

Gisela Telles de Menezes Morais

Faculdade Anhanguera de Jacareí

gicaduce@hotmail.com

O PRECEDENTE VINCULANTE NA SOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS

RESUMO

Análise sobre o papel desempenhado pelos precedentes judiciais no ordenamento jurídico nacional, instituto que sofreu grandiosa mudança nos últimos anos, passando a ser considerado pelo julgador na formação de seu convencimento e na fundamentação de suas decisões. Apresenta-se, inicialmente, a evolução histórica do precedente judicial no Direito Comparado e no Direito Brasileiro. Em seguida, verificam-se os princípios que orientam o emprego dos precedentes judiciais. Algumas noções conceituais são imprescindíveis à compreensão do tema, portanto, demonstra-se brevemente a teoria geral aplicada aos precedentes judiciais. Posteriormente, analisa-se a principal crítica tecida em relação aos precedentes judiciais, qual seja a possível violação das funções estatais. O artigo apresenta, oportunamente, o precedente judicial no ordenamento jurídico pátrio. Finalmente, constata-se o atual panorama do Direito, propondo interpretação aberta, ultrapassando o direito potestativo e atingindo verdadeiro poder-dever jurídico a ser seguido pelos julgadores. Os precedentes judiciais têm efeito normativo e eficácia erga omnes, assegurando a mobilidade do sistema e evitando o engessamento dogmático, propiciando a proximidade do Direito com a realidade que o cerca.

Palavras-Chave: precedentes judiciais; stare decisis; ratio decidendi; obiter dictum; distinguishing; overruling; efeito vinculante.

ABSTRACT

Analysis of the role played by judicial precedents in national law, institute that has suffered great change in recent years, it has being considered by the judge in the formation of his conviction and in the reasons for his decisions. It presents, initially, the judicial precedent's historical evolution in Comparative Law and Brazilian Law. Afterwards, there are the principles that guide the application of judicial precedents. Conceptual notions are crucial to the comprehension of the subject, therefore, presents briefly the general theory applied to judicial precedents. Subsequently, the article analyzes the main criticism towards judicial precedents, namely the possible violation of state functions. The article, fittingly, presents the judicial precedent in Brazilian law. Finally, analyses the current situation of the law, proposing an open interpretation, surpassing potestative law and reaching real legal power and duty to be followed by the judges. Judicial precedents have normative effect and effectiveness erga omnes, ensuring the system's mobility and avoiding the dogmatic crystallization, favoring the proximity of the law with the reality that surrounds it.

Keywords: judicial precedents; stare decisis; ratio decidendi; obiter dictum; distinguishing; overruling; vinculatory effect.

Anhanguera Educacional Ltda.

Correspondência/Contato
Alameda Maria Tereza, 2000
Valinhos, São Paulo
CEP 13.278-181
rc.ipade@aesapar.com

Coordenação
Instituto de Pesquisas Aplicadas e
Desenvolvimento Educacional - IPADE

Artigo Original
Recebido em: 24/5/2011
Avaliado em: 10/8/2011

Publicação: 11 de agosto de 2011

1. INTRODUÇÃO

A realidade jurídica brasileira é inquietante no que concerne à sobrecarga de processos judiciais existentes. É inegável o comprometimento da prestação jurisdicional, devido ao excesso de processos e escassez de juízes (DINAMARCO, 2000). Portanto, faz-se necessária uma solução eficaz para a questão.

O aumento do número de juízes solucionaria o problema em parte (ANDRIGHI, 2009). No entanto, há incontáveis causas repetitivas, sendo o Estado o maior gerador de demandas judiciais (DINAMARCO, 2000).

A massificação do resultado do julgamento, através do efeito vinculante do precedente judicial, é uma das diversas técnicas processuais usadas para solucionar a morosidade judicial (BRASIL JUNIOR, 2010).

O sistema dos precedentes judiciais poderá excluir do Poder Judiciário as demandas que versam sobre questões pacificadas, através de seu efeito vinculante.

A crise de efetividade pela qual passa o Poder Judiciário, somada à questão da insegurança e da ofensa ao princípio da isonomia, colocam o tema dos precedentes judiciais na pauta do dia.

2. BREVE HISTÓRICO DO PRECEDENTE JUDICIAL

O precedente judicial tem sua origem na família do direito denominada *Common Law*, sendo considerado a principal fonte jurídica. No período de formação do direito inglês, as decisões judiciais foram catalogadas nos chamados *Statute Books*, os quais passaram a conter os costumes da corte, já nessa época existia preocupação com os julgamentos contraditórios (CRUZ; TUCCI, 2004).

Frequentemente, juízes ressaltavam a importância dos julgados, assinalando que tais decisões deveriam ser seguidas a fim de conferir certeza ao direito. Assim, foram criados os *Year Books*, como repositórios de doutrina judicial. No século XVI, os *Year Books* foram substituídos pelos *Law Reports*, os quais continham a transcrição do caso e o julgamento proferido.

Os precedentes eram utilizados como instrumentos para iluminar os princípios e conferir certeza ao direito, sendo discricionária a sua aplicação pelo juiz. Desse modo, até o século XIX eram apenas persuasivos.

