, na coerência do direito e na segurança jurídica”.

Mais adiante, dentro do Capítulo 2, “Discussão sobre a oportunidade de respeitar precedentes”, Marinoni dedica um tópico de 46 páginas denominado “Razões para seguir precedentes”. A primeira razão relacionada é a segurança jurídica, que é colocada “como expressão do Estado de Direito, conferindo àquela a condição de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado Direito.” (MARINONI 2016a, p. 96) Para sustentar tal afirmação o autor cita a posição doutrinária de MacCormick em sua obra *Rethoric and the role of law - A theory of legal reasoning*.

Como subitens da Segurança Jurídica, o autor coloca a previsibilidade, estabilidade e confiança. No que tange à previsibilidade MARINONI (2016a, p.100) afirma ser “curioso é que o direito legislado, ao contrário de construir um pressuposto, representa um obstáculo para a segurança jurídica [...] porque o sistema de direito legislado não liga a previsibilidade a quem define o que é o direito”. Usa ainda o autor Arthur Goodhart para afirmar que “constitui lugar comum, na literatura inglesa e estadunidense, a afirmação de que a previsibilidade constitui razão para seguir precedentes”. (MARINONI 2016a, p. 102)

Quanto à estabilidade diz que “não se traduz apenas na continuidade do direito legislado, exigindo, também a continuidade e o respeito às decisões judiciais, ou melhor, aos precedentes.” E que “pouco adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais.” (MARINONI 2016a, p. 103)

Ainda dentro da segurança jurídica, diz que “a proteção da confiança prende-se mais com as componentes subjetivas da sentença, densidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos.” (MARINONI, 2016a, p. 108)

Em seguida é abordado o princípio da igualdade com diversas críticas no sentido de que “o Judiciário de *civil law* não se submete ao princípio da igualdade no momento de decidir, vale dizer, no instante de cumprir seu dever, prestando a tutela jurisdicional. O Judiciário deixa de observar o princípio da igualdade no momento mais importante da sua atuação”. (MARINONI, 2016a, p. 112)

Marinoni demonstra que a igualdade no processo vai além do contraditório, pois esse “legitima o procedimento como meio, porém não se presta a garantir o ajuste da decisão ao conteúdo dos direitos fundamentais” (MARINONI, 2016a, p. 114). Ao falar em direitos fundamentais refere-se à igualdade de tratamento ao jurisdicionado oferecida pelo sistema judicial e não apenas por um juízo em uma demanda específica. “Vendo a decisão como fruto do sistema judicial e não como mera prestação atribuída a um juiz -singularmente

considerado-, torna-se inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que a proferiu.” (MARINONI, 2016a, p. 113)

Ademais o autor associa o tratamento igualitário do jurisdicionados à legitimidade do Poder Judiciário. “O Judiciário não pode legitimamente conviver com concepções diversas e antagônicas acerca de um direito fundamental, máxime quando o seu significado já foi definido pelo Supremo”. (MARINONI, 2016a, p. 125)

Ao tratar da coerência, Marinoni se apoia principalmente em dois argumentos: Primeiro associa a coerência à organização da estrutura do sistema judiciário e sua hierarquia. Defende que por coerência e “por uma razão lógica derivada da função e lugar de inserção conferidos aos tribunais pela Constituição Federal, a hierarquia justifica uma inquestionável necessidade de respeito aos precedentes”. (MARINONI, 2016a, p. 127)

Segundo, relaciona a coerência com a superação do dogma do "juiz boca da lei". Pelo fato do juiz conferir feição ao direito, "fica claro que a produção normativa também deriva do Poder Judiciário". (MARINONI, 2016a, p. 128) Desse modo, as normas produzidas pelo Judiciário devem ser coerentes entre si e harmônicas como um todo.

De forma mais sucinta, Marinoni também justifica a aplicação dos precedentes pela garantia de imparcialidade, possibilidade de orientação jurídica, desestímulo à litigância, favorecimento de acordos, economia de despesas e eficiência.

b) Livro 2 – FD

Dentro daquele que considero o principal artigo do livro coordenado por Didier, Schauer dedica um extenso tópico, denominado "A virtude da vinculação aos precedentes", em que coloca quatro argumentos que justificam aplicação do precedente vinculante. São eles: Equidade, Previsibilidade, Fortalecimento da Instituição e Estabilidade.

I - Equidade. Schauer associa o conceito de equidade com o de justiça, no sentido de tratar casos iguais igualmente. Diz que "falhar em tratar casos semelhantes semelhantemente, argumenta-se, é tido como arbitrário e conseqüentemente injusto". (SCHAUER, 2016, p. 76) Diferente de outros autores, coloca a igualdade como derivada do princípio da coerência e afirma que "igualdade e precedente são, assim, respectivamente os ramos espacial e temporal do mesmo e maior princípio normativo da coerência".

II - Previsibilidade. Ao tratar da previsibilidade o que Schauer realmente faz é tencionar o princípio para que o leitor entenda o que realmente está em jogo. Primeiro pondera que a previsibilidade é importante para "evitar a paralisia de prever apenas o desconhecido". Por outro lado diz que "alcançamos previsibilidade, entretanto, apenas ao

diminuir nossa habilidade de nos adaptarmos a um futuro mutável". (SCHAUER, 2016, p. 78) A previsibilidade como o equilíbrio entre adaptabilidade vs. engessamento resume o conteúdo desse tópico.

Conclui que "o valor da previsibilidade é realmente uma questão de balancear o ganho esperado com a perda esperada". E que "não existe uma melhor resposta para esta pergunta, pois a resposta irá variar de acordo com o tipo de decisão que se espera que o julgador faça". (SCHAUER, 2016, p. 79)

III - Fortalecimento da Instituição. O autor expõe no sentido do uso dos precedentes promover uma consistência interna no judiciário, que, por sua vez, "fortalece a credibilidade externa, logo minimizando a inconsistência interna pela padronização de decisões dentro de um ambiente decisório pode genericamente fortalecer aquele ambiente decisório como instituição." (SCHAUER, 2016, p. 81)

IV - Estabilidade. Schauer associa a estabilidade ao tamanho das categorias de assimilação, condicionando o peso da estabilidade à abrangência das categorias de modo que quanto maior a variedade de acontecimentos tratados da mesma forma maior será a estabilidade do sistema. Entretanto pondera que a "estabilidade pode ser impecável em abstrato, mas na realidade a estabilidade é alcançada apenas ao se abdicar de alguma de nossa flexibilidade para explorar de modo aprofundado os vários aspectos dos acontecimentos agora perante nós." (SCHAUER, 2016, p. 83)

Dentre os demais artigos, dois princípios se destacam: o da isonomia, tratado também como igualdade, e o da segurança jurídica. A isonomia é colocada como princípio que justifica a aplicação do precedente vinculante em diversos momentos. No capítulo 3, já mencionado acima, o autor defende que a independência funcional dos juízes deve ceder lugar para a isonomia ao se aplicar os precedentes.

Teresa WAMBIER, (2016, p. 271), integrante da comissão responsável pelo anteprojeto do Novo CPC e autora do capítulo 12, aduz que "para preservar a igualdade, também nestes casos haja uniformização". (grifo meu) Neste mesmo sentido Aluisio MENDES e Larissa SILVA (2016, p. 587), autores do capítulo 26, ao tratarem do IRDR falam que o instituto está alinhado com o microssistema de precedentes do CPC no sentido de assegurar isonomia nos julgamentos.

Lúcio GOUVEIA e Fábio BREITENBACH, no capítulo 23 afirmam ser "em face da obediência aos precedentes e do reconhecimento da eficácia vinculante e persuasiva deles que se realizam os valores da igualdade, coerência e continuidade do ordenamento". (2016, p. 515) (grifo meu)

Ravi PEIXOTO no capítulo 25 aborda os requisitos para superação do precedente. Como visto anteriormente, a argumentação do *overruling* trata necessariamente da justificativa para adoção da doutrina dos precedentes. O autor coloca a isonomia e a segurança jurídica como argumentos contrários aos argumentos que apontam para superação do precedente. Então, podemos concluir que tanto a isonomia quanto a segurança jurídica são princípios de sustentação para aplicação dos precedentes. (2016, p. 558)

A segurança jurídica é destacada também em outros dois capítulos: 15, e 22. Eduardo CAMBI e Mateus FOGAÇA (2016, p. 341), no capítulo 15, mencionam que “apesar da segurança jurídica não estar expressamente arrolada como um dos objetivos do Anteprojeto do NCPC, tal finalidade foi alcançada ao se buscar a igualdade material na aplicação da lei.” (grifos meus) Na leitura do artigo entendi o que o sentido da expressão “igualdade material na aplicação da lei” está relacionado com a ideia de julgar igualmente casos iguais.

No capítulo 22, Lucas MACÊDO, na conclusão de seu artigo diz que “em um apanhado geral do CPC/15, percebe-se que se estabeleceu uma regulação específica dos precedentes judiciais, como deveres gerais, servindo como forma de concretização da segurança jurídica nas decisões judiciais.” (2016, p. 490) (grifo meu)

Por fim destaco o capítulo 19 onde Hermes ZANETTI JR trabalha em profundidade o que ele chama de “deveres constitucionais de coerência e integridade”. (2016, p. 407–424)

c) Livro 3 – CT

Caio TARANTO sustenta que três princípios regem a aplicação do precedente, “a legalidade em sua vertente material, a igualdade, pois a jurisdicionados em igual condição deve-se atribuir igual provimento jurisdicional, e, por fim, a segurança jurídica, na medida em que a teorização dos precedentes visa a pôr fim à discricionariedade do julgador pautada no uso deturpado da autonomia funcional.” (2010, p. 56) (grifos meus)

Outros valores/princípios são mencionados ao longo da obra como a previsibilidade, estabilidade e coerência. A previsibilidade é colocada como um valor que justifica a adoção da súmula (TARANTO, 2010, p. 88); como uma consequência positiva da aplicação da norma emanado do precedente (TARANTO, 2010, p. 101); e como uma das *authority reasons* a ser ponderada em eventual *overruling* (TARANTO, 2010, p. 292).

A estabilidade, do mesmo modo, é colocada como uma consequência benéfica da aplicação da norma emanado do precedente (TARANTO, 2010, p. 101); e como uma das *authority reasons* a ser ponderada em eventual *overruling* (TARANTO, 2010, p. 292).

