

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA**

MURILO GASPARINI MORENO

**O PRECEDENTE JUDICIAL COMO MEIO DE EFICIÊNCIA
E DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil.

Orientadores:

Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto

**Prof^a. Dr^a. Estefânia Maria de Queiroz
Barboza**

CURITIBA

2016

M843

Moreno, Murilo Gasparini.

O precedente judicial como meio de eficiência e de razoável duração do processo. /
Murilo Gasparini Moreno. – Curitiba: UniBrasil, 2016.

143 p.; 29cm

Orientadores: Bruno Meneses Lorenzetto e Estefânia Maria de Queiroz Barboza.

Dissertação (mestrado) – Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.
Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2016.
Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Direitos Fundamentais. 3. Precedentes judiciais.
I. Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Mestrado em Direitos
Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

Elizabeth Dorigo Capriglioni CRB-9/330

TERMO DE APROVAÇÃO

MURILO GASPARINI MORENO

O PRECEDENTE JUDICIAL COMO MEIO DE EFICIÊNCIA E DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdade Integradas do Brasil – Unibrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadores:

Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto

Profª. Drª. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil.

Membros:

Curitiba, ____ de _____ de 2016.

“O aplicador do Direito, na porfia de fixar o significado das frases de uma norma positiva, deve levar em conta a atmosfera espiritual que o circunda, e, com esta orientação luminosa, infundir à palavra nua e elástica do legislador a perpétua juventude da vida”. Carlos Maximiliano Pereira dos Santos (p. 146).

Dedico esta pesquisa aos meus pais, Helena e Jaime, que sempre estiveram presentes na minha vida e me orientaram a fazer as coisas certas no caminho da vida.

Dedico também à minha esposa e ao meu filho Rafael, que compreenderam o tempo abdicado da convivência familiar para que os estudos fossem feitos.

AGRADECIMENTOS

Aos professores Bruno e Estefânia, que demonstraram ter a paciência necessária e as informações precisas à pesquisa, sempre orientando com suas sabedorias de pessoas dedicadas aos estudos.

Aos colegas de turma, pelos apoios pessoal e intelectual recíprocos de todos, neste longo caminho do saber e do estudo, com o compartilhamento de informações, de livros e, inclusive, das angústias em administrar o pouco tempo para conciliar a família, os amigos, a profissão e os estudos.

SUMÁRIO

Introdução

Capítulo I – A eficiência e a razoável duração do processo

1.1 O conceito de eficiência e a situação judicial brasileira.....	12
1.1.1 A efetividade, a celeridade e os limites à eficiência e à razoável duração do processo.....	23
1.2 O conceito de razoável duração do processo.....	25
1.3 A relação entre a razoável duração do processo, a eficiência e a racionalidade do precedente judicial.....	28

Capítulo II – O precedente judicial como meio de eficiência e de razoável duração do processo

2.1 O conceito de precedente judicial e a sua relação com a lei.....	43
2.2 As eficiências do precedente judicial e da jurisprudência.....	55
2.3 A razoável duração do processo obtida pela eficiência do precedente judicial nos planos temporal, econômico e qualitativo.....	71

Capítulo III – Os limites ao poder de restrição dos precedentes judiciais e a busca do Brasil na implantação do precedente judicial

3.1 Os direitos fundamentais.....	77
3.2 A teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	80
3.2.1 O núcleo essencial absoluto como limite ao poder de restrição do precedente judicial.....	81
3.2.2 O núcleo essencial relativo como limite ao poder de restrição do precedente judicial.....	85
3.2.3 A teoria mista do núcleo essencial como limite ao poder de restrição do precedente judicial.....	87
3.3 A busca do Brasil na implantação do precedente judicial.....	97
3.3.1 O precedente judicial e a súmula vinculante nos planos da eficiência e da razoável duração do processo.....	99

3.3.2 O precedente judicial no Código de Processo Civil de 2015.....	109
Considerações finais.....	113
Referências bibliográficas.....	121

RESUMO

O constitucionalismo serviu para apresentar a Constituição como norma superior, com inspirações conforme os sistemas do *common law* e do *civil law*. Nos países que seguiram o *common law*, havia a desconfiança do legislador e o maior controle das leis pelo Poder Judiciário. Nos que seguiram o *civil law*, o poder para concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição foi concedido à lei. No Brasil, a Constituição de 1988 teve inspiração pós-positivista ao incorporar força normativa aos princípios constitucionais, submetendo a lei aos seus comandos, com a garantia de respeito pelo Poder Judiciário. Como consequência, houve o crescimento da demanda por prestação jurisdicional, levando à crise da justiça civil, com ineficiência e demora nos julgamentos das ações judiciais. O Brasil buscou diversas soluções, como a súmula vinculante, mas que não responderam à demanda cada vez maior por Justiça. Neste cenário, o precedente judicial pode representar a eficiência e trazer a razoável duração ao processo diante da vinculação às razões da decisão, mas deve haver um limite ao poder de restrição que o precedente judicial pode fazer com relação aos direitos fundamentais, visto que pode esvaziar outros direitos fundamentais na tentativa de potencializar os fatores de eficiência. As esperanças estão no novo Código de Processo Civil, que tenta implantar o sistema de precedentes judiciais no Brasil.

Palavras Chaves: Direitos fundamentais. Precedentes Judiciais. Eficiência. Razoável duração do processo. Limites. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The constitutionalism served to present the Constitution as superior standard, with inspirations as the common law and civil law systems. In countries that follow the common law, there was distrust of the legislature and the greater control of laws by the judiciary. In that followed the civil law, the power to realize the fundamental rights under the Constitution was granted to law. In Brazil, the 1988 Constitution had post-positivist inspiration to incorporate normative force to the constitutional principles, subjecting the law to your commands, with the guarantee of respect for the judiciary. As a result, there was a growing demand for judicial services, leading to civil justice crisis, with inefficiency and delays in lawsuits judgments. Brazil has tried several solutions, such as binding statements, but that did not respond to the increasing demand for justice. In this scenario, the judicial precedent may represent efficiency and bring reasonable time to process before the link to the reasons for the decision, but there must be a limit to the restraining power that the judicial precedent can do with regard to fundamental rights, since it can empty other fundamental rights in an attempt to enhance the efficiency factors. Hopes are in the new Civil Procedure Code, which tries to implement the judicial precedent system in Brazil.

Keywords: Fundamental rights. Judicial precedents. Efficiency. Reasonable duration of the process. Limits. New Civil Procedure Code.

Siglas

ACP: Ação civil pública.

ADPF: Ação de descumprimento de preceito fundamental.

Art.: Artigo.

CCJ: Comissão de Constituição e Justiça.

CF: Constituição Federal.

CJF: Conselho da Justiça Federal.

CNJ: Conselho Nacional de Justiça.

CNPJ: Cadastro nacional de pessoas jurídicas.

CPC: Código de Processo Civil.

CPF: Cadastro de pessoas físicas.

DF: Distrito Federal.

DOI: Declaração de Operações Imobiliárias.

EC: Emenda Constitucional.

Ed.: Edição.

EUA: Estado Unidos da América.

Inc.: Inciso.

N.: Número.

NCPC: Novo Código de Processo Civil.

PL: Projeto de Lei.

PR: Paraná.

Re: Recurso extraordinário.

Resp: Recurso especial.

STF: Supremo Tribunal Federal.

STJ: Superior Tribunal de Justiça.

TJPR: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Trad.: Tradução.

Vol.: Volume.

Introdução

O constitucionalismo serviu para romper com o absolutismo do Estado através da previsão de direitos pela Constituição. Surgiu em meados do século XVIII com as revoluções burguesas ocorridas na Inglaterra em 1688, nos Estados Unidos da América em 1776 e na França em 1789. No início, o constitucionalismo foi liberal, ou seja, sua razão era garantir a segurança e a propriedade privada da burguesia.

Há duas concepções de constitucionalismo. A primeira é a norte-americana, com a supremacia constitucional e a garantia jurisdicional, ou seja, a Constituição é norma superior às demais normas e o Judiciário é seu garantidor, havendo desconfiança do legislador.

Neste modelo de constitucionalismo, a Constituição limitou os três poderes ao trazer as regras do jogo, impondo barreiras que não podem ser transpassadas, inclusive pelo Poder Legislativo, sendo que o Poder Judiciário vigiava o respeito às regras de organização política. A Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 previu as regras de quem manda, como manda e até onde pode mandar, estabelecendo, por exemplo, o sistema de governo presidencial, o conceito de federalismo e o controle difuso de constitucionalidade.

Diante da inspiração no sistema do *common law* inglês, o constitucionalismo adotado na Constituição de 1787 dos Estados Unidos da América foi forte¹ por existir maior controle da constitucionalidade das normas por parte do Poder Judiciário², apresentando maior importância nos EUA a partir do início do séc. XX.

¹ Paolo Comanducci classifica o constitucionalismo como forte e fraco, explicando as ideologias: “O constitucionalismo fraco é a ideologia que requer uma constituição somente para limitar o poder existente, sem prever uma defesa específica dos direitos fundamentais. O constitucionalismo forte (ou liberal) é a ideologia que requer uma constituição para garantir os direitos e as liberdades fundamentais frente ao poder estatal.” Tradução livre. No original: “*El constitucionalismo débil es la ideología que requiere una constitución solamente para limitar el poder existente, sin prever una específica defensa de los derechos fundamentales. El constitucionalismo fuerte (o liberal) es la ideología que requiere una constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal.*” In COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. Trad. Miguel Carbonell. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 16, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/bibliotecavirtual/590>>. Acesso em 04 fev. 2016, p. 91.

² Rogério Arantes esclarece a razão deste maior controle de constitucionalidade em decorrência dos novos textos das Constituições do séc. XX, sendo que estas tinham mais conteúdo substantivo e rigidez do que os textos produzidos no séc. XIX, destacando a vanguarda dos EUA à época: “No início do século XX, a Suprema Corte dos Estados Unidos já era bastante conhecida por suas decisões declarando a inconstitucionalidade de leis, especialmente aquelas relacionadas à intervenção do governo na economia. Segundo Baum, ‘nos anos 20, a Corte Suprema declarou inconstitucionais mais de 130 leis regulamentadoras [econômicas].’” In ARANTES, Rogério. *Judiciário: entre a Justiça e a Política*. In *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. São Paulo: editora Unesp, 2007, 2ª ed., p. 90.

No sistema americano, havia um parlamento forte, sendo que era neste que residia a desconfiança sobre a justiça das leis. Por isso, o Poder Judiciário surgiu como contrapeso à maioria existente no Poder Legislativo, na tentativa de buscar a defesa dos direitos frente às leis que violassem a Constituição.

A segunda concepção foi a europeia continental, com base na revolução francesa, sendo que a Constituição era um projeto político de *programa* de transformação social e política. A Constituição estabelecia as regras do jogo e também quem participaria do jogo, com enunciados políticos, mas apenas fixando princípios e direitos desprovidos de efetividade, cabendo à lei concretizá-los. Este constitucionalismo nada mais foi do que legalismo, ou seja, a vontade da maioria pelo sistema democrático. A Constituição condicionou o que devia ser mandado, mas sem a força apresentada pela Constituição norte-americana.

O constitucionalismo europeu continental foi fraco, com inspiração do sistema romano-germânico do *civil law*, visto que houve a prevalência do Poder Legislativo sobre os demais poderes justamente para que fosse possível a ruptura com o antigo regime, que tinha como característica os poderes concentrados nas mãos do rei absolutista, inclusive o Poder Judiciário.

A ausência de efetividade, pela lei, dos direitos previstos na Constituição, em especial a igualdade, revelou a incapacidade do modelo de constitucionalismo europeu continental em responder às necessidades sociais de concretizar os direitos fundamentais, favorecendo que o mundo fosse levado às grandes guerras do século XX.

Com o término da segunda guerra mundial surgiu o movimento do pós-positivismo, chamado também por alguns de neoconstitucionalismo³, como forma de

Apud BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 41.

³ Neste estudo, a expressão *pós-positivismo* será utilizada como referência à somatória das qualidades das duas concepções de constitucionalismo, adotando-se o pensamento de que não houve ruptura ou incorporação substancial de algo novo pelo sistema do constitucionalismo americano, mas modificação na forma de positivação do direito e de sua interpretação. Diante da delimitação do tema, não se adentrará nas diversas leituras do termo *neoconstitucionalismo*, divergências estas constatadas por Susanna Pozzollo: “Embora, no entanto, mesmo assim definido, o termo <neoconstitucionalismo> não tem um significado unívoco e dele se podem fazer diversas leituras, com tal termo quero indicar a perspectiva jusfilosófica no âmbito das quais podem ser compreendidas a obra de Ronald Dworkin, de Carlos S. Nino, de Gustavo Zagrebelsky e de Robert Alexy (por citar casos muito conhecidos e paradigmáticos)”. Tradução livre. No original: “*Aunque, sin embargo, incluso así delimitado, el término <neoconstitucionalismo> no posee un significado unívoco y de él se pueden hacer diversas lecturas, con tal término quiero indicar la prospectiva iusfilosófica en el ámbito de la cual pueden estar comprendidas la obra de Ronald Dworkin, de Carlos S. Nino, de Gustavo Zagrebelsky y de Robert Alexy (por citar casos muy conocidos y paradigmáticos).*” In POZZOLLO, Susanna. *Un*

superar a previsão abstrata de direitos fundamentais para torná-los concretos, em especial para evitar que as atrocidades praticadas na guerra acontecessem novamente, como afirma Ana Paula de Barcellos:

“As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores – associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação). A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do Século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com o nazismo e o fascismo. Mesmo onde não se chegou tão longe, regimes autoritários, opressão política e violação reiterada dos direitos fundamentais foram as marcas de muitos regimes políticos ao longo do século passado.”⁴.

Portanto, após a segunda Guerra Mundial houve o aperfeiçoamento do Estado de Direito na Europa continental, sendo que o direito passou a ter mais importância constitucional. A Constituição concedeu poder aos órgãos, mas os submeteu aos princípios e aos direitos fundamentais, inclusive o Poder Legislativo, impondo barreiras intransponíveis de interferência legislativa, que não existiam no Estado de Direito liberal ou social.

O pós-positivismo incorporou os principais elementos das duas concepções de constitucionalismo, ou seja, tinha a força do conteúdo normativo garantido pela jurisdição, havendo a desconfiança do legislador e impondo-se limites à vontade da maioria, além da possibilidade de acesso direto à Constituição não só pelo legislador, sendo que a Constituição foi além da simples previsão das regras do jogo⁵.

constitucionalismo ambíguo. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003, p. 189.

⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, n. 15, 2007, p.04.

⁵ A soma das características das concepções de constitucionalismo é esclarecida por Luis Prieto Sanchís nos seguintes termos: “O neoconstitucionalismo reúne elementos dessas duas tradições: forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional. Da primeira dessas tradições se recolher a ideia de garantia jurisdicional e uma correlativa desconfiança diante do legislador; cabe dizer que a noção de poder constituinte própria do neoconstitucionalismo é mais liberal do que democrática, de maneira que se traduz na existência de limites frente às decisões da maioria, não no apoderamento dessa maioria a fim de manter aberto o exercício da soberania popular através do legislador. Da segunda tradição se herdou, sem embargo, um ambicioso programa normativo que vai bastante mais além do que exibiu a mera organização do poder mediante o estabelecimento das regras do jogo. Em poucas palavras, o resultado pode ser resumido assim: uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, mas cujo protagonismo fundamental corresponde ao

Assim, o constitucionalismo europeu trouxe a Constituição com as regras do jogo e com a garantia judicial presente no sistema do constitucionalismo norte-americano, e incorporou as normas materiais densificadas para reger a ação do Estado, como na tradição da revolução francesa, buscando a eficácia da Constituição.

Portanto, no sistema do pós-positivismo, o Estado de Direito incorporou os princípios à Constituição, submetendo a lei ao direito constitucional, sendo este garantido judicialmente, para fazer frente à decisão da maioria e reduzir a esfera de discricionariedade da decisão parlamentar, através de limites formais e materiais, resolvendo as lacunas e as antinomias constitucionais com uma nova interpretação da Constituição⁶, através da normatividade dos princípios, da ponderação de valores e da teoria da argumentação.

A Constituição passa a ter material, ou seja, com direitos fundamentais e com princípios de conteúdo material, protegida da vontade da maioria, com normas supremas e de eficácia independente da vontade legislativa, podendo ser acessada diretamente pelo Poder Judiciário, sendo que este não fica subordinado

legislador, mas aos juízes.” Tradução livre. No original: “*El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. De la primera de esas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; cabe decir que la noción de poder constituyente propia del neoconstitucionalismo es más liberal que democrática, de manera que se traduce en la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría, no en el apoderamiento de esa mayoría a fin de quede siempre abierto el ejercicio de la soberanía popular a través del legislador. De la segunda tradición se hereda, sin embargo, un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas de juego. En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces.*” In SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 114 e 115.

⁶ Diante da restrição ao tema, o estudo da nova interpretação constitucional pode ser aprofundado no artigo de Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos, que esclarecem em resumo: “A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.” In BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-come%C3%A7o-da-hist%C3%B3ria-nova-interpreta%C3%A7%C3%A3o-constitucional-e-o-papel-dos-princ%C3%ADpios-no-direit-1>>. Acesso em: 04 fev. 2016, pág. 05.

necessariamente à lei para efetivar os direitos fundamentais no plano concreto, passando a ter força normativa⁷.

A primeira consequência deste novo modelo é que as leis dependem da adequação formal e material com a Constituição para ter validade, sendo que a lei deixa de ser suprema diante do envolvimento desta pela rede de vínculos jurídicos com a Constituição, conforme afirma Gustavo Zagrebelsky: “O <constitucionalismo> envolve completamente a legislação em uma rede de vínculos jurídicos que deve ser recolhida pelos juízes, principalmente pelos juízes constitucionais.”⁸

A segunda consequência é a nova interpretação no direito, com o aprimoramento dos esquemas lógicos do positivismo clássico, em especial a aplicação da subsunção.

A subsunção tem como premissa a aplicação do direito utilizando um silogismo, sendo que a lei é a premissa maior, o fato é a premissa menor e, por fim, a conclusão, que é o enquadramento, ou não, do fato à norma, conforme elucida Luis Roberto Barroso:

“Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos –, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto. Como já assinalado, esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais.”⁹

O grau máximo de efetividade dos direitos reconhecidos constitucionalmente vem com novas técnicas de garantias, vindo estas garantias do núcleo fundamental, que é protegido da regra da maioria pelos procedimentos judiciais, havendo conteúdos que não se pode decidir, e outros que não se pode deixar de decidir com base na democracia.

⁷ Conforme ensinamento de Konrad Hesse: “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida.” In HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, pág. 05 e 06.

⁸ Tradução livre. No original: “El <constitucionalismo> envuelve completamente la legislación en una red de vínculos jurídicos que debe ser recogida por los jueces, ante todo por los jueces constitucionales.” In ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2007, p. 151.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333.

O sistema constitucional de direitos inovou em relação à interpretação do positivismo clássico visto que precisou apresentar uma nova teoria do direito e uma nova racionalidade, além de lidar com novos problemas e apresentar novas soluções visto que, neste momento, lida-se com um conjunto de direitos fundamentais e de princípios que irradiam os seus efeitos em todo o sistema normativo, como expõe Paulo Ricardo Schier:

“A nova Constituição exigia categorias mais sofisticadas para lidar com o conjunto de princípios e direitos fundamentais e o modo como irradiam seus efeitos para todo o sistema normativo. Assim, todos os debates sobre restrição e colisão de direitos fundamentais, complexidade estrutural desses direitos, cláusula de proibição de retrocesso social, as formas de relação entre direitos e princípios fundamentais com a lei, limites dos direitos fundamentais, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, modulação de efeitos do controle de constitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, cláusula de abertura dos direitos fundamentais para os tratados internacionais etc.”¹⁰

Em síntese, o pós-positivismo estabeleceu a constitucionalização do ordenamento jurídico, incorporando direitos fundamentais e princípios, com mudança qualitativa da Constituição, sendo que esta passa a ter força vinculante e superioridade hierárquica no sistema de normas, com aplicação direta e garantida judicialmente, bem como denso conteúdo normativo, fazendo com a lei deixe de ser a detentora exclusiva do direito para fazer parte do ordenamento jurídico.

No Brasil, o pós-positivismo teve importante expressão na Constituição Federal de 1988, diante da incorporação de maior força normativa aos princípios. O modelo anterior de Constituição no Brasil era autoritário e excludente, sendo que a nova Constituição teve em sua origem representatividade e ampla discussão social, sendo chamada de Constituição cidadã, como esclarece Daniel Sarmento:

“A Constituição de 88 coroou o processo de redemocratização brasileiro. Do ponto de vista simbólico, ela quis representar a superação de um modelo autoritário e excludente de Estado e sociedade e selar um novo começo na trajetória político-institucional do país. Elaborada por uma Assembleia Constituinte livre e democrática, marcada pela ampla participação de uma sociedade civil altamente mobilizada, a Constituição de 88 foi, não sem razão,

¹⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. *A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988*. Inédito.

apelidada por um dos seus principais artífices de 'Constituição cidadã'.¹¹

Vislumbra-se, então, que o Estado Constitucional de Direito, inclusive no Brasil, teve sua base fundada na submissão da lei e do próprio Estado às normas de princípios da Constituição, prevalecendo a vontade da maioria pelo sistema democrático de direito, mas com a proteção da vontade da minoria¹² mediante um sistema de limitação do poder pelo próprio poder¹³. Houve a união da igualdade, representada pelo pensamento desenvolvido por Jean Jaques Rousseau, com a limitação do poder pelo próprio poder, que foi a ideia desenvolvida por Charles-Louis de Secondat, conhecido como Barão de Montesquieu, como explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Com efeito, o pensamento de Jean Jaques Rousseau, que em sua última e derradeira instância se apoia na ideia da igualdade, sustenta a soberania popular. Sendo todos os homens iguais, todo o poder a eles pertenceria. O Estado receberia parcelas de poder deferidas pelos vários indivíduos. De sorte que a origem, a justificação do poder, não mais residiria em algum direito divino, ou na simples positividade derivada da força, mas, pelo contrário, seria uma resultante direta da vontade consonante dos vários indivíduos que compõem o todo social. É a ideia da soberania popular, é a ideia da democracia. De outro lado,

¹¹ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda*. In Daniel Sarmiento; Cláudio Pereira de Souza Neto (Org.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 123. A origem do termo “Constituição Cidadã” foi atribuída à Ulisses Guimarães, quando de seu discurso na Sessão da Assembleia Nacional Constituinte de 27 de julho de 1988. In GUIMARÃES, Ulisses Silveira. *Panteão dos Clássicos: A Constituição Cidadã*. In REVISTA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA. v. 6, n. 62, jul. 2004. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/619/609>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹² Jorge Reis Novais expõe o risco que a maioria pode impor à minoria nos seguintes termos: “Como a experiência histórica demonstra, um poder eleito democraticamente pode aproveitar a sua supremacia conjuntural para subverter as regras do funcionamento democrático da sociedade e para afectar os interesses e os direitos dos que pensam diversamente, dos que divergem dessa maioria, dos que se opõem aos titulares conjunturais do poder político.” In NOVAIS, Jorge Reis. *Em Defesa do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 24. A proteção do direito das minorias diante da vontade da maioria não se encontra no âmbito deste trabalho. Para aprofundamento, ver: ROCHA, Carmem Lucia Antunes; MAIA, Luciano Mariz. *A proteção das minorias no direito brasileiro*. Seminário Internacional: as minorias e o direito, CJF, 2003. Volume 24, artigo 3. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/serie-cadernos-do-cej>>. Acesso em: 04 fev. 2016; ROULAND, Norbert (Org.), PIERRÉ-CAPS, Stéphane; POUUMARÉDE, Jacques. *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Tradução: Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004; SIGLER, Jay A. *Minority rights: a comparative analysis*. London: Greenwood Press, 1983; WUCHER, Gabi. *Minorias: proteção internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

¹³ Constatou expressamente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que: “Art. 16 A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” In MUNDO. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

o pensamento do barão de Montesquieu, acima de tudo pragmático, fundava-se na observação de um fato, por ele afirmado como uma constante indesmentida e cuja procedência realmente não admite contestação, isto é: todo aquele que tem o poder, tende a abusar dele. Para evitar que os governos se transformem em tiranias, cumpre que o poder detenha o poder, porque o poder vai até onde encontra limites.”¹⁴

O Estado Constitucional Brasileiro incorporou estes pensamentos de igualdade e de partição do poder, sendo que a atuação estatal na sociedade vem crescendo desde a Constituição Federal de 1988 devido, em grande parte, ao amplo rol de direitos fundamentais. Por sua vez, e diante deste crescimento, o Estado se mostrou ineficiente na prestação dos serviços públicos e começou a transferir suas atribuições à iniciativa privada, por meios de parcerias e de privatizações, preservando a fiscalização sobre estes serviços.

Entretanto, no âmbito judicial, não é possível transferir a jurisdição aos particulares visto que se trata de atividade vinculada diretamente ao exercício do Poder Judiciário, ou seja, as decisões proferidas sobre os litígios não podem ser privatizadas diante do monopólio estatal desta atividade.

É possível perceber a “crise da justiça civil”¹⁵ visto que os conflitos precisam ser levados ao Poder Judiciário e, diante da quantidade de litígios, a duração dos processos passou a ser excessivamente longa.

Assim, a jurisdição é indelegável à iniciativa particular e deve ser prestada de forma digna já que as pessoas não podem fazer justiça de forma privada pelo exercício da autotutela¹⁶.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2007, p. 11 e 12.

¹⁵ Ricardo de Barros Leonel esclarece que a expressão “crise da justiça civil” passou a ser comum entre os estudiosos do problema do acesso à Justiça. In LEONEL, Ricardo de Barros. *A eficácia imediata da sentença e as reformas do CPC: um aspecto da caminhada para a efetividade da tutela jurisdicional*. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/3154c0.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹⁶ É possível o exercício da autotutela de forma excepcional, ou autodefesa, como elucida Kelsen: “O princípio da autodefesa é limitado o mais possível. Mas não pode ser completamente excluído. Mesmo no Estado moderno, no máximo, subsiste um mínimo de autodefesa. É o caso da legítima defesa.” In KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 6ª ed., 5ª tiragem, 2003, p. 43. No mesmo sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco: “A esse regime chama-se *autotutela* (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.” In CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. Malheiros: São Paulo, 2006, p. 27. No Brasil, a autotutela é permitida pelo direito em situações específicas como, por exemplo, no direito civil, quanto ao direito de retenção do possuidor de boa-fé (art. 1.219), ao desforço imediato (art. 1.210) e ao penhor legal (art. 1.470, todos do Código Civil). No direito penal, a autotutela vem pela exclusão da ilicitude prevista no art. 23 do Código Penal em quatro hipóteses: estado de

É neste campo da restrição à autotutela que a eficiência da prestação jurisdicional deve ser buscada visto que há a relação de proporcionalidade, ou seja, quanto mais ineficiente for a tutela jurisdicional, maior será a busca da autotutela dos direitos, havendo, nesta hipótese, verdadeiro retrocesso¹⁷ diante da violação particular do direito como forma de reparar o outro direito ofendido. Por sua vez, quanto mais eficiente for a tutela jurisdicional, menor será o interesse na busca da autotutela, visto que o Estado passa a prestar o serviço de forma eficiente, conforme previsto na Constituição Federal.

Ainda na questão da jurisdição, as buscas por eficiência e por razoável duração do processo são potencializadas quando se verifica que o Poder Judiciário é o responsável pela garantia de todos os outros direitos fundamentais, sendo decorrência lógica do monopólio da jurisdição existente no Estado Constitucional de Direito. Esta responsabilidade do Poder Judiciário implica dizer que o próprio acesso à Justiça é um direito fundamental, como explica Wambier:

“Pode-se afirmar, então, que o direito de acesso à Justiça (isto é, o direito à efetividade da jurisdição) é um direito fundamental, pois sua inefetividade pode comprometer a efetividade de todos os outros direitos fundamentais (evidentemente, sem que sejam efetivos os mecanismos de defesa dos direitos fundamentais materiais, sua efetividade pode ficar comprometida).”¹⁸

Neste cenário, o Poder Judiciário vem tentando se aprimorar na busca de uma prestação jurisdicional mais eficiente diante da importância que este serviço público representa à sociedade, que anseia pela eficiência do processo e com duração razoável, conforme agora expresso no texto constitucional¹⁹. Como forma de

necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito. No direito processual penal, há a possibilidade de qualquer pessoa efetuar a prisão de alguém que esteja em flagrante delito (art. 301 do Código de Processo Penal).

¹⁷ Para Arthur Machado Paupério: “Está claro que sem direito positivo não se pode alcançar o homem o grau de humanização que dele se espera, mas é preciso não esquecer também que o próprio direito positivo pode caminhar para o inumano.” In PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Direito e Poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 07.

¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *O contempt of court na recente experiência brasileira – Anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais*. In Revista de Processo. n. 119, jan 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 39.

¹⁹ No mesmo sentido quanto à necessidade de medidas de eficiência, é Antônio Ernani Pedroso Calhão ao dizer que: “Veja-se, entretanto, que a viabilização de um procedimento/processo célere e efetivo no cenário brasileiro enseja a adoção de medidas que reestruturam a jurisdição e o seu modo de atuação junto ao seio social, dotando-se de condições plenas para concretizar direitos de forma otimizada quantitativa e qualitativamente.” In CALHÃO, Antônio Ernani Pedroso. *Justiça Célere e Eficiente*. São Paulo: LTr, 2010, p. 24.

aprimoramento para solucionar o problema da prestação jurisdicional, o Poder Judiciário brasileiro vem se aproximando do *common law* pela utilização de alguns instrumentos inspirados no precedente judicial. Esta aproximação pode ser verificada com a implantação no Brasil dos sistemas de súmula vinculante e de repercussão geral dos recursos, mas que ainda não respondem com a eficiência e a celeridade do sistema originário do precedente judicial²⁰.

Como objetivo, este estudo vai analisar a possibilidade de o precedente judicial trazer maior eficiência à prestação jurisdicional do que as medidas já implantadas de aproximação ao *common law*, ou se o precedente judicial pode representar o engessamento da jurisdição.