A partir do caso *London Tramways Company v. London County Council* estabeleceu-se a chamada *Doctrine of Binding Precedent*, a qual atribuiu efeito vinculante ao precedente judicial. No caso citado, o juiz considerou que a segurança jurídica é mais importante do que a possibilidade de sofrimento individual que está sendo causada por ter que cumprir a decisão do passado. Portanto, desde 1898 os juízes se consideravam obrigados por suas próprias decisões, a menos que elas tivessem sido proferidas equivocadamente, ignorando a lei.

Entretanto, tal decisão mostrou-se insatisfatória, pois a lei não poderia ser alterada para responder às novas condições sociais, nem para modificar decisões erradas, exceto aprovando-se um novo ato do Parlamento.

Assim, a operação da doutrina do precedente judicial em Estados da *Common Law* ocorre da seguinte forma: toda corte está vinculada à corte hierarquicamente superior e as cortes de apelação (*Courts of Appeal*) estão vinculadas às suas próprias decisões, com algumas exceções, estabelecidas especialmente para a Câmara dos Lordes (*House of Lords*) desde 1966, através do *Practice Statement*.

Nos Estados Unidos, a partir da aprovação de uma lei em 1785, na assembléia deliberativa de *Connecticut*, exigindo que as cortes superiores americanas proferissem suas decisões por escrito, houve a publicação do primeiro *Law Report* em 1789, com a consequente edição de decisões oficiais. A intenção era dissociar o direito norte-americano do direito inglês e este objetivo somente poderia ser alcançado se precedentes adequados estivessem disponíveis nas cortes americanas.

No Brasil, somente a partir do Regulamento 737, de 1850, surgiram leis próprias em matéria de organização judiciária e processo civil. Contudo, não havia qualquer texto dispondo acerca dos precedentes judiciais.

Com a República e a instalação do Supremo Tribunal Federal em 1891, admitiu-se a interposição de recurso extraordinário contra acórdãos de tribunais estaduais, no caso de divergência de interpretação de lei federal, seguindo o modelo norte-americano, trazendo à tona indícios do surgimento dos precedentes judiciais.

O Decreto 16.273 de 1923 criou o mecanismo de prejudgado, pelo qual a decisão da questão controvertida proferida pela Corte de Apelação do Distrito Federal era submetida à apreciação dos integrantes do tribunal.

O Código de Processo Civil de 1939 conservou o instituto do prejudgado, em seu artigo 861, afirmou Pontes de Miranda que “Mediante o prejudgado, o exame de uma questão, que deverá ficar a cargo de um tribunal (câmara ou turma), é devolvido a

tribunal superior, para que previamente decida (...)” (MIRANDA; PONTES, 1961, p. 87-88).

Com a Emenda Constitucional n.º 6 de 1963, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal instituiu as denominadas súmulas da jurisprudência dominante, as quais passaram a ser editadas também por outros tribunais. Observe-se que tais súmulas eram consideradas como um parâmetro de julgamento relevante com influência persuasiva sobre os julgados futuros.

O advento da Emenda Constitucional n.º 3 de 1993, que introduziu a ação declaratória de inconstitucionalidade com decisões de caráter vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, contribuiu para a aplicação da técnica dos precedentes judiciais (MELLO, 2005).

A Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, conhecida como a Reforma do Poder Judiciário, prevê, em seu art. 103-A, *caput*, a possibilidade de uma súmula ter eficácia vinculante sobre decisões futuras, dispondo que:

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

Atualmente, inúmeras modificações, dentre as quais as acima descritas introduziram institutos jurídicos atestando a utilidade dos precedentes judiciais na aplicação do direito. Esse panorama histórico serviu para perceber que a doutrina do *Binding Precedent* e do *Stare Decisis* não é consequência imediata da família da *Common Law*, mas característica atribuída aos julgados a fim de prestigiar a segurança jurídica, a previsibilidade e a igualdade.

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES NA APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL

Existe enorme controvérsia doutrinária a respeito da utilização do precedente judicial como fonte do direito. Ocorre que a discussão se restringe à utilização do precedente persuasivo. Quanto ao uso do precedente vinculante como fonte do direito, visto que este está previsto em lei, o debate perde sua veemência diante da força normativa a ele imposta pelo legislador.

A polêmica surge quando se reflete acerca do Princípio da Legalidade (art. 5º, II, CF) e da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 4º) e se percebe que não se arrola o precedente judicial como fonte de direito. Nessa contradição, pesa o fato do

Brasil ser filiado à família da *Civil Law*, em que é relevante o direito escrito, no qual a lei é fonte de direito por excelência.

A utilização do precedente vinculante como *fonte de direito*, apesar de controversa na doutrina, permite efetivar diversos princípios jurídicos, proporcionando maior eficácia na resolução das controvérsias. Tomando-se por base a análise do precedente judicial como fonte de direito, passemos a verificar a incidência de alguns princípios jurídicos que influenciam na solução das controvérsias.