A coerência é citada como uma resposta proveitosa ao jurisdicionado (TARANTO, 2010, p. 03); também como uma consequência positiva da aplicação da norma emanado do precedente (TARANTO, 2010, p. 101); “o *stare decisis* é instrumento de coerência interna do Poder Judiciário” (TARANTO, 2010, p. 144); e como uma das funções da norma extraída do precedente. (TARANTO, 2010, p. 307)

d) Livro 4 – PM

Patrícia dedica um tópico de seu livro para tratar no assunto, o Capítulo 2, Item 4 de seu livro, denominado “Justificativas para atribuição de efeitos normativos aos precedentes”. Segundo sua pesquisa e análise afirma que “os valores que justificam o reconhecimento de efeitos obrigatórios e gerais aos julgados parecem ser comuns a todos os países e sistemas: eles representam uma fórmula que busca compatibilizar a criação do direito pelos tribunais com os valores de segurança jurídica, isonomia eficiência e legitimidade.” (MELLO, 2008, p. 69). Nesse trecho, quando a autora fala de legitimidade, refere-se à legitimidade e credibilidade das cortes aos olhos dos jurisdicionados.

Também aponta que a doutrina dos precedentes “garante a previsibilidade do direito, sua estabilidade e continuidade”. (MELLO, 2008, p. 69) Tais valores demandam “a busca de um fundamento jurídico objetivo, que seja dotado de pretensão de universalidade.” (MELLO, 2008, p. 70)

Por fim, em decorrência dessa pretensão de universalidade, o valor da imparcialidade do juiz é promovido. Tendo em vista que “os precedentes normativos limitam o poder e a discricção dos juízes” (MELLO, 2008, p. 71), reduz-se a possibilidade de uma atuação arbitrária por parte dos magistrados.

3.2.4. Ratio decidendi ou Holding

Já mencionei no tópico que trata dos conceitos introdutórios ao tema sobre a divergência no uso do termo *ratio decidendi* ou *holding*. Quero tratar aqui apenas da divergência quanto ao termo usado (*ratio decidendi* ou *holding*) e não quanto ao conceito que abrange uma extensa discussão que se encontra fora do objeto deste trabalho.

Curiosamente, das quatro obras analisadas, apenas Patrícia Mello levanta a questão quanto ao termo usado se *ratio decidendi* ou *holding*. E ainda, é a única autora que opta pelo uso do termo *holding*, enquanto todos os demais autores usam *ratio decidendi*. (MELLO, 2008, p. 118)

Não é possível afirmar com certeza, mas o fato de Patrícia ser a única a utilizar o termo *holding* e também ser a obra mais antiga, indica que o termo *ratio decidendi* teve maior adesão e se consolidou no discurso brasileiro sobre precedentes.

3.2.5. Independência dos juízes / Livre convencimento motivado como obstáculo ao uso dos precedentes

Gostaria de retomar o tema da independência dos juízes, apesar de que na prática, e equivocadamente, ser comumente chamada de “livre convencimento motivado” como foi descrito acima quando comentei sobre o capítulo 3 do livro do Didier.

Me chamou a atenção o fato de diversos autores levantarem esse assunto como um obstáculo ao uso da doutrina dos precedentes. Críticas e análises peremptórias foram feitas a respeito desse instituto, das quais destaco alguns pontos abaixo.

a) Livro 2 – FD

No livro do Didier o capítulo 3 se aborda o tema com propriedade como já destacado, contudo vale repetir o ponto alto do artigo, quando o autor coloca a independência do juiz como uma garantia do jurisdicionado e não como uma garantia do juiz exclusivamente. (MARINHO, p. 88 e 93)

No capítulo 12 Teresa WAMBIER dedica ao tema o tópico 6 de seu artigo intitulado “Como compatibilizar: liberdade para decidir com necessidade de respeito aos precedentes”. Na mesma linha que Marinho, afirma que a garantia de liberdade não pertence “a cada juiz, individualmente considerado”, mas, diferente do autor citado, afirma que a garantia de liberdade “destina-se ao judiciário”. (2016, p. 274)

Hermes ZANETI JR. aborda a questão em seu artigo no capítulo 19 e afirma que pelo fato do juiz ter ampla liberdade de decidir por razões subjetivas, “nega-se, assim, o dever de coerência/consistência em sentido estrito, compreendida como não-contradição com as decisões anteriores do mesmo julgador, mesmo tribunal e do mesmo ordenamento jurídico, e o dever de integridade/coerência em sentido amplo, compreendida como a conformidade da decisão com a unidade do ordenamento jurídico como um todo [...]”. (2016, p. 415)

Ao tratar do tema, José Rogério Cruz e TUCCI enfatiza com exclamação em seu texto: “A tutela do cidadão, que confiou no Judiciário, não pode jamais ser relegada a pretexto do poder discricionário da magistratura!”.

Ainda que não usem o termo “independência do juiz” ou “livre convencimento motivado” Lúcio GOUVEIA e Fábio BREITENBACH tratam do assunto no capítulo 23. “Se

for autorizado que o juiz decida exclusivamente conforme a consciência, o caráter institucional de que se devem revestir as decisões do Poder Judiciário restará dilacerado. Os decisionismos não dão segurança para ninguém [...]”. (2016, p. 508)

b) Livro 1 – GM

MARINONI toca no assunto diversas vezes ao longo do seu livro, contudo, ao tratar dos “Argumentos contrários à força obrigatória dos precedentes”, dedica o tópico 3.4 do capítulo 2 para falar da independência dos juízes.

Primeiro critica o descolamento do juiz em relação ao posicionamento das Cortes Superiores sob o argumento da sua própria independência. “É como se fosse imprescindível ao juiz, para ser independente, poder atribuir significado à lei, pouco importando se a Corte encarregada de lhe estabelecer o significado já tenha fixado o seu sentido”. (2016a, p. 150)

Segundo, coloca de um lado da balança o argumento da independência dos juízes e do outro o dever de unidade e tratamento isonômico do Judiciário. “É preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça [...]”. (2016a, p. 151)

Destaco que Marinoni, alinhado com o argumento já citado de Teresa Wambier, estabelece como contraponto ao argumento da independência dos juízes os deveres de unidade e isonomia do Estado, aqui na figura do Judiciário, ao invés dos direitos e garantias do cidadão como colocado por Hugo Marinho. É o mesmo objeto observado de pontos de vista diferentes, “deveres do Estado” x “garantias e direitos do cidadão”.

Se estabelecermos uma linha de causas e consequências ao final estaria o “dever de decisões iguais para casos iguais” como consequência dos “deveres Estatais de tratamento isonômico e coerente” que por sua vez, tem como causa as “garantias e direitos fundamentais dos cidadãos”. Em última análise, são esses direitos e garantias o fundamento inicial e basilar dos demais, pois afastam do cidadão eventual arbitrariedade e abuso por parte do Estado, pressupostos elementares da democracia. Afinal, o Estado existe para o cidadão e não o contrário.

Contudo, a maioria dos autores detêm-se no segundo ponto (deveres Estatais) e não tratam da gênese da questão. Portanto, considerando nossa cultura estatizante, marcada pela inclinação de colocar nas mãos do Estado os problemas dos cidadãos e suas respectivas soluções, não é de se estranhar que Marinoni, Teresa Wambier e vários outros autores utilizem esse ponto de vista.

Corroboram com esta afirmação estes trechos: “Deveria ser evidente, mas não é, que o cargo de juiz não existe para que aquele que o ocupa possa proferir “a sua decisão”, mas para que possa colaborar com a prestação jurisdicional.” (2016, p. 151) “São todos os juízes, e não somente os inferiores, que devem respeito aos precedentes. Quem deve respeito aos precedentes é o Judiciário.” (2016, p. 152)

Por fim, o autor levanta o argumento da eficiência contra a independência dos juízes e diz ser “fácil concluir, portanto, que vincular as decisões inferiores aos precedentes significa apenas evitar o trabalho – e todos os males daí decorrentes – de elas serem reformadas!” (2016, p. 152)

c) Livro 3 – CT

Caio TARANTO afirma que a independência funcional do magistrado é um dos três principais argumentos contra a aplicação dos precedentes. (2010, p. 128)

O autor rebate a crítica sobre os dois pontos de vista descritos. Primeiro como um dever do Estado:

Não há processo efetivo e ordem jurídica justa se a atividade jurisdicional limitar-se a opiniões isoladas de cada aplicador ou julgador, despojando o Poder Judiciário na qualidade de instituição constitucional, responsável pela uniformização do *ius in thesi*, ao se colocar a independência do juiz (individualmente considerado) acima, até mesmo do legislador. O acesso à Justiça, assim, estaria comprometido pela álea, em descompasso com o constitucional princípio da igualdade. (2010, p. 123)

Segundo, pondera do ponto de vista do direito do cidadão a um julgamento imparcial:

[...] a autonomia do magistrado não mais deve ser compreendida como a possibilidade de se atribuir provimentos díspares a jurisdicionados na mesma situação jurídica. Como bem leciona Marco Antônio Botto Muscari, “a independência da magistratura é garantia instrumental, destinada a assegurar a imparcialidade das decisões que os jurisdicionados recebem; não se trata de um privilégio de uma categoria”. Ora não deve a referida independência fundamentar postura do juiz dotado de um verdadeiro Poder Moderador, sobrepondo-se, inclusive, ao próprio Legislativo. (2010, p. 133)

d) Livro 4 – PM

Patrícia MELLO não trata do tema diretamente em seu livro, mesmo porque sua obra tem um caráter mais descritivo e informativo, sem enveredar e se posicionar em grandes discussões e debates. Contudo, a autora toca na questão indiretamente e refere-se à

independência dos juízes como “liberdade para solução de causas”. Ressalto o trecho em que sua posição em defesa do uso de precedentes em detrimento a independência dos juízes:

Por outro lado, embora em um regime de decisões com mera eficácia persuasiva haja maior liberdade para a solução das causas, o excesso de julgados contraditórios gera instabilidade e descrédito que corroem a aptidão do Judiciário para criar o direito, na medida em que se produz no jurisdicionado e na comunidade jurídica uma impressão de caos e de loteria jurisprudencial. Essas considerações demonstram como é importante a formulação consistente de uma teoria geral dos precedentes para o desenvolvimento judicial do direito [...] (2008, p. 68-69)

Saliento ainda que MELLO observa a questão do ponto de vista estatizante, como sendo um dever do Estado.

3.2.6. *Civil Law ou um sistema misto*

Após as sucessivas importações de técnicas da *common law* pelo sistema jurídico brasileiro é legítima a pergunta: somos um sistema da *civil law* ou um sistema misto? A resposta encontrada na doutrina analisada seguiu um mesmo padrão ao afirmar que, apesar da aproximação com a *common law*, permanecemos inseridos na *civil law*.

Caio TARANTO, é claro ao dizer que:

Utilizamos, sim, precedentes jurisdicionais, sem que isso nos descaracterize como filiados à *civil law*. Não adotamos a doutrina do *stare decisis*, apesar de desenvolvermos a obrigatoriedade de seguimento de certos precedentes, que produzem efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública. (2010, p. 308) (grifo meu)

Patrícia MELLO também não deixa dúvidas quanto à sua posição de que somos *civil law*:

Representam, assim, uma aproximação do nosso sistema jurídico, correspondente a um modelo de direito codificado-continental (*civil law*), ao sistema do *common law*, no qual a ideia de vinculação aos julgados possui papel central. (2008, p. 01) (grifo meu)

Em outros momentos Patrícia pontua essa questão de forma mais indireta.