Assim, esta pesquisa vai analisar o problema da eficiência da prestação jurisdicional diante da ausência de vinculação aos fundamentos da decisão, o que ocasiona a duração desarrazoada dos processos. O primeiro capítulo será conceitual, com a apresentação dos conteúdos dos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, bem como a relação da racionalidade do precedente judicial com os princípios conceituados.

Na busca do objetivo deste estudo, o precedente judicial será visto como medida de vinculação dos fundamentos da decisão à razão de decidir, servindo para trazer limitação racional ao poder jurisdicional pelo próprio poder jurisdicional, e será estudado como medida para se alcançar melhor eficiência à jurisdição e efetivar o princípio da razoável duração do processo, sendo que, uma vez comprovada a eficiência e a razoável duração do processo habilitadas pelo precedente judicial, é possível oferecer uma melhor garantia aos direitos fundamentais.

De outro lado, é preciso verificar o aspecto do precedente judicial quanto à impossibilidade de se proferir diferentes decisões judiciais sobre questões já decididas, mas que não sejam mais compatíveis com a sociedade em constante

²⁰ José Rodrigo Rodriguez afirma que ainda não se pode falar em precedente judicial no Brasil diante da ausência de organização dos argumentos das decisões judiciais: "... a formação de jurisprudência no Brasil se faz principalmente pela via de súmulas e enunciados e não pela reconstrução argumentativa de casos paradigmáticos que constituem uma tradição, como ocorre no direito anglo-saxão. As súmulas e enunciados são, com efeito, opiniões dos tribunais sobre determinados problemas jurídicos, expressas em fórmulas gerais abstratas que apontam para um determinado resultado. Não formam um corpo de argumentos organizados, mas um conjunto de diretivas com a forma de sim/não. Por esta razão, a ideia de precedente é inadequada, ao menos neste momento histórico, para descrever o funcionamento do direito brasileiro." In RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/364804/como-decidemascortes.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016, p. 07.

mudança, representando risco de paralisação da tutela jurisdicional. Esta parte será tratada no segundo capítulo, trazendo-se o conceito de precedente judicial e a sua relação com a lei, bem como fazendo-se um comparativo de eficiência entre este e a jurisprudência.

Mesmo com o estudo da eficiência do precedente judicial, da possível razoável duração ao processo trazida por este e da impossibilidade de engessamento da prestação jurisdicional, outra questão é revelada e referente aos limites do precedente judicial. Surge como desenvolvimento do objetivo proceder à verificação dos limites à eficiência e à razoável duração do processo trazidos pelo precedente judicial. Esta parte constará no terceiro capítulo, com a análise da questão da delimitação do precedente judicial com base no núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Ainda neste capítulo, será estudado se o Brasil está no caminho do precedente judicial, comparando a súmula vinculante com o precedente judicial e analisando-se a adequação deste com a razoável duração do processo.

Capítulo I – A eficiência e a razoável duração do processo

1.1 O conceito de eficiência e a situação judicial brasileira

O conceito de *eficiência* vem sendo construído há mais tempo pela administração pública e pelo Poder Executivo tendo em vista que a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, tornou explícito o princípio da eficiência no *caput* do art. 37 da Constituição Federal²¹, sendo aplicável à administração pública das pessoas políticas e da administração pública indireta.

Entretanto, tornar explícito um princípio não significa que, antes de ser expresso, a administração pública podia ser ineficiente, mesmo porque o princípio da eficiência já estava implícito no art. 74, inc. II, da Constituição Federal²².

Por sua vez, diante da menção expressa do princípio à administração pública, o tema da eficiência foi estudado e desenvolvido de forma mais exaustiva pelos doutrinadores administrativistas. Chegou-se à conclusão que *ser eficiente* envolve obter o melhor resultado na prestação do serviço público pela atuação do próprio servidor e pela gestão administrativa, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.”²³

Dentro do Poder Judiciário, há duas funções distintas, quais sejam, a função jurisdicional, que é a principal e envolve a função de julgar, também conhecida como função de *dizer o direito*, e a função administrativa interna do poder, que decorre da competência privativa prevista na Constituição Federal²⁴, ou seja, o Poder Judiciário

²¹ BRASIL. *Constituição Federal*. Art. 37. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

²² *Ibidem*. Art. 74, inc. II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 20ª ed., 2007, p. 75.

²⁴ Competência privativa dos tribunais quanto aos órgãos jurisdicionais e administrativos, conforme art. 96 da CF.

se auto organiza no plano administrativo com a destinação própria de seus recursos ou a criação de seus cargos.

Com base no princípio da eficiência na função administrativa judicial, houve a criação do Conselho Nacional de Justiça pela EC n. 45/2004, tendo competência de *accountability*²⁵ judicial ao zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal²⁶, devendo o Poder Judiciário prestar contas de seus atos ao CNJ.

No mesmo sentido, o princípio da eficiência também deve revestir a função jurisdicional, impondo a condução eficiente do processo até a decisão final. Assim, o princípio da eficiência deve estar presente em ambas as funções tendo em vista que os reflexos da ineficiência de uma são diretos na outra, ou seja, se a gestão administrativa de qualquer tribunal não buscar o melhor resultado na prestação administrativa, a prestação jurisdicional restará afetada diante da ausência de respaldo material e humano para potencializar a capacidade de julgamentos em tempo razoável e de forma célere.

Por sua vez, se a prestação jurisdicional não for entregue de forma eficiente, de nada adianta existir uma administração judicial precisa em seus fins. Neste ponto, o precedente judicial pode apresentar a eficiência necessária à prestação jurisdicional para que esta encontre mais rapidamente a solução à questão trazida ao magistrado para julgamento²⁷.

É possível vislumbrar que o princípio da eficiência apresenta forte tendência de subjetividade, ou seja, cada pessoa pode apresentar seu conceito de forma particular, conforme suas peculiaridades pessoais, nos termos de Bandeira de Melo:

²⁵ Diante da limitação do tema, não será avançada a questão da eficiência da administração do Poder Judiciário ou do *accountability* judicial. Para aprofundamento, consultar a tese de doutorado de Ilton Norberto Robl Filho, que esclarece: "Não há uma palavra no vocabulário da língua portuguesa contemporânea que traduza adequadamente os significados do substantivo inglês *accountability*. Observa-se na literatura brasileira o artigo de Anna Maria Campos (1990) '*Accountability*: quando poderemos traduzir para o português?'. A conclusão que chega Campos é de que não há uma palavra portuguesa que possa traduzir o termo *accountability*, além de inexistir, comparando com outros países, principalmente Estados Unidos, práticas de *accountability* no Brasil." In ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: o desenho institucional do judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no Estado Democrático de Direito Brasileiro*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Federal do Paraná, 2012, p. 80 e 81.

²⁶ Conforme art. 103-B, §4º, inc.II, da Constituição Federal.

²⁷ No mesmo sentido, Luiz Manoel Gomes Júnior: "Não é recente a preocupação dos estudiosos e dos aplicadores do direito com a outorga de uma tutela jurisdicional ágil e eficiente. Mais do que a obediência às formas e ao procedimento, o que a população almeja é uma solução a mais rápida possível para o litígio existente. Não é sem sentido a afirmativa de que a Justiça tardia é sempre uma forma de injustiça." In GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário*. In *Revista de processo*. n. 119, jan-2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 91.

“Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”.²⁸

Entretanto, para que se concretize a eficiência e se atinja a razoável duração do processo, estes princípios devem ser buscados no plano objetivo, e não na particularidade de cada pessoa. Por óbvio, cada pessoa tem a sua capacidade de produzir conforme as suas aptidões físicas e mentais, mas é possível incorporar os instrumentos para permitir, de forma objetiva, que a pessoa seja mais eficiente dentro das suas capacidades subjetivas.

Assim aconteceu com as invenções do carro, do computador e da internet, que foram meios que permitiram, às pessoas, o aumento da eficiência no atingimento de seus fins, sendo incorporados às capacidades subjetivas das pessoas e se tornando itens indispensáveis à sociedade moderna, sendo difícil de se cogitar o retorno das carroças para o transporte de pessoas e de objetos, das máquinas de escrever para os trabalhos nos escritórios ou das comunicações entre as pessoas exclusivamente em papel. Portanto, a função jurisdicional deve obedecer ao princípio da eficiência no plano objetivo.

Nesta visão de objetividade dos princípios, é que a implantação da sistemática do precedente judicial pode otimizar a função jurisdicional, trazendo a eficiência desejada pela sociedade, porque possui a vinculação das razões da decisão aos casos futuros semelhantes como elemento fundamental. Esta vinculação às razões da decisão permite a eficiência objetiva aos julgados, afastando o fator de dependência das características subjetivas dos intérpretes do direito.

Como consequência da implantação do precedente judicial, os magistrados, os advogados, os promotores e todos os demais estudiosos terão que se adaptar no

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2004, p. 111-112.

plano subjetivo ao novo sistema visto que deverão encontrar a *ratio decidendi* dos julgamentos já proferidos nos precedentes judiciais anteriores. A mudança de pensamento jurídico permitida pela vinculação existente nos precedentes judiciais pode, inclusive, evitar o ajuizamento de novas ações diante da previsibilidade do julgamento que será proferido nas novas demandas, sem prejuízo da possibilidade de o direito fazer as adaptações que o tempo e a sociedade exigirem para justificar os entendimentos novos ou divergentes dos julgados anteriores, trazendo integridade ao direito diante da construção dos julgados como um verdadeiro romance em cadeia²⁹.

Ao se analisar a mais alta corte do Brasil, é possível identificar a falta de eficiência e de razoável duração do processo. O Supremo Tribunal Federal não apresenta um filtro prévio eficaz³⁰ das questões constitucionais que devem ser analisadas, acarretando a lentidão e a ineficiência de suas decisões, levando anos para decidir as questões colocadas a julgamento³¹. Theodoro Júnior aborda o tema e esclarece que a falta de filtros levou ao acúmulo de processos a serem julgados, nos seguintes termos:

“Foi a falta de filtragem da relevância do recurso extraordinário que levou o Supremo Tribunal Federal a acumular anualmente milhares e milhares de processos, desnaturando por completo seu verdadeiro papel institucional e impedindo que as questões de verdadeira

²⁹ O romance em cadeia é proposto por Ronald Dworkin como forma de integridade do direito afirmando que: “Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso *McLoughlin* ou *Brown* introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. ... Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de ‘romance em cadeia’”. In DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 275. O caso *McLoughlin* foi um pedido de indenização requerido pela Sra. McLoughlin em razão do colapso nervoso que sofreu com a notícia do acidente sofrido por sua família causado por terceira pessoa. INGLATERRA. *Julgamento proferido pela House of Lords no caso McLoughlin v. O'Brian*. Disponível em: <<http://www.pierre-legrand.com/mcloughlin-v-obrian.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016. Já no caso *Brown*, alguns Estados mantinham a segregação racial nas escolas pública de crianças brancas e negras com base no caso *Plessy v. Ferguson*, quando a Suprema Corte julgou constitucional a segregação em vagões de trens. No novo caso, a Suprema Corte reviu o entendimento e declarou qualquer segregação inconstitucional. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Julgamento proferido pela Suprema Corte Americana*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

³⁰ O STF já possui alguns instrumentos processuais para realizar esta filtragem das matérias a serem analisadas, como por exemplo a repercussão geral. Entretanto, estes filtros não estão apresentando a eficiência necessária para diminuir o número de recursos analisados pela mais alta corte do Brasil.

³¹ No mesmo sentido, Luiz Manoel Gomes Júnior: “No âmbito do STF não é ocioso afirmar que a situação mostra-se *caótica* se considerada a quantidade de recursos que são julgados pelo mais importante tribunal do país. O que deveria ser *extraordinário* – manifestação da Suprema Corte – tornou-se *ordinaríssimo*. Todos recorrem para o STF, que passou a ser um “terceiro ou quarto grau de jurisdição””. In GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Op. cit., p. 92.

dimensão pública pudessem merecer a apreciação detida e ponderada exigível de uma autêntica corte constitucional.”³²

Esta ausência de filtro eficaz nas matérias a serem julgadas pode ser observada pela centralização das decisões nas instâncias superiores do Poder Judiciário, sendo que qualquer ação pode ser julgada pelas mais altas cortes do país sob o fundamento de que o mérito possui ligação direta, ou indireta, com as matérias constitucionais ou legais aduzidas, cabendo, respectivamente, recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal e recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

O próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre este cenário de incerteza e ineficiência, conforme constou no voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, quando da decisão que analisou a constitucionalidade do aborto de feto anencéfalo na ação de descumprimento de preceito fundamental n. 54 do Distrito Federal:

“Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimento, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final – proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. ... A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional.”³³

Esta deficiência de filtragem se apresenta como constante falha nos países que adotaram o *civil law*. Os sistemas judiciários italiano e francês apresentam o mesmo problema de excesso de processos a serem julgados pelas instâncias superiores, conforme colocado por Dínio de Santis Garcia:

“a Corte de Cassação italiana, dotada de 352 magistrados que decidem perto de 35.200 causas por ano (tocando a cada um 97 feitos). Ao Tribunal não cabe a faculdade de selecionar os recursos, devendo conhecer de todos os que lhe são encaminhados em forma legal. A Corte de Cassação francesa apresenta números menores: dispondo de 135 magistrados, julga anualmente cerca de 10.000

³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (Lei nº 11.418) e Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.417)*. In Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, vol. 8, n. 48, jul-ago/2007, Porto Alegre: Síntese, p. 102.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 do Distrito Federal*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

processos (atribuídas a cada juiz 75 causas). Falta-lhe, também, o poder seletivo de que dispõe a Corte Suprema dos Estados Unidos.”³⁴

No Brasil, o problema pode ser identificado diante do elevado número de decisões julgadas e pendentes de julgamentos nos tribunais de última instância, sendo que o Conselho Nacional de Justiça apresentou dados preocupantes no último relatório do *Justiça em Números*³⁵ do ano de 2014, ano-base 2013, quais sejam, havia no Brasil um estoque de 95.139.766 (noventa e cinco milhões, cento e trinta e nove mil, setecentos e sessenta e seis) processos em andamento no Poder Judiciário, com 78% dos processos na Justiça Estadual, 12% na Justiça Federal, 8% na Justiça do Trabalho e 2% nos demais tribunais. A quantidade de juízes ativos no Brasil à época era de 16.281, havendo quase 5.844 processos para cada magistrado.

Ao considerar a quantidade de tempo que o magistrado tem para julgar os processos, e levando em conta a média de dez meses úteis ao ano, com vinte dias úteis em média por mês, chega-se ao resultado de 200 dias úteis por ano. Logo, cada magistrado deve proferir 29,22 sentenças por dia para conseguir eliminar o estoque de processos pendente de julgamento no Brasil, o que daria 3,65 sentenças por hora diante de uma jornada de trabalho de oito horas diária³⁶.

Ainda para se constatar a falta de filtragem, havia no Supremo Tribunal Federal, em 31 de dezembro de 2014, um acervo de 56.676 processos³⁷, sendo que foram recebidos 3.797 e foram baixados 1.077 processos, ficando um acervo de 59.396 processos³⁸.

A situação não difere no Superior Tribunal de Justiça. Em 2014 foram julgados 2,49% processos a menos do que os processos que foram distribuídos. Houve

³⁴ GARCIA, Dínio de Santis. *Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores*. Revista dos Tribunais. Ano 85, dez. 1996, vol. 734, São Paulo: RT, p. 45-46.

³⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

³⁶ Os números apresentados são apenas um esboço do cenário caótico da Justiça no Brasil, sendo que não foram consideradas diversas outras variáveis, por fugir ao tema desta pesquisa, e que poderiam influenciar os números positivamente ou negativamente como, por exemplo, o tempo empenhado em sessões de julgamento, despachos, decisões interlocutórias, audiências, atendimento de procuradores, licenças e anulações de sentenças. Entretanto, estas variáveis não possuem a potencialidade de minimizar, mesmo que somadas, o quadro fático atual brasileiro de demora na prestação jurisdicional.

³⁷ Existe diferenciação técnica definida pelos processualistas entre os conceitos de *processo* e de *autos de processo*. Entretanto, o STF e o STJ usaram o termo processo em suas estatísticas e, por isso, foi repetida a terminologia original. Para aprofundamento, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil vol. 1*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 2004, p. 299 e 300.

³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Estatística do STF – acervo atual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

314.316 processos distribuídos, com 283.492 processos baixados, sendo que há 387.649 processos tramitando³⁹.

Por sua vez, o número excessivo de processos repercute diretamente no excesso de trabalho dos cartórios visto que os servidores também precisarão praticar todas as movimentações processuais em todos os feitos, mesmo que a matéria de direito seja semelhante e mesmo já existindo decisão judicial anterior, o que amplia a morosidade.

No ano de 2007, Paulo Eduardo Alves da Silva coordenou o estudo do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais em parceria com o Ministério da Justiça, a Escola de Direito da FGV de São Paulo e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, apresentando a situação do funcionamento dos cartórios judiciais⁴⁰.

O estudo apontou que o processo fica no cartório de 80% a 95% do tempo total de processamento, sendo que 51,4% a 69,3% deste tempo é gasto em publicação dos atos jurisdicionais, variando de 5,9 a 9,2 publicações por processo. Por sua vez, a juntada responde de 7% a 38,8% do tempo total em cartório, variando de 6,7 a 9,7 petições por processo analisado no estudo.

A pesquisa constatou, também, que o tempo do processo, após ter sido proferida a sentença, varia de 35% a 50% do tempo total do processo, envolvendo o recebimento dos recursos, as respostas e as remessas às instâncias superiores, concluindo que:

“Pelos prazos da lei, da distribuição até a remessa dos autos ao Tribunal, um processo de rito ordinário duraria 209 dias (pouco mais de 7 meses) e um processo de rito sumário duraria 178 dias (quase seis meses). Na prática, contudo, como vimos acima (item 2, “a”, supra), os processos de rito ordinário e sumário dos cartórios estudados duraram, em média, 872 dias (29 meses) e 615,5 (20,5 meses), respectivamente, até a remessa ao Tribunal.”⁴¹

³⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Estatística do STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=250>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

⁴⁰ SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). *Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais*. Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ). Disponível em: <<http://www.cebepj.org.br/pdf/Pesquisa%20-%20Cart%C3%B3rios%20Judici%C3%A1is.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

⁴¹ *Ibidem*, p. 30.

É possível verificar, então, que um dos fatores da falta de celeridade do Poder Judiciário decorre do excesso de processos, que em sua maioria envolvem temas repetidos, ocasionando o fluxo elevado de petições que sobrecarregam as capacidades humana e material de serviço do cartório.

Os números apresentados mostram o dilema⁴² que o Poder Judiciário vem enfrentando, qual seja, se todos os feitos podem chegar às altas cortes, deve-se aumentar o número de juízes e de funcionários para se ter a eficiência e a razoável duração do processo desejada e ordenada pela Constituição Federal, o que implica em gastos orçamentários maiores, ou, se manter a estrutura atual de magistrados e de servidores, e diante das limitações dos recursos financeiros, deve-se reduzir o número de processos em andamento e evitar novas distribuições de ações de temas já decididos. Esta última opção pode apresentar lógica, economia, segurança e eficiência melhores ao permitir a qualidade da prestação jurisdicional em tempo razoável.

Nesta perspectiva de qualidade é que o precedente judicial se amolda visto que, mesmo que não exista um sistema de filtragem eficaz que impeça a continuidade dos processos até as mais altas cortes, a vinculação às razões de decidir pode apresentar o mesmo resultado visto que o precedente judicial vincula os julgados a serem proferidos às decisões já proferidas, funcionando como uma barreira de razões aos novos casos semelhantes e impedindo que atos processuais repetidos sejam praticados quando já houver decisão judicial anterior aplicável ao novo caso.

A vinculação às razões da decisão pode ser observada nos sistemas jurídicos dos países que tiveram influência do *common law*, como Estados Unidos e Inglaterra, sendo possível perceber os benefícios trazidos pelos precedentes judiciais na eficiência dos processos. Outros países também passaram a adotar o precedente judicial na tentativa de tornar mais eficiente o sistema judicial, impondo a vinculação

⁴² Apresentando o dilema, Dínio de Santis Garcia menciona que: “É evidente que uma tal situação deriva de um sistema ao qual falta um mínimo de racionalidade. Não se pode fugir deste dilema: ou é necessário que todos estes feitos subam à apreciação da Corte Suprema, e neste caso é imperioso o aumento do número dos seus juízes, ou é mais importante que se mantenha a Corte em suas dimensões atuais, e nesta hipótese deve ser reduzido o montante dos feitos que lhe devem ser atribuídos.” E conclui: “devemos admitir que o STF, mantida a obrigatoriedade de decidir sobre todos os recursos que lhe chegam, deveria ter seu quadro ampliado para algo em torno de 350 juízes. Penso que esta não é a melhor solução.” In GARCIA, Dínio de Santis. Op. cit., p. 45-46. No mesmo sentido, Antônio Hernani Pedroso Calhão ao falar que: “a receita para a solução do problema não advirá da antiga burocracia judiciária; por tal modelo, o caminho seria, no mínimo, quintuplicar o número de magistrados.” In CALHÃO, Antônio Hernani Pedroso. Op. cit., p. 33.

dos fundamentos das decisões anteriores aos julgados futuros. É o caso do Japão que, no art. 318 de seu Código de Processo Civil⁴³, impôs o *ônus argumentativo do recurso às anteriores decisões*, que nada mais é do que a utilização do sistema de precedentes judiciais como forma racional de buscar a eficiência nos julgamentos, como colocado por Yasuhei Taniguchi:

“A parte prejudicada por decisão de segunda instância pode requerer à Suprema Corte permissão para recorrer, a qual apenas será concedida se a decisão impugnada for contrária a uma anterior decisão da Suprema Corte ou envolver questão de direito relevante (art. 318). Na essência, este novo sistema é similar ao do *certiorari* na Suprema Corte dos Estados Unidos.”⁴⁴

Singapura⁴⁵ também se utiliza do precedente judicial para restringir o acesso das questões jurídicas a serem analisadas por sua mais alta corte. O país incorporou o *common law* por ter sido colônia inglesa⁴⁶ até 1959, ano em que conseguiu ter seu próprio governo interno, sendo que hoje é a melhor nação asiática em índice de

⁴³ A previsão do art. 318 do Código de Processo Civil Japonês de 1996 prevê que: “As razões para uma petição para a aceitação da apelação final deve estar baseada pela indicação que o julgamento da instância anterior contém uma determinação que é inconsistente com precedentes proferidos pela Suprema Corte ou, precedentes (proferidos pela anterior Suprema Corte ou aqueles proferidos pelas altas cortes como corte final de apelação ou a corte de segunda instância, se não há precedentes proferidos pela Suprema Corte) ou envolve questões materiais concernentes à elaboração de leis e regulamentos.” Tradução livre. No original: “*The reasons for a petition for the acceptance of a final appeal shall be stated by indicating that the judgment of prior instance contains a determination that is inconsistent with precedents rendered by the Supreme Court or, precedents (rendered by the former Supreme Court or those rendered by high courts as the final appellate court or the court of second instance, if there are no precedents rendered by the Supreme Court) or involves material matters concerning the construction of laws and regulations.*” In JAPÃO. Governo do Japão. *Rules of Civil Procedure*. Disponível em: <<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/rcp.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016, p. 60.

⁴⁴ TANIGUCHI, Yasuhei. *O Código de Processo Civil Japonês de 1996 – um processo para o próximo século*. In *Revista de Processo*. n. 99, jul-set 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 61-62. O *writ of certiorari* é a decisão buscada para se acessar a Suprema Corte dos EUA, sendo que a corte tem a discricionariedade para decidir se a matéria a ser analisada é de relevância constitucional. Para aprofundamento, PINTO, José Guilherme Berman C. *O Writ of Certiorari*. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 9, n. 86, ago/set 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_86/artigos/JoseGuilherme_rev86.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

⁴⁵ A palavra pode ser grafada com “s” ou com “c”, estando as duas formas corretas diante da ambivalência presente nos dicionários brasileiros. BRASIL. Senado Federal. *Manual de comunicação da Secretaria de Comunicação Social*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/manual/decomunicacao/faq/cingapura-ou-singapura-ecos-ecoam-aqui-da-tv-o-nome-de-cingapura-seria-grafado-com-201cs201d-apos-o-acordo-ortografico-2014-singapura-2014-como-em-portugal.-o-nome-origina-me-dizem-aqui-e-singapore-com-201cs201d.-como-o-assunto-foi-tema-de-discurso-hoje-1>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

⁴⁶ Maiores detalhes da história de Singapura no site oficial do governo de Singapura. SINGAPURA. *História*. Disponível em: <<http://eresources.nlb.gov.sg/history>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

desenvolvimento humano e a 9ª melhor do mundo⁴⁷, conforme dados de 2014. O parlamento de Singapura promulgou a lei de aplicação da lei inglesa em 1993, conhecido como AELA, em que reconheceu que o *common law* continuaria a ser aplicado no país⁴⁸.

Por sua vez, existe Constituição escrita em Singapura, mas que não é tão extensa em direitos e garantias, existindo um sistema de filtro constitucional que foi implantado pelo Ato de 1989 e que limitou os casos a serem analisados pela corte máxima (*Privy Council*). A discussão atual no país é a restrição de acesso à corte de todos os casos civis e criminais⁴⁹, transformando-se exclusivamente em corte constitucional⁵⁰.

Já na Índia⁵¹, a influência do *common law* teve sua origem no ano de 1600, quando da formação da Companhia Britânica das Índias Orientais. Esta companhia teve o poder para fazer as leis que fossem necessárias ao comércio, desde que não contrariassem as leis, os estatutos e os costumes ingleses. Vastos territórios da Índia foram governados pela companhia, havendo a criação de cortes reais especiais e a aplicação do direito inglês.

Estas cortes se transformaram na Suprema Corte, sendo composta por juízes ingleses. Por sua vez, estes aplicavam o *common law*, com exceção nos casos de herança, casamento, castas e disputas religiosas. O resultado desta influência foi a aplicação do *common law* na maioria do território indiano no final do século XIX. Com a independência da Índia em 1947, o sistema judicial manteve os conceitos

⁴⁷ MUNDO. Organização das Nações Unidas. *Relatório de Desenvolvimento Humano de 2014*. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014.pdf>> Acesso em: 04 fev. 2016, p. 159.

⁴⁸ Peter de Cruz menciona esta aplicabilidade do *common law* no sistema legal de Singapura: “Contudo, este estatuto declara (nas listas contidas em anexo) que os estatutos ingleses continuam a ser aplicáveis em Singapura, e declara que o direito comum inglês (incluindo princípios e regras de equidade), que estava em vigor antes do início do ato de 1993, continua a estar em vigor e parte da lei de Singapura.” Tradução livre. No original: “*However, this statute declares (in lists contained in its annexed Schedules) which English statutes continue to be applicable in Singapore, and declares that the English common law (including principles and rules of equity), which was in force before the commencement of the 1993 Act, continues to be in force and part of the law of Singapore.*” In CRUZ, Peter de. *Comparative law in a changing World*. Oxônia-UK: Routledge-Cavendish, Third edition, 2007, p. 123.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 125.

⁵⁰ Não é possível afirmar que o sistema de precedentes judiciais seja o responsável exclusivo pelo alto grau de desenvolvimento humano de Singapura, mas é possível verificar que, diante da razoável duração do processo e da eficiência apresentados, o precedente judicial colabora com a solução dos conflitos sociais, permitindo a melhor qualidade de vida às pessoas.

⁵¹ *Ibidem*, p. 126 e 127.

fundamentais do *common law*, inclusive o precedente judicial, sendo que este podia ser adaptado aos fatos particulares locais.

As vantagens trazidas pelo *common law*, em especial pela igualdade observada nos julgamentos de precedentes judiciais, colaboraram com a união do país tendo em vista a existência de diversas etnias, conforme esclarece Peter de Cruz:

“Tendo em vista a grande diversidade da sociedade indiana, tais como suas 15 línguas oficialmente reconhecidas, e a co-existência inquieta de hindus e muçulmanos, o que levou à criação do Paquistão em 1947, a lei comum Inglês pode ser vista por ter unido o país de uma forma que parecia intrinsecamente impossível, até mesmo para a população nativa.”⁵²

Hong Kong também adota o *common law* e seu sistema de precedentes judiciais. A ilha foi colônia inglesa até 1997, quando passou a ser controlada pela China, mas manteve sua autonomia, possuindo uma lei básica que tem características de constituição, sendo o décimo quinto país com maior índice de desenvolvimento humano no mundo⁵³. O artigo 8 prevê a aplicação do *common law* e seus sistemas:

“As leis previamente vigentes em Hong Kong, isto é, o *common law* (lei comum), regras de equidade, ordenanças, legislação subordinada e direito consuetudinário devem ser mantidas, exceto para aquelas que não estejam de acordo com esta lei, ou que tenham sido alterados pela legislatura da Região Administrativa Especial de Hong Kong.”⁵⁴

Entretanto, não parece ser tarefa fácil adotar o precedente judicial no Brasil, visto que sempre existiu o receio de que eventual mudança no pensamento judicial acarretaria interferência na imparcialidade da atividade jurisdicional. Esta resistência à mudança tem como causa a cultura formal e conservadora do juiz brasileiro, bem como o apego aos recursos⁵⁵, que são incompatíveis com o sistema de precedente judicial, conforme retrata Renato Nalini:

⁵² Tradução livre. No original: “*In view of the great diversity of Indian society, such as its 15 officially recognised languages, and the uneasy co-existence of Hindus and Muslims, which led to the creation of Pakistan in 1947, the English common law can be seen to have united the country in a way that appeared intrinsically impossible, even to the native population.*” In CRUZ, Peter de. Op. cit., p. 127.

⁵³ MUNDO. Organização das Nações Unidas. Op. cit., p. 159.

⁵⁴ Tradução livre. No original: “*The laws previously in force in Hong Kong, that is, the common law, rules of equity, ordinances, subordinate legislation and customary law shall be maintained, except for those that are inconsistent with this law, or have been amended by the legislature of Hong Kong Special Administrative Region.*” In CRUZ, Peter de. Op. cit., p. 130.