3.1. Princípio da Igualdade

Prescreve o *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade, (...) (BRASIL, 1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Um modo de se manter a igualdade nos sistemas de *Civil Law* deriva da vinculação às leis. Assim, o juiz prestará a tutela jurisdicional de forma igualitária para todos os jurisdicionados e, se a lei é inconstitucional para um, será para todos (BRASIL JUNIOR, 2010).

A técnica processual deve assegurar os meios para que essa igualdade seja obtida também na prestação jurisdicional. O método para se obter a igualdade na prestação jurisdicional é através da eficácia vinculante dos precedentes judiciais. Casos semelhantes devem ter resultados semelhantes. Nesse sentido, aplica-se a máxima *da mihi factum, dabo tibi ius* (“dá-me o fato e te darei o direito”).

Esse princípio aplicado à prestação jurisdicional através do precedente vinculante permite a previsibilidade do julgamento nos casos assemelhados e pode resultar no princípio da segurança jurídica.

A coerência da prestação jurisdicional e da jurisprudência promoverá a universalidade e a unicidade das relações jurídicas entre todos que buscam a solução jurisdicional.

A força normativa dos precedentes judiciais é adequada para promover o princípio da igualdade, permitindo que controvérsias idênticas tenham idênticos resultados.

3.2. Princípio da Celeridade

O art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso LXXVIII, preceitua que:

[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988).

Tal dispositivo foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e indica que a celeridade tem como objetivo reduzir o tempo para a prestação jurisdicional. Esse princípio prenuncia que os processos devem se desenvolver no tempo razoável, de modo a garantir a utilidade do resultado alcançado ao término da prestação jurisdicional.

A força normativa dos precedentes judiciais é adequada para promover a celeridade, reduzindo o tempo necessário para a solução das controvérsias. Portanto, através da aplicação do precedente judicial em nosso ordenamento jurídico, os processos de julgamentos tornam-se mais céleres, hábeis a dar uma resposta satisfatória ao cidadão em tempo adequado, o que diminuiria a descrença no Poder Judiciário.

3.3. Princípio da Economia Processual

O princípio da economia processual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego de atividades processuais (GRINOVER, 2006).

É muito mais racional julgar uma única vez, possibilitando tempo maior para a reflexão das controvérsias importantes. É muito mais razoável substituir a quantidade pela qualidade dos julgamentos. (BRASIL JUNIOR, 2010, p. 27).

A economia processual é atingida pela atribuição de efeito vinculante às decisões dos Tribunais. É patente a praticidade dessa atuação, conferindo ao ordenamento jurídico pátrio celeridade e eficiência. A atribuição de efeitos vinculantes às decisões assemelhadas proporciona a celeridade processual, descongestionando o volume de causas existentes no Poder Judiciário. Além disso, a aplicação de um mesmo raciocínio jurídico à igual situação fática enseja eficiência na prestação jurisdicional.

A força normativa dos precedentes é adequada para promover o princípio da eficiência, maximizando o resultado através de julgamentos idênticos para iguais controvérsias e minimizando os custos.

3.4. Princípio da Segurança Jurídica

O precedente judicial contribui para a segurança jurídica, na medida em que estabelece parâmetros aceitos de atuação jurisdicional. “A conduta prescrita na norma jurídica deve

ser previsível (para que se possa agir conforme a expectativa normativa) e uniforme (para que TODOS possam agir do mesmo modo)” (BRASIL JUNIOR, 2010, p. 27).

É necessário conferir um só entendimento em relação a uma norma jurídica, a fim de se obter segurança jurídica (JORGE, 2003). Nesse aspecto, a segurança jurídica refere-se à previsibilidade e uniformidade do direito. É certo que, quanto mais variadas forem as correntes de pensamento sobre uma mesma lei, tanto mais seriamente ficará despida de certeza aquela lei (TARUFFO, 2007). A técnica processual deve buscar sempre que possível os meios para promover a segurança jurídica, mantendo a unidade da jurisprudência.

A força normativa dos precedentes é adequada para promover a segurança jurídica, favorecendo a previsibilidade e a uniformidade do direito. Cumpre observar que há muito enunciados sumulares em vigor são adotados pelas instâncias inferiores e juntados nas petições, como forma da parte alegar o seu direito, sendo certos que os juízes podem abster-se de aplicar tal enunciado, diante da peculiaridade do caso concreto.

3.5. Princípio da Razoável Duração do Processo

Eis um princípio muito suscitado na teoria e, no entanto, de complicada aplicação prática, o qual contribui grandemente para a solução do problema ora enfrentado no Direito Brasileiro, qual seja a lentidão da prestação jurisdicional.

Apesar do art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal assegurar a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, observa-se na prática, contudo, a demora na solução das controvérsias submetidas ao Poder Judiciário. O processo e seu procedimento específico desenvolvem-se no tempo, havendo preocupação constante na ciência processual quanto à duração deste que deve ser razoável, sempre com uma perspectiva verdadeira de encerramento.

Nota-se que o legislador, no anseio de dar relevo ao problema da morosidade judicial, acrescentou o referido dispositivo legal pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, a fim de que os juristas busquem meios de acelerar o procedimento sem comprometer a atividade jurisdicional. É a ideia de que somente com a compreensão da sociedade tais direitos podem adquirir importância na prática (GUERRA, 2008).