O sistema jurídico brasileiro de controle da constitucionalidade difere bastante do *common law*, como já demonstrado ao longo dos capítulos anteriores. É natural, portanto, que haja diferenças no que respeita à extração da regra emergente dos precedentes entre os dois modelos. (MELLO, 2008, p. 143)

Como já observado, a doutrina sobre a operação com precedentes é ainda muito incipiente no Brasil. (MELLO, 2008, p. 277)

Marinoni não se posiciona explicitamente como Taranto e Mello, porém não resta dúvida que ele considera o sistema brasileiro inserido na tradição da *civil law*. Pelas seguintes falas do autor cheguei a essa conclusão:

Este capítulo objetivou demonstrar, por meio de um método histórico-crítico, a aproximação entre as jurisdições do *civil law* - especialmente a brasileira - e do *common law* [...] (MARINONI, 2016a, p. 81) (grifo meu)
 [...] ainda está presente no Brasil e, com maior ou menor intensidade, em quase todos os sistemas de *civil law*. (MARINONI, 2016a, p. 78)
 [...] é no mínimo curioso constatar que os países do *civil law* - e, no que aqui realmente importa, o Brasil [...] (MARINONI, 2016a, p. 119)
 No *civil law*, e no que aqui interessa no direito brasileiro, nunca se deu maior importância aos fatos do caso. (MARINONI, 2016a, p. 184)
 No entanto, como os precedentes não fazem parte da tradição de *civil law*, no sistema jurídico brasileiro não se pensa na fundamentação como material que por revelar uma *ratio decidendi*. (MARINONI, 2016a, p. 207)

No livro organizado por Didier, apesar de serem vários autores, sempre que o assunto era abordado o discurso era uníssono no sentido do Brasil fazer parte da *civil law*. Destaco os trechos a seguir:

Encontra-se razoavelmente sedimentada, na doutrina pátria, a premissa de que o sistema jurídico brasileiro filia-se à tradição romano-germânica. Tal posição, quando não explicitamente defendida por certos doutrinadores, é extraída à vista da similitude entre algumas características norteadoras no sistema nacional e aquelas atribuídas à *civil law* [...] Tanto mais se justifica esse enquadramento quando se observa a decisiva influência do direito português na formação do direito brasileiro, fruto do fenômeno colonizatório. (BARREIROS, 2016, p.188)

O sistema jurídico brasileiro possui secular vinculação ao modelo romano-germânico (*civil law*). (CAMBI e FOGAÇA, 2016, p. 337)

O sistema jurídico brasileiro, colônia do *civil law* [...]. (CARVALHO e SILVA, 2016, p. 755)

3.2.7. Precedentes ou jurisprudência

Como disse no tópico sobre o conceito de *stare decisis*¹⁴, para os sistemas da *common law* precedente e jurisprudências representam conceitos distintos. O primeiro refere-se a uma única decisão com efeito vinculante enquanto o segundo a uma linha de várias decisões no mesmo sentido.

Aparentemente o CPC /2015 faz distinção entre precedente e jurisprudência. O art. 489, § 1º, VI diz que nenhuma decisão estará fundamentada quando: “vi) deixar de seguir

¹⁴ Ver tópico “2.2.1. Stare Decisis / Precedentes Vinculantes”.

súmula, jurisprudência ou precedente invocado pelas partes [...]”. Ao usar as palavras “jurisprudência ou precedente” é presumível que o legislador considera que tenham significado distintos, ou seja, que se trata de conceitos diferentes, caso contrário, não usaria duas palavras para designar a mesma coisa.¹⁵

a) Livro 1 – GM

Durante a leitura do livro do Marinoni em dois momentos (nos tópicos “Precedente e súmulas” e “Jurisprudência x Precedente”) acreditei que ele iria abordar esta diferença na conceituação de jurisprudência e precedente, o que não ocorreu. Apesar de não colocar em seu livro essa questão, é possível depreender que Marinoni compartilha com os demais autores a diferença dos conceitos.

Primeiro o autor diz que “Precedente e jurisprudência uniforme constituem conceitos que dizem respeito a distintos momentos históricos e funções diversas das Cortes supremas”. Em seguida conceitua jurisprudência uniforme como “um grande número de decisões em igual sentido”. Por fim afirma que “o precedente, embora espelhe uma decisão [...]” (MARINONI, 2016a, p. 289) (grifo meu)

Como Marinoni conceitua jurisprudência como um conjunto de decisões e o precedente como “uma decisão”, é possível inferir que o fator quantitativo é determinante no conceito e diferenciação entre ambos para o autor.

b) Livro 2 – FD

Eduardo CAMBI e Mateus FOGAÇA estabelecem esta distinção e afirmam que “jurisprudência possui diferença quantitativa em relação ao precedente. Enquanto aquela remete a uma multiplicidade de decisões relativas a vários casos concretos, o precedente é um julgado individual, que poderá ou não formar jurisprudência.” (2016, p. 343)

¹⁵ Apesar de fazer a distinção dos termos em outros artigos creio que o termo “jurisprudência dominante” e “jurisprudência pacífica” poderiam ser substituído por “precedente” para uma melhor aplicação da doutrina dos precedentes proposta pelo novo CPC. São estes os artigos:

Art. 1035 - § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; (grifo meu)

Art. 927 - § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Lenio Streck e Georges Abboud apenas dizem que são distintos, mas sem apontar as distinções: “[...] o texto legislativo fala em jurisprudência e não em precedentes. E com toda razão, porque são coisas distintas.” (2016, p. 176)

c) Livro 3 – CT

Caio TARANTO utiliza uma conceituação atípica, dividindo os “precedentes em monoprocessuais e pluriprocessuais” o que os demais autores chamam precedente e jurisprudência respectivamente:

“Tona-se por conseguinte, relevante à classificação dos precedentes em mono processuais, ou seja, os oriundos de um único processo, como uma decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, e em pluriprocessuais, assim entendidos os decorrentes de mais de um processo, como uma súmula [...]” (2010, p. 212)

d) Livro 4 – PM

Em um primeiro momento Patrícia MELLO, ao colocar o conceito de precedente, afirma que este se origina de um único caso concreto: “[...] quando um ponto de direito é fixado pelo tribunal em um caso concreto, ele se converte, de imediato, em uma norma que deve ser acatada, obrigatoriamente, em demandas semelhantes [...]” (2010, p. 23)

Num segundo momento deixa clara a diferença entre jurisprudência e precedente quando trata das súmulas em seu livro: “Já no caso das súmulas, verifica-se, primeiramente, que são necessárias diversas decisões para se extrair um conteúdo com eficácia normativa (ou com efeitos impositivos intermediários), ao contrário do que ocorre no *common law*, em que basta um precedente.” (2010, p. 320) (grifos meus)

3.2.8. Argumentação / Fundamentação das decisões

A argumentação e fundamentação das decisões judiciais pareceu ser um dos principais contrastes identificados pela doutrina entre os sistemas de tradição da *common law* e da *civil law*. Os autores afirmam que a argumentação e fundamentação das decisões da *common law* estão alinhadas com o uso dos precedentes vinculantes, enquanto a argumentação e fundamentação na *civil law* funcionam como um obstáculo aos precedentes. Digo obstáculo no sentido de atuar como um dificultador para o uso dos precedentes para a maioria dos autores, algo que impediria o funcionamento pleno dessa técnica e que levaria a um uso aquém do seu potencial. E para alguns poucos autores no sentido de impedir mesmo o uso dos precedentes.

Em diversos momentos os autores destacam a importância da fundamentação para se operar com precedentes. Nesse sentido Patrícia MELLO diz: “observa-se que a motivação é absolutamente essencial para se formular o comando geral que emergirá do precedente e que produzirá a aludida eficácia”. (2008, p. 124)

Na obra de Didier, Juraci LOPES FILHO afirma: “Esse dever de fundamentação adequada é, inclusive, reforçado pelo novo Código de Processo Civil, em seu art. 489”. (2016, p. 155)

Guilherme MARINONI afirma que “o verdadeiro valor do precedente – seja qual for ele – não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la” (2016a, p. 186) O autor destaca ainda um tópico do capítulo 3 denominado “3.7. A fundamentação das decisões em nova perspectiva” onde demonstra sua preocupação em se operar os precedentes com uma fundamentação adequada das decisões.

Dentro desse assunto, três tópicos se destacam pela frequência que aparecem nos textos. O primeiro deles é quanto à forma de aplicação da norma, que na *civil law* é dedutiva e na *common law* é indutiva. O segundo refere-se à importância dos fatos dos casos para lidar com o precedente. E o terceiro ponto é o que diversos autores chamam de “ônus argumentativo” no momento de se afastar ou superar um precedente.

3.2.8.1. Método dedutivo vs. indutivo

Sobre o conceito de dedução, segundo José Ferrater MORA:

“São muitas as definições que se deram da dedução. Eis algumas delas: 1. É um raciocínio de tipo imediato; 2. É um processo discursivo e descendente que passa do geral ao particular; 3. É um processo discursivo que passa de uma proposição a outras proposições até chegar a uma proposição que considera a conclusão do processo; 4. É a derivação do concreto a partir do abstracto; [...]”. (1978, p. 61)

Na *civil law*, dentro do método dedutivo de aplicação do direito, a lei equivale ao “geral” e ao “abstrato” no texto citado. Enquanto o caso em julgamento equivale ao “particular” e ao “concreto”. Desse modo, a decisão judicial é a conclusão da aplicação da lei ao caso concreto de forma dedutiva.

José Ferrater MORA afirma que Aristóteles foi o primeiro pensador a trabalhar suficientemente o conceito de indução. Aristóteles “insiste em que há uma diferença entre silogismo e indução: no primeiro, o pensamento vai do universal ao particular (ou melhor, do mais universal ao menos universal), ao passo que no segundo o avanço se efectua do

particular para o universal (ou, melhor, do menos universal ao mais universal)”. (1978, p. 148)

Diz ainda que a doutrina aristotélica, principalmente a escolástica medieval firmaram-se na direção de contrapor a indução ao silogismo. “O processo indutivo baseia-se, segundo a citada concepção escolástica, numa enumeração suficiente que, partindo dos entes singulares (plano sensível), desemboca no universal (plano inteligível).” (MORA, 1978, p. 148)

A partir do exposto, podemos afirmar que na *common law* usa-se o raciocínio indutivo na aplicação dos precedentes onde, a partir da decisão de um único caso concreto (particular e concreto ou “menos universal”), é extraída a norma (geral e abstrata ou “mais universal”) universalizável e, portanto aplicável a outros casos futuros. Assim, determinado juiz ao proferir sua decisão faz um raciocínio indutivo ao extrair de uma decisão passada a *ratio decidendi* e em seguida aplica essa norma ao caso presente.