⁵⁵ No mesmo sentido vai Dínio de Santis Garcia ao mencionar que o Brasil é um “país em que o apego aos recursos é extraordinariamente forte.” In GARCIA, Dínio de Santis. Op. cit., p. 46.

“A cultura formal e conservadora do juiz brasileiro, transmitida através das gerações com fidelidade ao modelo coimbrão de um direito onipotente quanto à regulação de todas as facetas da vida e de uma justiça inerte, agindo apenas quando provocada, explica a dificuldade em aceitar um projeto consistente de modernização institucional. A inércia, garantia de imparcialidade judicial, se estende do campo processual para o administrativo. O Judiciário não pensa em seu futuro, não se questiona sobre sua insuficiência como poder para atender aos clamores da população, não oferece um projeto viável para a Justiça do amanhã. Com um agravante: reservou-se para si o monopólio de iniciativa legislativa quanto a temas de seu peculiar interesse – as chamadas leis de organização judiciária. ... Ingressa-se, assim, num perverso círculo vicioso. O Judiciário detém o monopólio de sua transformação. Mas o Judiciário não quer transforma-se.”⁵⁶

1.1.1 A efetividade, a celeridade e os limites à eficiência e à razoável duração do processo

A eficiência pode ser conceituada, então, como a análise da intensidade da medida utilizada para atingir determinado fim. Partindo deste conceito, Humberto Ávila apresenta duas exigências ao princípio da eficiência:

“O tema da eficiência não é novo no Direito anglo-saxão, onde são diferenciadas duas exigências: o dever de atingir o máximo do fim com o mínimo de recursos (*efficiency*); o dever de, com um meio, atingir o fim ao máximo (*effectiveness*).”⁵⁷

Assim, uma medida pode ser considerada eficiente, em seu sentido amplo, e de razoável duração, se utilizar o mínimo de recursos e se atingir o máximo de resultados em tempo razoável, ou seja, a medida deve ter eficiência de forma específica e efetividade, ambos no tempo certo. Para se verificar estas

⁵⁶ NALINI, Renato. *A Rebelião da Toga*. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 17 e 18. Diante da delimitação do tema não haverá aprofundamento do pensamento judicial, mas vai no mesmo sentido as lições de José Rodrigo Rodriguez ao afirmar que o magistrado no Brasil se utiliza de sua opinião pessoal nos julgados, não havendo debate ou vinculação das razões dos julgados: “Quando pensam sobre um caso concreto, como se verá, os juristas brasileiros estão mais preocupados em apresentar suas opiniões pessoais sobre o problema que têm diante de si do que em demonstrar analiticamente a correção da solução que defendem. Debater tal solução perante seus colegas também fica em segundo plano. Cada juiz parece se relacionar com a esfera pública de forma independente: sua individualidade está acima das eventuais ‘razões do Tribunal’ que, alias, não organiza os fundamentos dos votos em uma decisão coerente ou impõe a necessidade de se elaborar um ‘voto da corte’”. In RODRIGUEZ, José Rodrigo. Op. cit., p. 07.

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. In REDE, Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4, out/nov/dez 2005. Salvador. p. 19. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/HAvila.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016.

condicionantes, usa-se o princípio da proporcionalidade, como esclarece Humberto Ávila:

“O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).”⁵⁸

Portanto, deve ser analisado se o precedente judicial observa as três etapas da proporcionalidade, quais sejam, se o meio é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito para se atingir o fim da razoável duração do processo e da eficiência.

Para se testar o precedente judicial na fase da proporcionalidade em sentido estrito e eventuais desvantagens de sua adoção, a proposta é verificar se o núcleo essencial dos direitos fundamentais pode servir como limite ao precedente judicial de forma a compatibilizar a razoável duração do processo e a eficiência com os demais princípios constitucionais, visto que a eficiência não pode ter como sinônimo necessário a potencialização máxima da rapidez, ou seja, o processo não precisa terminar em minutos, horas ou dias.

Deve-se entender como processo célere e eficiente aquele que atende aos requisitos da *justiça no tempo adequado* para resolver a questão colocada a julgamento, mas sem se esquecer das demais garantias constitucionais explícitas ou implícitas, como contraditório, ampla defesa e duplo grau de jurisdição⁵⁹, e que representam resistência temporal à solução definitiva mais rápida.

A eficiência apresenta o aspecto temporal, representada pela celeridade e que se revela como sendo a rapidez dos julgamentos. Há, ainda, o aspecto anti-temporal

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 12a ed., 2011, p 173-174.

⁵⁹ Fredie Didier Jr esclarece que: “A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. E preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sintam saudades deles.” In DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Salvador: Juspodium, 15ª ed., 2013, p. 69.

da eficiência, que seriam as garantias constitucionais de um julgamento justo e que operam resistência à celeridade. Neste cenário, a solução de harmonização pode ser oferecida pela teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais, servindo de limite à eficiência e à razoável duração do processo e permitindo que o precedente judicial supere a terceira fase da proporcionalidade em sentido estrito.

Ainda sob a ótica temporal da eficiência, os julgamentos, que não podem ser feitos em segundos, também não podem levar anos ou décadas para serem resolvidos sob a justificativa simplista de excesso de trabalho⁶⁰, sendo que o precedente judicial pode ser apresentado como a resposta eficiente de celeridade e, ao mesmo tempo, obedecer aos demais princípios constitucionais anti-temporais.

1.2 O conceito de razoável duração do processo

O tempo é o objeto de estudo dos homens desde a antiguidade, sendo que deriva da palavra *tempus* em latim. Entretanto, a palavra latina não era original e derivava da palavra grega *kairós*, que tinha o conceito amplo de tempo, englobando as palavras *chronos*, que significava a dimensão quantitativa e mensurável do tempo, e *aión*, que significava a dimensão qualitativa e não mensurável do tempo⁶¹.

No campo do direito, o tempo tem a sua devida importância visto que o processo é o instrumento utilizado para a solução dos conflitos sociais, sendo que o direito deve apresentar uma resposta jurídica certa e em tempo razoável, devendo apresentar eficiência, rapidez e qualidade técnica nas decisões judiciais.

Assim, a razoável duração do processo está relacionada às duas dimensões do fator temporal, quais sejam, a quantidade e a qualidade do tempo, sendo que não é recente a preocupação com a rapidez dos julgamentos e se evitar que as questões

⁶⁰ Calhão menciona que a prestação jurisdicional deve ser prestada em tempo razoável e que não pode ser justificativa da prestação tardia o “acúmulo de trabalho”, justamente por ser uma análise simplista da questão. In CALHÃO, Antônio Ernani Pedroso. Op. cit., p. 26.

⁶¹ Carlos Marden esclarece, ainda, que: “Dessa maneira, é possível dizer que, enquanto *aión* e *chronos* eram conceitos complementares, *kairós* era um conceito mais amplo, que mesclava ambos os conceitos anteriores, permitindo que o tempo fosse compreendido além da perspectiva estritamente cronológica. O tempo kairológico, portanto, era o tempo entendido em sua complexidade que envolvia tanto a simples medição do tempo, quanto a sua passagem autêntica (tempo aiônico).” In MARDEN, Carlos. *A razoável duração do processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 96.

se eternizem no Poder Judiciário⁶², como ocorre hoje nas quatro instâncias que, de fato, existem no sistema brasileiro.

Portanto, ser razoável significa atingir determinado fim e da melhor forma possível, sendo um conceito relativo por depender de fatores variáveis existentes em cada caso concreto. O princípio da razoável duração do processo está associado ao princípio da proporcionalidade diante da necessidade de se buscar a melhor solução ao caso concreto pela razão e da adequação dos meios ao fim a ser atingido, como esclarece Hely Lopes Meirelles:

“Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa.”⁶³

Atento ao fato de que a morosidade da prestação jurisdicional pode acarretar risco à aplicação da Justiça nos conflitos existentes na sociedade⁶⁴, o legislador constitucional derivado aprovou a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou a razoável duração do processo como direito fundamental, conforme art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal⁶⁵. Portanto, o fator temporal passou a ser fundamental à eficiência da prestação jurisdicional visto que, agora de forma expressa, o tempo de duração do processo deve ser razoável.

⁶² Analisando a Constituição do Império, José Antônio Pimenta Bueno já antevia o sistema judiciário brasileiro atual com suas quatro instâncias ineficientes: “Com efeito, crear mais de duas instancias seria não attender os verdadeiros interesses sociaes, fôra onerar muito as partes, conservar por muito tempo os direitos e as fortunas em dubiedade e deterioração, e emfim não impôr opportunamente um termo ás questões. Demais, se duas instancias podem laborar em erro, ou parcialidade, nada evitaria que uma terceira fosse nesse defeito incorresse. O ultimo julgado seria sempre obra dos homens, e como tal sujeita á fallibilidade e imperfeição.” In BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1857, p. 345-346.

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 26ª ed., 2001, p. 86-87.

⁶⁴ Ao analisar o tempo do processo, Luiz Guilherme Marinoni já dizia que: “Nessa linha é fácil concluir que o *autor com razão* é prejudicado pelo tempo da justiça na mesma medida em que o *réu sem razão* é por ela beneficiado. Vistas as coisas através desse ângulo, fica muito claro o valor que o tempo possui diante desses conflitos”. E acrescenta em nota de rodapé que: “Como dissemos há mais de uma década, o réu, não poucas vezes, vale-se da demora da justiça, podendo ser dito, aliás, que muitas demandas não seriam levadas ao Poder Judiciário se ele não tivesse do seu lado a lentidão da tutela jurisdicional (Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas d processo civil*, p. 34).” In MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. V. 1. São Paulo: RT, 3ª ed., 2008, p. 188.

⁶⁵ BRASIL. *Constituição Federal*. “Art. 5º, inc. LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade se sua tramitação”.

Do mesmo modo que o princípio da eficiência, o fato de ter se tornado expresso o princípio da razoável duração do processo, através da EC. n. 45/2004, não significava que, anteriormente, o processo poderia ter duração sem prazo determinado. Inclusive, o princípio já tinha aplicação no Brasil, tendo em vista a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica⁶⁶, que previu tal princípio nas garantias judiciais, conforme art. 8, item 1:

“Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

É importante mencionar que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, inclusive os direitos fundamentais constantes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, podendo ter força de emenda constitucional, conforme art. 5º, §1º a §3º, da Constituição Federal⁶⁷, como foi o caso do Pacto de São José da Costa Rica.

No âmbito judicial, a finalidade do processo é resolver o conflito de interesse levado a julgamento. Já o meio para se atingir esse fim é a prestação jurisdicional, sendo que esta deve buscar a melhor resposta ao caso concreto, com rapidez e justiça, sendo de responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário ofertar a prestação jurisdicional de forma rápida, conforme as palavras de Antônio Ernani Pedroso Calhão:

“Além do mais, a razoável duração do processo, bem como os meios que assegurem a celeridade de sua tramitação, são características que só comprovam a responsabilidade dos juízes e tribunais de apresentar resposta efetiva às demandas, além do compromisso de utilização racional e ótima dos recursos disponíveis a fim de se alcançarem resultados satisfatórios diante das exigências do mercado e do direito.”⁶⁸

⁶⁶ O Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana sobre Direitos Humanos, foi assinado em 22 de novembro de 1969 e entrou em vigor em 18 de julho de 1978 no plano internacional. No Brasil, entrou em vigor na data de 25 de setembro de 1992 diante do depósito da carta de adesão, sendo promulgado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. BRASIL. *Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacao-original-1-pe.html>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

⁶⁷ Para aprofundamento do tema da hierarquia dos tratados internacionais, ver artigo de: SCHIER, Paulo Ricardo. *Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 – tese em favor da incidência do tempus regit actum*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

⁶⁸ CALHÃO, Antônio Ernani Pedroso. Op. cit., p. 36.

Tentando trazer maior objetividade ao conceito relativo de processo com duração razoável, a Corte Europeia dos Direitos do Homem estabeleceu três critérios para verificar a obediência ao princípio, conforme menciona Fredie Didier Jr.:

“A Corte Europeia dos Direitos do Homem firmou entendimento de que, respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e dos seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional.”⁶⁹

Neste último critério é que se pode enquadrar o precedente judicial visto que o mesmo vincula os fundamentos da decisão judicial aos casos semelhantes futuros. Ao agir assim, o precedente judicial pode apresentar um sistema de eficiência temporal na atuação do órgão jurisdicional ao entregar a solução dos processos em menor prazo, tornando a duração dos mesmos mais razoável na quantidade e na qualidade de tempo utilizado.

1.3 A relação entre a razoável duração do processo, a eficiência e a racionalidade do precedente judicial

A distinção teórica entre regra e princípio se mostra importante no campo da racionalidade do precedente judicial. Em linhas gerais, a regra garante um direito definitivo enquanto o princípio garante direitos com conteúdo *prima facie*, ou seja, os direitos apresentam a realização ampla de suas razões, mas possuem a possibilidade de restrição por não serem absolutos diante da coexistência com os outros princípios, como menciona Virgílio Afonso da Silva:

“O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.”⁷⁰

⁶⁹ DIDIER Jr., Fredie. Op. cit., p. 68.

⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

Robert Alexy constrói sua teoria definindo princípios como mandamentos de otimização, devendo o direito ser realizado na maior medida possível, havendo graus de realização, conforme explica:

“Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”⁷¹

Trazendo esta teoria das regras e dos princípios ao plano prático, o precedente judicial pode ter a aptidão para resolver tanto os conflitos entre as regras como as colisões entre os princípios, ou seja, vai vincular os fundamentos das futuras decisões judiciais aos fundamentos já analisados de qual é a regra ou o princípio aplicável ao caso concreto.

Assim, o estudo da racionalidade do precedente judicial se revela importante na solução dos conflitos e das colisões, devendo esta racionalidade trazer sintonia com a eficiência e a razoável duração do processo e, na mesma linha, se afastar da discricionariedade judicial, que era temida pelos positivistas, e do risco da imutabilidade dos julgamentos passados.

No positivismo, a Constituição era considerada como um conjunto de regras formais, sendo que a lei concedia o conteúdo material ausente no plano constitucional. Neste sistema, a lei é a fonte do direito e o legislador é o senhor do direito. O legislador tinha discricionariedade na elaboração da lei, não precisando explicitar seus motivos visto que bastava a legitimidade democrática. O magistrado aplicava a racionalidade da subsunção da lei ao caso concreto, tendo certa discricionariedade diante do texto aberto da lei, mas limitada pela própria lei⁷².

Portanto, a subsunção foi o método lógico utilizado no positivismo visto que o sistema legal envolvia o enquadramento do fato na lei. Amoldurando-se o fato à lei, esta seria aplicada, mas se o fato não se enquadrasse na lei, esta não seria aplicada.

⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2012, p. 90.

⁷² Hart não exclui a possibilidade de haver discricionariedade judicial, mas coloca a lei como seu limite, nos seguintes termos: “Mas é importante notar que, de forma predominante no último caso e de grau variável no primeiro, a base para tal predição consiste no conhecimento de que os tribunais não consideram as regras jurídicas como predições, mas antes como padrões a seguir na decisão, suficientemente determinados, apesar da sua textura aberta, para limitar o seu caráter discricionário, embora sem o excluir.” In HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 2001, p. 160/161.

Na hipótese de conflitos entre as regras, o positivismo utilizava os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade para resolver as antinomias⁷³.

Ainda no campo da teoria do positivismo, a utilização dos princípios constitucionais de forma direta pelo magistrado, que avançaram para se tornarem princípios com densidade vinculativa e sem lógica hierárquica pré-determinada⁷⁴ pela Constituição, levaria à ineficiência e ao aumento da demora da solução dos processos em comparação ao sistema de regras do positivismo, que possui a lógica hierárquica de valores e a subsunção dos fatos à lei, sendo mais rápido e eficiente.

No pensamento positivista, a interpretação direta feita pelos magistrados das normas materiais inseridas na Constituição aumentaria a indeterminação do direito, se contrapondo à determinação gerada pelo sistema de regras legais, e ampliaria a discricionariedade do juiz, que no positivismo era limitada pela lei. As afirmações tinham como base o grau de abstração, a moral heterogênea e a falta de hierarquia estável e geral dos princípios.

Assim, os positivistas consideravam que o sistema de racionalidade utilizado pelos princípios acabava com a determinação do direito⁷⁵, passando ao subjetivismo do magistrado, sem controle de racionalidade. Ronald Dworkin não concorda com a discricionariedade judicial oferecida pelo positivismo e afirma que:

“Hart, como Austin, reconhece que as regras jurídicas possuem limites imprecisos (ele se refere a elas como tendo “uma textura aberta”) e, ainda

⁷³ Norberto Bobbio esclarece os três critérios a serem seguidos no positivismo para solucionar as antinomias: “O critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*. ... O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. ... O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*.” In BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995, p. 92 a 96.

⁷⁴ Explicando que não há hierarquia entre os princípios, Gustavo Zagrebelsky afirma que: “Em geral, os princípios não se estruturam seguindo uma <hierarquia de valores>. Se assim fosse, se produziria uma incompatibilidade com o caráter pluralista da sociedade, algo inconcebível nas condições constitucionais materiais da atualidade.” Tradução livre. No original: “*Por lo general, los principios no se estructuran según una <jerarquía de valores>. Si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad.*” In ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 124.

⁷⁵ A questão é apondada por Luis Prieto Sanchis, que esclarece: “Certamente, diante do panorama exposto, poderia se pensar que estas Constituições do neoconstitucionalismo são um despropósito, um monumento à antinomia: um conjunto de normas contraditórias entre si que se sobrepõe de modo permanente dando lugar a soluções díspares.” Tradução livre. No original: “*Ciertamente, tras el panorama expuesto, pudiera pensarse que estas Constituciones del neoconstitucionalismo son un despropósito, un monumento ala antinomia: un conjunto de normas contradictorias entre sí que se superponen de modo permanente dando lugar a soluciones dispares.*” In SANCHÍS, Luis Prieto. Op. cit., p. 126.

como Austin, explica os casos problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação. (Tentarei mostrar, mais adiante, por que aquele que pensa sobre o direito como um conjunto especial de regras é quase inevitavelmente levado a explicar casos difíceis em termos de um exercício de poder discricionário por parte de alguém.)⁷⁶

A crítica de Ronald Dworkin à teoria positivista de Hart pode ser utilizada para responder como a racionalidade do precedente judicial pode afastar a discricionariedade judicial presente no positivismo e possibilitar o fornecimento da base necessária para que o precedente judicial possa ser eficiente na solução dos conflitos em tempo razoável, além de possibilitar a resposta certa em termos de segurança jurídica ao direito, evitando as manobras dos intérpretes, seja lidando com regras ou com princípios.

Assim, a resposta decorre da interpretação dos princípios constitucionais, que passa a exigir uma argumentação refinada para compensar o suposto déficit de determinação e que passa a utilizar as relações entre a moral política⁷⁷ e o direito para fazer o sopesamento dos princípios, permitindo que a decisão judicial tenha seus fundamentos obtidos pela razão objetiva.

Não se pode negar que a incorporação dos princípios pela Constituição pode gerar diferentes interpretações de seus conteúdos. Entretanto, não é possível confundir a diversidade das interpretações com a indeterminação do direito diante da ausência de relação absoluta de precedência, ou quantificação pré-ordenada, dos conteúdos dos princípios.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35. No mesmo sentido de que a discricionariedade está no positivismo, é a lição de Virgílio Afonso da Silva: “Mesmo nos casos de “simples” subsunção, nos quais muitos imaginam haver uma simples operação lógico-formal, o grau de liberdade do intérprete/aplicador do direito não é necessariamente pequeno. Embora a subsunção seja, de fato, um método em que a conclusão deve decorrer logicamente das premissas, a própria fundamentação dessas premissas e a interpretação dos termos nelas contidos não são um processo lógico.” In SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 149.

⁷⁷ Diante da restrição ao tema, não se avançará na discussão travada entre moral e direito nas teorias de Hart e de Dworkin. Neste estudo, o precedente judicial será analisado conforme a teoria de Dworkin, ou seja, com o relacionamento da moral em seu aspecto político ao direito, conforme sintetiza Albert Calsamiglia no prelúdio da obra do autor: “Em resumo, a crítica ao pressuposto da separação absoluta entre o direito e a moral, se conduz à construção de uma teoria do direito na qual a moral e a política ocupam um lugar relevante. Dworkin está preocupado em analisar as relações entre o direito e a moral. Não estão desgarradas ambas as parcelas como o haviam feito os metodólogos da pureza.” Tradução livre. No original: “*En resumen, la crítica al supuesto de la separación absoluta entre el derecho y la moral, le conduce a la construcción de una teoría del derecho en la cual la moral y la política ocupan un lugar relevante. Dworkin se ha preocupado de analizar las relaciones entre el derecho y la moral. No ha desgajado ambas parcelas como lo habían hecho los metodólogos de la pureza.*” In DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio. Ensayo sobre Dworkin*. Barcelona: Editorial Ariel, 2ª ed., 1989, p. 12.

O intérprete vai analisar todas as possibilidades de interpretações e, de acordo com a racionalidade da ponderação dos valores, construirá a resposta fundamentada pela razão ao caso concreto. Não vai se utilizar do decisionismo para revelar a determinação que o direito tem ao caso concreto.

Por sua vez, a coerência da interpretação do julgado será extraída para o plano abstrato e utilizada nos demais casos semelhantes, diante da vinculação dos fundamentos presente no precedente judicial.

A extração abstrata da análise racional e ponderada dos fundamentos permite que o direito tenha coerência visto que os fundamentos, ou a *ratio decidendi*, serão vinculantes aos casos futuros. A eficiência do precedente judicial decorre desta vinculação, visto que não será necessária a reanálise dos mesmos argumentos que já foram analisados nos julgamentos anteriores.

Por sua vez, o direito passa a necessitar de interpretação também política, diante de sua interação com a moral política, sendo feita pela racionalidade do sopesamento de valores e havendo, como consequência, o afastamento da discricionariedade e do decisionismo⁷⁸, que são interpretações subjetivas.

O precedente judicial construído a partir da ponderação dos princípios fundamentais e das regras compensa este suposto déficit de argumentação quando comparado à racionalidade do direito positivista, tendo em vista não ser um enunciado de preferências pessoais do juiz, mas um modelo de interpretação fundamentado por razões obtidas pelo conhecimento para solucionar o caso concreto⁷⁹.

⁷⁸ Frederico Silveira e Silva esclarece que a distinção da decisão feita nos ambientes de discricionariedade e de decisionismo está na limitação de seu conteúdo, nos seguintes termos: “A ‘decisão’ tomada na discricionariedade não é a mesma ‘decisão’ da teoria decisionista. Na discricionariedade, a decisão é limitada pelo permissivo legal e pelos princípios constitucionais. Além disso, a norma jurídica permite e limita a discricionariedade. Já na teoria decisionista a atuação do legitimado é ilimitada, porquanto ele é quem cria a própria norma; a decisão não é autorizada pela norma anterior, pois sequer há norma neste momento.” In SILVEIRA E SILVA, Frederico. *O decisionismo de Carl Schmitt e sua relação com a discricionariedade e a medida provisória*. In Revista CEJ, n. 39, out/dez 2007, Brasília, p. 41. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/945/1118>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

⁷⁹ Hans Kelsen concorda que a interpretação envolve ato de vontade, mas que decorre de anterior operação de conhecimento pelos aplicadores do Direito, conforme expõe: “Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.” In KELSEN, Hans. Op. cit., p. 394. A anterior operação de interpretação também deve ser revestida por fundamentação expressa de suas razões, o que confirma não se tratar de escolha pessoal do juiz quando este utiliza do precedente judicial, sendo motivação objetiva por se basear nos julgamentos anteriores.

Nesta parte, o modelo de fundamentação pela ponderação de Robert Alexy⁸⁰ apresenta a interpretação que pode ser utilizada pelo precedente judicial para solucionar os processos de forma eficiente e célere, inclusive com a análise de eventual lei aplicada e sua ligação com os princípios fundamentais, sendo colocado pelo autor nos seguintes termos:

“O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional.”⁸¹

Em vez de discricionariedade judicial, existe a interpretação pela ponderação dos princípios constitucionais, tendo os magistrados como seus aplicadores. Por sua vez, o instrumento que se revela adequado para fazer esta aplicação do direito de

⁸⁰ Há diferenças nas teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, em especial na busca da resposta certa e no conceito de princípio. Dworkin coloca a integridade por meio da resposta certa como ponto central do direito, mesmo nos casos difíceis, sendo que é *prévio* o conhecimento do princípio aplicável, conforme esclarece Andrea Nárriman Cezne: “Pode-se dizer que, para Dworkin, o sistema de princípios deve permitir que exista uma resposta correta também nos casos em que as regras não determinam uma única resposta. Desta forma, a única resposta correta seria aquele que melhor se justificar em termos de uma teoria substantiva, que tenha como elementos os princípios e as ponderações de princípios que melhor correspondam à Constituição, às regras de Direitos e aos precedentes.” *In* CEZNE, Andrea Nárriman. *A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 52, jul. 2005, p. 52. Já para Robert Alexy, não é possível conhecer antecipadamente o princípio a ser aplicado ao caso concreto, necessitando-se da ponderação pela proporcionalidade, ou seja, com a aplicação da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Entretanto, o ponto comum das teorias é que Alexy aprimora o conceito de princípio proposto por Dworkin, conforme salienta Andrea Nárriman Cezne: “Verifica-se aqui que as aproximações teóricas entre os dois autores são conceituais, e que a teoria de Alexy foi construída efetivamente sofisticando o conceito de princípio proposto por Dworkin, e mais, estabelece para este uma metodologia racional de aplicação. Sobre a determinação dos princípios, e a vinculação das decisões a eles, surge a questão da existência ou não de uma resposta correta aplicável aos casos nos quais se discutem princípios.” *Ibidem*, p. 54. Assim, como ambos os autores lidam com os direitos fundamentais e as suas interpretações, bem como estudam a fundamentação das decisões judiciais, o precedente judicial pode satisfazer ambas as teorias porque o mesmo vai fornecer a resposta abstrata vinculante aos casos futuros de acordo com a resposta específica dada ao caso concreto, independentemente do caminho principiológico seguido pelo juiz, ou seja, se o princípio aplicado poderia ser previamente conhecido, conforme colocado por Dworkin, ou se o princípio aplicado não poderia ser previamente conhecido, dependendo de ponderação conforme Alexy. Portanto, o enfoque do estudo está na utilidade de o precedente judicial trazer eficiência e razoável duração ao processo de forma concreta e não sob o foco das diferenças teóricas dos autores citados, mas na perspectiva dos pontos semelhantes das teorias, para testar se o precedente judicial pode ser a resposta eficiente e com melhor tempo de duração dos processos diante da vinculação de suas razões de decidir, baseadas tanto nos princípios como nas regras.

⁸¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 165.

forma fundamentada em razões objetivas é o precedente judicial diante da vinculação das razões abstratas aos casos semelhantes.

O sistema positivista, em que a lei determinava o conteúdo material dos princípios, se modifica para ganhar um novo significado na atuação do juiz, que agora decide o direito aplicável com base nos princípios e na ponderação destes, podendo analisar a lei e o seu vínculo com a Constituição, bem como passa a ter a possibilidade de fazer o balanceamento dos bens jurídicos envolvidos de forma objetiva e fundamentada diretamente na Constituição, podendo o precedente judicial ser utilizado como instrumento de eficiência e de razoável duração do processo nesta modificação na atuação judicial.

Assim, o sopesamento constante na decisão judicial permite a ligação definitiva no caso concreto aos princípios, por meio do delineamento final de seus conteúdos materiais *prima facie*, que no plano abstrato estavam no mesmo nível. A decisão judicial vai fornecer a resposta jurídica de qual é o interesse que tem o maior peso no caso concreto diante das circunstâncias fáticas específicas da questão.

Entretanto, ao apontar a resposta concreta de direito ao fato da vida, a decisão judicial permite a identificação das razões abstratas que foram utilizadas para se chegar à construção definitiva do direito ao caso. Neste ponto é que o precedente judicial apresenta a sua importância, por permitir a identificação das razões abstratas utilizadas no sopesamento feito pela decisão judicial e, assim, o precedente judicial permite a extração da *ratio decidendi* que vinculará as futuras decisões judiciais dos casos semelhantes.

Portanto, o modelo de racionalidade do precedente judicial pode fornecer um maior controle ao decisionismo por permitir que se extraia a fundamentação objetiva do magistrado baseada na *ratio decidendi* dos casos já julgados.

A questão que surge, então, é como pode ser feito o controle da argumentação utilizada pelo precedente judicial. A resposta pode vir do estabelecimento de certos parâmetros de racionalidade, ou seja, buscando-se os padrões de *diálogo intersubjetivo* que permitam o controle social da atividade jurisdicional, que é feita por fundamentação de origem na interpretação, conforme explica Virgílio:

“O que se pode exigir, portanto, de tentativas de elevação da racionalidade de um procedimento de interpretação e aplicação do direito, como o sopesamento, é a *fixação de alguns parâmetros que*

*possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação.*⁸²

Em comparativo com o Poder Legislativo, a fundamentação que o legislador se utiliza ao elaborar a lei não precisa, obrigatoriamente, de explicitação, ficando submetida ao controle social, que é conhecido no direito americano como *accountability*. Já a fundamentação judicial, que é extraída abstratamente pelo precedente judicial, precisa ter a racionalidade baseada explicitamente na Constituição Federal, sendo indispensável a fundamentação motivada.

Ao proferir a decisão que analisa a lei, o juiz leva em conta que esta não deve contrariar a Constituição, ou seja, a lei deve apresentar, assim como a decisão judicial, a racionalidade e a obediência aos princípios constitucionais, afastando-se de eventuais subjetivismos do legislador. Justamente porque a decisão judicial precisa ter a fundamentação baseada na racionalidade e no sopesamento dos princípios, somando-se, ainda, com a coerência e a consistência da análise dos argumentos, é que a vinculação dos fundamentos da decisão aos casos semelhantes permite que o Poder Judiciário tenha mais capacidade e independência objetiva para decidir as questões da sociedade, inclusive com relação às questões morais⁸³.

Diante da possibilidade de o precedente judicial estabelecer a validade das razões da lei e das suas ligações com os princípios fundamentais, não significa que o sistema legal de previsão de regras deva ser abandonado, visto que as leis continuam a permitir a identificação das soluções pré-ordenadas aos casos concretos. A lei continua a vincular suas regras gerais e abstratas aos casos futuros de forma

⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 148.