A força normativa dos precedentes é adequada para promover a razoável duração do processo, evitando dilações indevidas.

4. TEORIA GERAL DO PRECEDENTE JUDICIAL

É característica do ser humano repetir o que já foi feito anteriormente, afirmava Freud “Podemos supor que, desde o momento em que uma situação, tendo sido uma vez alcançada, é desfeita, surge um instinto para criá-la novamente e ocasiona fenômenos que podemos descrever como uma compulsão à repetição” (FREUD, 1932). Portanto, se um caso foi decidido de certa maneira, é lógico que o tomemos como referência para futuros julgamentos.

“Toda decisão judicial é potencialmente relevante para futuras decisões” (BRASIL JUNIOR, 2010). Precedente judicial, nesse contexto, é uma norma geral disposta na fundamentação do julgado, criada pela jurisdição a partir de um caso concreto, a qual pode ser aplicada a outras situações semelhantes.

Inicialmente, cumpre ressaltar que precedente e jurisprudência são conceitos distintos. O precedente refere-se a uma única decisão, proferida em um caso particular. Já a jurisprudência consiste em uma pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. Além disso, o precedente pode ser aplicado para fundamentar uma decisão posterior em função da identidade ou da analogia entre os fatos (TARUFFO, 2007). A jurisprudência, ao contrário, forma uma regra jurídica, um enunciado geral com conteúdo relacionado ao texto normativo (idem, 2007).

Observe que, se um precedente é reiteradamente seguido, ele vira jurisprudência. Por sua vez, quando a jurisprudência é dominante, torna-se uma súmula. Súmula, portanto, é o texto da norma jurídica geral, construída a partir de um caso concreto que vem sendo reiteradamente aplicado (DIDIER JUNIOR, 2009).

Dois efeitos emanam do precedente, quais sejam: o persuasivo que é aquele utilizado na argumentação, cuja força depende de sua origem, e o vinculante que é o maior efeito e deve obrigatoriamente ser seguido, a exemplo da súmula vinculante. Desse modo, os efeitos do precedente judicial vinculam a todos, sendo sempre *erga omnes* (BRASIL JUNIOR, 2010).

Por oportuno, faz-se necessário apresentar conceitos utilizados na aplicação da técnica do precedente judicial, a fim de compreender melhor o desenvolvimento desse instituto jurídico.

4.1. Doutrina do Stare Decisis

O sistema do precedente é baseado na máxima latina “*Stare Decisis et Non Quieta Movere*” (“ficar com o que foi decidido e não perturbar o que já foi estabelecido”). A idéia é que através do precedente que observa as decisões judiciais anteriores, justiça e segurança jurídica serão alcançadas.

Observa-se que os precedentes judiciais só podem funcionar se as razões jurídicas para as decisões passadas são conhecidas, portanto, no final de um caso, haverá um julgamento em que o juiz dará não só a decisão, mas também a fundamentação jurídica correspondente. O precedente vinculante obriga o destinatário de sua eficácia normativa ao mesmo resultado nas controvérsias futuras com a mesma questão jurídica e os mesmos fatos substanciais relevantes. O efeito vinculante do precedente judicial advém da propriedade normativa de manter-se a igualdade das decisões (*stare decisis*).

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 introduziu o sistema de súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, estas são editadas pelo Supremo Tribunal Federal e vinculam todas as decisões, com força de lei, fazendo com que essa doutrina, característica de países adeptos da *Common Law* seja aplicada também em nosso ordenamento jurídico.

4.2. Ratio Decidendi

A *ratio decidendi*, “razão de decidir”, é a vinculação pelas razões determinantes do precedente judicial, também chamada *holding* no direito norte-americano. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já usa a expressão como forma de identificar a parte da decisão que é relevante para justificar o julgamento, como se percebe no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 363.782/SP, de relatoria do Ministro Carlos Britto, da data de 14/03/2006.

Note que o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a aplicação da *ratio decidendi* em diferentes demandas, denominando esse comportamento de *transcendência dos motivos da decisão* ou de *efeito transcendente dos fundamentos determinantes da decisão com efeito vinculante*, conforme consta na Reclamação 5.828/SP, de relatoria da Ministra Carmen Lucia, 14/02/08.

O efeito vinculante de um precedente judicial está na *ratio decidendi* (BRASIL JUNIOR, 2010). O que vincula não é a parte dispositiva da decisão, mas sim os fundamentos jurídicos que autorizam a conclusão, é a tese jurídica que se encontra na *ratio decidendi*. A *ratio decidendi* é, portanto, a regra de direito que vincula futuros julgamentos.

Desse modo, o precedente judicial é formado por três elementos, quais sejam: a indicação dos fatos relevantes (*statements of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgment*) (CRUZ; TUCCI, 2004). A *ratio decidendi* consiste unicamente no pronunciamento judicial que é necessário à resolução da questão (MORGAN, 1948).