Tratados os conceitos de dedução e indução e sua relação com a *civil law* e *common law* respectivamente, passo abordar o que as obras analisadas dizem a respeito.

a) Livro 1 – GM

Guilherme Marinoni não fala diretamente desse contraste entre raciocínio dedutivo vs. indutivo, o que não quer dizer que o tema esteja ausente em sua obra. Destaco três trechos em que a questão é abordada indiretamente. No primeiro o método dedutivo é descrito, associado ao sistema da *civil law* e em seguida é criticado como potencial gerador de decisões incompatíveis no judiciário.

É certo que a decisão deve se guiar pela lei, mas isso não é suficiente como argumento em favor da decisão. Decisão racional não é o mesmo que decisão baseada apenas em dados dotados de autoridade. Geralmente, senão sempre, a decisão judicial exige que a argumentação recaia em pontos que não podem ser dedutivamente expostos. Melhor dizendo, a racionalidade do discurso judicial, sempre que ultrapassa a simples dedução lógica a partir da norma geral para o caso particular – é dizer, sempre que põe em questão a premissa da subsunção –, envolve um discurso que vai além daquilo que tradicionalmente se concebe como jurídico – que extravasa o domínio restrito das “fontes do direito” –, o que se pode chamar de discurso prático ou moral. Essa situação é propícia para a diversidade de decisões. [...] (MARINONI, 2016a, p. 122)

Mais adiante no texto o autor descreve precisamente a utilização do método indutivo na aplicação do direito. O raciocínio indutivo é descrito como um passo para se chegar a *ratio decidendi* e assim fazer uso do precedente. Ressalto que, segundo o autor, esse é o método

“adequado” para extrair da *ratio decidendi* e, conseqüentemente, adequado para a aplicação do precedente como o próprio título do tópico onde se encontram os trechos evidencia: “A importância da adequada visualização da *ratio decidendi*”.

No momento do julgamento, é necessário visualizar adequadamente a *ratio* dos precedentes anteriores. Isso por uma razão óbvia: se os juízes que estão com o caso nas mãos são obrigados em virtude da *ratio decidendi*, a simples invocação de um precedente não basta para trazer resultado favorável à parte, sendo necessário precisar o que, no interior do julgado anterior, constitui *ratio decidendi*. [...] Tudo isso demonstra que a Corte subsequente, para aplicar um precedente, necessita definir o que realmente a obriga, vale dizer, precisa ter delineada a *ratio decidendi* do caso já resolvido. Para tanto, deve atentar não só para a linguagem do precedente, para a questão de direito discutida e para os fatos que nele estiveram presentes, mas também para os julgados anteriores e, principalmente, posteriores ao precedente que possam explicar o significado de declarações contidas no precedente sob análise. (MARINONI, 2016a, p. 178)

Diante disso, percebi que Marinoni não aborda diretamente o assunto, contudo indiretamente trata do método dedutivo associando-o a *civil law* e do método indutivo associando-o a *common law*. Apesar do autor não falar do contraste propriamente dito como visto em outras obras, a matéria compõe sua obra e as críticas quanto à argumentação dedutiva/indutiva nas sentenças também estão alinhadas com as demais obras analisadas.

b) Livro 2 – FD

Esse tema é tratado no livro de Didier em mais de um momento. Primeiro Lenio STRECK e Georges ABOUD fazem uma dura crítica ao método dedutivo, ao coloca-lo como um empecilho ao uso correto dos precedentes.

A principal é a impossibilidade de se aplicar de forma mecânica os provimentos vinculantes, problemática que, aliás, já de há muito vem denunciada pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), isto é, nenhum texto jurídico, seja lei, enunciado jurisprudencial ou súmula vinculante ou não, pode ser aplicado de forma dedutiva-subsumtiva-mecânica. No sistema do *common law*, essa impossibilidade é mais evidente porque o precedente não nasce como precedente e ele não é previamente definido textualmente. [...] (2016, p. 176)

Lorena BARREIROS explicita o contraste na argumentação e aplicação do direito. Para tanto se fundamenta na obra de Pietro D’Amico e Sebastião Machado Filho.

À *civil law*, ligam-se, além do racionalismo, o dogma, o apriorismo, o pensamento teórico e o método dedutivo; já a *common law*, de cunho empirista, é antidogmática, valoriza a experiência histórica, o pensamento

prático e o método indutivo. É de se notar que o contraste entre as tradições da *civil law* e da *common law* não tem por objeto principal os conteúdos dos direitos atinentes aos sistemas jurídicos que as compõem, mas, sim o aspecto formal dessas famílias, ou seja, aqueles relacionados aos enfoques, à metodologia, às fontes do direito, à estrutura e ao procedimento.” (2016, p. 186)

c) *Livro 3 – CT*

Caio Taranto dedica ao assunto um tópico de quatro páginas, denominado “4.4. Aplicação indutiva e dedutiva”, dentro do Capítulo IV - Autoridade do Precedente na Jurisdição Constitucional.

TARANTO inicia dizendo que “na *common law*, tradicionalmente, um dado precedente é aplicado por indução, ou seja, do caso concreto específico para norma abstrata geral”. (2010, p. 213) E continua, citando Julio Rúa, “o precedente em si é uma espécie de trampolim, mediante o qual se salta a norma geral nele envolvida”.

Então, passa para uma análise crítica da forma de raciocínio utilizada na aplicação dos precedentes no Brasil.

Entretanto, o Direito brasileiro desenvolve estrutura de linguagem para que os precedentes jurisdicionais sejam aplicados na qualidade de paradigmas por dedução, a partir de uma norma (judicada) abstrata para o caso concreto, de forma análoga a um dispositivo de lei, aptos a assumirem a qualidade de premissa maior [...] A linguagem em que a maior parte dos precedentes brasileiros é expressa faz com que a norma que deles emana seja aplicada, *a priori*, por dedução, ao contrário da prática indutiva da *common law*. Nossos precedentes são predominantemente expressos de forma prescritiva, inclusive pela confecção de verbetes e ementas. Não devemos, contudo, excluir a possibilidade de aplicá-los de forma indutiva. Pelo contrário. A aplicação dos precedentes de forma dedutiva/subjuntiva merece cautela por parte do aplicador e não deve ser utilizada de forma acrítica. (TARANTO, 2010, p. 214-215)

d) *Livro 4 – PM*

Patrícia MELLO aborda o assunto já no segundo parágrafo de seu livro e repete o texto ao final na “Síntese Conclusiva”. Ao se referir à *common law* diz:

Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, por indução, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que associações e distinções entre casos ensejasse a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes. Já nos ordenamento de origem românica, caberia à lei a função de protagonizar a manifestação do direito, incumbindo-se às decisões judiciais papel meramente acessório e mediato, como fonte explicitadora e declaradora do

significado do ordenamento, positivo. Assim, a determinação da solução aplicável a uma demanda específica dar-se-ia pelo mecanismo da subsunção das situações de fato na regra geral legislada, cujo significado seria revelado através da atividade interpretativa. (2008, p. 12)

A solução particular e concreta equivale ao dispositivo das decisões brasileiras. Os fundamentos, à sua fundamentação. O comando genérico, contudo, não tem equivalência precisa em nossos conceitos. É ele justamente que constituirá a norma abstrata, extraída da demanda por indução, e passível de aplicação a casos futuros. (2008, p. 122)

A posição dos textos no livro, logo no início e ao final na síntese conclusiva, e o seu conteúdo evidenciam a importância que a autora deu ao tema. Revela que o contraste do método de aplicação da norma é por ela considerado fundamental para compreender todas as demais diferenças e semelhanças narradas ao longo da obra.

3.2.8.2. Importância dos Fatos

O segundo ponto de relevância quando o assunto da argumentação é tratado é a necessidade de se dar a devida importância dos fatos para lidar com norma extraída do precedente. Aqui, o contraste entre *civil law* e *common law* destacado pelos autores refere-se aos fatos exteriores ao caso em julgamento, mais especificamente aos fatos do precedente. Na *civil law*, a norma, por ser um comando abstrato, não vem carregada de fatos específicos e concretos ocorridos na realidade em algum momento e sim com fatos descritos em abstrato na lei. Do outro lado, a *common law* traz a norma originária de determinado precedente recheada, necessariamente, de fatos concretos que ocorreram na realidade em algum momento.

O próprio CPC dá destaque aos fatos quando trata da edição das súmulas no art. 926 § 2º: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Pretendo demonstrar através da análise abaixo a preocupação dos autores externada nas obras no sentido de que os juristas brasileiros consigam romper com o paradigma do comando normativo exclusivamente abstrato para um comando normativo com raízes em fatos concretos. É uma preocupação legítima, tendo em vista a experiência brasileira ao lidar com precedentes vinculantes através de súmulas, que podem ser traduzidas num esforço, demandando naturalmente pelo sistema, em dar o caráter abstrato à norma emanada de fatos concretos. Também não descarto a hipótese da atenção ao tema ser fruto da própria redação do artigo do CPC citado acima.

Patrícia MELLO afirma a respeito do conceito de *ratio decidendi* que “trata-se de uma das noções mais importantes para a operação com julgados normativos”. (2008, p. 118) Ao passo que para compreender e operar com a *ratio decidendi*, ou *holding* como a autora usa, é essencial dar o devido valor e atenção aos fatos. Assim, é possível perceber a importância que a Patrícia dá aos fatos quando ela reconhece a importância da *ratio decidendi* na doutrina dos precedentes.

Veja como MELLO conecta a *ratio decidendi/holding* com os fatos:

Ela (a norma) emerge do problema, só pode ser apreendida tendo em vista seus fatos relevantes e é capaz de conferir, de imediato, solução ao caso. (2008, p. 21)

A delimitação da classe de eventos a ser abrangida pelo *holding (breadth component)* não constitui tarefa simples. O agrupamento de fatos, de modo a submetê-los a um mesmo comando, requer que se levem em conta diversos elementos, a exemplo a semelhança entre eles [...]. (2008, p. 131)

A separação entre a classe eventos abrangida por uma norma (*breadth component*) e o *standard* jurídico dela decorrente (*content component*) tem finalidade meramente explicativa. Os dois constituem, em verdade, elementos interdependentes. [...] (2008, p. 135) (grifos meus)

Por fim, cito o trecho da síntese conclusiva do livro:

O trabalho com precedentes normativos (e impositivos intermediários) demanda, por outro lado, o desenvolvimento de uma doutrina específica, que organize as ferramentas necessárias à extração da regra por eles gerada e ao confronto de suas peculiaridades com novos casos, de modo a se decidir pela aplicação (ou não) de suas conclusões aos últimos. No *common law*, tais ferramentas correspondem às noções de *holding* (regra necessária à solução do caso), *obiter dictum* (considerações marginais à solução do caso), e *material facts* (fatos considerados relevantes para o julgamento). (2008, p. 320) (grifos meus)

b) Livro 1 – GM

Primeiro destaco o trecho quando MARINONI trata das súmulas e dentro de suas críticas ao instituto está a falta de valor adequada aos fatos dos casos.