⁸³ Não será aprofundada a questão sobre qual a instituição, se o Judiciário ou o Legislativo, que deve tomar as decisões morais da sociedade diante da delimitação do tema. Entretanto, Daniel Sarmento pondera que o Judiciário apresenta certa vantagem sobre o Legislativo e o Executivo na análise das questões morais, inclusive com mais independência: "Não seria descabida a objeção de que é duvidosa a capacidade do juiz mediano para avaliar criticamente a moralidade positiva vigente na sociedade em que ele está inserido. E que, por isso, uma teoria que lhe conferisse este poder tenderia a gerar mais equívocos do que acertos. ... Em primeiro lugar, a afirmação de que o intérprete da Constituição deve avaliar criticamente as suas pré-compreensões, e não tornar-se um refém delas, não se dirige apelas ao Judiciário, mas a todos aqueles que participam da hermenêutica constitucional: juízes, legisladores, administradores e até cidadãos. Em segundo lugar, entendo, sim, que o relativo insulamento dos juízes pode ser uma vantagem comparativa, que lhes dê mais capacidade e independência para o exercício desta avaliação crítica das tradições do que a desfrutada por representantes do Legislativo ou do Executivo, sobretudo quando estiverem em jogo injustiças contra grupos estigmatizados no âmbito do processo político majoritário". In SARMENTO, Daniel. *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojn (org.), Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 321.

semelhante ao precedente judicial, desde que seja mantida a ligação válida das razões da lei aos princípios constitucionais.

Por sua vez, a decisão judicial não precisa aplicar o sistema de interpretação pela ponderação dos princípios constitucionais em todos os casos concretos quando já existir a lei e esta já tiver sido reconhecida como válida nos precedentes judiciais em relação à ligação válida de suas razões aos princípios constitucionais, bastando a lógica positivista de subsunção para resolver o caso concreto.

Tendo em vista os sistemas de regras oferecidas pela lei e de princípios fornecidos pela Constituição, deve existir o equilíbrio entre ambos⁸⁴, sendo que o precedente judicial pode ser a resposta equilibrada em termos de segurança jurídica e de justiça por poder incorporar os dois sistemas de interpretação, quais seja, de regras e de princípios.

A possibilidade de se adequar conjuntamente aos sistemas de regras e de princípios confere ao precedente judicial os revestimentos de *integridade*, de *coerência* e de *segurança jurídica* necessários para fornecer a eficiência buscada para responder aos milhões de processos existentes e com a celeridade desejada pela sociedade.

Ao se adotar o sistema de precedente judicial, a racionalidade do positivismo, em especial a subsunção do fato à norma, continua a ser utilizada visto que a lei permanece com seu potencial prévio de resolver os conflitos na maioria dos casos concretos, mas o magistrado passa a ter a possibilidade de analisar a discricionariedade do legislador, ou seja, verificar a compatibilidade da lei com os princípios da Constituição.

Assim, o precedente judicial fornece um conjunto de razões que permite ao magistrado verificar se a lei obedeceu aos mandamentos constitucionais ao fazer a ligação válida de suas razões aos direitos fundamentais. Ao permitir a coexistência

⁸⁴ A proposta de amálgama dos sistemas de regras e de princípios é proposta por Ana Paula de Barcellos nos seguintes termos: "Ora, se as regras respondem pela segurança e os princípios pela justiça, conclui-se que, quanto mais regras houver no sistema, mais seguro, isto é, mais previsível, mais estável ele será; porém, mais dificilmente ele será capaz de adaptar-se a situações novas. Por outro lado, quanto mais princípios existirem, maior será o seu grau de flexibilidade e sua capacidade de acomodar e solucionar situações imprevistas. No mesmo passo, porém, também crescerão a insegurança, em decorrência da imprevisibilidade das soluções aventadas, e a falta de uniformidade de tais soluções, com prejuízos evidentes para a isonomia. Repete-se, portanto, o que parece bastante óbvio: uma quantidade equilibrada e apropriada de princípios e regras produzirá um sistema jurídico ideal, no qual haverá segurança e justiça suficientes." In BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 187.

dos sistemas de regras e de princípios, o precedente judicial pode representar um limite ao arbítrio do legislador visto que vincula a validade da lei aos princípios fundamentais, havendo o controle da racionalidade legislativa pelo magistrado, tudo conforme a Constituição.

Estando presente a ligação forte⁸⁵ entre a racionalidade da lei e os princípios constitucionais, não há que se falar no afastamento da regra, devendo haver a subsunção do fato à lei, porque a lei demonstrou ter uma ligação suficientemente sólida com os direitos fundamentais, por meio da razoabilidade de seus fundamentos, sendo que, diante desta ligação, as razões legais vinculantes são irradiadas ao caso concreto.

Por sua vez, o precedente judicial que contiver a análise de interpretação racional desta ligação, e for pelo reconhecimento da aplicabilidade da subsunção do caso concreto à lei, adquire a mesma vinculação que se originou na ligação dos direitos fundamentais com a lei, sendo que, agora, também vai atingir, ou irradiar, os futuros casos concretos semelhantes.

Nas hipóteses de a ligação da lei com a Constituição ser fraca ou diante da ligação mais forte do caso concreto com outro princípio constitucional diverso daquele utilizado pela lei, ou até mesmo quando inexistir lei específica que se aplique ao caso concreto, o magistrado pode aplicar diretamente os princípios constitucionais ao caso concreto, fixando a sua *ratio decidendi* na decisão judicial proferida de forma

⁸⁵ É possível fazer um comparativo ilustrativo do que acontece nas ligações químicas com o que deve ser verificado na ligação da racionalidade da lei com os princípios fundamentais. Os átomos se ligam a outros quando sua camada de valência não está completa. Esta ligação busca completar a camada com os elétrons faltantes. A força que o átomo possui para fazer ligações com outros átomos se chama eletronegatividade, sendo que o átomo de flúor é o mais forte e o átomo de frâncio o mais fraco em termos de ligação. Há dois tipos de ligações químicas, quais sejam, a iônica e a covalente. A ligação iônica é fraca e fácil de ser quebrada. Ocorre quando um átomo de eletronegatividade forte se liga a um átomo de eletronegatividade fraca, bastando que outro átomo de eletronegatividade mais forte se aproxime para que a ligação seja quebrada. Por sua vez, a ligação covalente é mais forte e difícil de ser quebrada porque existe a ligação entre dois átomos de eletronegatividade forte. Para aprofundamento, ver FERREIRA, Máira. *Modelos de ligações químicas: explicação das propriedades físicas das substâncias*. Disponível em: <<http://www.iq.ufrgs.br/aeq/html/publicacoes/matdid/livros/pdf/ligacoes.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016. No campo do direito, quando a ligação (fundamentos) da lei com o direito fundamental é fraca, torna-se fácil “quebrar” este vínculo na hipótese da ligação (fundamentos) do caso concreto com o direito fundamental ser mais forte, havendo, neste caso, a inconstitucionalidade da lei. É possível exemplificar na hipótese de a lei prever concurso público apenas para determinado sexo. Neste caso, a lei é inconstitucional porque o fundamento exclusivo de concurso público com base em desigualdade de sexo não encontra ligação forte com o art. 5º, inc. I, da CF, sendo a conclusão do STF no Re n. 528684/MS. Agora se a lei prever que o concurso público será exclusivo para pessoas do sexo feminino diante dos cargos de agente penitenciário de presídios femininos, a ligação (fundamento) se revela forte visto que o fator de discriminação se justifica diante do caso concreto e a lei passa a ter constitucionalidade diante da justificação racional apresentada.

fundamentada. Assim o fazendo, a decisão judicial vai se tornar um precedente judicial e este vai vincular as razões aos casos futuros semelhantes.

Nesta nova racionalidade do direito presente no sistema de precedentes judiciais seria possível concluir, de forma equivocada, que a discricionariedade teria migrado do Poder Legislativo ao Poder Judiciário, sendo que este passaria a ter o poder de arbítrio nas decisões judiciais, vinculando de forma definitiva as razões de decidir pelos precedentes judiciais.

Entretanto, este poder do precedente judicial não se trata de discricionariedade no sentido de liberdade de escolha. O precedente judicial tem a fundamentação racional obtida pela aplicação da lei ao caso concreto, na hipótese de subsunção, ou pela ponderação de valores, nas hipóteses em que se afasta a aplicação da lei ou esta não exista.

A decisão judicial tem o sopesamento, feito de forma proporcional, dos conteúdos essenciais dos princípios constitucionais de acordo com a análise dos elementos específicos da situação concreta nas hipóteses de invalidade, de não aplicação ou de inexistência da lei, ficando vinculante a parte abstrata da decisão judicial, ou a *ratio decidendi*, aos casos futuros semelhantes.

Assim, os princípios constitucionais passam a ordenar a realidade dos magistrados para fundamentar suas decisões, visto que os princípios em colisão, ou as regras em conflito, são aplicáveis ao caso concreto, mas com medidas diferentes. Luis Pietro Sanchís explica que “desde logo, as decisões do legislador seguem vinculando ao juiz, mas somente através de uma interpretação constitucional que efetuou este último.”⁸⁶

Portanto, a racionalidade do precedente judicial pode se utilizar da ponderação dos valores constitucionais quando analisa princípios e, também, pode usar a subsunção quando verifica a validade das regras. Neste último caso, também pode avaliar as ligações racionais aos direitos fundamentais que serviram de base à elaboração da lei.

A racionalidade do precedente judicial pode ser utilizada dentro de um contexto de aplicação plural de princípios e regras para alcançar o máximo grau de

⁸⁶ Tradução livre. No original: “... desde luego, las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero solo a través de una interpretación constitucional que efectúa este último.” In SANCHÍS, Luis Prieto. Op. cit., p. 115.

realização destes⁸⁷, inclusive com relação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, que agora se encontram materialmente densos no texto constitucional, podendo irradiar seu poder de vinculação à lei e ao próprio precedente judicial. Esta compatibilidade plural para lidar com princípios e regras é a vantagem que o precedente judicial possui no campo da racionalidade, visto que pode se utilizar dos dois métodos de interpretação.

Quando a parte vinculante da decisão judicial lidar com as regras que estão em *conflito*, esta pode apresentar a conclusão de que uma delas não é válida em sua totalidade ou reconhecer uma cláusula de exceção⁸⁸, conforme a interpretação racional pela subsunção clássica do positivismo.

Entretanto, a racionalidade usada na interpretação das regras não pode ser aplicada aos princípios porque não é possível utilizar o sistema de tudo ou nada⁸⁹, ou seja, não se pode declarar inválido um princípio diante da interação que existe entre os princípios em colisão, bem como todos os demais princípios.

Os princípios não apresentam o delineamento de forma definitiva de seus conteúdos sendo que a razão de um princípio pode ser afastada pelo precedente judicial diante da razão de outro. Já nas regras, este afastamento não é possível porque o campo de extensão da regra é definido e o precedente judicial analisa se o caso concreto se enquadra ou não na lei, como esclarece Alexy:

“Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito

⁸⁷ Falando da máxima realização dos princípios, Gustavo Zagrebelsky explica que: “Nos contextos pluralistas é necessário fazer <discursivo> e persuasivo o procedimento a fim de alcançar o ponto de máxima realização dos princípios em jogo.” Tradução livre. No original: “*En los contextos pluralistas es necesario hacer <discursivo> y persuasivo el procedimiento a fin de alcanzar el punto de máxima realización de los principios en juego.*” In ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 123.

⁸⁸ Esclarecendo as soluções dadas aos conflitos entre regras pela exclusão de uma delas quando totalmente incompatíveis entre si, ou pela cláusula de exceção quando apenas parcialmente incompatíveis, Virgílio Afonso da Silva diz: “Nos casos de incompatibilidade apenas parcial entre os preceitos de duas regras a solução ocorre por meio da instituição de uma cláusula de exceção em uma delas. Em alguns casos, no entanto, a incompatibilidade entre duas regras poderá ser total, quando seus preceitos, para o mesmo fato ou ato, em todas as circunstâncias, sejam mutuamente excludentes. Quando isso ocorre, a única solução é a declaração da invalidade de uma delas”. In SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p.48.

⁸⁹ A ideia do tudo-ou-nada é mencionada por Ronald Dworkin nos seguintes termos: “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” In DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2014, p. 39.

exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.”⁹⁰

A racionalidade do precedente judicial é compatível com os princípios visto que pode utilizar da ponderação para analisar a coexistência plural dos valores presentes na Constituição, diante da validade relativa de todos os princípios ao mesmo tempo, mas restringíveis em seu conteúdo por não terem caráter absoluto *prima facie*.

Quando dois ou mais princípios entram em colisão, o precedente judicial consegue se adequar às interpretações de todos para que continuem válidos, mesmo diante da característica dos princípios em serem dúcteis ou flexíveis em seus conteúdos, e mesmo que um triunfe sobre o outro, não podendo se falar nos critérios de solução de antinomias clássicos do positivismo diante da incorporação de valor pela norma constitucional. Assim, a racionalidade do precedente judicial também é compatível com a relação condicionada de precedência existente entre os princípios, conforme as condicionantes do caso concreto e sem precisar da cláusula de exceção⁹¹.

As *condicionantes fáticas* representam o núcleo do juízo de ponderação a ser fixado no precedente judicial, que traz a solução jurídica para o possível caráter contraditório dos princípios constitucionais, não havendo aplicação dos critérios hierárquico, cronológico, de subsunção ou de especialidade aos princípios, tendo em vista que estes passam a constituir a ordem jurídica, como esclarece Gustavo Zagrebelsky:

“Em primeiro lugar, somente os princípios desempenham um papel propriamente constitucional, é dizer, <constitutivo> da ordem jurídica. As regras, ainda que estejam escritas na Constituição, não são mais que leis reforçadas pela sua forma especial. As regras, em efeito, se esgotam em si mesmas, é dizer, não tem nenhuma força constitutiva fora do que eles mesmas significam.”⁹²

⁹⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 104.

⁹¹ É o pensamento de Robert Alexy quando este analisa a colisão entre princípios: “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.” *Ibidem*, p. 93.

⁹² Tradução livre. No original: “*En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propriamente constitucional, es decir, <constitutivo> del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan*

Neste cenário, o precedente judicial é adaptável às duas racionalidades, tanto das regras, como dos princípios, podendo utilizar de forma direta os efeitos irradiantes dos valores constitucionalizados, ou aproveitá-los de forma indireta ao reconhecer que a lei respeitou a norma constitucional, sendo que o legislador continua com a autonomia de legislar, mas limitado pelas orientações constitucionais protegidas judicialmente. A ampla racionalidade do precedente judicial pode trazer a eficiência e a razoável duração ao processo por permitir que os magistrados analisem a compatibilidade da lei com a Constituição e utilizem da argumentação racional para proferir uma decisão judicial objetiva.

Assim, a racionalidade constante no precedente judicial permite que o magistrado faça o balanceamento do direito neste ambiente de pluralismo de princípios válidos simultaneamente, sem valores fechados e hierarquizados, levando em consideração as variáveis da situação concreta, bem como é compatível com a multiplicidade de regras que também são válidas simultaneamente, mas com valores fechados e hierarquizados diante da ligação aos princípios constitucionais, podendo esta ligação ser analisada pelo Poder Judiciário por meio da racionalidade pela ponderação.

Entretanto, pode surgir a questão de como o magistrado aplica esta dupla racionalidade de ponderação no precedente judicial. Em primeiro lugar, o juiz deve verificar se há regra aplicável ao caso concreto. Se existe, basta aplicar a regra, desde que a mesma tenha obedecido aos princípios constitucionais, podendo ser feita a análise da razoabilidade dos fundamentos do legislador ao fazer a lei. Caso não exista regra, ou esta não tenha seguido o caminho da constitucionalidade, o magistrado aplica a ponderação dos princípios constitucionais eventualmente colidentes, como aponta Humberto Bergman Ávila:

“Nesse aspecto, a ponderação, intersubjetivamente controlável e compatível com o sistema de separação de Poderes, deve observar as seguintes diretrizes. Em primeiro lugar, o aplicador deve verificar a existência de uma regra constitucional imediatamente aplicável ao caso. Se ela existir, afastada está a ponderação horizontal entre princípios constitucionais eventualmente colidentes, pois, relativamente à hipótese, houve uma ponderação pré-legislativa das razões contrapostas que culminou no regramento constitucional, não

en si mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.” In ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 110.

cabendo ao aplicador substituir o Poder Constituinte mediante mera desconsideração desse regramento. ... Em segundo lugar, na inexistência de uma regra constitucional imediatamente aplicável, o aplicador deve examinar a existência de uma regra constitucional que regule a atribuição, o exercício ou a delimitação de uma competência. ... Em terceiro lugar, caso não haja regra constitucional imediatamente aplicável, nem regra legal editada no exercício regular da função legislativa, ou caso haja uma regra legal que seja incompatível com o estado de coisas cuja promoção é determinada por um princípio constitucional, caberá ao aplicador efetuar uma ponderação dos princípios constitucionais eventualmente colidentes para editar uma norma individual reguladora do conflito de interesses concretamente existente.”⁹³

Portanto, a interpretação presente no precedente judicial pode estabelecer o limite de interferência entre os princípios, bem como a validade das regras e as suas aplicações aos casos concretos, analisando o caminho *constitucional* de construção dos *fundamentos de direito* dos direitos envolvidos e, se preciso, reconstruir a ligação destes *fundamentos de direito* para aplicar o princípio ou a regra ao caso concreto e conforme a Constituição.

Após esta análise de qualificação constitucional dos *fundamentos de direito*, a ponderação presente no precedente judicial permite a identificação dos critérios de racionalidade que serviram para ordenar os argumentos e apontar a solução justa ao caso concreto⁹⁴. Ao se identificar o caminho da racionalidade seguido pela decisão judicial, é possível extrair seus fundamentos abstratos e aplicá-los de forma vinculada aos casos futuros semelhantes, sendo que esta operação é o ponto central do precedente judicial que pode trazer a eficiência e a razoável duração do processo desejadas pela Constituição e pela sociedade.

⁹³ ÁVILA, Humberto Bergman. *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência*. Salvador: Revista Brasileira de Direito Público (RBDP), n. 23, out/nov/dez de 2008, p. 195 e 196.

⁹⁴ A ponderação serve para apontar a justa solução ao caso concreto, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho: “O balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito entre bens.” In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 5ª ed., 2002, p. 1162.

Capítulo II – O precedente judicial como meio de eficiência e de razoável duração do processo

2.1 O conceito de precedente judicial e a sua relação com a lei

O precedente judicial apresenta maior importância jurídica nos países que adotam o *common law*, que é o sistema principalmente utilizado pela Inglaterra e pelos Estados Unidos. No sistema do *common law*, a decisão judicial apresenta o caráter vinculativo de suas razões e obriga os magistrados a decidir conforme o que já foi decidido nos casos anteriores, ressalvando-se as possibilidades de mudanças do precedente judicial⁹⁵.

Entretanto, nos países que seguem o sistema do *civil law*, ou seja, que adotam a codificação do direito, a decisão judicial não possui a característica vinculante de suas razões para as decisões futuras, mas apenas de orientação, sendo que o conjunto de decisões já proferidas se denomina jurisprudência. Assim, a diferença de aplicação do direito envolve o método⁹⁶ quando se compara os intérpretes de ambos os sistemas.

A decisão judicial passa a ser precedente judicial quando vincula as futuras decisões do Poder Judiciário aos fundamentos das decisões já proferidas no passado. Ao surgir um novo tema na ação judicial, o caminho a ser seguido pelos magistrados é verificar se já existe algum julgado sobre a matéria em sentido semelhante. Caso não haja, o juiz elabora a sua decisão com base na lei aplicável, se houver, e também

⁹⁵ Diante da delimitação do tema, os métodos de mudanças do precedente judicial não serão aprofundados, mas Estefânia Maria de Queiroz Barboza explica, com propriedade, que a distinção e a superação são os mais relevantes: “Assim, os dois principais métodos utilizados pelos Tribunais para evitar seguir um precedente judicial são *distinguishing* e *overruling*. Em ambos os casos é necessário que os juízes deixem claros os motivos da não aplicação do precedente. ... Enquanto a distinção (*distinguishing*) entre um caso e outro pode ser compreendida como um modo de emenda em alguns casos específicos, a superação do precedente (*overruling*) é o modo de revogar a decisão anterior e substituí-la por uma nova.” In BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 226 e 229.

⁹⁶ A identificação do método de interpretação utilizado no *civil law* e no *common law* não é recente e foi explicada por Guido Fernando Silva Soares: “A questão é de método: enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente a jurisprudência, na “*Common Law*” o caminho é inverso: primeiro os “*cases*” e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita. Na verdade, tal atitude reflete a mentalidade que o “*case law*” é a regra e o “*statute*” é o direito de exceção, portanto integrativo”. In SOARES, Guido Fernando Silva. *Estudos de direito comparado (I) o que é a “common law”, em particular, a dos EUA*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 92, 1997, p. 181.

pode se utilizar diretamente da Constituição para construir a resposta de direito ao caso concreto.

Nos casos semelhantes seguintes, já vai existir o precedente, sendo que o tribunal e todos os seus magistrados ficam vinculados aos fundamentos da decisão já proferida, ou seja, os fundamentos racionais da primeira decisão a tornaram um precedente judicial no âmbito da competência do tribunal⁹⁷ ou do próprio magistrado, se não houver recurso, não sendo necessário que o juiz analise os mesmos argumentos já interpretados pelo precedente judicial na hipótese de existir a mesma argumentação em caso futuro sem qualquer mudança de distinção ou de superação das razões já decididas.

A celeridade trazida pela utilização de precedentes judiciais está na possibilidade de o magistrado não precisar reanalisar os mesmos argumentos já acolhidos ou afastados, conforme a *ratio decidendi* da decisão judicial. Neste ponto, também é possível identificar que o funcionamento do precedente judicial incorpora outra forma de eficiência além da celeridade, que é a eficiência espacial.

A eficiência espacial se revela diante da amplitude territorial cada vez maior da decisão judicial conforme o julgamento avança nos graus de jurisdição, sendo que as razões vinculantes abrangem cada vez mais magistrados.

Mesmo antes de chegar ao tribunal, as razões da primeira decisão proferida pelo magistrado de primeiro grau já o vinculam, no âmbito de sua competência, visto que o magistrado deverá manter a coerência lógica de seus fundamentos com os casos semelhantes, não podendo decidir de forma contrária nos mesmos casos.

Outrossim, apesar de remota, existe a possibilidade de a questão nunca chegar ao tribunal, na hipótese de não haver recurso. Assim, é possível afirmar que o delineamento inicial do precedente judicial já acontece com a decisão de primeira instância, quando vincula o próprio magistrado que proferiu a decisão, sendo que o precedente judicial se desenvolve e se amplia com o recurso da decisão de primeiro grau, fazendo com que a questão vá ao tribunal e, com o pronunciamento deste, as razões possam irradiar os seus efeitos vinculantes numa amplitude territorial maior de competência jurisdicional.

⁹⁷ Sustentando no mesmo sentido, são as palavras de Guido Fernando Silva Soares, que diz: “*Precedent* é a única ou várias decisões de um “*appellate court*”, órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juizes que lhe são subordinados.” In SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit., p. 182. E também: PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 5.

Ao proferir os fundamentos na decisão judicial, o tribunal amplia o alcance da vinculação do precedente judicial ao uniformizar as razões no âmbito de sua competência. A partir desta decisão superior, todos os magistrados subordinados ao tribunal devem, em princípio, acolher o precedente judicial e resolver todos os futuros casos semelhantes conforme o que já foi decidido.

Seguindo a questão em recurso, esta pode chegar ao tribunal máximo e, quando este fizer o mesmo caminho de interpretação dos argumentos e fixar os fundamentos de seu entendimento, a vinculação das razões do precedente judicial passa a ter o seu alcance espacial máximo, por atingir todos os magistrados no âmbito de sua competência⁹⁸.

É importante salientar que a Constituição deve ser observada em todas as instâncias judiciais visto que as razões constantes nos precedentes judiciais devem apresentar a ligação com os direitos fundamentais, seja de forma direta quando inexistir a lei, ou esta for inconstitucional, seja de forma indireta quando aplicar a subsunção do caso concreto à lei, tendo em vista esta ser constitucional. Assim, a força vinculante das razões do precedente judicial decorre da ligação constitucional aos direitos fundamentais.

Quando outro caso semelhante surgir com os mesmos argumentos da questão que já foi julgada, basta *justificar* que se está diante das mesmas questões de direito, ou semelhantes, e mencionar o precedente judicial para decidir, adotando-se os fundamentos constantes no julgado pretérito, não necessitando construir uma nova série de interpretação dos mesmos fundamentos para se proferir a decisão.

Na hipótese de a questão material ser diversa, os argumentos de diferenciação já devem constar das petições que levem os fatos ao Poder Judiciário, permitindo que o magistrado analise de forma fundamentada se é hipótese de aplicação do precedente judicial ou se deve haver mudança do mesmo, seja pela superação ou seja pela distinção. Não havendo o cumprimento deste ônus argumentativo, o precedente judicial deve ser aplicado ao caso, diante da prevalência de suas razões vinculantes.

⁹⁸ Já há estudo da influência do precedente judicial no âmbito internacional, o que ampliaria a vinculação para jurisdições distintas. Entretanto, diante da restrição ao tema, a matéria não será abordada nesta pesquisa por estar fora de seus limites. Para aprofundamento: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 86-95.

No plano da segurança jurídica, o precedente judicial não pode ser confundido com a decisão que apresente mutação continuada de seu conteúdo. O precedente judicial tem como característica a uniformidade e a constância de suas razões, revelando o pensamento jurídico da sociedade no tempo e dentro das condições sociais existentes até que novas razões sólidas e constantes surjam para alterar o pensamento anterior⁹⁹.

Portanto, o precedente judicial pode ser entendido como a decisão judicial que contem fundamentos abstratos com força vinculativa às decisões dos casos semelhantes futuros, indo além do significado de jurisprudência adotado no Brasil, que é o conjunto de julgamentos proferidos pelos tribunais sem força vinculativa de seus fundamentos, mas apenas de orientação. O precedente judicial apresenta o caráter vinculante de seus fundamentos aos casos semelhantes, criando uma rede de proteção jurídica com base nos casos concretos e nas decisões judiciais respectivas.

Hans Kelsen conceitua o precedente judicial como sendo a decisão que vincula os subsequentes casos semelhantes, sendo que esta ligação é a base do princípio do *treat like cases alike*¹⁰⁰ existente no sistema do *common law* e vai além da vinculação da decisão ao caso particular submetido a julgamento¹⁰¹. O autor ressalta que o ponto central do precedente judicial é *como descobrir* se um caso é igual ao outro:

⁹⁹ Carlos Maximiliano Pereira dos Santos esclarece que o precedente apresenta a interpretação uniforme e constante da sociedade em determinada época: “Uma decisão isolada não constitui jurisprudência; é mister que se repita, e sem variações de fundo. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser *uniforme e constante*. Quando esta satisfaz os dois requisitos granjeia sólido prestígio, impõe-se como relevação presuntiva do sentir geral, da consciência jurídica de um povo em determinada época; deve ser observada enquanto não surgem razões muito fortes em contrário: *minime sunt mutanda quoe interpretationem certam, semper habuerunt* – ‘altere-se o menos possível o que teve constantemente determinada interpretação.’” In PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 20ª ed., 2011, p. 150.

¹⁰⁰ Luiz Guilherme Marinoni salienta a importância que o princípio do tratamento igual aos casos semelhantes tem no sistema do *common law*, trazendo coerência ao direito, além de confiança e respeito nos juízes: “*Treat like cases alike* é o princípio que, visto em seu significado originário, sempre esteve na base do *common law*, consistindo uma das principais razões da sua coerência, assim como da confiança e do respeito nos juízes. Tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do Poder.” In MARINONI, Luiz 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, Curitiba, n. 49, 2009, p. 37.

¹⁰¹ Nas palavras de Kelsen: “Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos.” In KELSEN, Hans. Op. cit., p. 277-278.

“Como a decisão que constitui o precedente apenas pode ser vinculante para a decisão de casos iguais, a questão de saber se um caso é igual ao precedente é de importância decisiva. Como nenhum caso é igual ao precedente sob todos os aspectos, a “igualdade” de dois casos que a esse respeito interesse considerar apenas pode residir no fato de eles coincidirem em certos pontos essenciais – tal como, na verdade, também dois fatos que representam o mesmo delito não coincidem em todos os pontos mas apenas em alguns pontos essenciais.”¹⁰²

Também tratando dos *pontos essenciais* do precedente judicial, Dínio de Santis Garcia¹⁰³ esclarece que os pontos relevantes e os aspectos marginais são, respectivamente, a *ratio decidendi* e a *obiter dicta* da decisão, sendo que nesta distinção reside a forma pela qual os juízes do *common law* utilizam da fundamentação para aplicar ou afastar a vinculação das razões do precedente judicial.

Neste ponto, surge uma questão que pode ser levantada em detrimento do sistema de precedente judicial, qual seja, a constatação de que pode existir a discricionariedade do julgador em aplicar, ou não, o precedente judicial visto que os casos concretos são diferentes em diversos aspectos e dificilmente um caso se apresenta absolutamente idêntico ao anterior. O magistrado pode dizer que o precedente judicial não se aplica ao novo caso por ter pontos essenciais diferentes do caso anterior já decidido, sendo que tal interpretação aproxima o sistema de precedente judicial ao que ocorre no sistema orientador de jurisprudência, com o conseqüente aumento da insegurança jurídica, da ineficiência e da demora nos julgamentos.

Entretanto, o problema é aparente e a solução vem da necessidade de o magistrado esclarecer os fundamentos da decisão, ou seja, a decisão judicial proferida pelo juiz somente pode afastar o precedente judicial se distinguir ou superar os *pontos relevantes*, ou *essenciais*, e os aspectos marginais que foram considerados na

¹⁰² KELSEN, Hans. Op. cit. p. 278.