Na *ratio decidendi*, são necessárias diversas proposições oscilando entre fatos específicos de um caso concreto e regras abstratas aplicáveis (OLIPHANT, 1928). No caso *Donoghue V. Stenvenson*, por exemplo, a decisão de *Lord Atkin* continha duas proposições distintas, portanto, não raro a *ratio decidendi* é formada por diversas proposições (CHAPMAN, 2010).

Finalmente, cumpre observar a possibilidade de uma decisão subsequente limitar, estender ou revogar precedentes anteriores, inclusive vinculantes, gerando a tese de que a *ratio decidendi* é determinada pelos casos ulteriores (BODENHEIMER, 1974).

4.3. Obiter Dictum

É conhecido como *dito de passagem*, significa a parte marginal do julgado, isto é, o elemento da motivação que é dispensável para a obtenção da conclusão final (BRASIL JUNIOR, 2010). Consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão (DIDIER JUNIOR, 2009).

Trata-se de comentários que não formam parte do raciocínio jurídico e, portanto, não integram o precedente judicial, por exemplo, quando o juiz especula como seria a sua decisão, se os fatos materiais tivessem sido diferentes.

O conceito de *obiter dictum* dá-se por exclusão, é aquilo que integra a fundamentação e não é a *ratio decidendi*. Assim, não é necessário para justificar a decisão e não integra as razões determinantes da controvérsia, não tem efeito vinculante e não é relevante para os futuros julgamentos, de modo que não está sujeito à proteção da força normativa do precedente judicial. *Obiter dictum* é a circunstância prescindível para o deslinde da controvérsia (CRUZ; TUCCI, 2004).

Nota-se que, em certos casos, é difícil distinguir a *ratio decidendi* do *obiter dictum*, visto que o julgamento usualmente dá-se de forma contínua, sem qualquer especificação. Não obstante, com o objetivo de aplicar devidamente o precedente judicial, é necessário distinguir o *obiter dictum* da *ratio decidendi*. Apresenta-se a tese segundo a qual, se o Tribunal excluir determinada proposição contida no precedente judicial e a solução do

caso não for comprometida, trata-se de *obiter dictum* (WAMBAUGH, 1894). O critério é simples e eficaz, sendo adotado por diversos autores (CRUZ; TUCCI, 2004).

4.4. Distinguishing

O chamado método distintivo (*distinguishing*) consiste em invocar circunstâncias distintivas da controvérsia, fáticas (fundamentos de fato), que demonstram a diversidade de situações. Se o juiz decidir que os fatos materiais do caso analisado diferem substancialmente dos fatos materiais do caso que contém o precedente judicial, então ele não estará vinculado.

É muito importante na teoria do precedente vinculante, na medida em que utiliza as diferenças entre os casos, observando as circunstâncias factuais que distinguem as controvérsias (BRASIL JUNIOR, 2010). “Desse modo, pequenas diferenças no conjunto de fatos podem fazer uma substancial diferença na aplicação de um precedente vinculante” (idem, 2010). Na Reclamação 4.906/PA, julgada em 17/12/2007, o Ministro Joaquim Barbosa postulou no sentido de não haver violação ao acórdão citado como paradigma, visto que existiam particularidades entre os casos concretos.

O *distinguishing* é exceção a ser aplicada à regra legal derivada do precedente. O juízo decisório pretendido no *distinguishing* é a negativa do juízo decisório da *ratio decidendi*. São, portanto, juízos contrários (*contradictory claims*).

Observe que, se há tese jurídica contrária a *ratio decidendi*, o precedente deve ser revogado (*overruled*). Não se trata de hipótese de distinção, mas sim de revogação.

Portanto, os fatos relevantes do caso em análise são capazes de afastar a incidência normativa dos precedentes. A característica do *distinguishing* é a inclusão, na argumentação, de fatos distintivos substancialmente relevantes para formar o juízo decisório contrário, indicando a não aplicação do precedente judicial.

4.5. Overruling

Existe grande preocupação no sentido de que o uso do precedente judicial poderia estancar a evolução do direito. Portanto, é importante observar a existência da possibilidade de superação do efeito vinculante do precedente judicial.

A revogação (*overruling*) ocorre quando, em casos de erro ou superação, tribunal superior altera norma jurídica formulada a partir de um precedente judicial (BRASIL JUNIOR, 2010). Trata-se da superação de um precedente vinculante. Assim, o *overruling*

atinge a *ratio decidendi*, na medida em que a corte superior altera a norma em um caso posterior.

Dessa forma, o *overruling* ocorre quando uma corte, analisando um caso posterior, decide que o caso anterior tomado como referência foi decidido de maneira inadequada. Normalmente, isso ocorre quando uma corte hierarquicamente superior revoga a decisão proferida por uma corte inferior em um caso prévio. Entretanto, cortes superiores podem revogar suas próprias decisões quando entenderem necessário.

Observa-se que esses assuntos já foram amplamente discutidos nos sistemas jurídicos que atribuem força vinculante ao precedente judicial. Além disso, cumpre ressaltar que, da mesma forma que as demais normas jurídicas são revogadas, também o precedente judicial o será, através da regra segundo a qual a lei posterior prevalece sobre a anterior (*lex posterior derogat legi priori*).