Fora isso, desconsidera-se um valor de grande importância quando as decisões judiciais são substituídas pelas súmulas. Quando há metodologia adequada para se compreender os precedentes, a tese jurídica proclamada na decisão judicial é necessariamente relacionada às circunstâncias do caso (fatos). [...] (2016a, p. 160) (grifos meus)

Agora, quando trata da identificação da *ratio decidendi*, de modo semelhante à Patrícia Mello, Marinoni coloca a importância dos fatos:

[...] importa deixar claro que a identificação da *ratio decidendi* sempre foi buscada em dois pontos, um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a *ratio* seria a decisão a respeito deles, e outro com as razões que embasam a conclusão, ou seja, com as razões que anunciam a regra que dá solução ao caso. (MARINONI, 2016a, p. 166)

Mais adiante MARINONI dedica ao assunto um tópico - “A importância dos fatos e os precedentes interpretativos”. O autor inicia estabelecendo o contraste entre os dois sistemas no que se refere aos fatos. “(N)ão retira do sistema do *common law* algo que é peculiar à sua própria tradição. O *common law* dá grande relevo aos fatos do caso [...] No *civil law*, e no que aqui interessa no direito brasileiro, nunca se deu maior importância aos fatos do caso.” (2016a, p. 184)

Por fim, conclui no seguinte sentido:

A superação da ideia de que o juiz está subordinado à letra da lei permitiu a percepção da relevância dos fatos para a identificação da norma que lhes deve dar regulação, bem como da necessária interação entre os fatos e as normas jurídicas, fazendo frutificar uma nova hermenêutica, em tudo preocupada com tais circunstâncias. (2016a, p. 185)

c) Livro 2 – FD

Como relatei acima, o segundo capítulo da obra organizada por Didier, escrito por Frederick Schauer, trata de forma ímpar a questão dos fatos para o precedente ao falar do que ele chama de “categorias de decisão” e “categorização”. Em outras palavras, da caracterização dos fatos, da construção de categorias para abranger determinados fatos. O simples fato deste ser um dos principais assuntos dentro do que coloquei como principal capítulo do livro já evidencia sua importância no livro. Destaco um trecho em que, de forma clara, é colocada a importância dos fatos, chamados de “eventos” no texto:

Independentemente da simplicidade ou complexidade, algum tipo de agrupamento de dois eventos sob um direcionamento ainda se faz necessário para a operabilidade de um sistema de precedentes. A tarefa de uma teoria dos precedentes é explicar, em um mundo no qual um único evento pode se enquadrar em várias categorias diferentes, como e porque algumas semelhanças são plausíveis e outras não. (SCHAUER, 2016, p. 58) (grifo meu)

Juraci LOPES FILHO estabelece uma premissa importante para a valorização dos fatos ao lidar com precedentes. O autor afirma que “conquanto se possa identificar no precedente uma norma geral e abstrata, ela não se resume a isso. Essa é a fonte de todo equívoco”. (2016, p. 153)

Lenio STRECK e Georges ABOUD deixam claro sua posição no que tange à relevância dos fatos:

Não se trata apenas de evitar aplicar precedentes para “casos diferentes”, ou, menos ainda, de reconhecer que “cada caso é um caso”. Como afirma o mesmo autor (Maurício Ramires), “o mero juízo de identificação entre casos, tida como semelhança entre fatos, não é suficiente para sustentar a aplicação de um precedente”, uma vez que não existe a separação cirúrgica entre a “questão de fato” e a “questão de direito” imaginada pela dogmática corriqueira. [...] É preciso ver o precedente como a aplicação feita por um julgador a uma situação concreta; o comando não pode ser entendido em sua literalidade, como se estivesse se decolado da situação para a qual foi produzido, passando a existir e valer em sua abstração etérea. (2016, p. 178)

Marcelo FRANCO também destaca a análise dos fatos na aplicação dos precedentes.

Diversamente, a adoção de uma técnica decisória que permita - e não que imponha - ao juiz a aplicação do precedente judicial somente é aceitável se as circunstâncias particulares do caso concreto assim permitirem. Em um sistema de *common law*, é a *ratio decidendi* do julgado que firma o precedente (com aptidão para vinculação a outros casos análogos), e não o dispositivo da decisão (que apenas faz coisa julgada entre as partes). (2016, p. 526)

d) Livro 3 – CT

Caio Taranto não trata em seu livro especificamente sobre o tema no sentido de destacar a importância dos fatos no uso da doutrina dos precedentes.

Antes de passar para o terceiro ponto e mesmo que seja possível depreender a conclusão abaixo pelo que foi dito acima, julgo importante evidenciar a correlação entre os dois tópicos anteriores. Ao trabalhar com precedentes o operador do direito inevitavelmente terá que lidar simultaneamente com o método indutivo de raciocínio e valoração dos fatos.

Como visto anteriormente, ao utilizar o método de raciocínio dedutivo de aplicação da norma, que nesse caso seria a lei, os únicos fatos concretos relevantes são aqueles do caso em julgamento. Isso porque os fatos descritos na lei são abstratos, a norma não carrega consigo qualquer concretude.

Já o método indutivo, o intérprete do precedente, para formar a *ratio decidendi* parte de uma decisão judicial e que compreende um evento concreto que a originou. Ou seja, é justamente o esforço para transformar algo particular e concreto em geral e abstrato, para depois realizar o processo inverso em um novo caso particular e concreto. Nesse cenário os fatos ocorridos constituem o primeiro passo do raciocínio e se mantêm presente e em

evidência durante todo o percurso argumentativo. Sendo assim, a *ratio decidendi* carrega os fatos concretos consigo, de modo que seja impossível dissociar o fato da norma emanada do precedente tudo isso feito através de um raciocínio indutivo.

3.2.8.3. Ônus argumentativo

Observei a repetição do termo "ônus argumentativo", ou equivalente, em todos os livros analisados. Geralmente atrelado a trechos que combatiam o argumento de suposto engessamento da função de decidir do juiz ou quando os autores tratavam das técnicas de *distinguishing* ou *overruling*. O que sugere certa similaridade, tendo em vista que o *distinguishing* e o *overruling* são válvulas de escape para evitar um real engessamento.

Todos os autores apresentam o "ônus argumentativo" no mesmo sentido, daquele esforço argumentativo necessário ao julgador para não aplicar determinado precedente, seja por distinção ou superação. O oposto do que ocorreria se o precedente fosse aplicado, uma vez que esse ônus argumentativo é substituído pelo peso e autoridade do próprio precedente aplicado.

a) Livro 4 – PM

Patrícia MELLO enfrenta o tema quando trata do *overruling*:

Por outro lado, a superação de um julgado implica o ônus de enfrentar argumentativamente os fundamentos da decisão anterior e as razões de segurança jurídica (*authority reasons*) que antagonizam a mudança e, quanto ao ponto, é de se notar que nos países do *common law*, há uma convicção profundamente enraizada da sociedade no sentido de que as decisões dos tribunais devem se basear em critérios juridicamente relevantes, dentre os quais o respeito aos precedentes judiciais têm especial destaque. Por isso, se as cortes se afastarem de seus entendimentos passados sem argumentos possíveis, convincentes ou por razões divergentes da concepção geral de bem comum, elas estarão arriscando sua credibilidade e, portanto, sua posição institucional. (2010, p. 275) (grifo meu)

b) Livro 3 – CT

Caio TARANTO usa o termo "esforço argumentativo" e aborda o tema quando trata do suposto engessamento do juiz, quando da aplicação do *distinguishing* e do *overruling*.

Ao contrário da teoria defendida por ortodoxos, a autoridade dos precedentes judiciais não estagna a atuação de juízos de instâncias ordinárias. Pelo contrário. A eles incumbe a função de argumentar, distinguir e, inclusive,

dispor esforços para a revisão de precedentes paradigmas. (2008, p. 134) (grifo meu)

A análise dos processos de referência mostra-se, então, necessária para esforços argumentativos especialmente para a aplicação do método *distinguishing* e para a revogação de uma súmula. (2008, p. 178) (grifo meu)

Na *common law*, empregar o *overruling* como método de decisão exige exacerbado esforço argumentativo por conta da doutrina do *stare decisis* 15 em proporção aos argumentos utilizados para a edição do precedente paradigma. (2008, p. 291) (grifo meu)

c) Livro 2 – FD

Na obra de Didier esse assunto é recorrente, começando por SCHAUER que aborda o assunto em uma nota de rodapé quando fala que a vinculação ao precedente não é absoluta. Para tanto, o autor faz uso de uma curiosa analogia:

Acredito ser útil pensar em termos de ônus argumentativos, e não em termos de proibições absolutas. Imagine pedir algo em um restaurante que não está no cardápio. Fazer o pedido fora do cardápio não é de forma alguma impossível, mas é certamente mais difícil do que pedir algo da lista. (2016, p. 59)

Apesar de não dizer explicitamente, Juraci LOPES FILHO, afirma que "não pode haver é simples irresignação infundada, sem apresentar qualquer elemento hermenêutico novo entre os julgados. Também não pode o juiz ou tribunal simplesmente relevar o entendimento superior, como se não existisse" (2016, p. 158)

José Rogério Cruz e TUCCI é claro ao alegar que "se o tribunal resolver desprezar o precedente judicial cabe-lhe o ônus do argumento contrário." (2016, p. 449)

d) Livro 1 – GM

Do mesmo modo que fez Caio Taranto, MARINONI também relaciona o "ônus argumentativo" ao engessamento do juiz, ao *distinguishing* e ao *overruling*:

Lembre-se que no *common law* os precedentes são revogados mediante o que se denomina de *overruling*. Não há dúvida que o Supremo Tribunal Federal pode revogar os seus precedentes. Pode revogar, note-se bem, as *rationes decidendi* das suas decisões.⁸⁵ Para tanto, contudo, tem de se desincumbir de pesado ônus argumentativo, demonstrando que as razões que levaram à elaboração do precedente que se quer revogar não são mais sustentáveis em virtude de motivos novos, que devem ser mostrados presentes. Tais "motivos novos", é evidente, estão muito longe de novos entendimentos pessoais acerca da questão já debatida." (2016a, p. 201) (grifos meus)

Assim, quando se questiona a possibilidade de se atribuir eficácia vinculante às decisões tomadas em recurso extraordinário, não se almeja tornar imutável e indiscutível uma decisão de constitucionalidade, mas se quer impedir que os demais órgãos do Poder Judiciário neguem os motivos determinantes da decisão. (2016a, p. 298) (grifo meu)

A norma (*ratio decidendi*) evidencia um ônus argumentativo do juiz, dirigido a demonstrar que o precedente não é apto a resolver o caso ou que esse, por ser marcado por circunstâncias fáticas típicas, é distinto, ou seja, não se enquadra no tipo de casos que pode ser solucionado pelo precedente. (2016a, p. 340) (grifos meus)

Para revogar precedente ou dar nova regulação ao caso, é preciso demonstrar que as antigas razões não mais podem prevalecer. O colegiado, para revogar um precedente, tem um pesado ônus argumentativo. Não basta que demonstre que as suas razões são boas; cabe-lhe evidenciar que as antigas razões não podem subsistir em face das suas novas razões. (2016a, p. 358) (grifos meus)

3.2.9. Convergência vs. Consenso

Algo que a doutrina não diz sobre o precedente ou diz pouco é sobre a técnica de julgamento dos órgãos colegiados dos Tribunais e sua influência na aplicabilidade do precedente. Serão analisadas aqui as técnicas utilizadas no STF e na Suprema Corte dos EUA, sendo ambos bons exemplos, pois as mesmas técnicas são replicadas nos tribunais e cortes inferiores respectivamente.