¹⁰³ O autor explica que: “Há, então, que distinguir entre os *pontos relevantes* e os *aspectos marginais* da sentença. Mas logo se vê que nesta altura deve entrar em cena a árdua ciência da interpretação das decisões, que só ela poderia traçar os limites entre os temas centrais e os periféricos. E aqui, precisamente, estão dois instrumentos (além de outros) de que se valem os juízes do sistema anglo-americano para fugir ao vínculo dos precedentes, o que fazem seja afirmando que os fatos examinados no julgado anterior são diferentes dos que posteriormente devem ser decididos, seja declarando que a regra invocada não integra as razões de decidir (*ratio decidendi*) do juízo mais antigo, tendo sido lançada marginalmente (*obiter dicta*), ou, ao contrário, sustentando que as *dicta* constituem a própria *ratio* do julgado.” In GARCIA, Dínio de Santis. Op. cit., p. 40.

decisão anterior, sendo que o sistema de precedente judicial aumenta o ônus de fundamentação do magistrado para afastar as razões vinculantes da decisão anterior.

Sem o sistema de vinculação dos fundamentos existente no precedente judicial, o magistrado pode julgar em diversos sentidos, e até mesmo opostos, sem ter a necessidade de fundamentar a nova decisão com relação aos casos anteriores, mesmo que os casos sejam iguais nos pontos relevantes.

Ao se utilizar do precedente judicial, o magistrado deve atentar com a coerência dos julgamentos proferidos pelo mesmo e pelos tribunais superiores, sendo que, caso entenda pela não aplicação do precedente judicial, deve colocar as razões de forma fundamentada. Ao cobrar que o magistrado coloque os fundamentos que o levaram a não utilizar a *ratio decidendi* do precedente judicial, se amplia a racionalidade da decisão judicial, sendo que as novas razões da decisão passam a integrar a rede de proteção oferecida pelo direito através do sistema de precedentes judiciais, ficando o magistrado vinculado à nova *ratio decidendi* e evitando que haja decisões opostas sem a devida fundamentação coerente com as decisões anteriores.

Entretanto, não é comum que os julgados identifiquem a *ratio decidendi* ou a *obiter dicta* de forma expressa visto que pode haver a mudança do precedente judicial pela superação ou pela distinção dos fundamentos nas novas decisões. Portanto, a solução para descobrir os *pontos essenciais* do caso concreto, e se o precedente judicial do caso anterior é aplicável ao novo, deve considerar os direitos fundamentais envolvidos, sendo que tais direitos são os *elementos essenciais* para se construir as ligações racionais dos casos envolvidos e chegar à conclusão quanto à aplicabilidade do precedente judicial ao caso concreto.

Assim, deve-se verificar quais são os direitos fundamentais que estão vinculados à *ratio decidendi*, seja por ligação direta do precedente judicial à Constituição ou seja por ligação indireta ao aplicar a lei, sendo que estes vínculos *irradiam* os seus efeitos sobre os demais casos semelhantes, permitindo a identificação da razão abstrata da decisão.

Portanto, a rede de cobertura vinculante irradiada pelo precedente judicial fica mais forte e densa quando faz a ligação de suas razões aos direitos fundamentais como *ponto essencial*, criando uma ligação suficientemente forte entre o precedente

judicial e os direitos fundamentais que é capaz de resistir à vontade da maioria e às pressões sociais ocorridas em tempos de crise ou de forma momentânea¹⁰⁴.

Somente argumentos mais fortes do que os anteriores e decorrentes de mudanças sociais, ou da vontade da maioria consolidadas no tempo, poderão alterar o precedente judicial construído com base nos direitos fundamentais, que podem ser adaptados conforme a convivência em sociedade. É possível reconhecer, inclusive, que a força dos novos argumentos pode ser tão elevada ao ponto de se chegar à conclusão de que o precedente judicial anterior está completamente equivocado ao ser aplicado à realidade social atual.

Neste aspecto central do precedente judicial, qual seja, o descobrimento dos *pontos essenciais* do caso concreto e a ligação aos direitos fundamentais, surge uma característica semelhante entre a jurisprudência e o precedente judicial: a de fornecer respostas jurídicas aos novos casos concretos e de forma mais rápida do que a lei pode disponibilizar.

Esta característica comum da jurisprudência e do precedente judicial decorre da maior proximidade destes em relação aos problemas gerados pela vida em sociedade e da impossibilidade de a lei antever todas as hipóteses de soluções a estes problemas sociais.

É possível identificar no Brasil diversos casos de morosidade na elaboração das leis, muitas vezes levando anos ou décadas para aprovação¹⁰⁵, ficando a jurisprudência e o precedente judicial na vanguarda do direito justamente por indicar a solução mais rápida e adequada às questões sociais dinâmicas, como menciona Pereira dos Santos:

“A jurisprudência é a fonte mais geral e extensa de exegese, indica soluções adequadas às necessidades sociais, evita que uma questão

¹⁰⁴ A força constitucional é transmitida ao precedente judicial justamente porque existe a vinculação entre a *ratio decidendi* com a Constituição e os direitos fundamentais, sendo que Jorge Reis Novais confirma a força que a Constituição e os direitos fundamentais revelam até nos momentos de crise, ao defender o Tribunal Constitucional: “Ou seja, exatamente a conclusão contrária à que é retirada pelos críticos do Tribunal Constitucional: onde eles dizem que a Constituição fica enfraquecida, é precisamente o contrário, é aí que a Constituição deve ser mais firme; onde eles dizem que a Constituição não está plenamente em vigor, é exatamente o oposto, é aí que as garantias constitucionais têm a mais plena aplicação e que o Tribunal Constitucional não pode vacilar na sua defesa, no rigor do controlo e das exigências de justificação que coloca sobre as decisões governamentais.” *In* NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 58.

¹⁰⁵ O Novo Código de Processo Civil, que é a Lei n. 13.105/2015, ficou em tramitação mais de quatro anos, conforme o PL n. 166/2010. O Novo Código Civil, que é a Lei n. 10.406/2002, tramitou por mais de vinte e sete anos, conforme o PL n. 634/1975. O Novo Código de Processo Penal está tramitando há mais de cinco anos, conforme o PL n. 8045/2010.

doutrinária fique eternamente aberta e dê margem a novas demandas: portanto diminui os litígios, reduz ao mínimo os inconvenientes da incerteza do Direito, porque de antemão faz saber qual será o resultado das controvérsias.”¹⁰⁶

O atraso na resposta oferecida pela lei às questões sociais e a mais rápida resposta oferecida pela decisão judicial pode ser verificada quando se analisa a proteção aos valores sociais como, por exemplo, as questões de união estável e que envolvem o crime de adultério¹⁰⁷.

No tema da união estável, o tempo da lei nunca acompanhou as mudanças sociais. Somente o casamento civil era válido, aos olhos da lei, para unir as pessoas, conforme o Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890¹⁰⁸. Apenas na Constituição Federal de 1988 é que houve o reconhecimento do concubinato puro como união estável¹⁰⁹, sendo que a regulamentação ocorreu em 1994, com a Lei n. 8.971¹¹⁰, que reconheceu os alimentos e a sucessão aos companheiros. Já em 1996, com a Lei n. 9.278¹¹¹, veio a regulamentação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, estabelecendo o estatuto dos conviventes. Por fim, a união estável foi regulamentada nos artigos 1723 a 1727 do Código Civil de 2002.

Por sua vez, a jurisprudência foi mais rápida do que a lei no reconhecimento de direitos decorrentes da união estável, sendo que poderia ter sido muito mais rápida se houvesse o sistema vinculante de razões dos precedentes judiciais.

A resposta jurídica à questão da união estável começou a ser delineada pelo Supremo Tribunal Federal em 03 de abril de 1964, quando da Súmula n. 380, em que

¹⁰⁶ PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano. Op. cit., p. 147. No mesmo sentido, Alberto Vicente Fernández, dizendo que “... o legislador demora na aprovação das leis porque lhe parece que muitos fatos da realidade social não estão ainda maduros para dar-lhes proteção jurídica, de modo que a lei geralmente chega tarde, quando o costume, os usos sociais e a jurisprudência superaram as necessidades não satisfeitas pelo legislador.” Tradução livre. No original: “... *el legislador demora en la sanción de leyes porque le parece que muchos hechos de la realidad social no están todavía maduros para darles protección jurídica, de modo que la ley generalmente llega tarde, cuando la costumbre, los usos sociales y la jurisprudencia superaron las necesidades no satisfechas por el legislador.*” In FERNANDEZ, Alberto Vicente. *Funcion creadora del juez*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1980, p. 42.

¹⁰⁷ Adultério vem da expressão latina *ad alterum torum*, que significa *na cama do outro*.

¹⁰⁸ BRASIL. *Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹⁰⁹ O reconhecimento veio no art. 226, §3, da Constituição Federal, que prevê: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

¹¹⁰ BRASIL. *Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹¹¹ BRASIL. *Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

reconheceu a existência de sociedade de fato entre os concubinos, com o direito de partilhar os bens adquiridos com esforço comum. A partir de 1989, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a contribuição da mulher na aquisição do patrimônio do casal pela presunção do esforço comum, mesmo sem trabalho remunerado¹¹².

Ainda para comprovar a vanguarda da jurisprudência sobre a lei no assunto da união estável, houve a recente discussão sobre a união estável homoafetiva. A lei ainda não tratou do tema, mas o Supremo Tribunal Federal decidiu a questão em 05 de maio de 2011, conforme os acórdãos proferidos na ação de descumprimento de preceito fundamental n. 132/RJ e na ação declaratória de inconstitucionalidade n. 4277/DF, sendo que o CNJ¹¹³ editou a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, dispondo sobre a habilitação, a celebração de casamento civil, ou a conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Com relação ao crime de adultério, o mesmo foi introduzido no Brasil em 1830 pelo Código Penal do Império¹¹⁴, com previsão no art. 250, sendo que apenas a mulher poderia cometer o crime. No Código Penal¹¹⁵ atual, vigente desde 1940, a previsão estava no art. 240 e o crime tinha como sujeito ativo tanto o homem quanto a mulher, vigorando a regra até o ano de 2005 diante da revogação pela Lei n. 11.106/2005, quando o fato passou a ser apenas ilícito civil.

Ao se analisar o tempo da lei, foram necessários cento e dez anos para que o princípio da igualdade entre homem e mulher fosse respeitado pelo tipo penal e outros sessenta e cinco anos para que a lei fosse revogada, mesmo devendo o direito

¹¹² Constou no Resp. n. 361-RJ, julgado em 25 de setembro de 1989, conforme voto do Ministro Fontes de Alencar que: "Conforme consta dos autos, a ora recorrida conviveu mais de três décadas com Arthur de Azevedo Coutinho, formando uma sociedade de fato. ... Ademais, não vejo configurada a divergência com a Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, pois ficou comprovado não apenas o concubinato, mas sobretudo a condição de companheira da ora recorrida. Igualmente demonstra o aresto que este se achava separado de fato da esposa legítima por longo tempo." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 361-RJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=198900089030&dt_publicacao=30-10-1989&cod_tipo_documento=3>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹¹³ _____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹¹⁴ _____. *Código Penal do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹¹⁵ _____. *Código Penal de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

penal ser a *ultima ratio* das punições¹¹⁶ e bastando a sanção civil para punir a pessoa adúltera.

Com o decorrer do tempo, a lei penal deixou de ser aplicada¹¹⁷ pelos magistrados, sendo que o tempo da jurisprudência foi mais rápido do que o tempo da lei para incorporar as mudanças sociais visto que a sociedade passou a entender que o fato do adultério deveria ser resolvido entre as pessoas no âmbito civil¹¹⁸ e não pela sanção penal do Estado. A revogação da regra em 2005 nada mais foi do que o reconhecimento de que a lei já estava obsoleta com relação à sociedade atual e os entendimentos da jurisprudência.

Diante da possibilidade de a jurisprudência e de o precedente judicial oferecerem as respostas jurídicas de forma mais rápida do que a lei às questões da sociedade, pode surgir o questionamento quanto à perda de utilidade da função legislativa. Afinal, se as decisões judiciais futuras nos casos semelhantes em seus *pontos essenciais* são orientadas pela jurisprudência e vinculadas pelo precedente judicial, de nada adianta a lei reger de forma diferente, visto que seria afastada por inconstitucionalidade decorrente da ligação forte das razões do precedente judicial e da jurisprudência aos direitos fundamentais.

Entretanto, o questionamento não procede porque o precedente judicial e a jurisprudência não podem ser vistos como inimigos da lei, ou seus substitutos, mas

¹¹⁶ Neste sentido, são as lições de Claus Roxin ao afirmar que: "... a proteção de bens jurídicos não se realiza apenas mediante o Direito penal, senão que a ele há de cooperar o instrumental de todo o ordenamento jurídico. O Direito penal só é incluído na última dentre todas as medidas protetoras a serem consideradas, é dizer que só se lhe pode fazer interferir quando falharem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, as regulações de polícia ou jurídico-técnicas, as sanções não penais, etc. -. Por ele se denomina à pena como a '*ultima ratio* da política social' e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos." Tradução livre. No original: "... la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. -. Por ello se denomina a la pena como la '*ultima ratio* de la política social' y se define su misión como protección **subsidiaria** de bienes jurídicos." In ROXIM, Claus. *Derecho Penal – parte general, tomo I*. Madrid: Civitas, 1997, p. 65.

¹¹⁷ Conforme as lições de Cezar Roberto Bittencourt, o crime de adultério servia apenas para fins acadêmicos ao afirmar que: "A criminalização do adultério permanece em nosso direito positivo como uma anomalia do passado, cuja utilidade não vai além de exemplo a ser citado aos principiantes." In BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: vol. 4*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 132.

¹¹⁸ É possível verificar que a solução ao fato do adultério deixa o campo penal e passa para o campo civil, conforme a previsão no Código Civil: "Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I – adultério;". BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

como sistemas de auxílio à modernização da lei, servindo de aliados à legislação para trazer a pacificação social pelo direito.

Para superar o receio da perda de utilidade da função legislativa, basta mencionar que as razões do precedente judicial e da jurisprudência devem estar ligadas aos direitos fundamentais, assim como a própria lei. Justamente por existir esta ligação racional aos direitos fundamentais, o precedente judicial e a jurisprudência passam a ser constitucionais e se a lei dispuser de forma contrária, ela passa a violar não o precedente judicial ou a jurisprudência, mas a própria Constituição, diante da violação dos direitos fundamentais que estão ligados diretamente à decisão judicial por suas razões.

A função da lei continua a estabelecer as normas gerais e abstratas para reger os fatos da sociedade. Por sua vez, o precedente judicial e a jurisprudência continuam na função de aplicar o direito ao caso concreto pela utilização da Constituição e da lei, mas com a possibilidade de se identificar a *ratio decidendi* para aplicação às decisões judiciais futuras, com característica vinculante no precedente judicial e de orientação na jurisprudência.

A partir do momento em que a lei incorpora os fundamentos do precedente judicial ou da jurisprudência, ela se reveste de toda a solidez e a coerência que as decisões judiciais já consolidaram em suas razões, conforme os direitos fundamentais. De outro lado, quando o precedente judicial e a jurisprudência aplicam a lei, estes se revestem de todas as razões já discutidas e deliberadas pela casa legislativa, que também se utilizam dos princípios constitucionais.

Verifica-se que há o mutualismo entre a lei e o precedente judicial, bem como a jurisprudência, com a busca do aprimoramento do direito para responder às questões sociais cada vez mais dinâmicas. Esta busca mútua traz maior eficiência ao direito visto que a lei, o precedente judicial e a jurisprudência não querem ficar defasados com relação à resposta mais rápida e racional do direito à sociedade, e sem deixar de ter como base os direitos fundamentais.

Neste ponto, é importante esclarecer que o precedente judicial se revela mais eficiente do que a jurisprudência no aprimoramento do direito, diante da vinculação dos fundamentos das decisões judiciais já tomadas no passado, criando um campo de força que protege o direito de eventuais decisões isoladas ou influências sociais momentâneas. A potência da força do precedente judicial decorre da somatória de

todos os fundamentos racionais feitos no tempo, formando uma trama encadeada de razões que vinculam as próximas decisões judiciais.

No caso da união homoafetiva, vários foram os juízes que não aplicaram o entendimento do STF, tomando como base diversos argumentos que envolviam a moralidade, a legalidade e a religiosidade¹¹⁹, revelando o problema da falta de vinculação dos fundamentos da decisão proferida.

O julgamento revela o pensamento tradicional subjetivo feito pelos juízes e que levam em consideração os valores internos da pessoa, sendo o oposto do pensamento trazido pelo precedente judicial de decisão objetiva dos juízes e que se consideram os valores objetivos sociais através de fundamentos racionais.

O magistrado enquanto pessoa tem o direito subjetivo de opinião em ser contrário ao casamento homossexual, mas não pode fundamentar a decisão judicial com base em sua moral pessoal quando no exercício da jurisdição. Deve levar em consideração a moral objetiva, ou seja, mesmo sendo contrário no plano pessoal, não pode decidir pela proibição do casamento homoafetivo porque acredita não ser a conduta correta às pessoas.

No sistema de precedente judicial, apenas fundamentos racionais mais relevantes, estes decorrentes da vontade social contínua no tempo, tem a força suficiente para romper a barreira do que foi decidido anteriormente. Ao conseguir penetrar na trama de proteção do direito, o novo fundamento passa a ser incorporado ao sistema, tornando-o mais forte e resistente do que era anteriormente visto que, agora, a rede passou a ter um novo fundamento mais forte e mais adequado à realidade social atual.

Assim, o precedente judicial e a jurisprudência, longe de substituírem, ajudam a lei a se tornar mais rápida na ligação com os direitos fundamentais e mais próxima da sociedade. Há retroalimentação mútua, sendo que a lei fornece os elementos para aprimorar o precedente judicial e a jurisprudência, e o precedente judicial e a jurisprudência fornecem os elementos para aprimorar a lei¹²⁰.

¹¹⁹ A título de exemplo, houve muita repercussão da decisão proferida por um Juiz de Direito do Estado de Goiás que anulou a união feita por um casal homoafetivo. O fundamento utilizado na decisão foi o conceito de família como sendo o núcleo capaz de gerar prole, conforme a interpretação do texto constitucional feita pelo juiz. BRASIL. Portal de notícias Globo.com. *Juiz de Goiás que anulou união de casal gay nega ser homofóbico*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/06/juiz-de-goias-que-anulou-uniao-de-casal-gay-nega-ser-homofobico.html>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹²⁰ No mesmo sentido é Alfredo Buzaid dizendo que existe uma integração entre o precedente judicial e a lei, ao dizer que: "Não se trata, pois, de aderir aos vários precedentes judiciais, porque eles podem

2.2 As eficiências do precedente judicial e da jurisprudência

A possibilidade de o sistema de precedentes judiciais ter mais eficiência do que o sistema de jurisprudência deve ser verificado perante o princípio da proporcionalidade, ou seja, o precedente judicial deve ser a medida mais adequada para promover a eficiência, deve ser necessário por não haver outro meio menos restritivo de direitos fundamentais e deve respeitar a proporcionalidade em sentido estrito, no sentido das vantagens superarem as desvantagens do meio adotado.

Os precedentes judiciais superam todas as etapas. No aspecto da adequação, os precedentes judiciais se apresentam como meio adequado e destinado para atingir maior eficiência. O precedente judicial permite a resolução rápida das questões trazidas a juízo ao se utilizar dos fundamentos das decisões que já foram proferidas pelo Poder Judiciário. Por sua vez, o aproveitamento das razões vinculantes das decisões anteriores para solucionar as questões novas traz rapidez na fundamentação da nova decisão e permite economizar recursos humanos e materiais, além de diminuir o próprio tempo de tramitação dos processos diante da simplificação ao se aplicar o precedente judicial.

As medidas alternativas tradicionais de eficiência e de celeridade, como a contratação de mais juízes e servidores, bem como a criação de novas varas, trazem maior impacto orçamentário visto que tais medidas acarretam a elevação do custo para se ampliar o alcance da prestação jurisdicional. Diante dos limitados recursos orçamentários, a sociedade não consegue acompanhar o aumento do custo das medidas tradicionais de eficiência e de celeridade da Justiça, sendo que os recursos poderiam ser aplicados na concretização de outros direitos fundamentais.

No plano da necessidade, o precedente judicial pode se colocar como o sistema de menor restrição aos direitos fundamentais por ter a construção de suas razões feita com base nas decisões já tomadas anteriormente. A menor restrição decorre da coerência lógica adquirida no tempo pelo conjunto de razões dos julgamentos anteriores utilizados para analisar as novas questões, afastando-se de

ser contraditórios, mas sim de aderir a um precedente judiciário único, que seja observado como regra e assim deve prevalecer, enquanto não substituído por outro precedente judiciário único, que atenda a novas condições políticas, sociais e econômicas. Essa solução de política legislativa ganha consideravelmente em valor de certeza, sem nada perder em conteúdo de justiça." In BUZAID, Alfredo. *Uniformização de jurisprudência*. Revista *Ajuris*. n. 34/213, 1985, p. 192-193.

subjetivismos ou desvios de conduta por parte do intérprete judicial, sendo que este necessita fundamentar a eventual mudança da decisão judicial, com relação ao que foi decidido no passado, na hipótese de alteração do precedente judicial.

Portanto, o impacto restritivo do precedente judicial nos direitos fundamentais fica minimizado pela base sólida fornecida decorrente da somatória dos fundamentos das decisões anteriores e, ainda, o precedente judicial pode oferecer a flexibilidade de adaptação necessária à vida social, visto que o precedente judicial não é imutável e oferece as possibilidades de ser distinguido, ou superado, se surgirem argumentos diferenciados no novo caso, ou se presentes mudanças sociais consolidadas no tempo.

No aspecto da proporcionalidade em sentido estrito, os precedentes judiciais demonstram mais vantagens do que desvantagens. Como vantagens, é possível verificar a segurança jurídica trazida pelo precedente judicial por garantir a coerência e a integridade das decisões judiciais, conforme colocado por Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

“Ora, a importância de uma integridade e coerência nas decisões do Supremo se dá especialmente no que diz respeito aos casos difíceis, nos quais os Ministros devem firmar uma posição não só verificando a posição já manifestada pelo Tribunal em outras ocasiões, mas que venha a servir de precedente para futuros casos semelhantes. E por óbvio que a obrigação de integridade e coerência nas decisões também deve valer para os tribunais inferiores, tanto em relação as suas próprias decisões quanto em relação às decisões firmadas pelas Cortes que lhe são superiores.”¹²¹

Assim, apresenta-se como vantagem o precedente judicial poder oferecer segurança jurídica aos direitos fundamentais diante da base sólida formada pelas razões vinculantes do passado, mas apresentando a permeabilidade necessária de modificação aos novos argumentos, sendo flexível às exigências de adaptações decorrentes de mudanças sociais consolidadas no tempo nas hipóteses de colisões entre direitos fundamentais.

Outra vantagem a ser mencionada é que o precedente judicial incorpora as três funções da jurisprudência e amplia a eficiência ao vincular os fundamentos das decisões já proferidas às próximas a serem analisadas. Estas funções são mencionadas por Carlos Maximiliano Pereira dos Santos:

¹²¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. cit., 2014, p. 266.

“Nast conclui assim uma digressão: ‘A jurisprudência tem, na atualidade, três funções muito nítidas, que se desenvolveram lentamente: uma função um tanto automática de *aplicar a lei*; uma função de *adaptação*, consistente em pôr a lei em harmonia com as ideias contemporâneas e as necessidades modernas; e uma função *criadora*, destinada a preencher as lacunas da lei”¹²².

A função automática é uma prova de que o precedente judicial não é inimigo da lei visto que, na maior parte das decisões judiciais, o mais comum é a aplicação da lei ao caso concreto porque a lei deve retirar seus fundamentos da Constituição. Quando o precedente judicial for estabelecido no sentido de aplicação automática da lei ao caso concreto, o magistrado analisou a lei, a sua ligação aos direitos fundamentais e a sua aplicação aos casos amoldáveis à lei, sendo que a rapidez empreendida aos casos futuros se revela pelo fato do julgador não perder tempo para analisar os mesmos argumentos que já foram considerados, bastando aplicar o precedente judicial ao novo caso semelhante.

A eficiência decorre, também, da maior certeza do que será decidido pelos magistrados se houver pedido em nova ação no mesmo sentido do que foi fundamentado no precedente judicial, ficando ressaltado o surgimento de argumento mais forte que posso modificar o precedente judicial.

Para ilustrar este ponto, é possível mencionar a proibição de venda de substâncias entorpecentes¹²³. Uma pessoa ingressa com processo argumentando que possui o direito de liberdade para consumir *cannabis sativa*, também conhecida como maconha, sendo que seu direito deve ser garantido pelo Poder Judiciário. Ao analisar o pedido, o magistrado vai verificar a vontade objetiva da lei ao restringir o direito de liberdade de consumir a substância entorpecente, ou seja, a *mens legis*¹²⁴.

¹²² PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano. Op. cit., p. 146, *apud*, NAST, Marcel. *La Fonction de la Jurisprudence dans la Vie Juridique Française*, p. 4.

¹²³ A proibição decorre da Lei n. 11.343/2006, que prevê em seu art. 33: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”. BRASIL. Lei antidrogas. *Lei n. 11.343 de 26 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹²⁴ Pela limitação ao tema, não se adentrará no embate existente entre a *mens legis* ou a *mens legislatoris* visto que a maioria entende que a vontade da lei deve ser objetiva e despreendida da vontade subjetiva do legislador, conforme explica Luís Roberto Barroso: “Uma das mais vetustas discussões envolvendo a interpretação jurídica é a que contrapõe os subjetivistas, que buscam identificar a *mens legislatoris*, e os objetivistas, que se fiam na revelação da *mens legis*. Cuida-se de saber se deve prevalecer na interpretação a vontade do legislador histórico ou a vontade objetiva e autônoma da lei. O debate, de certa forma, encontra-se superado pela convergência da quase-totalidade da doutrina

Ao entender pela razoabilidade e pela constitucionalidade da lei diante da forte ligação ao direito fundamental à saúde, o magistrado fundamenta seu entendimento no sentido de aplicação da lei ao caso concreto da pessoa e julga improcedente o pedido.

Se houvesse o sistema de precedente judicial no Brasil, os futuros pedidos no mesmo sentido ficariam vinculados aos fundamentos da primeira decisão, não podendo ser proferida nova decisão ignorando os fundamentos da decisão anterior, ou seja, não poderia ser deferido o pedido para consumir substância entorpecente a outra pessoa com base nos mesmos argumentos e em situação semelhante à primeira pessoa.

Quanto à segunda função da jurisprudência, o precedente judicial também agrega a possibilidade de fazer a adaptação do direito, por conseguir se utilizar da margem de flexibilidade existente na lei para cobrir, ou descobrir, casos que não estejam diretamente amoldáveis à lei. Ao moldar a lei às mudanças sociais, o magistrado adapta a lei ao caso concreto e, após construir a fundamentação pela razão, permite que a *ratio decidendi* do precedente judicial seja aplicada no futuro aos casos semelhantes, subsumindo a lei ou a adaptando.

Na mesma linha do exemplo mencionado acima, a pessoa ingressa com novo pedido no sentido de ser autorizada a venda de substância derivada da maconha para fins medicamentosos e de proteção à vida e à saúde, sendo o tratamento devidamente receitado por médico, mas que foi negada a venda ou a importação em razão de a lei impossibilitar a venda de substâncias entorpecentes ou de seus derivados. No sistema de precedentes judiciais, este novo pedido deve conter nova argumentação no sentido da inaplicabilidade do anterior julgado. Caso não tenha, deve ser aplicado o precedente judicial já existente.

Com a indicação dos novos *pontos essenciais*, o magistrado vai analisar estes novos argumentos e comparar com os fundamentos do julgado anterior para verificar se é o caso, ou não, de se aplicar o precedente judicial ao caso concreto em análise, sempre de forma fundamentada. No novo caso, há o argumento de que o tratamento tem a finalidade medicamentosa, estando ligado aos direitos fundamentais à vida e à saúde, se diferenciando do caso anterior.

para a linha objetiva." In BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição – Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2009, 7ª ed., p. 116.

Nesta hipótese, o magistrado adapta o alcance da lei e, agregando o fundamento de que a razão do consumo é a manutenção da vida e da saúde, defere o pedido¹²⁵, fixando o novo precedente judicial para os futuros casos semelhantes. Assim, quando houver novo pedido que tenha como argumento a necessidade em se usar substâncias entorpecentes ou derivadas para fins medicamentosos, não há o impedimento legal de venda ou de importação diante das ligações aos direitos fundamentais à vida e à saúde serem mais fortes do que a restrição da liberdade contida na lei, que tem previsão genérica de proibição.

Não se trata de declarar a inconstitucionalidade da lei, mas de declarar a não incidência do seu alcance aos casos concretos que estejam ligados aos direitos fundamentais de forma mais forte do que a previsão genérica da lei às hipóteses em abstrato, ficando os novos fundamentos da decisão vinculados para o futuro e somados aos fundamentos do caso anterior, ou seja, não pode outra pessoa ter o seu pedido deferido com base nos mesmos argumentos do primeiro caso, ou ter o pedido indeferido nos mesmos argumentos do segundo caso.

Por fim, o precedente judicial também apresenta a função criadora da jurisprudência, superando a visão passiva da jurisdição¹²⁶, e se faz presente quando não há lei que regule o tema, explícita ou implicitamente, ou esta seja inconstitucional, tendo o magistrado que buscar a solução diretamente na fonte constitucional para fixar suas razões e, assim, tecer o precedente judicial para os casos semelhantes no futuro.

¹²⁵ Houve um caso analisado pela 3ª Vara da Justiça Federal de Brasília, nos autos n. 24632-22.2014.4.01.3400, em 03 de abril de 2014, sendo que o Juiz Federal Bruno César Bandeira Apolinário fundamentou a decisão, ao conceder a autorização para importar a substância *Canabidiol* (CBD), dizendo que: “Com essas razões, sem pretender cercear a prerrogativa da ANVISA de prosseguir com os estudos necessários à constatação da segurança e da eficácia do *Canabidiol* com vistas ao futuro registro para inserção no mercado nacional, entendo que, no caso da autora, a liberação da importação e uso da substância deve ser imediata, considerando a imprescindibilidade do medicamento na proteção da saúde e da vida da criança e as demonstrações preliminares da eficácia e da segurança do produto ao menos no que diz respeito ao tratamento da EIEE2.” In BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Autos n. 0024632-22.2014.4.01.3400. Importação de produto derivado de substância entorpecentes para fins medicamentosos*. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=ce3be96a55f89fb23cbd112d0c0eb11&trf1_captcha=5sqv&enviar=Pesquisar&proc=246322220144013400&secao=DF>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹²⁶ Quanto à visão passiva da jurisdição, são as lições de Miguel Reale, ao afirmar que: “Essa alta visão do Poder Judiciário pressupõe, é claro, o superamento de uma concepção passiva da função dos magistrados, e, por conseguinte, da sentença como automática aplicação dos ditames da lei ao caso concreto, sem a participação criadora do juiz.” In REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 72.