Desse modo, um precedente vinculante deixa de ser aplicado por intermédio da revogação ou cancelamento do precedente (*overruling*) que é o método pelo qual o precedente perde sua eficácia vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente.

O *overruling* pode ser dividido em duas espécies, quais sejam o prospectivo e o retrospectivo. O prospectivo mantém a orientação para os fatos ocorridos até então e, a partir daí, altera-se os fatos posteriores. Sempre que o precedente for estável, antigo, ele só pode ser superado posteriormente, para preservar a segurança jurídica. Já o retrospectivo trata da superação que produza efeitos retroativos. Informa José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 179) que ocorre o *retrospective overruling* “quando a revogação opera efeitos *ex tunc*, não permitindo que a anterior decisão, então substituída, seja invocada como paradigma em casos pretéritos, que aguardam julgamento”.

Contudo, importante observar que o efeito retroativo na superação de um precedente judicial pode causar insegurança jurídica. Assim, a técnica utilizada no controle de constitucionalidade, qual seja a modulação de efeitos, deve ser aplicada também à técnica da superação do precedente judicial, a fim de que se possa preservar a segurança jurídica.

5. CRÍTICA AO PRECEDENTE JUDICIAL: POSSÍVEL VIOLAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

Oposição frequente à instituição dos precedentes vinculantes é feita com o argumento de que haveria violação ao princípio da separação dos poderes. Como se sabe, as funções estatais encontram-se distribuídas em três poderes distintos, quais sejam os poderes

legislativo, executivo e judiciário, conforme o modelo de Montesquieu (BRASIL JUNIOR, 2010).

A interação funcional entre os poderes, nos sistema jurídico e político, é bastante complexa. A característica do controle dos poderes entre si, chamada de *Freios e Contrapesos (Checks and Balances)*, é muito importante para justificar a legitimação do efeito vinculante na atuação do Poder Judiciário. Relevante é que não se exclua a competência originária do poder e que se estabeleça uma forma de controle no exercício dessa função.

Dessa forma, no Poder Executivo, conforme o art. 68 da Constituição Federal, o Presidente da República também pode editar leis delegadas, nos limites da previsão constitucional e condicionada à delegação do Congresso Nacional; pode ainda editar medidas provisórias com força de lei, que são submetidas ao Poder Legislativo, segundo estabelece o art. 62 da Carta Magna. Portanto, há também possibilidade do Poder Judiciário editar atos com eficácia vinculante, tais como súmulas e precedentes, sem contrariar a lógica do sistema.

O Poder Judiciário tem a prerrogativa de editar enunciados vinculantes, oriundos da jurisprudência que tenham força de lei, uma vez que a interpretação dada estará sujeita ao controle do Poder Legislativo, conforme expressamente prevê o inciso IX do art. 49 da Constituição Federal, preservando assim a competência e a função fiscalizadora deste. Assim, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que criou a Súmula Vinculante não pode ser considerada inconstitucional, pois há necessidade da análise de todas as possibilidades de interação entre os poderes admitidas pelo sistema jurídico.

Pelo exposto, a atribuição de efeito vinculante às decisões judiciais não exclui funções inatas de um poder, outorgando-as a outro. O legislador buscou concretizar princípios constitucionais caros à ordem jurídica, dentre eles o da segurança jurídica, da igualdade, da celeridade etc. Dessa forma, quando edita um precedente com eficácia vinculante, o Poder Judiciário exerce função *paralegislativa* (FERREIRA FILHO, 2006). A força normativa dos precedentes é eficácia *paralegislativa* (DINAMARCO, 2000).

O julgador, no caso o Supremo Tribunal Federal, não tem a intenção de editar uma norma abstrata, mas sim de reafirmar a aplicação da lei, sendo certo que sua atuação não está desvinculada da prestação jurisdicional. Portanto, o precedente vinculante não concede poderes excessivos ao Poder Judiciário de modo a torná-lo um *superpoder* (TESHEINER, 1991).

6. PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

A partir da Constituição Federal de 1988 e com o pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, como preferem alguns, os princípios passam a integrar o centro do ordenamento jurídico brasileiro. Com isso em vista, é necessário que o magistrado realize escolhas fundamentadas, propiciando a interação entre fato e norma, sem cair no ativismo judicial. Tal postura acarreta o aumento considerável no número de demandas judiciais e a amplitude das atribuições do Poder Judiciário (DIDIER JUNIOR, 2009).

Dessa forma, a recepção da teoria do *stare decisis* no ordenamento jurídico nacional é técnica que concede maior celeridade ao julgamento das demandas, com a atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes judiciais. Trata-se da exigência de conformidade (*compliance*) de um comportamento social com a situação prevista no enunciado (BRASIL JUNIOR, 2010).

No Brasil, os tribunais têm dever de coerência e zelo pela igualdade e uniformidade de seus precedentes. O Supremo Tribunal Federal não é a única corte no modelo judicial brasileiro com competência para editar súmulas e precedentes, os Tribunais de Justiça têm jurisdição constitucional concorrente. No ordenamento jurídico brasileiro atual, observa-se a vinculação dos precedentes judiciais até mesmo perante a administração pública, muito embora exista a dualidade na eficácia vinculante, como visto acima.