Para compreender a técnica utilizada em cada país é importante entender a lógica argumentativa e discursiva presente em cada sistema primeiro. As reflexões expostas abaixo são um resumo e fruto das discussões realizadas no grupo de pesquisa NECPD da Universidade Estácio de Sá coordenado pelos Professores Dr. Rafael Iorio e Dra. Fernanda Duarte. O tema também é trabalhado por DUARTE e IORIO, em seus textos, em especial no artigo “A LÓGICA DO CONTRADITÓRIO: ainda somos medievais” (2015).

Kant de Lima e Maria Stella Amorim revelam que operamos através do que chamam de “lógica do contraditório”. Antes de tudo, a lógica do contraditório não se confunde com o princípio do contraditório que se encontra na categoria do discurso doutrinário, associado ao “dever ser” e não necessariamente à prática jurídica. É um objetivo a ser perseguido na condução dos processos judiciais.

Já a lógica do contraditório é uma categoria empírica, decorre da observação da realidade e ajuda a compreendê-la. “Esta lógica não permite a construção de sentidos compartilhados, isto é, não opera consensos ou verdades consensualizadas”. (DUARTE; IORIO, 2015) É evidenciada na prática jurídica quando observamos uma sucessão de argumentos e contra-argumentos, um interlocutor contradiz outro que o contradiz novamente, divergência após divergência. O conflito se encerra porque uma autoridade optou por um dos

diversos argumentos, divergentes entre si, que foram colocados na disputa e não porque se formou um consenso.

Esse comportamento pode ser visto no campo universitário em que os alunos do direito são socializados nessa prática ao lidar com as diversas correntes, ou divergências, doutrinárias. O mesmo opera entre os magistrados. Destaco aqui a atuação do STF analisada por Rafael IORIO:

[...] esta lógica (do contraditório) também opera entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal nas discussões e construções de seus votos, ao menos quanto à temática da intervenção federal, que fora nosso universo de análise. O primeiro exemplo da existência desta lógica em sede do Supremo Tribunal Federal está na seguinte situação: os Ministros almejam que suas teses sejam vencedoras sem ouvir com atenção, e com contra-argumentação, as teses levantadas pelos seus pares ou pelas partes. Segundo exemplo pode ser traduzido nesta afirmação: os Ministros levantam questões novas que não estavam no debate. O terceiro se resume ao fato de que a Corte é um órgão colegiado, em tese teria sido formado um consenso para se decidir. Ocorre que este consenso é aparente, pois na verdade existe uma mera soma de votos pela procedência ou improcedência do pedido. Na verdade estas afirmações realizadas pela Corte são meros argumentos de autoridade operados pela *bricolage*. Finalmente, esta lógica acaba por caracterizar uma retórica, ou seja, uma técnica de articulação oratória e argumentativa própria dos ministros do Supremo Tribunal Federal [...] (2014, p. 118)

Fica visível um ciclo de argumento e contra-argumento propenso a ser interminável, mas que é encerrado por uma decisão de autoridade que é seguida pelos participantes justamente pelo seu atributo de autoridade e não por convencimento ou por consenso.

IORIO e DUARTE colocam um binômio no plano discursivo que possibilita uma melhor comparação e compreensão da forma como o raciocínio jurídico é estabelecido em cada sistema. De um lado, como chamado pelos autores, a “lógica do consenso” estruturada em “procedimentos discursivos decisórios/interpretativos que prestigiam e voltam-se à formação de acordos/consenso, ou seja, estamos diante da autoridade do argumento.” (IORIO; DUARTE, 2015)

Do outro lado, a lógica do contraditório que “opera pela divergência valendo-se da autoridade, ou seja, estamos diante do argumento de autoridade”. (IORIO; DUARTE, 2015)

“Convergir/divergir é verbo próprio à lógica do contraditório.” O termo convergir no contexto da geometria pode ser usado como analogia neste sentido. Duas ou mais linhas podem convergir para o mesmo ponto, ainda que tenham saído de pontos distintos, convergem em determinada etapa do percurso e depois seguem também para pontos distintos, cada uma em sua trajetória.

A lógica do contraditório, própria da cultura jurídica brasileira e presente também na técnica de julgamento do STF, implica que os ministros vão convergir para determinado ponto para formar a decisão. Cada um chega no plenário com seu voto (linhas na geometria) já escrito, formulado isoladamente em seus respectivos gabinetes. Durante a sessão, cada um com seu próprio argumento lê o voto, formando um placar pela procedência ou improcedência (pontos de convergência na geometria) e chegam à decisão. Ninguém precisa convencer ninguém para se chegar a um resultado, basta convergir/divergir na parte do dispositivo do voto, ficando a parcela da fundamentação em segundo plano. Não é coincidência o fato do perdedor no placar ser chamado de “voto vencido” ou “divergente”.

O Art. 135 do Regimento interno do STF evidencia a ausência de uma construção em conjunto dos votos: “Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade.” A cada Ministro é separado um momento para proferir seu voto que na maioria das vezes já vem pronto e escrito antes do debate oral mencionado no artigo. Debate oral esse que também é realizado nos moldes da lógica do contraditório, uma discussão que tende a não ter fim, mas que é encerrada pela autoridade do plenário através da soma dos votos.

De volta à lógica do consenso, comum aos países de tradição de *Common Law*, em que:

“[...] concordar/dissentir pressupõe uma lógica de formação de consenso, uma lógica de procedimentos decisórios explícitos que reforçariam os argumentos ou razões presentes na decisão/interpretação jurídica, cuja autoridade se extrai de sua capacidade de persuadir, e não do fato de ser uma ordem do Estado”. (IORIO; DUARTE, 2015)

Diferente do que ocorre no STF, a técnica de julgamento da Suprema Corte norte americana está alinhada com a lógica do consenso operada em seu sistema. Superada a fase de alegações escritas e orais o processo encontra-se pronto para decisão. Destaco duas etapas importantes desta fase: 1. *Private Conference* e 2. *Opinion Writing*.

Num primeiro momento é feita uma reunião a portas fechadas apenas com os *Justices* da Corte, nem mesmo os assessores participam. Nessa reunião, após debaterem sobre determinado caso, cada *justice* coloca preliminarmente seu voto e a *majority opinion* é desenhada. Feito isso, é escolhido um dos *justices* para redigir a *majority opinion*. (JOHNSON, 2016, p. 17-19)

Inicia-se então a segunda etapa dessa fase em que é elaborado um rascunho da *majority opinion*, que por sua vez é circulado entre todos os demais *justices*. Nessa ocasião os

assessores não só podem como participam intensamente do processo. Os magistrados não ficam vinculados aos votos colocados durante a *private conference* e, por isso, podem dissentar, sugerir alterações ou concordar com o conteúdo do rascunho. Do mesmo modo, os *justices* que dissentiram na reunião podem mudar de opinião e consentir com a *majority opinion* ou redigir o rascunho de sua *dissenting opinion* e fazê-lo circular pela Corte. É um momento de intenso debate e argumentação em que, segundo pesquisas, em 50% dos casos pelo menos um dos *justices* muda de posição em relação àquela manifestada na *private conference*. (JOHNSON, 2016, p. 19, 20, 32)

Por fim a corte declara seu voto, aquele formulado pelo consenso da *majority opinion* e subscrito coletivamente pelos *justices* que a compõem. São também publicados os votos dissidentes. Sendo assim, não é possível recortar a opinião/voto de cada *justice*, pois é redigido de modo coletivo através da construção de consensos, o que torna mais fácil e coerente dizer que aquele é de fato o entendimento da Corte sobre a matéria.

Vejam que a técnica de julgamento não só permite como promove o debate, a argumentação, o convencimento e, por fim, consenso. A decisão reflete a opinião da Corte e não um placar com a soma do conteúdo dos dispositivos dos votos.

Voltando à questão principal, qual a relação entre a técnica de julgamento com a aplicabilidade do precedente? Como visto anteriormente a *ratio decidendi* é extraída da fundamentação da decisão de determinada Corte e não apenas do dispositivo. É também chamada de “motivos determinantes da decisão” no Brasil e vai descrever os principais fatos e fundamentos que levaram àquele posicionamento da Corte.

A técnica de julgamento brasileira não coloca como condição para decidir a concordância de argumentos, mas apenas de dispositivos. A fundamentação do voto é a linha na geometria e o dispositivo, tradicionalmente, é o ponto onde os ministros vão convergir ou divergir. Não importa de onde a linha venha, o que importa é se ela converge ou diverge para prolação da decisão. Sendo assim, é plenamente possível, recorrente e natural que o STF ou outra corte colegiada chegue a uma mesma decisão por caminhos argumentativos distintos e até antagônicos. O resultado muitas vezes é um julgamento com várias *rationes decidendi*, contudo nenhuma delas pode ser considerada a *ratio decidendi* da corte, justamente por não estar presente na maioria dos votos. Diante disso, o precedente fica vazio de sua *ratio decidendi* perdendo seu efeito vinculante.

De modo diverso é a técnica da Suprema Corte dos EUA, em que todas as etapas apontam para a formação de uma *ratio decidendi* endossada pela maioria dos *justices* e por isso alcança o *status* de representativa do posicionamento da corte. O *justice* escolhido como

autor da *majority opinion* deve buscar o consenso não apenas pela procedência ou improcedência, mas também na fundamentação, nos argumentos que levam ao resultado final.

Portanto, ao contrário do que ocorre no Brasil, é possível, recorrente e natural que em cada decisão da Suprema Corte dos EUA seja possível identificar a *ratio decidendi* que a represente e assim aplicar o precedente.

Das obras analisadas, pouco se fala sobre a técnica de julgamento dos tribunais brasileiros e nada é dito sobre a técnica das cortes dos EUA ou de outros sistemas da *common law*.