Neste caso, o precedente judicial se antecipa à lei e estabelece as regras a serem observadas para resolver o caso concreto, ficando tais fundamentos vinculantes às decisões seguintes. A lei pode se utilizar do precedente judicial para repetir ou aprimorar os fundamentos, criando a regra geral e abstrata que, por sua vez, vai ser aplicada conforme as duas funções anteriores.

Portanto, o precedente judicial possui as funções da jurisprudência e incorpora a força vinculante dos fundamentos da decisão, ou *ratio decidendi*, vinculando o magistrado em sua atuação jurisdicional conforme o que já foi decidido anteriormente, havendo a integração entre a lei e a decisão judicial, assim como existe a integração do autor e do ator numa peça teatral, conforme explica Carlos Maximiliano Pereira dos Santos:

“Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade.”¹²⁷

Ainda no campo da função criadora, o precedente judicial torna a interação mais eficiente do que a jurisprudência no estímulo à mudança legislativa. O precedente judicial é mais rápido do que a jurisprudência na troca de fundamentos com a lei diante da força de vinculação do que já foi decidido aos novos casos. O poder vinculante do precedente judicial acelera a necessidade de o legislador adequar a lei, visto que o precedente judicial expande a razoável duração do processo ao *processo legislativo*, que precisa se tornar mais célere para acompanhar as mudanças sociais incorporadas pelo precedente judicial, diante da maior proximidade social deste, sob pena da lei se tornar obsoleta.

Ao surgir algo novo na sociedade que se torne uma constante, o primeiro a entrar em contato com a matéria, na hipótese de conflito de interesses, é o Poder Judiciário, que se pronuncia sobre a questão na decisão judicial através de

¹²⁷ PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano. Op. cit., p. 60-61.

fundamentos vinculantes, adaptando o anterior precedente judicial ou criando novo precedente judicial para cobrir a nova característica social com o manto do direito, vinculando as decisões futuras aos casos semelhantes pela razão¹²⁸.

Ao tornar mais rápida a alteração legislativa, o precedente judicial interage com a lei e pode resolver, ou minimizar, a derrotabilidade das regras¹²⁹ ao oferecer suas razões de decidir para que a lei seja adaptada às dinâmicas transformações da sociedade, desde que a transformação social não seja momentânea ou decorrente de crise.

É possível perceber a interatividade existente entre o precedente judicial e a lei a partir do momento em que o precedente judicial estabelece suas fundamentações vinculantes aos próximos casos, com base nos direitos fundamentais, e a lei passa a prever os mesmos fundamentos ou avança na amplitude do alcance normativo para incluir outras possibilidades. Esta interação entre a lei e o precedente judicial permite trazer um maior diálogo entre os poderes e maior rapidez na concretização dos direitos fundamentais.

Veja-se que nos EUA há esta interação entre os poderes, fazendo surgir os super estatutos¹³⁰, trazendo maior eficiência ao que foi decidido por meio da

¹²⁸ Veja-se que, na maioria dos casos, há nos EUA a interação benéfica entre as leis produzidas pelo Congresso e as decisões tomadas pelo Judiciário, sendo que o Poder Legislativo refaz as leis sem as inconstitucionalidades apontadas ou aprova uma emenda constitucional, o que não é comum, conforme esclarece o Departamento de Estado dos EUA: “O Congresso se vale de dois métodos para reverter ou alterar os efeitos de uma interpretação da Constituição que não lhe agrada. Primeiro, o Congresso pode responder com outra legislação que evita os impedimentos constitucionais. Segundo, a decisão constitucional pode ser derrubada diretamente por uma emenda à Constituição. ... Na história do Judiciário, somente quatro decisões da Suprema Corte foram derrubadas por emendas constitucionais.” *In ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Estado dos EUA. Perfil do Sistema Judiciário dos EUA. Washington: Congressional Quarterly Inc, 5ª ed., p. 165.*

¹²⁹ A derrotabilidade das regras, que também é chamada de *defeasibility* no direito estrangeiro e de superabilidade por Humberto Ávila, envolve a capacidade de a regra acomodar exceções ao seu conteúdo principal tendo em vista a impossibilidade de a norma prever todas as hipóteses de interação da vida em sociedade. Para aprofundamento, ver BÄCKER, Carsten. *Regras, princípios e derrotabilidade*. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/102055082.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹³⁰ O super estatuto representa as mudanças na política de Estado e na cultura da população, conforme esclarecem William N. Eskridge Jr. e John Ferejohn ao conceituarem que: “O super estatuto é uma lei ou séries de leis que (1) procura estabelecer um novo quadro normativo ou institucional para a política de Estado e (2) ao longo do tempo faz “mudança” na cultura pública de tal modo que (3) o super estatuto e os seus princípios institucionais ou normativos têm um amplo efeito sobre a lei - incluindo um efeito além dos quatro cantos do estatuto.” Tradução livre. No original: “*A super-statute is a law or series of laws that (1) seeks to establish a new normative or institutional framework for state policy and (2) over time does “stick” in the public culture such that (3) the super-statute and its institutional or normative principles have a broad effect on the law—including an effect beyond the four corners of the statute.*” *In* ESKRIDGE JR., William N. e FERREJOHN, John. *Duke Law Journal*, n. 5, mar 2001, Carolina do Norte: *Duke University School of Law*. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol50/iss5/3/>>. Acesso em 04 fev. 2016, p. 1216. Confirmando a importância do precedente judicial na interação com

ampliação dos direitos protegidos pelo precedente judicial. Mesmo sendo leis infraconstitucionais, os super estatutos têm a força próxima às emendas constitucionais, fazendo com que outras leis, ou ações estatais, observem suas regras, como ocorreu com a política de dessegregação nas escolas públicas mencionada pelo Departamento de Estado dos EUA:

“Entretanto, o Congresso e os juízos federais não são adversários naturais. As retaliações contra o Judiciário federal são bastante raras e normalmente os dois órgãos trabalham em harmonia visando os mesmos objetivos. Por exemplo, o Congresso teve um papel preponderante na implementação da política de dessegregação emanada pelo Supremo quando promulgou a Lei dos Direitos Civis de 1964, que deu poderes ao Departamento de Justiça para mover ações contra distritos escolares que descumprissem a decisão proferida na ação *Brown VS. Secretaria de Educação*.”¹³¹

De certa forma, os super estatutos aproximam os EUA ao *civil law* na medida em que a lei regulamenta antecipadamente as condutas sociais na tentativa de mudar os comportamentos da sociedade. Assim, o super estatuto usa como referência o que foi decidido no precedente judicial para ampliar o alcance de suas razões, fazendo com que haja a interação entre a decisão judicial vinculante e a lei na busca de maior eficiência do que foi decidido.

Quanto à eficiência temporal do precedente judicial, este supera quando comparado com a jurisprudência. A previsibilidade dos julgamentos futuros no sistema de precedentes judiciais fica mais clara¹³² e agrega maior eficiência à prestação jurisdicional diante da possibilidade de se antever as chances de sucesso de eventual

a lei, o super estatuto tem sua metodologia baseada na interação entre as normas legais, o *commow law* e a interpretação constitucional, nos termos dos autores citados supra: “Super estatutos são aplicadas de acordo com uma pragmática metodologia que é um híbrido de preceitos padrão das normas legais, *common law*, e interpretação constitucional”. Tradução livre. No original: “*Super-statutes are applied in accord with a pragmatic methodology that is a hybrid of standard precepts of statutory, common law, and constitutional interpretation.*” *Ibidem*, p. 1216. São exemplos de super estatutos nos EUA: a Lei Antitruste de 1890, conhecida como *Sherman Antitrust Act*, a Lei dos Direitos Civis de 1964, conhecida como *Civil Righths Act* e a Lei das Espécies Ameaçadas, conhecida como *Endangered Species Act*.

¹³¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Estado dos EUA. Op. cit., p. 165.

¹³² Também é a conclusão de Humberto Theodoro Júnior ao afirmar que “Com o passar do tempo, o acumular de precedentes e a coerência detectada entre os sucessivos pronunciamentos acerca dos casos avaliados levará à melhor compreensão do importante mecanismo constitucional de acesso à Suprema Corte, tornando mais previsível o cabimento, ou não, dos recursos da espécie nas circunstâncias concretas dos litígios.” *In* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 107. No mesmo sentido vai Dínio de Santis Garcia ao dizer que: “Sem dúvida que todos nós desejaríamos que fossem iguais as decisões proferidas em casos iguais, de modo que, com base nos precedentes, se tornasse realizável a antevisão do julgamento final das demandas.” *In* GARCIA, Dínio de Santis. Op. cit., p. 40.

ação, afastando a decisão judicial dos julgamentos lotéricos e da ineficiência decorrente do excesso de demandas existentes no sistema de jurisprudência. A melhor eficiência decorre da vinculação dos fundamentos do precedente judicial às decisões futuras.

A ausência de vinculação dos fundamentos da jurisprudência causa o efeito danoso denominado “loteria jurídica”¹³³, que infelizmente existe no Brasil na atualidade. É possível ter decisões opostas dentro dos tribunais, sendo que o acórdão pode ser favorável, ou desfavorável, dependendo da Câmara ou Turma em que for distribuído o recurso, assim como a ação pode ser julgada procedente ou improcedente dependendo do magistrado de primeiro grau.

Este sistema lotérico decorre da ausência de uniformização séria e de vinculação das decisões judiciais. Preza-se pela força do livre convencimento motivado, mas perde-se em segurança jurídica, celeridade e eficiência, como esclarece Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

“Para além disso, a insegurança jurídica também vem sendo sentida na medida em que os Tribunais brasileiros não se preocupam em garantir uma coerência às suas decisões, nem em respeitar os precedentes dos Tribunais Superiores, ademais, mesmo as Cortes Superiores não respeitam sua própria construção jurisprudencial.”¹³⁴

Assim, o sistema lotérico de justiça que se observa hoje no Brasil decorre do caráter orientador da jurisprudência, sendo que as decisões superiores não vinculam as decisões inferiores sob a falsa premissa de preservação do livre convencimento motivado e da discricionariedade do magistrado, gerando ineficiência e falta de razoável duração do processo diante da ausência de coerência lógica nos julgamentos proferidos no tempo.

¹³³ A expressão é utilizada por Eduardo Cambi, que esclarece o seu campo como sendo: “A ideia da *jurisprudência lotérica* se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado.” *In* CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. Revista dos Tribunais. vol. 786, São Paulo: RT, 2001, p. 111. Chamando a atenção à insegurança jurídica gerada pela livre apreciação, Hans Kelsen também se manifestou: “Com efeito, sob uma tal ordem jurídica, os indivíduos não podem prever as decisões dos casos concretos em que participam como demandantes ou demandados, acusadores ou acusados. Por isso, não podem de forma nenhuma saber de antemão o que é que lhes é juridicamente proibido ou permitido, para que é que têm ou não têm poder ou competência.” *In* KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 280.

¹³⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz Barboza. *Op. cit.*, 2014, p. 236.

O livre convencimento motivado pode ser levantado como bandeira em oposição ao sistema de vinculação presente no precedente judicial. A vinculação do magistrado envolveria o risco de ausência de flexibilização, ou engessamento, da decisão judicial, diante da vinculação aos fundamentos das decisões do passado, não havendo espaço para o precedente judicial no Brasil porque o sistema jurídico segue o *civil law*, ou seja, tem a base no direito codificado, não sendo comum que o magistrado aceite a vinculação de suas decisões às decisões anteriores ou superiores diante do receio da perda de independência da função jurisdicional¹³⁵.

No sistema judicial brasileiro, prevalece o livre convencimento motivado das decisões, não sendo incomum que o magistrado mude de opinião sobre determinado tema sem que apresente as razões de ter mudado o entendimento. Isto ocorre justamente porque inexistente o efeito vinculante dos fundamentos das decisões anteriores.

Entretanto, o sistema de precedente judicial não torna a prestação jurisdicional imutável. Ao contrário, amplia os fundamentos da decisão no terreno sólido da coerência com as decisões anteriores e, a cada novo julgado ou aplicação do julgado anterior, torna o direito mais sólido por trazer segurança e rapidez aos julgamentos, permitindo que se amplie a rede de proteção oferecida pelo direito e garantida pelos fundamentos vinculantes do precedente judicial.

O precedente judicial não significa a automatização absoluta da Justiça visto que o Poder Judiciário lida com casos fáceis e casos difíceis¹³⁶. O precedente judicial

¹³⁵ Apontando este receio de perda da independência jurisdicional diante do efeito vinculante, Dínio de Santis Garcia afirmou, já em 1996, que: “Tema que ultimamente tem preocupado os meios jurídicos do país é o do chamado *efeito vinculante*, que obrigaria nossos juízes e tribunais a pautar suas decisões pelos julgados do STF, eficácia que alguns pretendem estender às decisões dos Tribunais Superiores. À primeira vista a providência parece acertada, de vez que asseguraria a *uniformização da jurisprudência* nacional, e com ela a tão almejada, quanto difícil, *certeza do direito*.” E concluiu que “Com o *efeito vinculante* estaremos trilhando um caminho contrário ao da independência judicial, fundamental no estado de direito”. In GARCIA, Dínio de Santis. Op. cit., p. 40 e 43.

¹³⁶ Sem adentrar no embate teórico existente entre Dworkin e Hart quanto aos casos difíceis, diante da limitação ao tema e porque a pré-existência, ou não, do direito a ser reconhecido pela decisão judicial não interfere na eficiência e na razoável duração do processo trazida pelo sistema de precedentes judiciais, é importante apontar o conceito de caso fácil, ou *easy case*, que seria a questão com a solução determinada pelas regras existentes. Já o caso difícil, ou *hard case*, seria a questão sem a solução determinada pelas regras, conforme a explicação de Dworkin: “O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão. Nos dois últimos capítulos,

permite a automatização de parte das decisões judiciais ao permitir a buscar rápida da solução uniforme de temas que já foram decididos, de forma vinculante e obrigatória se as razões forem semelhantes, não havendo a necessidade de analisar todos os argumentos já fundamentados anteriormente, extraindo-se, desta automatização, a eficiência e a celeridade necessárias para responder às demandas sociais por Justiça, que são cada vez maiores.

Ao perceber que os argumentos do caso concreto não se enquadram no precedente judicial, como na hipótese de existir um caso difícil que apresente distinção ou superação do precedente judicial, ou até mesmo não haja precedente judicial, o magistrado deve construir a fundamentação expondo as razões que o levaram ao afastamento do precedente judicial que se aplicaria ao caso, se utilizando de argumentos mais fortes, ou apresentando os novos fundamentos na hipótese de inexistir julgamentos anteriores.

Ao agir desta forma, o magistrado amplia a rede de fundamentos vinculantes, sendo que o próximo caso a ser julgado pode se encaixar no novo precedente judicial ou, até mesmo, no anterior precedente judicial¹³⁷.

Na hipótese de a decisão de primeira instância ser confirmada pelas instâncias superiores, a exceção ao precedente judicial se torna o novo precedente judicial das instâncias superiores, devendo ser seguido por todos os demais magistrados, facilitando o julgamento de casos semelhantes. Assim, a eficiência ao se adotar o precedente judicial vem da economia de tempo que o magistrado pode obter ao aplicar o que já foi decidido, bastando mencionar a *ratio decidendi* já estabelecida pelas demais instâncias.

Mesmo na hipótese de existir a demora na construção da *ratio decidendi* do julgado, quando forem identificados os fundamentos abstratos aplicáveis aos demais casos, não haverá mais a necessidade de o juiz reconstruir a fundamentação no novo

argumentei que essa teoria da decisão judicial é totalmente inadequada; no presente capítulo, vou descrever e defender uma teoria melhor." *In* DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2002, p. 126.

¹³⁷ Nos EUA, os juízes usam estratégias para não se aplicar o precedente judicial, sendo que a mais rara estratégia é a rebeldia, quando o juiz simplesmente não aplica o precedente judicial. Outra estratégia é rejeitar a ação por razões técnicas ou processuais, não adentrando no mérito, o que demonstra a ausência deste temor de flexibilidade das decisões judiciais, como explica o Departamento de Estado dos EUA: "Os juízes que aceitam a política de instâncias superiores vão naturalmente tentar aplicá-la e talvez mesmo torná-la mais abrangente. ... Os juízes contrários à política de instância superior podem aplicá-la raramente ou somente sob coação. Um juiz que basicamente não concorda com a política estabelecida por um juízo superior poderá adotar algumas estratégias." *In* ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Estado dos EUA. Op. cit., p. 163.

caso semelhante, bastando mencionar o fundamento vinculante encontrado no *leading case*¹³⁸, o que traz eficiência e rapidez aos casos seguintes mesmo que o primeiro caso tenha requerido mais tempo na busca de fundamentos para solucionar a questão.

Na prática judicial brasileira, este procedimento já acontece com os modelos de sentenças, ou de acórdãos, feitos pelos magistrados, ou seja, ao se deparar com uma questão nova, o magistrado fixa seus fundamentos elaborando um documento modelo de julgamento e, nos casos semelhantes, a equipe de apoio reproduz o entendimento, não havendo a necessidade de o magistrado reanalisar as questões todas as vezes. Não há a vinculação aos fundamentos, podendo o entendimento ser modificado sem a necessidade de fundamentação quanto à coerência dos julgamentos anteriores, devendo cada decisão repetir os fundamentos já fixados, como se fosse uma nova construção de fundamentação.

Portanto, o receio trazido pela vinculação aos fundamentos da decisão, qual seja, de se perder a flexibilidade das decisões judiciais, vem do pensamento dos magistrados brasileiros ao *civil law* tradicional que tem como bases a subsunção dos fatos à lei e a jurisprudência como orientação, sem ter como funções principais a criação do direito pelos julgados e a vinculação às razões dos fundamentos anteriores, gerando a aparente incompatibilidade do sistema brasileiro com o precedente judicial do *common law*¹³⁹.

¹³⁸ Guido Fernando Silva Soares define o conceito de *leading case* como sendo: "Uma decisão que se tenha constituído em regra importante, em torno do qual outras decisões gravitam (com especificações, exceções interpretativas, extensões de aplicação) se denomina um '*leading case*', que passa a ser determinante para o estudante e o advogado, como primeiro '*approach*' na solução de uma questão prática. Sendo assim, em matéria de *torts* o '*leading case*' é *Marbury v. Madison*; em matéria de competência para decretação de divórcio, há dois casos *Williams v. North Carolina* (I) e *Williams v. North Carolina* (II), que estudantes e advogados já citam como *Williams-I* e *Williams-II*." In SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit., p. 183.

¹³⁹ Apresentando um comparativo histórico entre o *common law* e o *civil law*, William N. Eskridge Jr. e John Ferejohn esclarecem a distinção de pensamento existente nos sistemas, em especial quando há lacunas: "Como uma questão histórica, escritores têm algumas vezes contrastado o sistema do *common law* (Inglês) com o sistema do *civil law* (Romano) no seguinte sentido. A linha de base no *civil law* tem sido tradicionalmente o *código*, que juízes tratam como um corpo compreendido de regras, políticas e princípios. Lacunas no código são preenchidas por um procedimento chamado a equidade do estatuto: razão dos juízes por analogia da mais pertinente previsão legal e a sua política para fornecer a resposta nos *casus omissus*, o caso desprovido de solução. Novas leis são integradas ao código, tanto pelo legislador e seus redatores ou pelos juízes que reconcilia suas regras e políticas com aquelas do código. A linha de base nos sistemas de direito comum tem sido tradicionalmente o *common law*, um corpo compreendido de regras, políticas e princípios. Lacunas no *common law* são preenchidas por um processo de raciocínio por analogia, comparando como o novo problema é semelhante às, e diferente das, determinações judiciais anteriores. Novas leis estão integradas no direito comum através de dois cânones simples: leis ordinárias são construídas conforme o direito comum e não em derrogação dele, mas estatutos corretivos podem substituir a lei comum e serem construídos para a

Entretanto, não é possível perceber a diferença de flexibilidade da decisão judicial proferida pelos magistrados do *common law* e a dos juízes do *civil law* na hipótese de se adotar o precedente judicial no Brasil. Ao contrário, haveria a melhoria de qualidade nas decisões dos magistrados brasileiros diante da vinculação às razões das decisões anteriores.

O aplicador do direito teria maior responsabilidade de fundamentação em suas decisões, explicitando e aprofundando as novas razões, se desejar afastar os fundamentos dos julgados anteriores ao entender que não servem ao novo caso. Os novos fundamentos têm a capacidade de penetrar no campo de força que o precedente judicial envolve o direito, sendo incorporados e tornando a proteção mais forte diante da nova *ratio decidendi* a ser aplicada aos casos futuros semelhantes.

Ao se sustentar pela plenitude de liberdade da fundamentação, como ocorre no sistema lotérico brasileiro, é possível constatar o aumento da insegurança jurídica, diante da ausência de vinculação dos fundamentos da decisão, bastando, por exemplo, que aconteça a sucessão de magistrado em determinada vara, câmara ou turma, para que mude os entendimentos anteriores.

Nesta parte, é possível fazer um paralelo com o Poder Legislativo ao se afirmar pela possibilidade de existir um sistema lotérico constitucional, ou seja, a cada legislatura, dependendo dos legisladores eleitos, estes poderiam alterar a Constituição conforme os seus livres convencimentos motivados, não importando o que foi decidido anteriormente pelos legisladores originários ou derivados, o que não acontece por força da proteção existente na própria Constituição aos princípios fundamentais.

É possível concluir, então, que os princípios da constituição têm natureza vinculante por irradiar as suas determinações ao legislador. Diante desta vinculação,

superar.” Tradução livre. No original: “As an historical matter, writers have sometimes contrasted common law (English) systems with civil law (Roman) systems in the following way.⁵ The baseline in civil law has traditionally been the code, which judges treat as a comprehensive body of rules, policies, and principles. Gaps in the code are filled in by a process civilians call the equity of the statute: judges reason by analogy from the most pertinent provision and its policy to supply the answer in the *casus omissus*, the unprovided-for case. New laws are integrated into the code either by the legislature and its drafters or by judges who reconcile its rules and policies with those of the code. The baseline in common law systems has traditionally been the common law, a comprehensive body of rules, policies, and principles. Gaps in the common law are filled by a process of reasoning by analogy, figuring out how a new problem is akin to, and different from, prior judicial determinations. New laws are integrated into the common law through two simple canons: ordinary statutes will be construed consistent with the common law and not in derogation of it, but remedial statutes might supersede the common law and be construed to trump it.” In ESKRIDGE JR., William N. e FERREJOHN, John. Op. cit., p. 1218.

há a Comissão de Constituição e Justiça que analisa a compatibilidade prévia do projeto de lei à Constituição, ou seja, verifica-se se o conteúdo da futura lei não ofende a sistemática dos princípios fundamentais.

Retornando ao Poder Judiciário, os fundamentos das decisões judiciais das instâncias superiores devem ter o mesmo efeito em vincular as decisões dos demais magistrados subordinados e, inclusive, atingir os advogados e os membros do *parquet* quando da análise da conveniência em se propor novas ações, permitindo a antevisão das possibilidades de sucesso da demanda e afastando o risco da sorte lotérica para propor novas ações.

No sistema de precedente judicial, a ausência de análise dos fundamentos do precedente judicial pode, até mesmo, revelar a incapacidade técnica do profissional se não houver a devida argumentação das razões para se aplicar, ou se afastar, o precedente judicial, diante da vinculação da fundamentação, sendo que o ônus argumentativo desenvolvido nas petições deve levar em consideração toda a construção feita pela *ratio decidendi* dos precedentes judiciais.

Ao se pensar o direito com a ampla visão do conjunto total da obra já construída, a argumentação das ações movidas pelas partes não pode ser feita de forma alheia aos fundamentos do precedente judicial. Na prática, é comum ver as petições iniciais, as contestações, os embargos à execução e as exceções de pré-executividade com diversos temas já pacificados pela jurisprudência, revelando o nítido caráter protelatório.

A título de exemplo, é possível citar as contestações nas ações de busca e apreensão de veículos automotores ajuizadas com base no Decreto-Lei n. 911, de 01 de outubro de 1969. Na maioria dos casos, as petições apresentam o argumento da ausência de constituição em mora da parte requerida, por ausência da devida notificação, o que levaria à improcedência do pedido de busca e apreensão do bem da vida. Entretanto, ao se verificar os autos, a notificação está presente, sendo recebida por terceiros ou pela própria parte requerida¹⁴⁰, ou houve o protesto do contrato para a devida caracterização da mora.

¹⁴⁰ É possível constatar que a matéria chegou ao STJ e já foi analisada, sendo pacificada a questão no sentido de que a notificação deve ser enviada ao endereço do devedor e não precisa ser recebida pessoalmente, conforme Resp n. 659582-RS, 810717-RS, 397372-RS, 1335267-MS, 461194-MS, 346560-MS e 419667-MS. Entretanto, a matéria continua a ser alegada nas peças de defesa, sem qualquer vinculação da argumentação aos julgados já proferidos, necessitando de pronunciamento repetido dos juízes em todos os novos casos e em todas as instâncias.

Ao se instituir o precedente judicial como algo a ser observado, vinculando os fundamentos da decisão, é possível reconhecer duas possibilidades se forem alegadas as matérias de forma aleatória pelas partes.

A primeira hipótese estaria dentro da boa-fé do profissional por desconhecer o precedente judicial, mas revelaria a inabilidade técnica para o exercício da profissão na hipótese de reiteração da ignorância visto que a boa-fé estaria apenas na primeira ação ajuizada, sendo que a decisão judicial esclareceria a existência do precedente judicial.

A segunda hipótese revelaria a má-fé processual tendo em vista o nítido caráter protelatório dos argumentos sem a observação dos fundamentos vinculantes do precedente judicial, se repetidas vezes o profissional incidisse no mesmo erro. A eficiência do precedente judicial permite reparar a ausência de argumentação nos fundamentos das decisões anteriores por inibir a conduta de se alegar matérias pelo simples fato de alegar com a finalidade de protelar a solução do litígio, o que hoje é comum nos processos em trâmite na Justiça brasileira.

O reparo à primeira conduta vem com a mudança de pensamento pela incorporação do precedente judicial, com mais estudo e capacitação do profissional. Já na segunda hipótese, o conserto vem pela condenação em litigância de má-fé, tornando mais onerosa a utilização de argumentos protelatórios.

O resultado dos precedentes judiciais é positivo na atuação dos profissionais de direito por permitir a ampliação do debate técnico de argumentos ao exigir a demonstração pela razão de como o precedente judicial se aplica, ou não, ao caso em questão.

Assim, a fundamentação da decisão judicial pode dar um passo adiante na qualidade técnica dos argumentos, visto que não basta negar os fatos óbvios ou os precedentes judiciais, mas construir o raciocínio com base no que já foi construído.

No exemplo citado, não basta alegar a ausência de notificação válida, visto que a mesma foi feita, deve-se dizer o porquê de não ser considerada válida, mesmo que tenha sido entregue no endereço da parte requerida e assinada pela mesma. É possível pensar na hipótese de a parte ter sido declarada incapaz em momento posterior ao contrato e, quando da notificação, a parte requerida estava incapaz e assinou a notificação.

Entretanto, tal argumento permite a construção de outros argumentos na sequência, como o dever de a parte informar tal fato ao outro contratante. Percebe-se que o precedente judicial pode agregar a qualidade técnica ao debate, evitando que diversas preliminares inúteis sejam alegadas, tomando o tempo do julgador para serem afastadas com a fundamentação simples de leitura de uma página dos autos.

Assim, ao se adotar o precedente judicial, cria-se o pensamento de análise prévia do caso concreto para ver a compatibilidade com o que já foi julgado, na mesma linha de análise feita pela CCJ.

Ao se verificar que o caso se enquadra no precedente judicial, a solução está dada mesmo antes do ajuizamento de qualquer ação ou, em sentido oposto, deve a argumentação das partes vir no sentido do afastamento da razão de decidir do precedente judicial ao caso em questão, cabendo ao magistrado, se ajuizada a ação, fazer a análise definitiva dos novos argumentos e decidir conforme os fundamentos já constantes no precedente judicial, ou acolher os novos argumentos para criar ou moldar o novo precedente judicial, com novos fundamentos vinculantes que passam a integrar o sistema de precedente judicial, irradiando os efeitos aos casos semelhantes futuros.

De todo modo, há a análise prévia do caso concreto conforme os precedentes judiciais já existentes, sendo que o estudo do caso e a sua comparação ao precedente judicial evitam o ajuizamento de diversas novas ações, funcionando como um filtro preventivo visto que é possível estabelecer as chances de sucesso da demanda, gerando relativa previsibilidade do que pode ser julgado na hipótese de ajuizamento.

Este pensamento preventivo é inerente ao *common law* em razão do sistema de precedente judicial, visto que vincula a *ratio decidendi* da decisão aos casos futuros, sendo uma diferença crucial com o *civil law*, como esclarece Peter da Cruz:

“Uma diferença crucial com a abordagem do direito civil é que, com algumas exceções, a fim de determinar a matéria de direito, em vez de consultar um código ou estatuto, o advogado e juiz comum consultarão casos e livros didáticos de casos antes de olhar para estatutos e, principalmente, a fim de resolver uma disputa ou uma suposta violação de direitos juridicamente vinculativos.”¹⁴¹

¹⁴¹ Tradução livre. No original: “A crucial difference with the civil law approach is that, with some exceptions, in order to determine a point of law, instead of consulting a code or statute, the common lawyer and judge will consult cases and textbooks of cases before looking at statutes and, primarily, in order to resolve a dispute or an alleged breach of legally enforceable rights.” In CRUZ, Peter de. Op. cit., p. 137.