O direito é criado ou modificado sempre que o magistrado aplica ou amplia a aplicação de uma norma jurídica a outros casos ou, ao contrário, decide que tal regra não se aplica à determinada situação. Naturalmente, uma das formas de alcançar a previsibilidade e a unicidade do sistema jurídico brasileiro ocorre através da atribuição de eficácia vinculante às decisões judiciais que versem sobre semelhantes situações fáticas.

Dessa forma, o juiz pode rejeitar a demanda com exame do mérito se houver precedente do próprio juízo, conforme preceitua o art. 285-A do Código de Processo Civil, incluído pela Lei 11.277 de 2006: *Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.*

No plano do direito interno, a única sanção aplicável aos juízes e tribunais pelo descumprimento dos precedentes e súmulas vinculantes ocorre por subrogação, com a substituição da decisão por outra, em conformidade com o precedente judicial. Observe-se que cabe Reclamação ao Supremo Tribunal Federal para preservar a força de incidência normativa de seus precedentes vinculantes.

O volume de processos julgados diminui através da vinculação ao precedente judicial, sendo que tal redução ocorre tanto no âmbito dos tribunais superiores, quanto no 1º grau de jurisdição (DINAMARCO, 2000).

Tendo em vista que o precedente judicial assume a característica de verdadeira fonte de direito em nosso sistema jurídico, constitui importante instrumento, conveniente para o sistema jurídico brasileiro.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A estrutura judicial da atualidade não tem conseguido entregar a tutela jurisdicional em tempo adequado, desse modo, a técnica de aplicação dos precedentes judiciais objetiva diminuir o número de demandas.

A força normativa dos precedentes judiciais é adequada para promover importantes princípios que orientam a prestação da tutela jurisdicional, garantindo igualdade, celeridade, economia processual, segurança jurídica e razoável duração ao processo.

O Poder Legislativo não tem exclusividade da função legiferante, assim como os demais poderes, também está sujeito ao sistema de “freios e contrapesos” (*checks and balances*), sendo que o inciso XI do art. 49 da Constituição Federal reconhece a existência de atribuição normativa ao Poder Judiciário. Portanto, a eficácia normativa dos precedentes judiciais não viola o princípio da separação dos Poderes, por não haver interferência na competência legítima do Poder Legislativo.

O precedente judicial pode perder a vigência em razão da modificação de valores políticos, sociais, econômicos ou jurídicos. Nesse caso, ocorrerá sua revogação pelo Tribunal (*overruling*). Assim como as circunstâncias distintivas das controvérsias (*distinguishing*) estabelecem cláusula de exceção à eficácia normativa do precedente.

A adoção da teoria dos precedentes judiciais em nosso sistema não traz conseqüências danosas para o exercício da tutela jurisdicional, conforme sustentam alguns autores. O alegado “engessamento” do Poder Judiciário e a afirmada privação da liberdade decisória dos juízes não irão ocorrer em medida maior do que já ocorre com as leis.

Nesse sentido, da mesma forma que se efetua a interpretação hermenêutica das leis, também os precedentes judiciais estão sujeitos a essa “filtragem”, a fim de que se garanta a solução mais adequada ao caso concreto oferecido à apreciação do Poder Judiciário (BEDAQUE, 2009).

Ressalta-se que o reconhecimento da eficácia vinculante do precedente judicial não depende da existência de uma legislação específica que regulamente o assunto.

Os precedentes judiciais apresentam inúmeras vantagens, dentre elas, conferem certeza à lei, providenciam casos a serem seguidos pelos juízes, atribuem uniformidade ao sistema já que as cortes inferiores seguem as superiores, acarretam o desenvolvimento ordenado da lei, refletem a realidade da vida, pois os casos derivam de situações concretas, economizam tempo evitando demandas desnecessárias.

A força normativa dos precedentes judiciais repercute em todos os âmbitos de atuação judicial, acarretando também a diminuição das demandas. Além disso, a coerência normativa dos discursos jurisdicionais e a consistência sistêmica são razões teóricas em favor dos precedentes vinculantes.

Diante da necessidade de um sistema jurídico ordenado e efetivo, o precedente vinculante valoriza a jurisprudência. A jurisprudência se renova com uma velocidade muito grande. Aliás, a doutrina reconhece essa característica (MOREIRA, 2005). Em verdade, o precedente vinculante valoriza a jurisprudência e reforça a atuação dos juízes. O precedente vincula a todos, inclusive a administração pública.

No que se refere à violação da liberdade intelectual do juiz, cumpre salientar a presença dos precedentes vinculantes em nosso ordenamento jurídico desde a Emenda Constitucional nº 3 de 1993. Além disso, adverte Dinamarco, a existência de enunciados normativos na Justiça do Trabalho anteriores à referida emenda (BRASIL JUNIOR, 2010). Cabe acrescentar a incidência normativa empírica (*compliance*) da jurisprudência dos tribunais, a qual já vindo sendo seguida pelos magistrados. Ocorre que, a aplicação da teoria dos precedentes judiciais em nosso sistema jurídico ganhou, atualmente, grande repercussão.