Esse tema é abordado em apenas um parágrafo no Livro 2 – FD, no capítulo 9, “Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais”, de autoria de Lucas Buriel de Macêdo. Dentro do tópico 8 do artigo, denominado “Precedentes sem nenhuma *ratio decidendi*”, MACÊDO (2016, p. 237) levanta duas hipóteses para a inexistência de *ratio* em um precedente e uma delas é a decisão por fundamentos diferentes. Nas palavras do autor:

Outra hipótese de precedentes sem *ratio* se dá nos casos de julgamento colegiado, quando a decisão alcançada se dá em determinado sentido, por maioria ou unanimidade, mas, ainda assim, inexistente um fundamento predominante. É dizer, embora os juízes alcance, o mesmo resultado, as razões determinantes para isso são diferentes, o que acaba por eliminar a possibilidade de construção de uma norma a partir deste tipo de decisão. Assim, mesmo obrigatório o precedente, quando a decisão for tomada sem um consenso mínimo quanto às suas razões, não se forma a sua norma, já que é impossível coligi-la de forma não arbitrária.

Essa situação é também possível na *common law*, inclusive Macêdo faz referência a um julgado da House Of Lords e cita o autor inglês Neil Duxbury, entretanto não associa o fato da técnica e discurso do Judiciário brasileiro colaborar para a concretização dessa hipótese enquanto a técnica e discurso da *common law* tendem a minimizá-la.

No Livro 1 – GM, MARINONI também identifica que a *ratio decidendi* é extraída da fundamentação e que para ser considerada precedente precisa ser compartilhada por pelo menos a maioria dos integrantes do colegiado. Inclusive essa questão fica bem clara para o leitor e pode ser encontrada diversas vezes em seu livro. Destacarei antes dos trechos citados abaixo o título e subtítulos de onde os textos se encontram na obra para que o leitor possa compreender em quais contextos essa crítica é feita.

Um precedente exige definição, ao menos por maioria, da questão de direito. De modo que a decisão que resolve o recurso por maioria de votos, mas soluciona a questão de direito com base em fundamentos compartilhados por minorias, não constitui precedente. No direito estadunidense, causam espanto as decisões proferidas por uma maioria que compartilha de dois ou mais fundamentos sustentados por minorias – ditas decisões plurais. Nesses casos, afirma-se que não há precedente se a Suprema Corte profere uma decisão em que um fundamento é subscrito por três e outro por dois Justices, na medida em que, embora o resultado tenha sido declarado por cinco a quatro, os fundamentos foram negados por seis a três e sete a dois. No direito brasileiro, da mesma forma, há que se distinguir decisão do recurso e precedente, na medida em que o (des)provimento do recurso nem sempre configurará precedente. Só há precedente quando o fundamento (não apenas o resultado) for compartilhado pela maioria dos membros do colegiado. Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, seja por não tratar de questão de direito ou não sustentar um fundamento por maioria, seja por se limitar a afirmar a letra da lei ou a reafirmar precedente. [...] Nesta dimensão, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou é a decisão que, igualmente ao menos por maioria, definitivamente a delinea, deixando-a cristalina. (2016a, p. 158) (grifos meus)

3.3. A *ratio decidendi* como premissa à solução de questões e não simplesmente de casos

[...] só há *ratio decidendi* quando a maioria do colegiado sustenta um mesmo fundamento ou uma mesma solução para a questão de direito. Não basta prover o recurso por três votos a dois para se ter precedente. Há *ratio* apenas quando o fundamento que determina o (des)provimento do recurso é acolhido por maioria de votos. (2016a, p. 189) (grifos meus)

Cap. 4 – Os precedentes no CPC de 2015

3. Decisão do recurso x precedente

3.1. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas

[...] é possível que, num colegiado composto por cinco julgadores, existam três votos favoráveis ao provimento do recurso ou à fixação de determinada interpretação, mas apenas dois julgadores compartilhem o mesmo fundamento ou estejam de acordo em firmar determinado entendimento, capaz de ser expresso em razões determinantes. Isso se torna um problema quando se está diante da formulação do sentido do direito mediante precedente. (2016a, p. 293) (grifos meus)

3.2. Maioria em relação ao resultado e maioria quanto ao fundamento: decisão do recurso e precedente

Significa que nem toda decisão recursal leva a um precedente. Ora, o precedente diz respeito ao fundamento ou à questão que, solucionada pelo colegiado, determina o resultado do recurso. (2016, p. 294) (grifos meus)

Uma *ratio decidendi*, enquanto significado que revela o sentido de um texto legal ou mesmo constitui regra editada pela Corte para resolver um caso, só pode ser formada pela maioria do colegiado. Lembre-se que o *common law* clássico não concebia uma *ratio decidendi* que não contasse com a adesão clara da maioria dos membros da Corte. [...] problema da extração da *ratio* de decisões plurais, ou seja, das decisões que resolvem um caso ou recurso com base em fundamentos distintos, surgiu nos Estados Unidos apenas em meados do século XX. (2016a, p. 294-295) (grifos meus)

3.3. Compatibilização entre a função de resolver os casos e a função de elaborar precedentes

Porém, nada impede que as decisões convivam com a eventualidade da *ratio decidendi*, admitindo-se, em outras palavras, que uma decisão não contenha *ratio decidendi*. [...] O que não é possível é admitir como *ratio decidendi* um fundamento eleito pela minoria do colegiado ou da Corte.

Nem mesmo numa Corte de Precedentes, ou seja, numa Corte preocupada em atribuir sentido ao direito ou em instituir a interpretação adequada, deve-se enxergar a função de elaboração de regras universalizantes e voltadas a regular casos futuros de modo absoluto. É razoável e correto ver as Supremas Cortes brasileiras como Cortes que, a despeito de terem a função de desenvolver o direito mediante a elaboração de precedentes, não precisam necessariamente proferir decisões que contendam *rationes decidendi*. Volte-se a explicar: não precisam, necessariamente, mas devem atuar de modo a formular, na medida do possível, decisões ancoradas em fundamentos compartilhados pela maioria do colegiado. Isso significa que, embora seja importante evitar que a decisão de uma Corte Suprema seja equiparada a um mero agrupamento de decisões individuais, é necessário ter consciência da relatividade das suas decisões. (2016a, p. 297) (grifos meus)

7.2. Necessidade de ter em conta os fundamentos determinantes e, portanto, a *ratio decidendi*. Significado

Não é demais recordar que só há fundamentos determinantes ou *ratio decidendi* quando o fundamento que determinou o resultado do recurso na Corte Suprema é compartilhado pela maioria do colegiado. (2016a, p. 338)

O autor vai mais além que os demais analisados e pontua a crítica sobre o somatório de votos ao dizer “que a decisão de uma Corte Suprema seja equiparada a um mero agrupamento de decisões individuais”. Ainda menciona o estranhamento dos norte americanos com a hipótese de decisão sem *ratio decidendi* e que era uma situação estranha para a *common law* até o séc. XX. Contudo, não faz a associação com os procedimentos decisórios do colegiado, em outras palavras, com a técnica de julgamento, bem como com o discurso presente na cultura jurídica brasileira.

O Livro 3 – CT e o Livro 4 - PM não abordam a questão, ou qualquer tema equivalente.

Diante do que foi exposto é possível perceber que a doutrina analisada ainda não se atentou para a lógica do contraditório vs. lógica do consenso ou outra teoria equivalente. Poucos autores, em especial Luiz Guilherme Marinoni, identificaram o problema das decisões sem *ratio decidendi*, porém não o relacionaram com a técnica de julgamento e/ou com o discurso jurídico daqueles que operam o sistema.

Entendo que este seja um tema a ser tratado ainda pela doutrina, visto que o uso de precedentes demanda, no termo utilizado por Taranto, a “decantação” da *ratio decidendi*, que por sua vez, pressupõe consenso.

Ademais os procedimentos decisórios e a cultura discursiva baseados na lógica do contraditório fazem com que o esforço e trabalho do STF, enquanto Corte Suprema com a função de dizer o direito, sejam subutilizados. O que se caracteriza como um problema de falta de eficácia diante do crescente uso dos precedentes no Brasil. Por falta de consenso o potencial de um julgamento não é alcançado, há um gasto de esforço, trabalho, tempo e recursos em decisões que poderiam conter, mas não contém *ratio decidendi*.

A técnica de julgamento do STF certamente é eficiente em produzir decisões, não é mera coincidência que seja uma das Cortes Supremas que mais julga no mundo. Contudo não produz de forma eficiente uma de suas principais funções, ou até mesmo sua principal função, que é a de dizer o direito produzindo uniformidade, isonomia e segurança jurídica.

4. CONCLUSÃO

A metodologia envolvendo a análise do discurso na teoria da Escola Francesa expandiu os horizontes da pesquisa e possibilitou um olhar mais amplo e rico sobre as obras. Diversas conclusões acima só foram possíveis por esse método, pois não se limita à análise crua do texto.

Percebi também que a “doutrina se comporta como doutrina” no sentido que foi colocado no tópico 2.1., como dogmática jurídica que caminha de forma autônoma em relação à realidade.

Apesar de termos um histórico na legislação de influência da *common law* dos EUA, a doutrina analisada se mostrou mais alinhada com os autores ingleses. Destaca-se o autor inglês Neil MacCormick amplamente citado nos textos e com diversas obras referenciadas.

É uníssono na doutrina objeto deste trabalho que a atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes judiciais encontra alicerce na própria Constituição. Os autores levantaram sobretudo os princípios da igualdade ou isonomia, segurança jurídica, previsibilidade e coerência para tanto.

O vocabulário e conceitos envolvendo os precedentes ainda padecem de consenso em pontos importantes. Destaco como principal divergência e falta de clareza sobre o próprio conceito de precedente que ainda se confunde com conceito jurisprudência.

A falta de harmonia nos conceitos básico, reduzido número de publicações nacionais (comparado com outros temas do nosso direito) e até publicações sem referências sobre os precedentes da *common law* revela que o tema não está maduro na doutrina brasileira. De maneira geral, até então não chegamos a discussões profundas sobre precedentes como ocorre nos países da *common law*, estamos ainda na tentativa de firmar os alicerces que nos darão capacidade para lidar com a Doutrina dos Precedentes.

Pareceu-me haver consenso nas obras no sentido de que somos um sistema da *civil law* com precedentes e não um sistema híbrido ou da *common law*.

A doutrina dos precedentes, como é apresentada na *common law*, não se encaixou no sistema brasileiro e creio que nem se encaixará sem ajustes tanto no primeiro quanto no segundo. É como uma chave que consegue entrar apenas pela metade na fechadura. Enquanto não forem feitas as adaptações na chave ou na fechadura não será possível fazer um uso adequado da porta. Alguns podem entender que a chave já entrou e que só está um pouco

emperrada, porém vejo que nem sequer conseguimos fazer o encaixe mínimo para operarmos os precedentes principalmente se olharmos a prática nos tribunais.