As características do precedente judicial de vinculação, de constante aprimoramento e de ampliação de seus fundamentos racionais se assemelham à ciência da informática utilizada quando da elaboração dos programas de computador.

O *programa* de computador como, por exemplo, o sistema operacional *Microsoft Windows*, vai se aprimorando com o tempo. Não se abandona todo o trabalho já feito quando se cria um novo programa, mas se utiliza de todos os dados já feitos, incorporando novas ideias e funcionalidades, fazendo um *upgrade* e tornando o programa mais confiável e ampliativo ao aprimorar e resolver os problemas anteriores existentes ou as incompatibilidades (*bugs*).

No sistema (*programa*) de precedente judicial, a construção dos dados segue a mesma lógica, ou seja, se utiliza de todos os fundamentos racionais já construídos pelas decisões judiciais anteriores e, na hipótese de adaptação ou aprimoramento (*upgrade*) decorrentes de argumentos novos (*bugs*), estes são incorporados como novos fundamentos vinculantes, de acordo com a racionalidade e a coerência do sistema constitucional de direitos fundamentais e servindo para resolver os problemas trazidos ao juiz, que é um dos programadores do sistema jurídico.

2.3 A razoável duração do processo obtida pela eficiência do precedente judicial nos planos temporal, econômico e qualitativo

O sistema de precedentes judiciais pode se mostrar adequado à razoável duração do processo por não precisar construir do zero toda a fundamentação a ser utilizada no novo caso, bastando utilizar o que já foi fundamentado anteriormente, poupando o tempo dos julgadores e os recursos materiais e humanos, bem como reduzindo o trâmite processual.

No sistema judicial brasileiro atual não há a vinculação aos fundamentos das decisões anteriores e o magistrado faz a análise dos mesmos argumentos em toda nova decisão judicial, ou seja, o juiz decide repetidas vezes sobre o mesmo tema, acontecendo tal fato em todas as instâncias, tanto nos casos fáceis, como nos casos difíceis.

Fazendo um comparativo, o sistema brasileiro de repetição das decisões judiciais equivale a reinventar a roda toda vez que a indústria fosse produzir um

automóvel, fazendo o engenheiro estudar todas as formas geométricas para concluir qual é a melhor opção para fazer um objeto rolar.

O precedente judicial possibilita a vinculação aos fundamentos da decisão já proferida, o que permite a análise mais célere dos demais casos semelhantes visto que não é necessária nova construção dos fundamentos já decididos, valendo tanto para os casos fáceis, com a aplicação da subsunção e das técnicas de conflitos de regras, como para os casos difíceis, utilizando-se da ponderação no caso de colisões entre princípios.

Com a implantação do precedente judicial, pode-se mudar o que acontece atualmente no Brasil do processo percorrer todas as instâncias, com os recursos respectivos, na tentativa de se provar que o velho argumento rejeitado por decisão em diversos casos anteriores, deve ser acolhido pelo simples fato de ser outro caso concreto semelhante.

Ao adotar o precedente judicial, é possível acelerar a análise do caso concreto semelhante e aplicar o direito de forma mais rápida e eficiente. O operador do direito deve, com novos argumentos, distinguir ou superar os fundamentos já analisados quando da anterior decisão proferida, como, por exemplo, a decisão que concluir ser o círculo a forma geométrica padrão da roda. Não basta o operador do direito dizer que a roda triangular é melhor do que a roda circular. Ele tem a atribuição racional de desconstruir todos os fundamentos já decididos anteriormente por meio de técnicas argumentativas mais elaboradas e, então, apresentar a nova argumentação de direito.

Caso não explore os fundamentos do precedente judicial, a argumentação da petição não precisa chegar às altas cortes para ser analisada, justamente pelo fato de não possuir a argumentação comparativa de distinção ou de superação dos fundamentos do precedente judicial, bastando que se negue o seguimento do recurso com a citação do precedente.

Portanto, ao se adotar o precedente judicial, que vincula as próximas decisões judiciais às fundamentações anteriores, o juiz consegue resolver mais rapidamente os casos a serem julgados. Diante deste julgamento mais rápido dos casos, é possível apontar a menor duração dos processos no aspecto temporal e a maior eficiência na perspectiva econômica pela utilização de menos recursos humanos e materiais para se atingir melhores resultados.

Por sua vez, ao uniformizar os entendimentos, o precedente judicial pode gerar a diminuição no número de ações, por não serem propostas diante da pacificação do tema, gerando segurança jurídica ao permitir a análise da probabilidade de sucesso do novo caso diante da vinculação constante nas razões do precedente judicial.

É possível verificar que a vinculação às razões das decisões anteriores trouxe eficiência e razoável duração do processo ao Japão. O país introduziu o *onus argumentativo do recurso às anteriores decisões* em 1996 quando alterou seu Código de Processo Civil, sendo que Yasuhei Taniguchi apontou os números anteriores à alteração legislativa:

“A pauta da Suprema Corte se tornou tão pesada, que tem sido praticamente impossível dar consideração adequada a importantes questões constitucionais. Existiam em 1995 cerca de 3.500 recursos para um tribunal de 15 juízes.”¹⁴²

Os números apresentados atualmente pela Suprema Corte Japonesa indicam uma prova concreta da *eficiência temporal* trazida pelo sistema de precedente judicial e, por consequência, da melhor obediência ao princípio da razoável duração do processo, sendo que a Suprema Corte do Japão tinha apenas 503 casos pendentes de julgamento em 2013, representando a redução de quase 700% no volume de casos a serem analisados pela mais alta corte daquele país¹⁴³.

Na parte orçamentária, a *eficiência econômica* trazida pelo sistema de precedentes judiciais pode ser constatada ao se comparar as Supremas Cortes de alguns países, sendo que a diferença entre os custos da Suprema Corte Japonesa e do Supremo Tribunal Federal Brasileiro foi a mais expressiva no levantamento dos dados.

No ano de 2011, a Suprema Corte Japonesa custou 320 milhões e 22 mil ienes¹⁴⁴, equivalente, em 31 de dezembro de 2011, a R\$7.773.334,38¹⁴⁵ (sete milhões, setecentos e setenta e três mil, trezentos e trinta e quatro reais e trinta e oito

¹⁴² TANIGUCHI, Yasuhei. Op. cit., p. 61-62.

¹⁴³ JAPÃO. Suprema Corte Japonesa. *Estatística oficial*. Disponível em: <http://www.courts.go.jp/english/vcms_lf/20140804Statistical-Table.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹⁴⁴ JAPÃO. Suprema Corte Japonesa. *Orçamento oficial de 2011*. Disponível em: <<http://www.courts.go.jp/english/publications/budgets/fy2011/index.html>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹⁴⁵ BRASIL. Banco Central. *Conversão de Moeda*. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/pec/conversao/conversao.asp>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

centavos). Já o Supremo Tribunal Federal custou o valor de R\$503.017.061,00¹⁴⁶ (quinhentos e três milhões, dezessete mil e sessenta e um reais) em 2011, ou seja, a ausência de eficiência e de razoável duração do processo, que poderia existir com o sistema de precedente judicial, representou o gasto de 6.471% a mais de dinheiro para o Brasil se comparado com o valor despendido pelo Japão. Mesmo ao se utilizar o critério populacional como base de comparação, o Brasil¹⁴⁷ deveria ter gasto pouco mais de 50% do valor utilizado pelo Japão¹⁴⁸.

Ao se comparar o STF com a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, também é possível constatar a existência de maior eficiência econômica decorrente da aplicação do sistema de precedentes judiciais. A *Supreme Court* teve um custo de U\$86.607.000,00¹⁴⁹ (oitenta e seis milhões, seiscentos e sete mil dólares americanos) no ano de 2015, equivalente, em 05 de janeiro de 2016, a R\$347.363.355,60¹⁵⁰ (trezentos e quarenta e sete milhões, trezentos e sessenta e três mil, trezentos e cinquenta e cinco reais e sessenta centavos). Já o STF custou R\$602.434.614,00¹⁵¹ (seiscentos e dois milhões, quatrocentos e trinta e quatro mil e seiscentos e quatorze reais) no ano de 2015, ou seja, quase o dobro do custo da corte americana.

A ineficiência das cortes brasileiras se destaca ainda mais ao se comparar os percentuais dos custos dos tribunais com os orçamentos totais dos países. No Brasil, o orçamento anual de 2015 da União foi de R\$2.863.379.701.677,00¹⁵² (dois trilhões, oitocentos e sessenta e três bilhões, trezentos e setenta e nove milhões, setecentos e um mil e seiscentos e setenta e sete reais), sendo que o orçamento do STF representou 2,1% do total dos gastos da União. Já nos EUA, o orçamento anual de

¹⁴⁶ _____. Orçamento Federal. *Orçamento de 2011 - anexo II*. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2011/loa-2011/anexos/Anexo_II.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹⁴⁷ A população brasileira era estimada em 192 milhões de habitantes em 2011. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estimativa populacional do ano de 2011*. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?idnoticia=1961&view=noticia>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹⁴⁸ A população japonesa era estimada em 127 milhões de habitantes em 2011. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Agência de Inteligência Central, CIA. *The world factbook*. Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ja.html>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹⁴⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Funding budget anual report of 2014*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/statistics-reports/fundingbudget-annual-report-2014>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹⁵⁰ BRASIL. Banco Central. *Conversão de Moeda*. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/pec/conversao/conversao.asp>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹⁵¹ BRASIL. Orçamento Federal. *Orçamento de 2015 - anexo II*. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2015-2/ploa/volume_i_ploa_2015>. Acesso em: 04 fev. 2016, p. 26.

¹⁵² *Idibem*, p. 27.

2015 foi de U\$3.901.000.000.000,00¹⁵³ (três trilhões, novecentos e um bilhões de dólares americanos), sendo que a Suprema Corte americana representou o custo de 0,22% do total dos gastos do Governo Federal Americano.

Por seu turno, a *eficiência qualitativa* do sistema de precedentes judiciais pode ser extraída do número de julgamentos proferidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos, conforme explica Dínio de Santis Garcia ao mencionar os dados reunidos por André Tunc em 1978:

“A Corte Suprema dos Estados Unidos conta com 9 juízes que julgam cerca de 160 recursos por ano (cabendo a cada um 18 processos). Ela recebe cerca de 4.000 causas anualmente, mas, graças ao poder discricionário que tem de selecionar as que vai decidir, retém para exame apenas cerca de 350 processos, dos quais perto de metade são decididos sumariamente através de uma sentença *per curiam*, com simples referência a um precedente.”¹⁵⁴

Os números de julgamentos feitos em 2006 pela Suprema Corte dos Estados Unidos revelam a otimização na qualidade com o passar do tempo, sendo que o número de julgamentos continua a ser muito inferior se comparado com os julgamentos proferidos pelo STF, conforme informação do Departamento de Estado dos EUA do ano de 2006:

“Em média, a Corte julga, com despachos assinados, entre 80 e 90 causas por ano. Milhares de outras causas são descartadas sem que passem por todos os trâmites processuais. ... O volume de processos na Suprema Corte é grande para os padrões históricos; havia 8.255 causas no rol para o ano forense de 2002. Entretanto, a Suprema Corte tem poder para decidir quais causas merecem sua atenção plena. Como resultado, o número de causas apreciadas pela Corte diminuiu drasticamente com o passar do tempo. No ano forense de 2002, apenas 84 causas foram apreciadas e 79 foram descartadas em 71 despachos assinados.”¹⁵⁵

¹⁵³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Casa Branca. *Orçamento de 2015*. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/budget/fy2015/assets/budget.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016, p. 167.

¹⁵⁴ GARCIA, Dínio de Santis. Op. cit. apud *Synthèse* de André Tunc: “Os dados que se seguem a respeito dos Tribunais Supremos de vários países foram extraídos da *Synthèse* de André Tunc, publicada em *La Cour Judiciaire Suprême – Une enquête comparative*, número de janeiro-março de 1978 da *Revue Internationale de Droit Comparé*, p. 5 et seq”, p. 45.

¹⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Estado dos Estados Unidos da América. Op. cit, p. 27 e 43.

O último relatório¹⁵⁶ do ano judicial¹⁵⁷ da Suprema Corte americana, que envolveu o período de outubro de 2014 a junho de 2015, divulgou dados sobre a produtividade da corte, sendo possível verificar que o sistema é constante na questão de eficiência qualitativa dos julgados proferidos. Foram elaboradas 75 decisões de mérito, ou *merits opinions*, pelos nove magistrados da maior corte americana, sendo que 72 decisões tiveram origem nos recursos chamados *certiorari*, duas nos recursos de nome *appeal* e uma no recurso chamado *original*¹⁵⁸. No Brasil, os onze Ministros do STF proferiram 116.642 decisões em 2015, sendo 17.752 na forma colegiada e 98.890 na forma monocrática¹⁵⁹.

Portanto, os dados revelam que o precedente judicial pode oferecer a resposta que o Brasil busca para melhorar as eficiências temporal, econômica e qualitativa da prestação jurisdicional ao fornecer a solução aos casos concretos de forma mais rápida e coerente, com menos custos e com melhor qualidade técnica.

Entretanto, uma vez implantado o precedente judicial, com sua potencialidade de eficiência e de razoável duração do processo, surge a possibilidade de colisão dos direitos fundamentais à razoável duração do processo e à eficiência com outros direitos fundamentais, fazendo com que apareça a questão se há limite à eficiência e à razoável duração do processo proporcionadas pelo precedente judicial, em especial quando as razões da decisão limitarem direitos fundamentais colidentes.

¹⁵⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *October Term 2014*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/orders/journal/jnl14.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016. Para aprofundamento e facilidade de visualização das informações, as mesmas foram transformadas em gráficos. GOLDSTEIN, Tom. HOWE, Amy. *Stat Pack for October Term 2014*. Disponível em: <http://sblog.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2015/07/SB_Stat_Pack_OT14.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹⁵⁷ O ano judicial da Suprema Corte americana se inicia na primeira segunda-feira de outubro e vai até o fim de junho ou começo de julho do outro ano. O último relatório estatístico envolveu o período de outubro de 2014 a junho de 2015. In ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Procedures*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/about/procedures.aspx>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹⁵⁸ Sem a pretensão de esgotar o tema, a competência da Suprema Corte americana está dividida em três categorias principais, quais sejam, a originária (*original*), a obrigatória (*appeal*) e a discricionária (*certiorari*). Nesta última competência, reside a possibilidade de a corte examinar as razões relevantes da petição, ou *compelling reasons*, e proferir o *writ of certiorari*, que é uma ordem para que o processo seja remetido pela instância inferior à Suprema Corte para análise da questão. In ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Rules of the Court*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf>>. Acesso em 04 fev. 2016.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatística do STF – decisões*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesperal>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

Capítulo III – Os limites ao poder de restrição dos precedentes judiciais e a busca do Brasil na implantação do precedente judicial

3.1 Os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são os direitos do homem previstos explícita ou implicitamente na Constituição como, por exemplo, os direitos à vida, à saúde e à liberdade de crença, ou seja, são direitos naturais incorporados ao ordenamento jurídico, como esclarece Canotilho:

“A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Não basta qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.”¹⁶⁰

É possível afirmar, então, que tais direitos estão nos níveis mais elevados de importância no ordenamento jurídico. Por sua vez, os direitos fundamentais podem ser restringidos em sua eficácia se entrarem em colisão com outro direito fundamental, tendo em vista que não há direito absoluto.

A possibilidade de restrição pode ser feita tanto pela lei como pelo precedente judicial, visto que ambos obtêm a força vinculante decorrente da ligação de suas razões aos direitos fundamentais. Como consequência da afirmação, é possível haver a colisão entre os direitos fundamentais à razoável duração do processo e à eficiência com outros direitos fundamentais.

Assim, surge como questão a possibilidade de restrição, pelo precedente judicial, aos direitos fundamentais à razoável duração do processo e à eficiência quando estes colidirem com outro direito fundamental. Diante da relatividade dos

¹⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 377. José Carlos Vieira de Andrade vai na mesma direção ao afirmar que: “Direitos fundamentais têm de ser os direitos básicos, essenciais, principais, que caracterizam a pessoa, mesmo que não estejam previstos no catálogo ou na Constituição, mas só esses.” In ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 3ª ed., 2004, p. 96. E, também, Ingo Sarlet ao dizer que: “... o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”. In SARLET, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

conteúdos dos direitos fundamentais, o precedente judicial poderia apresentar suas razões vinculantes no sentido de limitar a eficiência e de ser utilizado para desacelerar ou paralisar o processo, indo de encontro à rapidez e à eficiência que a vinculação às razões de decidir pode significar.

A resposta à questão parece ser afirmativa, ou seja, os direitos fundamentais à eficiência e à razoável duração do processo podem ser restringidos pelo precedente judicial diante do caráter relativo do conteúdo material dos direitos fundamentais, em especial quando colidirem com outros direitos fundamentais como, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição.

Diante da possibilidade positiva de restrição, e até mesmo contraditória, feita pelo precedente judicial, é possível refinar o questionamento anterior para analisar se existe alguma parte dos direitos fundamentais à eficiência e à razoável duração do processo que não podem ceder à eventual restrição feita pelo precedente judicial.

Novamente, a resposta tende a ser afirmativa, ou seja, deve haver um limite mínimo de restrição aos direitos fundamentais que o precedente judicial não possa adentrar, evitando que os mesmos sejam completamente esvaziados em seus conteúdos ao ponto de a vinculação às razões da decisão significar a ineficiência ou a desarrazoada duração do processo.

Para identificar o mínimo irrestringível de restrição, é possível utilizar as teorias do núcleo essencial do direito fundamental por representarem o verdadeiro *limite ao limite* de restrição dos direitos fundamentais, e que pode ser feito pelo precedente judicial, como leciona Otto y Pardo:

“A garantia do conteúdo essencial é o limite dos limites porque limita a possibilidade de limitar, porque assinala um limite além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais e das liberdades públicas.”¹⁶¹

No contexto histórico, o estudo do núcleo essencial surgiu como uma das formas de se efetivar os direitos fundamentais e para protegê-los do poder de restrição do legislador. A necessidade de proteção dos direitos fundamentais em relação à

¹⁶¹ Tradução livre. No original: “La garantía del contenido esencial es límite de los límites porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.” In OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1992, p. 126.

restrição pelo legislador teve como fundamento especial evitar a repetição das atrocidades ocorridas da segunda guerra mundial, como menciona Jorge Reis Novais:

“Pretendendo assumir as lições do período anterior, a consagração da garantia do conteúdo essencial surge, diferentemente, na Lei Fundamental de Bonn, ligada a esse esforço de atribuição de um sentido constitucional efetivo aos direitos fundamentais, que se refletiria, igualmente, como temos visto, num conjunto de outros institutos e doutrinas, desde os limites aos limites propriamente ditos e o acesso direto ao Tribunal Constitucional para defesa dos direitos fundamentais até aos princípios e regras da vinculação de todas as entidades públicas, da sua aplicabilidade imediata, do seu efeito de irradiação, da teoria do efeito recíproco, da *Drittwirkung* ou da associação dos direitos fundamentais ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito natural enquanto impedimentos à sua eventual afetação em processo de revisão constitucional.”¹⁶²

Com relação ao precedente judicial, a mesma forma de proteção aos direitos fundamentais pode ser aplicada diante do igual poder de restrição que o legislador possui, sendo que o precedente judicial avança em nível de força restritiva porque também pode analisar a própria lei restritiva.

O precedente judicial pode vincular os fundamentos da decisão aos casos futuros e, se os fundamentos forem no sentido de validade da restrição feita pela lei aos direitos fundamentais, ou concluírem pela ponderação de valores que o direito fundamental deve ceder totalmente quando em colisão com outro, todos os aplicadores do direito devem obediência aos fundamentos, ficando ressalvada a possibilidade de modificação, mas que implica no ônus argumentativo de novas razões que podem, ou não, serem acolhidas.

Portanto, a proteção mínima da essência do direito fundamental se justifica também em face do julgador, tendo em vista que o precedente judicial pode interferir nos direitos fundamentais ao restringi-los e pode vincular a *ratio decidendi* da restrição às decisões futuras, o que inclui a possibilidade de conhecer a validade da lei que restringir a totalidade do conteúdo do direito fundamental.

Por sua vez, o magistrado pode buscar níveis cada vez maiores de eficiência e de razoável duração do processo em detrimento desproporcional de outros princípios constitucionais, restringindo-os além da necessidade e podendo chegar até chegar ao ponto da total supressão dos conteúdos dos outros direitos fundamentais,

¹⁶² NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 779.

sob a justificativa da busca de maior eficiência e de celeridade, fenômeno que é conhecido como a síndrome da pressa¹⁶³.

Neste contexto, a teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais pode ser utilizada como barreira de proteção às restrições que o precedente judicial pode impor na busca extremada de eficiência e de razoável duração do processo em detrimento de outros direitos fundamentais.

3.2 A teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais

Há duas teorias principais quanto ao conteúdo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais, podendo ser absoluto ou relativo, dependendo da possibilidade de restrição das matérias que o integra, conforme sintetiza Gilmar Ferreira Mendes:

“No âmbito da controvérsia sobre o núcleo essencial suscitam-se indagações expressas em dois modelos básicos:

1) Os adeptos da chamada *teoria absoluta* (*absolute Theorie*) entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*) como unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*)

...

2) Os sectários da chamada *teoria relativa* (*relative Theorie*) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo.”¹⁶⁴

Entretanto, as distinções teóricas do núcleo essencial não apresentam importância relevante se não houver a colisão entre dois ou mais direitos fundamentais em que um necessite de restrição judicial para que o outro seja efetivado, vinculando as razões às decisões futuras se adotado o sistema de precedentes judiciais. Assim, a importância de o núcleo essencial do direito

¹⁶³ A expressão é usada por Giacomo Marramao, como explica Carlos Marden: “O efeito concreto da persistência da hipertrofia da expectativa é o que Giacomo Marramao (2008) vai chamar de síndrome da pressa, patologia decorrente da confusão usual que se faz entre pressa e velocidade. Segundo o autor, a velocidade sempre foi valorizada ao longo do tempo (sendo motivo de elogio entre os gregos), pois era virtuosa, mas somente na medida em que se mostrava capaz de atingir o seu objetivo. Por outro lado, a pressa se confunde com a precipitação (sendo uma forma de aceleração insensata e imprudente) e, exatamente como a lentidão, se apresenta como uma forma de intempestividade. O segredo da correta percepção do fenômeno do tempo consiste, então, em se buscar o equilíbrio entre a lentidão e a pressa, entre a hesitação e precipitação, ou, como prefere Giacomo Marramao (2008, p. 99-100), consiste em procurar o tempo devido.” *In* MARDEN, Carlos. Op. cit., p. 93.

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 350 e 351.

fundamental ser absoluto ou relativo surge dentro do estudo das colisões entre estes e as restrições feitas pela decisão judicial aos direitos fundamentais.

As colisões entre direitos fundamentais ocorrem no plano concreto, visto que não há colisões no plano abstrato das normas porque os direitos fundamentais abstratamente previstos são mandamentos de otimização e possuem natureza de princípios¹⁶⁵.

Portanto, havendo a colisão de dois ou mais direitos fundamentais, em especial quando outros direitos fundamentais colidirem com a eficiência e a razoável duração do processo, a análise que deve ser feita é se há reflexos diferenciados das decisões judiciais conforme os núcleos essenciais dos direitos fundamentais serem considerados absolutos ou relativos.

Surgem duas possibilidades. A primeira é no sentido de não existir qualquer interferência da distinção teórica dos núcleos essenciais nas decisões judiciais, o que elimina grande parte da importância das teorias e o possível limite ao poder de restrição do precedente judicial. A segunda é no caminho de que há diferentes reflexos nas decisões judiciais conforme a natureza do núcleo essencial, trazendo a relevância prática da distinção teórica e o limite do limite da *ratio decidendi*.

3.2.1 O núcleo essencial absoluto como limite ao poder de restrição do precedente judicial

Na teoria do núcleo essencial absoluto, há uma parte mínima de proteção do direito fundamental que não pode sofrer a restrição pelo precedente judicial quando entrasse em colisão com outro direito fundamental. Existe uma barreira intransponível pela restrição judicial, como sintetiza Virgílio Afonso da Silva:

“Todas as versões das teorias que defendem a existência de um conteúdo essencial absoluto têm em comum a ideia de que, se fosse possível representar graficamente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, deveria existir um núcleo, cujos limites externos

¹⁶⁵ Conforme explica Luiz Guilherme Marinoni: “Frise-se que os direitos fundamentais têm natureza de princípio. Assim, se os princípios constituem *mandatos de otimização*, dependentes *das possibilidades*, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (por exemplo) – que então pode ser chamado de princípio à tutela jurisdicional efetiva – *também constitui um mandato de otimização que deve ser realizado diante de todo e qualquer caso concreto, dependendo somente de suas possibilidades, e assim da consideração de outros princípios ou direitos fundamentais que com ele possam se chocar*”. In MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2010, p. 174.

formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possam haver em sua restrição.”¹⁶⁶

Então, surge o questionamento do que está dentro desta barreira de proteção mínima e que, por sua vez, limitaria o precedente judicial em seu poder de restrição.

Há duas classificações deste conteúdo mínimo absoluto, podendo ser absoluto-dinâmico ou absoluto-estático¹⁶⁷, sendo que cada uma pode ter influência diferente nas decisões judiciais.

O conteúdo essencial absoluto-dinâmico não significa a imutabilidade total das matérias inseridas no núcleo do direito fundamental, ou seja, pode existir a modificação das matérias incluídas neste núcleo, mas apenas com o decorrer do tempo, e não por flexibilizações ou interpretações momentâneas¹⁶⁸.

É possível observar a semelhança existente entre o precedente judicial e o núcleo do direito fundamental absoluto-dinâmico quando se trata da modificação. A sistemática de mudança é a mesma e decorre de mudanças consolidadas pelo tempo, e não por crises ou mudanças sociais momentâneas. O precedente judicial não é imutável e pode ser modificado no tempo e no espaço, dependendo de novos argumentos mais fortes.

Por sua vez, o precedente judicial também não sofre alteração por questões momentâneas, sendo que esta intangibilidade decorre da ligação existente entre o precedente judicial com o núcleo do direito fundamental, sendo que a *ratio decidendi* fica irradiada pelos efeitos vinculantes do núcleo vitorioso da colisão de dois ou mais direitos fundamentais.

Já o conteúdo essencial absoluto-estático do direito fundamental não pode sofrer alterações em suas matérias, seja no tempo ou no espaço. Neste ponto, não há semelhança entre a teoria absoluta-estática e o precedente judicial visto que este pode ser alterado, desde que haja novos argumentos mais fortes decorrentes de mudanças sociais consolidadas no tempo, fazendo com que haja a distinção ou a

¹⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 187.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 188, *apud* DREWS, Claudia. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*, Baden-Baden: Nomos, 2005, pp. 65 e 66.

¹⁶⁸ Como colocado por Virgílio Afonso da Silva: “Dinâmico e absoluto é o conteúdo essencial de um direito fundamental quando, embora constitua uma área intransponível em qualquer situação, seu conteúdo pode ser modificado com a passagem do tempo. A característica “absoluta” do conteúdo essencial não significa nem exige, portanto, imutabilidade. “Absoluto”, nesse contexto, implica apenas que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sofre relativizações de acordo com urgências e contingências.” *Ibidem*, p. 188.

superação do precedente judicial. Nesta teoria, não há qualquer possibilidade de mudança do conteúdo essencial do direito fundamental, mesmo que os valores da sociedade tenham se modificado¹⁶⁹.

As duas classificações absolutas do núcleo essencial não apresentam as soluções aos casos concretos porque não identificam previamente as matérias que estão inseridas no conteúdo essencial, ou seja, apenas com os conceitos absolutos de estático e de dinâmico, não é possível saber o que está, ou não, inserido no núcleo essencial e, por sua vez, não permite estabelecer quais os limites do poder de restrição do precedente judicial diante do conteúdo impreciso. Neste aspecto, existe muita resistência doutrinária à teoria absoluta, em especial de Rodrigo Brandão, que explica:

“Por outro lado, especificamente no que concerne à problemática dos conflitos entre direitos fundamentais, a solução alternativa de promover uma hierarquização apriorística e absoluta de uns direitos em detrimento de outros se coloca em frontal incompatibilidade com o princípio da unidade da Constituição, para além de desconsiderar a impossibilidade de serem resolvidos em tese, e mediante os clássicos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, os conflitos entre princípios constitucionais.”¹⁷⁰

Assim, adotar a teoria do núcleo essencial absoluto como forma de limitação do poder de restrição do precedente judicial não parece ser a solução mais adequada visto que o precedente judicial tem ligação direta com os princípios constitucionais e estes não podem ter uma hierarquização predefinida. Não é possível colocar, de forma absoluta, que os princípios da eficiência e da razoável duração do processo sejam superiores aos demais, ainda mais considerando a imprecisão de quais matérias devem ser inseridas no núcleo essencial absoluto.

A solução para se eliminar, ao menos parcialmente, a imprecisão das matérias inseridas no núcleo absoluto do direito fundamental e permitir a identificação dos

¹⁶⁹ Neste sentido, é a lição de Virgílio Afonso da Silva ao mencionar que: “Isso quer dizer, nessa acepção do conceito, que aquilo que compõe o conteúdo essencial de um direito fundamental é não somente *intangível* – como visto acima –, mas também *imutável*. Ou seja, somente aquilo que não muda no tempo, aquilo que independa de ideologias ou da realidade social vigente, pode ser considerado como, de fato, intangível.” In SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 189.

¹⁷⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 252.

limites do poder de restrição do precedente judicial, pode ser a dignidade da pessoa humana¹⁷¹.