Diante da importância de uniformidade jurisprudencial e coerência sistêmica, efetivando-se o princípio da igualdade, não se justifica que semelhantes controvérsias culminem em diferentes resultados (WAMBIER, 2009). Assim, o juiz não pode simplesmente desconsiderar precedentes judiciais anteriores, sem demonstrar a singularidade do caso, através da aplicação da técnica de alegação das circunstâncias distintas da controvérsia (*distinguishing*).

Assim, o precedente judicial possui força normativa e efeito vinculante devendo integrar a fundamentação da decisão judicial, tanto na sua aplicação, quanto na justificação pela sua não incidência, indicando os motivos distintivos da controvérsia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, ao inestimável suporte de minha mãe Zilah, verdadeiro amor, à gentil colaboração de minha querida amiga Priscilla Squarcina e ainda ao estímulo carinhoso de Pietro Portela de Lima.

REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, N.; BENETI, S.; ANDRIGUI, V. **Comentários ao Novo Código Civil**. Forense Jurídica, 2009.
- BEDAQUE, J.R.S. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 5.edição. Malheiros, 2009.
- BENDITT, T. **The Rule of. London Tramways Co. v London City Council [1898]** AC 375. 19 *ibid*, page 47, column 2. 18, 1994.
- BODENHEIMER, E. **Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1974.
- BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL JUNIOR, S.M. **Precedentes Vinculantes e Jurisprudência Dominante na Solução das Controvérsias**. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, 2010.
- BRICELAND, Alan V. Ephraim Kirby: Pioneer of American Law Reporting, 1789, 16. **Am. J. of Legal Hist.**, v.297, 1972.
- CHAPMAN, M. **The Snail and the Ginger Beer**: The Singular Case of Donoghue v. Stevenson. Conferência proferida no The Great Hall of Lincoln's Inn, Londres, 7 de julho de 2010.
- DANIEL, W.T.S. **History of the Origin of the Law Reports**, London, 1884.
- DIDIER JUNIOR, F.; CUNHA, L.J.C.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R. **Curso de Direito Processual Civil v. 5**. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.
- DINAMARCO, C.R. **A Instrumentalidade do Processo**. 10.edição. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FERREIRA FILHO, M.G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- FREUD, S. **Gesammelte Werke**. Frankfurt: Fischer Verlag, 1987.
- GRINOVER, A.P.; CINTRA, A.C.A.; DINAMARCO, C.R. **Teoria Geral do Processo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GUERRA, S. **Discricionariedade e Reflexividade**: Uma Nova Teoria Sobre as Escolhas Administrativas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- LINDEN, A.M., The American Influence on Canadian Tort Law. Donoghue V. Stenvenson. 50 **UCLA Law Review**, v.407, p.414, 2002.
- MARKE, Julius J. **A Catalogue of the Law Collection at the New York University**. New York, 1999.
- MELLO, P.P.C. **Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 104-105.
- MIRANDA, F.P. **Comentários ao Código de Processo Civil (1939)**. 2.ed. Tomo XII. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 87-88.
- MOREIRA, J.C.B. A Redação da Emenda Constitucional nº 45: Reforma da Justiça. **Revista Forense**, 2005.
- MORGAN, E.M. **Introduction to the Study of Law**. Chicago, 1948.

- OLIPHANT, H., A Return to Stare Decisis. **American Bar Association Journal**, v. 14, 1928.
- SILVA NETO, J.M. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: Editora Édipo, 2003.
- SINCLAIR, M. Precedent, Super-Precedent. **George Mason Law Review** (14 Geo. Mason L. Rev. 363, 2007.
- SUPREMO Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 363.782/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Relator: Ministro Carlos Britto, 14/03/2006. Acesso em: 22 nov. 2010.
- _____. Reclamação nº 4.906/PA. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 17/12/2007. Acesso em: 27 set. 2010.
- _____. Reclamação 5.828/SP, de relatoria da Ministra Carmen Lucia, 14/02/2008.
- TARUFFO, M., Precedente e Giurisprudenza. **Editoriale Scientifica srl giugno**, 2007.
- TESHEINER, J.M.R., **Poder Judiciário**. Porto Alegre: Ajuris, 1991.
- TUCCI, J.R.C. e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- THE CAMBRIDGE HISTORY OF ENGLISH AND AMERICAN LITERATURE, **The Year Books and their Value**. Vol. VIII, The Age of Dryden, chap. XIII: Legal Literature.
- TUCCI, J. R. C. e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. Sao Paulo: RT, p. 175, 2004.
- VIANA FILHO, LUIZ. **O Código de Processo Civil de 1973 e suas Alterações**. Brasília, janeiro de 2010. Biblioteca Jurídica. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2010.
- WAMBAUGH, E., The Study of Cases. Second Edition, 1894.

Gisela Telles de Menezes Moraes

Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2001) e mestrado em LLM Masters of Law pela King's College London (2008). Atualmente é Professora da Faculdade Anhanguera de Jacareí.