Apesar da jurisprudência não ser objeto deste trabalho, vale a pena comentar o decisivo voto da Ministra do STF Rosa Weber no recente HC envolvendo o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva (HC 152752/PR/2018). Parte importante da fundamentação da ministra se baseou no que ela chamou de “princípio da colegialidade”, que se formos extrair o conceito desse princípio veremos que se confunde com os princípios que regem os precedentes em especial aqueles alinhados às *authority reasons* (segurança jurídica, previsibilidade e credibilidade e legitimidade da corte). Apesar de alguns desses princípios estarem explícitos no CPC e na Constituição não foram citados no voto, pelo contrário foi citado um princípio novo (novo apenas no nome, pois seu conceito é antigo). O que leva à conclusão de que a mais alta corte brasileira não está completamente familiarizada sequer com os princípios jurídicos que fundamentam a doutrina dos precedentes.

Dentre os ajustes necessários levantados pela doutrina analisada destaquei três pontos nesse trabalho: I- mitigação da independência dos magistrados em face dos princípios da igualdade, segurança jurídica, dentre outros que justificam os precedentes; II- adequada redação das decisões no sentido de valorizar e explicitar os fatos determinantes para a decisão, uso do método indutivo para lidar com o precedente e considerar a existência de um ônus argumentativo maior ao se aplicar o *distinguishing* ou o *overruling*; III- alinhar o discurso e a técnica de julgamento colegiado com a “lógica do consenso” em detrimento da “lógica do contraditório”.

BIBLIOGRAFIA:

ABBOUD, Georges. **Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam.** In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** - 2a Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMORIM, Maria Stella, KANT de LIMA, Roberto & TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia (orgs.). **Ensaio Sobre a Igualdade Jurídica: Acesso à Justiça Criminal e Direitos de Cidadania no Brasil.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica – Tratado da Lei**

ARAÚJO, José Henrique M.. **Os precedentes vinculantes e o Novo CPC: o futuro da liberdade interpretativa e do processo de criação do direito.** In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

BARREIROS, Lorena M. S.. **Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural.** In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England in Four Books.** Notes selected from the editions of Archibald, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. In Two Volumes. Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893

BOBBIO, Noberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política,** 11ª Edição. Brasília: Editora UNB, 1998.

BRASIL. **Constituição,** 1988.

_____. **Código de Processo Civil.** Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acessado em maio/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento interno.** Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução na França.** Brasília: Editora UNB, 1982.

BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of the United States.** 3ª Ed. Saint Paul: West Group, 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da R. de. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC.** In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus V.. **Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil.** In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

_____; FILIPPO, Thiago B. G. de. **Precedentes vinculantes.** Revista de Processo, vol 2015, p. 207, jan/2013.

_____. **Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil.** Revista de Processo, vol. 241, p. 413-438, mar/2015.

CARNELLUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil.** São Paulo: ClassicBook, 2000.

CHARAUDEAU, Patrik. MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de Análise do Discurso.** São Paulo: Contexto, 2006.

CHARAUDEAU, Patrik. **Uma análise semiolinguística do texto e do discurso.** PAULIUKONIS, M. A. L. e GAVAZZI, S. (Orgs.) Da língua ao discurso: reflexões para o ensino. Rio de Janeiro: Lucerna, 2005, p. 11-27.

COLE, Charles D., **Precedente Judicial - A experiência americana,** Revista de Processo, vol. 92, p. 71. Out/1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério . **O regime do precedente judicial no novo CPC.** In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

_____. **Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.** In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro.** 6ª Ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

_____, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DIDIER JR., Fredie; et al. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes.** Salvador: Juspodvm, 2016.

DUARTE, Fernanda ; IORIO FILHO, R. M. . **A Lógica Do Contraditório: ainda somos medievais.** In: CONPEDI/UFS; Gustavo Silveira Siqueira; Antonio Carlos Wolkmer; Zélia Luiza Pierdoná. (Org.). História do direito [Recurso eletrônico on-line]. 1ed.Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. , p. 1-23.

_____. **A construção da verdade no processo civil e a igualdade jurídica.** Revista de Ciências Sociais (UGF), v. 14, p. 131-148, 2008.

_____. **Princípio constitucional da igualdade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____; IORIO FILHO, R. M. . **Uma gramática das decisões judiciais: mesmos casos, decisões desiguais.** Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 19, p. Artigo especial, 2012.

_____; IORIO FILHO, Rafael M. **A lógica dos precedentes judiciais das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal.** Em IX Encontro ABCP. Brasília 2014. Disponível em: < https://www.academia.edu/14302166/A_L%C3%93GICA_DOS_PRECEDENTES_JUDICIAIS_DAS_S%C3%93MULAS_VINCULANTES_DO_SUPREMO_Tribunal_Federal> Acesso em maio/2018

_____; IORIO FILHO, Rafael M. BAPTISTA, Barbara G. L. **Uma gramática das decisões judiciais: o que falar quer dizer” e o que não dizer quer falar?.** Em Direito, Pesquisa e Inovação – Estudos em homenagem ao Professor Maurício Jorge Pereira da Mora. JAPIASSÚ, Carlos A.; MELLO, Cleyson; RABELO, Leonardo (coord). Juiz de Fora: Eitar Editora Associada, 2016.

_____; IORIO FILHO, Rafael M. **Uma questão de cidadania: A doutrina jurídica brasileira sobre a Intervenção Federal, o que ela diz e não diz.** Em Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI Tema: “Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compatibilidade entre a autonomia e a intervenção estatal.” 22, 23, 24 e 25 junho de 2011 – Belo Horizonte – MG, p 7035 – 7056. Disponível em: <
[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Encontro+Nacional+-+FUMEC+Belo+Horizonte+-+MG+\(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Encontro+Nacional+-+FUMEC+Belo+Horizonte+-+MG+(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011).pdf)>
 Acesso em maio/2018

_____; IORIO, Rafael. **Uma questão de cidadania: A doutrina jurídica brasileira sobre a Intervenção Federal, o que ela diz e não diz.** Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI, Belo Horizonte, 2011.

_____; RITCHIE, D. T.; SILVA, R. L.. **Comparative Constitutional Law and Legal Culture: Asia and the Americas: an overview of the CRN01 under the Law and Society 2016 Meeting.** Juris Poiesis, v. 3, p. 104, 2016.

FEINMAN, Jay M. **Law 101**, 4ª Ed. New York: Oxford University Press, 2014.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil – o que é inédito, o que mudou, o que foi suprimido.** Salvador: Juspodvm, 2015

FUNKEN, Katja. **The Best of Both Worlds – The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System**, LA732 Comparative Legal Essay, 2003.

GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A., **Modern Constitutional Theory.** 5ª Ed, 2004.

GOMES, Fábio Rodrigues. **Distinguishing, overruling e overriding: apertem os cintos o caso-piloto sumiu!.** Disponível em: <
https://www.academia.edu/11337751/Distinguishing_overruling_e_overriding_apertem_os_cintos_o_caso-piloto_sumiu> Acessado em maio/2018

GOUVEIA, Lúcio G.; BREITENBACH, Fábio Gabriel. **Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais.** In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

HAMILTON, Alexander; et al. **O Federalista.** Belo Horizonte: Líder, 2003.

HENDERSON, Jane. **Precedent as a source of law in the russian legal system.** In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

HOLMES, Oliver Wendell. **O direito comum: As origens do direito anglo-americano.** Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1963.

IORIO FILHO, Rafael. M. ; DUARTE, Fernanda . **A impossibilidade da igualdade jurídica no Brasil.** Jurispoiesis (Rio de Janeiro), v. 14, p. 47-62, 2011.

_____. **Uma questão de cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na intervenção federal (1988-2008).** 1ª Ed. Curitiba, Editora CRV, 2014.

JAEGER-FINE, Toni. **Stare decisis and the binding nature of precedent in the United States of america.** In. MOURA, Solange Ferreira de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina

de. Coletânea de artigos científicos: celebração ao XIV Intercâmbio dos Cursos de Direito da Estácio, 1ª Edição, Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

JOHNSON, Timothy R.. **The Supreme Court Decision Making Process**. In: Oxford Reaserch Encyclopedia of Politics, Oxford University Press USA, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEE, Thomas R., **Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court (September 4, 2008)**. Vanderbilt Law Review, Vol. 52, pp. 647-735, 1999.

LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo Civil**. Editora Vozes

LOPES FILHO, Juraci M.. **O Novo Código de Processo Civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006

MACÊDO, Lucas B.. **A Disciplina dos Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil**. In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

_____. **Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

MARINHO, Hugo C. C.. **A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes**. In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

MARINONI, Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR n. 49, p. 11-58. Curitiba, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora RT, 2016.

_____. **A ética dos precedentes – Justificativa do novo CPC**. 2ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

MENDES, Aluísio G. de C.; SILVA, Larissa C. P.. **Precedente e IRDR: algumas considerações**. In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 245, p. 333-349, jul/2015

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Tradução ANTÓNIO JOSÉ MASSANO E MANUEL PALMEIRIM. Lisboa: Dom Quixote, 1978.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito – Dos gregos ao pós modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

NUNES, Dierle; BAHIA Alexandre M. F. **Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil.** Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 57, jul/set 2015.

PEIXOTO, Ravi. **Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro.** In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

PEREIRA, Celso de Tarso. **“Common law” e “Case Law”.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v.77, n. 638, p. 69-74, dez/1988.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo.** Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC.** Revista de Processo, São Paulo, vol. 259, out/2016.

_____; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **O julgamento por amostragem dos recursos excepcionais repetitivos: análise crítica e perspectivas.**

RAMSFIELD, Jill J. **Culture to Culture : a Guide to U.S. Legal Writing.** Durham: Carolina Academic Press, 2005.

RAWS, John. **A theory of justice.** Cambridge: Harvard University Press. 1971.

SCHAUER, Frederik. **Thinking like a lawyer.** Cambridge: Harvard University Press. 2009.

_____. **Precedente.** In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

STEINER, Eva. **Theory and practice of judicial precedent in France** In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

STRECK, Lenio; ABOUD Georges. **O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?.** In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. **Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia.** In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos.** São Paulo: Edições Loyola, 2000.

TEIXEIRA MENDES, Regina Lucia. **Dilemas da Decisão Judicial, as Representações de Juízes Brasileiros sobre o Princípio do Livre Convencimento do Juiz e outros Princípios Correlatos. Tese de Doutorado.** Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Gama Filho: Rio de Janeiro, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América: Leis e Costumes.** 2a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **A Democracia na América: Sentimentos e Opiniões.** 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

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

WAMBIER, Teresa. **A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente**. In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.

ZANETI JR., Hermes. **Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015?**. Revista de Processo, vol. 257, p. 371, jul/2016.

_____. **Precedentes normativos formalmente vinculantes**. In: DIDIER JR., Fredie; et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Precedentes. Salvador: Juspodvm, 2016.