Assim, a dignidade da pessoa humana pode representar o ponto de partida para limitar as restrições feitas pelo precedente judicial aos direitos fundamentais colidentes, tendo em vista a existência, em todos os direitos fundamentais, de conteúdo essencial absoluto mínimo vinculado à dignidade da pessoa humana, como esclarece Magdalena Rodríguez-Armas:

“Se a existência de outros princípios ou valores (inegável numa Constituição particularmente marcada por preocupações de caráter social) exige que os direitos possam ser restringidos (e os limites logo no plano constitucional), a ideia de homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos e que constitui, muito especialmente, a essência da liberdade dos direitos e garantias (a que se referem o artigo 18) tem que ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição.”¹⁷²

Como início da limitação ao poder de restrição do precedente judicial, o magistrado começa a analisar os argumentos do processo referentes à colisão entre os direitos fundamentais da eficiência e da razoável duração do processo com os outros direitos também fundamentais, como o direito à ampla defesa. A análise tem como base a dignidade da pessoa humana, ou seja, sob a perspectiva do homem, o juiz verifica se a eficiência e a razoável duração do processo ofenderam a sua dignidade na pressa por aplicar a Justiça.

A teoria do núcleo absoluto dos direitos fundamentais pode ser associada ao exemplo simples e ilustrativo da troca de conteúdo de duas ou mais garrafas de água. Pela teoria absoluta, é possível transferir a água de uma garrafa para outra, mas um mínimo de água deve ser mantido na garrafa originária, representando a dignidade da

¹⁷¹ O conceito de dignidade é esclarecido por Lilian Márcia Balmant Emerique, Alice Maria de Menezes Gomes e Catharine Fonseca de Sá, nos seguintes termos: “A dignidade é elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.” In EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. *A abertura constitucional a novos direitos fundamentais*. Revista n. 08, Faculdade de Direito de Campos, 2006.

¹⁷² Tradução livre. No original: “Si la existencia de otros principios o valores (innegable en una Constitución particularmente marcada por preocupaciones de carácter social) exige que los derechos puedan ser restringidos (y los limite luego en el plano constitucional), la Idea de hombre como ser digno y libre, que está en la base de los derechos y que constituye, muy especialmente, la esencia de los derechos libertades y garantías (a que se refiere el art. 18) tiene que ser vista como un limite absoluto a esse poder de restricción.” In RODRIGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Granada: Comares, 1996, p. 158.

pessoa humana. O limite mínimo de água já vem de fábrica, ou seja, está previsto na Constituição e não tem a possibilidade de ajuste ou restrição pelo precedente judicial, conforme a teoria absoluta-estática, ou o limite mínimo de água pode ser ajustado para mais, ou para menos, pelo poder de restrição do precedente judicial, conforme o uso social da garrafa no decorrer do tempo, nos termos da teoria absoluta-dinâmica.

Assim, e para que o precedente judicial busque o máximo de eficiência e de razoável duração do processo, deve respeitar a parte mínima dos demais direitos fundamentais, que é identificável pela ligação dos conteúdos com a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o início da limitação do poder de restrição da *ratio decidendi* começa com o balanceamento dos núcleos essenciais absolutos dos direitos fundamentais em colisão sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, significando que o precedente judicial não pode esvaziar o outro direito fundamental colidente, como a ampla defesa, para ampliar totalmente a eficiência ou a razoável duração do processo se a restrição ofender algum elemento inerente à natureza humana.

3.2.2 O núcleo essencial relativo como limite ao poder de restrição do precedente judicial

Na teoria do conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais, não existe o contorno definido *prima facie* das matérias inseridas no núcleo, sendo que as condicionantes do caso concreto permitem que o precedente judicial molde ou altere a restrição ao direito fundamental conforme as mudanças de cada caso analisado. Virgílio Afonso da Silva explica a base da teoria relativa:

“O ponto central de toda teoria relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental. Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto.”¹⁷³

Conforme a teoria relativa, a parte essencial do direito fundamental tem a sua proteção garantida enquanto outro direito fundamental não esteja protegendo algo de maior importância. O precedente judicial utiliza o princípio da proporcionalidade para

¹⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 196.

verificar a importância da parte protegida pelo direito fundamental, fazendo a ponderação dos bens e dos interesses envolvidos.

Neste ponto, é possível verificar a importância da teoria relativa na limitação do poder de restrição do precedente judicial, não sendo relevante a intensidade da restrição feita pelo precedente judicial, que pode, até mesmo, esvaziar o direito fundamental que colidir com a eficiência e à razoável duração do processo. A questão central é a possibilidade de a restrição do direito fundamental constante no precedente judicial não ser proporcional, o que viola o conteúdo essencial do direito restringido¹⁷⁴, mesmo que a restrição seja mínima.

Assim, o princípio da proporcionalidade é usado como uma balança para que o precedente judicial possa comparar os direitos relativos em colisão e os argumentos de restrição¹⁷⁵ para, então, estabelecer a *ratio decidendi* vinculante às decisões futuras.

No exemplo das garrafas de água, não há qualquer limite mínimo de reserva de água no vasilhame original de fábrica, ou seja, na Constituição, mas as garrafas têm tamanhos diferentes. O limite que deve ser observado pelo precedente judicial está associado ao tamanho das garrafas, o que reflete na quantidade de água que cabe em cada uma, sendo que as garrafas representam os direitos fundamentais.

Assim, mesmo que a primeira garrafa fique vazia diante do seu conteúdo ter sido colocado por completo em outra garrafa pelo precedente judicial, aquela não perde seus contornos, continuando a ser uma garrafa de água, ou seja, um direito fundamental. Por sua vez, o líquido da primeira garrafa não pode ser esvaziado de forma total pelo precedente judicial se a água não couber completamente na outra garrafa, diante do fato desta ser menor, evitando-se perder o conteúdo por transbordamento, o que representa a restrição ao direito fundamental sem a fundamentação proporcional.

¹⁷⁴ Analisando a questão de que não importa a intensidade da restrição se não tiver fundamentação, Virgílio Afonso da Silva afirma que: “Nesse sentido, *restrições não-fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas*. E restrições às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, isto é, não violadores do conteúdo essencial.” In SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 198.

¹⁷⁵ A ideia da balança para analisar os direitos fundamentais é ilustrada por Daniel Sarmento ao dizer que: “De um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e, de outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.” In SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 104.

Entretanto, os direitos fundamentais podem ser esvaziados por completo se o precedente judicial seguir a teoria relativa do conteúdo essencial, surgindo a aparente contradição entre a teoria relativa do conteúdo essencial e a teoria absoluta do conteúdo ligado à dignidade da pessoa humana.

Em tese, a dignidade da pessoa humana pode ser afastada integralmente se o precedente judicial adotar exclusivamente a teoria relativa do núcleo essencial do direito fundamental como limite ao poder de restrição, bastando que a decisão judicial seja fundamentada utilizando a proporcionalidade dos valores envolvidos.

Para solucionar a aparente contradição das teorias aplicáveis à limitação do poder de restrição do precedente judicial, pode-se partir da análise que Robert Alexy faz da dignidade da pessoa humana ao descrever que o seu conteúdo deve ser tratado de forma especial pelo direito diante do caráter dúplice de princípio e de regra:

“Por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência.”¹⁷⁶

3.2.3 A teoria mista do núcleo essencial como limite ao poder de restrição do precedente judicial

Os questionamentos relacionados ao conteúdo essencial do direito fundamental chegam ao Poder Judiciário quando existe a aparente ou a efetiva colisão dos direitos envolvidos no plano concreto. Os fatos ocorridos na sociedade fazem com que os direitos fundamentais interajam e gerem as colisões eventuais de seus conteúdos, sendo que a lei pode criar uma regra para tentar solucionar as colisões.

Na ausência da lei ou se esta falhar na resolução do problema, o Poder Judiciário é provocado para esclarecer os limites constitucionais dos direitos, levando em consideração os limites do conteúdo essencial do direito fundamental como um dos aspectos a serem analisados para resolver o problema. Por sua vez, ao resolver

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 113.

a questão por meio do sistema de precedente judicial, a razão da decisão passa a vincular as próximas decisões nos futuros casos semelhantes.

Ao analisar o conteúdo essencial do direito fundamental, o precedente judicial pode encontrar o seu limite no entendimento da teoria absoluta do núcleo mínimo, ou seja, o conteúdo essencial é intangível pelo precedente judicial apenas no espaço, mas mutável no tempo, conforme a classificação absoluta-dinâmica, ou o núcleo essencial não pode ser modificado pelo precedente judicial no tempo e no espaço, conforme a classificação absoluta-estática.

Ao entender que o limite ao poder de restrição do precedente judicial aos direitos fundamentais deve seguir a teoria absoluta do núcleo essencial, este adquire a forma mais rápida de solucionar a colisão entre os direitos fundamentais tendo em vista a quase automática resposta encontrada ao caso concreto.

Na teoria absoluta, o Poder Judiciário vai analisar os direitos envolvidos e decidir se há colisão de seus núcleos fundamentais, sendo que estes são mínimos tendo em vista a intangibilidade espacial da matéria inserida neles, bem como a mutabilidade de seu conteúdo apenas pelo fator temporal, se adotado o conteúdo absoluto-dinâmico.

Portanto, a solução não aparenta ser a melhor para definir os limites ao poder de restrição do precedente judicial visto que a maior parte do conteúdo do direito fundamental permanece fora no núcleo essencial, podendo ser restringível pelo precedente judicial. Virgílio Afonso da Silva defende ser difícil manter a teoria do núcleo absoluto e sua característica de imutabilidade:

“Em um primeiro momento, uma tal concepção imutável de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais parece ser insustentável, pelo simples fato de ser pouco ou nada suscetível às alterações interpretativas que os dispositivos constitucionais exigem ao longo do tempo.”¹⁷⁷

Algumas hipóteses podem surgir nesta primeira análise. Ao verificar que a matéria de um dos direitos não está inserida no conteúdo essencial, o magistrado resolve o problema visto que prevalece o conteúdo essencial do outro direito, havendo apenas a aparente colisão. Não há colisão entre o conteúdo essencial de um direito fundamental, que é representado por seu núcleo intangível, com as matérias que não

¹⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 189.

pertencem ao conteúdo essencial do outro direito, representado pelo que fica orbitando na parte externa de seu núcleo, mas dentro do âmbito de proteção do direito fundamental.

Logo, a decisão judicial não tem dificuldade na fundamentação para resolver a questão, diante da aparente colisão e gerando a vinculação das razões aos casos futuros semelhantes. Neste caso, quando o precedente judicial acolhe a argumentação com base no conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais, encontra a solução mais rápida e eficiente aos casos concretos, diante da existência mínima de conteúdo que não pode ser restringido pelo precedente judicial.

A solução é compatível com a racionalidade da interpretação clássica da subsunção do fato à lei que, no caso, envolve o enquadramento do fato ao direito envolvido pelo núcleo essencial absoluto, já previamente estabelecido no tempo e no espaço, inclusive por outros precedentes judiciais, sendo que, quanto menor o conteúdo essencial, mais rápido e fácil será resolver o problema, diante da maior probabilidade de aparente colisão e da não aplicação do direito ao caso concreto. Ganha-se em eficiência e celeridade, mas perde-se em racionalidade diante da matéria mínima a ser ponderada no precedente judicial.

Na hipótese da limitação do poder de restrição do precedente judicial pelo núcleo imutável dos direitos fundamentais e a blindagem tempo-espaço existente na matéria essencial, este perde racionalidade por não ponderar os argumentos relacionados aos direitos fundamentais ao excluir, de plano, um dos direitos envolvidos sem a análise de eventuais fatores específicos do caso concreto.

A segunda hipótese a ser cogitada envolve a possibilidade de os direitos envolvidos estarem dentro dos conteúdos essenciais absolutos protegidos. A solução colocada no precedente judicial pelo magistrado não pode ser a mesma porque a exclusão automática de um dos direitos não representa a resposta adequada ao caso, visto que, agora, as essências dos direitos fundamentais estão colidindo e seus núcleos estão se tencionando, devendo haver a análise proporcional e ponderada dos argumentos para se estabelecer qual é o direito que deve prevalecer. Esta operação racional permite que o precedente judicial ligue seus fundamentos de forma forte aos direitos fundamentais, incorporando suas características de princípios, mas observando os limites estabelecidos pelos núcleos essenciais absolutos.

A solução racional obtida com a ponderação feita pela proporcionalidade dos fatores envolvidos do caso concreto é igual à solução proposta pela teoria relativa do núcleo essencial. Portanto, não há qualquer relevância na prática em se adotar a distinção relativa ou absoluta do núcleo essencial visto que, na hipótese de efetiva colisão, a solução interpretativa do precedente judicial deverá ser igual, não importando a intangibilidade ou a imutabilidade das matérias nucleares dos direitos. Entretanto, ao se adotar a teoria relativa, o magistrado amplia a análise das matérias que estão inseridas no núcleo essencial, o que permite a melhor ponderação pela proporcionalidade dos argumentos a serem analisados.

Portanto, a resposta à colisão real dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais vem pela racionalidade obtida com a *ponderação* dos argumentos através do princípio da *proporcionalidade*, sendo que o limite ao poder de restrição do precedente judicial aos direitos fundamentais decorre desta racionalidade ao ponderar os direitos fundamentais de acordo com a ordem de preferência dos bens no caso concreto¹⁷⁸.

Na hipótese dos direitos fundamentais colidirem em seus núcleos essenciais, o magistrado enumera as diversas respostas levando em conta as condicionantes do caso concreto, ou seja, para obter a resposta constitucional ao caso concreto, deve ser feita a análise ponderada das possíveis respostas de direito considerando a relatividade dos conteúdos essenciais envolvidos e em conformidade com as variáveis do caso concreto. O precedente judicial deve optar pela proporcionalidade que represente a menor restrição ao direito restringido junto com a delimitação de maior amplitude do direito vitorioso.

Assim, o limite ao poder de restrição do precedente judicial vem dos fatores determinantes considerados na fundamentação racional, sendo relevante que o

¹⁷⁸ No aspecto da ponderação, Luis Pietro Sanchís esclarece a ordem de preferência dos bens de acordo com o caso concreto: “Por isso, a ponderação conduz a uma exigência de proporcionalidade que implica estabelecer uma ordem de preferência relativa ao caso concreto. ... se trata, portanto, dessa hierarquia móvel que não conduz à declaração de invalidez de um dos bens ou valores em conflito, nem à formulação de um dos bens ou valores em conflito, nem à formulação de um deles como exceção permanente frente ao outro, senão à preservação abstrata de ambos, por mais que inevitavelmente ante cada caso de conflito seja preciso reconhecer primazia a um ou outro.” Tradução livre. No original: “Por eso, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencias relativo al caso concreto. ... se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.” In SANCHÍS, Luis Prieto. Op. cit., p. 191.

magistrado analise o núcleo essencial como relativo para poder ampliar as hipóteses de ponderação das matérias em conflito.

Por sua vez, ao ligar as fundamentações da decisão judicial ao direito fundamental, o precedente judicial adquire a força vinculante na sua parte abstrata, devendo a *ratio decidendi* ser aplicada nos casos futuros semelhantes, mas não sendo imutável de forma absoluta porque pode haver a distinção ou a superação do precedente judicial quando novos argumentos surgirem com a força necessária para alterar o equilíbrio da balança da ponderação pela proporcionalidade dos *pontos essenciais*.

Apesar de não existir ainda a vinculação às razões da decisão no Brasil, as decisões judiciais seguem pelo caminho do núcleo essencial relativo, sendo que o STF e o STJ analisaram as colisões existentes¹⁷⁹ entre o direito de manifestação sonora na Praça dos Três Poderes, ou na frente de um hospital, bem como a recusa em receber transfusão de sangue pelas pessoas seguidoras da religião *Testemunha de Jeová*, com fundamento na Bíblia¹⁸⁰.

O caso que chegou ao STF teve a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski e concluiu que o direito de reunião sonora pode, ou não, estar protegido, sendo que depende do âmbito de proteção do outro direito envolvido, nos seguintes termos:

“Ora, certo que uma manifestação sonora nas imediações de um hospital afetaria a tranquilidade necessária a esse tipo de ambiente, podendo, até mesmo, causar prejuízos irreparáveis aos pacientes. Ter-se-ia, nesse caso, uma hipótese de colisão entre direitos fundamentais, na qual o direito dos pacientes à recuperação da saúde certamente prevaleceria sobre o direito de reunião com tais características. Numa situação como essa, a restrição ao uso de carros, aparelhos e objetos sonoros mostrar-se-ia perfeitamente razoável.”¹⁸¹

A teoria relativa do núcleo essencial pode ser identificada pela utilização da razoabilidade e da proporcionalidade dos fatores determinantes do caso concreto para

¹⁷⁹ Conforme julgamento da ADI 1969 analisada pelo Supremo Tribunal Federal em 28 jun. 2007 e HC n. 268.459-SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 24 fev. 2015.

¹⁸⁰ *Gênesis (9:3-4)*: “A carne, porém com sua via, isto é, com seu sangue, não comereis”, *Levítico (17:10)*: “E qualquer homem da casa de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que comer algum sangue, contra aquela alma porei a minha face, e a extirparei do seu povo” e *Atos dos Apóstolos (15:19-21)*: “Mas escrever-lhes que se abstenham das contaminações dos ídolos, da fornicação, do que é sufocado e do sangue.” *In* BÍBLIA, Português. *Bíblia Sagrada*. Disponível em: <www.bibliaonline.com.br>. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação declaratória de inconstitucionalidade n. 1969*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi1969.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016, p. 16.

solucionar a questão do decreto que proibia a manifestação sonora na Praça dos Três Poderes e serviu como limite ao poder de restrição à decisão judicial na análise dos direitos fundamentais envolvidos. Constatou no voto do relator que:

“Não vejo, portanto, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e em face do próprio texto da Carta Magna, como considerar hígida, do ponto de vista constitucional, a vedação a manifestações públicas que utilizem com a utilização de carros, aparelhos ou objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti e vias adjacentes.¹⁸²”

O segundo caso, analisado pelo STJ e com a relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, envolveu a questão da autorização à transfusão de sangue estar, ou não, inserida no núcleo essencial do direito à liberdade de crença, ficando na dependência da matéria do outro direito estar, ou não, inserida no núcleo essencial do direito à vida ou à saúde.

A primeira premissa analisada é o argumento da recusa à transfusão de sangue estar inserido dentro do direito de liberdade de crença, com o fundamento na Bíblia. É possível concluir que a recusa à transfusão está dentro do âmbito de proteção do direito de liberdade de crença porque tem o seu fundamento em texto religioso, entretanto, pode, ou não, estar dentro da proteção do conteúdo essencial¹⁸³.

A segunda premissa é o argumento da necessidade da transfusão de sangue estar inserida dentro do direito à vida ou à saúde, havendo o fundamento na ciência médica. Portanto, a necessidade da transfusão está dentro do âmbito de proteção do direito à vida e à saúde. Entretanto, pode, ou não, estar dentro da proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. O magistrado, então, vai se utilizar da racionalidade proporcional e, ponderando os argumentos da recusa e da necessidade da transfusão, decidir conforme as consequências existentes no plano concreto.

Percebe-se que a análise do STJ seguiu este caminho da relatividade dos núcleos essenciais ao ponderar as possíveis hipóteses ao caso concreto:

“Pois bem, conquanto reconheça-se relevo na manifestação de vontade dos pais, a exprimir certa concepção religiosa, nos estreitos

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação declaratória de inconstitucionalidade n. 1969*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi1969.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016, p. 20.

¹⁸³ Lembrando-se que não há colisão se o direito fundamental vier isolado na sua aplicação ao caso concreto, ou seja, as pessoas podem ter a crença de que não podem receber sangue alheio e nunca precisar concretamente receber a transfusão no decorrer de toda a vida, não havendo a colisão de um direito apenas.

lindes do caso em apreço, creio que o concurso de outras condicionantes valorativas solaparam a expressão penal de seu comportamento, despiando-o, portanto, de tipicidade.”¹⁸⁴

Quanto às respostas aos questionamentos das colisões dos núcleos essenciais dos direitos envolvidos, estas vieram de forma não totalmente direta, mas identificáveis pela racionalidade proporcional das condicionantes do caso concreto:

“Nesse panorama, ausente alternativa que pudesse tempestivamente colocar a vida da filha dos pacientes a salvo, impenderia aos médicos do hospital, passando por cima de qualquer obstáculo, materializar a intervenção que restasse. Caso assim agissem, de uma só vez, estariam dando concreção ao exercício profissional que abraçaram, ao princípio da beneficência, e, justificando a impossibilidade de aplicação tratamento alternativo, no contexto, teriam respeitado, na medida do possível, o primado da autonomia (em relação à concepção religiosa dos pais).”¹⁸⁵

Portanto, a característica relativa dos conteúdos essenciais se revela no momento em que o argumento, que estava envolvido pelo conteúdo essencial do direito da liberdade de crença, ingressa no núcleo essencial do direito à vida, sendo que não pode coexistir em ambos os núcleos ao mesmo tempo no caso analisado, ou seja, o argumento se transportou de um núcleo ao outro, trocando a ligação existente entre os direitos fundamentais envolvidos, e passou a fundamentar a decisão judicial.

O limite máximo de permanência do argumento no núcleo do direito de crença reside na ausência de alternativa para salvar a vida, ou seja, enquanto houver outro meio que não a transfusão, o argumento está inserido no núcleo essencial do direito à liberdade de crença. Quando ausente qualquer alternativa, o argumento migra de núcleo essencial, fazendo a ligação ao núcleo essencial do direito à vida.

No contexto de limite máximo relativo de permanência do argumento no núcleo originário, parece não existir um único caminho correto de raciocínio a ser seguido pelo magistrado para solucionar o problema da colisão dos direitos fundamentais que envolvam a parte absoluta da dignidade da pessoa humana.

O magistrado pode reconhecer o núcleo essencial como absoluto, se lidar com argumentos ligados à dignidade da pessoa humana, o que minimiza a ligação

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n. 268.459-SP*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33010937&tipo=91&nreg=201301061165&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20141028&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 04 fev. 2016, p. 11.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 26.

dos argumentos possíveis à dignidade, assim como é possível reconhecer a essência do direito fundamental como relativa, o que aumenta a possibilidade de ligações, mas pode esvaziar completamente o conteúdo do direito fundamental.

Assim, os caminhos para solucionar os conflitos entre os direitos fundamentais aparentam estar em paralelo, nunca se cruzando e ficando no campo da discricionariedade do julgador escolher pela interpretação absoluta ou relativa, o que não representa um limite ao poder de restrição aos direitos fundamentais.

Tentando solucionar o paralelismo das possibilidades, e finalmente identificar um limite seguro ao poder de restrição dos precedentes judiciais, Konrad Hesse menciona a teoria mista do núcleo essencial como sendo um amálgama das teorias absoluta e relativa.

A decisão judicial analisa os núcleos essenciais em conflito conforme a ponderação proporcional e relativa dos argumentos levantados pelo caso concreto, nos termos da teoria relativa, mas considera, também, a existência de uma parcela intangível do núcleo essencial, conforme a teoria absoluta, para encontrar a solução de direito mais adequada ao caso concreto, conforme esclarece o autor:

“A partir do ponto de vista aqui defendido, a proibição de limitações desproporcionais efetua também uma proteção absoluta do “núcleo essencial” dos direitos fundamentais, naturalmente, sob o pressuposto, que proporcionalidade seja entendida não só no sentido de uma mera perseguição de uma finalidade econômica, mas que a admissibilidade de tal perseguição de uma finalidade, exatamente, também seja aferida ao direito fundamental a ser limitado. Desse modo, são evitadas as debilidades de ambas as concepções, ou seja, por um lado, uma relativização do artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental, por outro, o abandono dos direitos fundamentais, que estão sob reserva legal, à disposição discricional do legislador, que só não deve violar o “núcleo essencial absoluto” a ser determinado não facilmente.”¹⁸⁶

¹⁸⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 267/268. No mesmo caminho de união das teorias, está também Peter Häberle, que defende o vínculo existente entre as duas teorias por meio do sistema objetivo de valores constitucionais como orientação à ponderação, tudo na busca da solução mais adequada ao caso concreto: “A escolha entre teoria ‘absoluta’ e ‘relativa’ do conteúdo essencial resulta ser então uma alternativa apenas aparente. Se se considerar a determinação do conteúdo e dos limites dos direitos fundamentais, a definição de seus limites e de seu conteúdo como essenciais, em tal caso é evidente que foram utilizados os resultados de ambas as teorias. ... A determinação do conteúdo essencial aqui proposta está pensada como tentativa de vincular entre lugares objetivos e os resultados substanciais da teoria absoluta e da assim chamada teoria relativa do conteúdo essencial.” Tradução livre. No original: “*La elección entre teoría ‘absoluta’ o ‘relativa’ del contenido esencial resulta ser entonces una alternativa tan solo aparente. Si se considera la determinación del contenido y de los límites de los derechos fundamentales, la definición de sus límites y de su contenido como esenciales, en tal caso es evidente que han sido utilizados los resultados de ambas teorías. ... La determinación del contenido esencial aquí propuesta*”

Assim, a teoria mista faz uma combinação das teorias absoluta e relativa, sendo que o precedente judicial pode adotar o seu funcionamento ao partir da ponderação dos argumentos considerando o núcleo essencial absoluto do direito fundamental ligado à dignidade da pessoa humana e, na sequência, analisar os outros argumentos relacionados aos conteúdos essenciais passíveis de restrição, que estão gravitando ao seu redor. O funcionamento da teoria mista é esclarecido por Martin Borowski:

“O ponto de partida estaria no núcleo absoluto, estrito, dos direitos fundamentais, que não poderia ser restringida pelo Estado em nenhuma circunstância. Este núcleo estaria rodeado por uma coroa na qual as intervenções estatais seriam admissíveis, sempre e quando respeitar ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo.”¹⁸⁷

Portanto, o primeiro limite ao poder de restrição aos direitos fundamentais do precedente judicial é a ligação racional dos argumentos com a dignidade da pessoa humana, que é o núcleo absoluto mínimo dos direitos fundamentais envolvidos. O magistrado vai ponderar se os direitos fundamentais colidentes afetam a dignidade da pessoa humana e resolver a questão quando um dos direitos envolvidos estiver protegido pelo limite absoluto mínimo intangível da dignidade da pessoa humana, visto que não pode restringir o direito fundamental protegido de forma absoluta em seu conteúdo essencial.

Se o primeiro limite for superado, nas hipóteses dos direitos colidentes estarem protegidos pela dignidade da pessoa humana ou os mesmos se encontrarem fora do âmbito absoluto mínimo de proteção da dignidade humana, o precedente

*está pensada como tentativa de vincular entre sílos objetivos y los resultados substanciales de la teoría absoluta y de la así llamada teoría relativa del contenido esencial.” In HÄBERLE, Peter. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997, p. 124 e 126. Ainda no mesmo sentido, e apesar de defender a teoria relativa, Virgílio Afonso da Silva admite a teoria mista, não com este nome, na hipótese da própria Constituição trazer a restrição absoluta em forma de regra, como explica: “Para evitar todos esses problemas e, além disso, manter a coerência com os pressupostos deste trabalho, parece-me possível sustentar que também a dignidade segue os mesmos caminhos de todos os princípios, e, portanto, tende a ter um conteúdo essencial relativo, a não ser nos casos em que a própria *Constituição*, em normas com estrutura de *regra*, defina condutas *absolutamente* vedadas nesse âmbito.” In SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 201 e 202.*

¹⁸⁷ Tradução livre. No original: “*El punto de partida estaría en un núcleo absoluto, estricto, de los derechos fundamentales, que no podría ser restringido por el Estado en ninguna circunstancia. Este núcleo estaría rodeado por una corona en la que las intervenciones estatales serían admisibles, siempre y cuando respetar an el principio de proporcionalidade en sentido amplio.*” In BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003, p. 101.

judicial tem a teoria relativa do núcleo essencial como limite de restrição ao poder de restringir. O magistrado utiliza a racionalidade para encontrar a solução jurídica à questão, aplicando a ponderação proporcional e relativa dos argumentos para analisar as variáveis soluções que envolvem os bens e os interesses no caso concreto.

Assim sendo, o limite ao poder de restrição aos direitos fundamentais colidentes que o precedente judicial pode fazer vem dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais envolvidos, conforme a teoria adotada.

Ao seguir o caminho da essência absoluta no tempo e no espaço do direito fundamental, o limite ao poder de restrição do precedente judicial se afasta da racionalidade diante das poucas matérias absolutas irrestingíveis, podendo não obter o melhor fundamento vinculante por ignorar os argumentos que condicionam o caso concreto de forma relativa.

Por sua vez, se o limite ao poder de restrição do precedente judicial seguir o caminho da relatividade dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais colidentes, pode não apresentar limite algum diante da possibilidade de esvaziar totalmente os direitos fundamentais, inclusive quando envolver a dignidade da pessoa humana.

Na tentativa de solucionar os caminhos paralelos, surge a teoria mista como forma de obter o melhor limite ao poder de restrição do precedente judicial, de acordo com a ponderação dos argumentos variáveis baseados nos fatos concretos e colocados à análise judicial, mas obedecendo aos conteúdos mínimos dos direitos fundamentais colidentes, com natureza de absolutos e ligados à dignidade da pessoa humana.

O precedente judicial fixa os fundamentos vinculantes ao fazer a análise dos argumentos retirados do caso concreto e restringe os direitos fundamentais, mas tem como limite o conteúdo absoluto mínimo do direito fundamental que estiver protegido pelo núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.

Ao constatar que os direitos fundamentais colidentes não se relacionam com o núcleo mínimo e absoluto da dignidade da pessoa humana, o magistrado verifica se os *pontos essenciais* dos direitos colidentes estão, ou não, inseridos nas partes relativas dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais colidentes, visto que as matérias essenciais não têm contornos definidos *prima facie*.

Portanto, a limitação ao poder de restrição decorre da própria operação de análise dos núcleos relativos dos direitos fundamentais feita pelo precedente judicial,

com a utilização da racionalidade obtida pela ponderação proporcional dos argumentos retirados dos fatores variáveis do caso concreto, partindo no início da base absoluta da dignidade da pessoa humana e, se superada a primeira etapa, apresentar os fundamentos relativos encontrados para solucionar a questão com a menor restrição ao direito fundamental restringido, conjuntamente com a maior ampliação do direito fundamental vitorioso, vinculando as decisões nos casos semelhantes que sobrevierem.

3.3 A busca do Brasil na implantação do precedente judicial

É possível verificar que o direito brasileiro está caminhando para um amálgama entre os sistemas do *common law* e do *civil law*, abandonando a ideia de jurisprudência como simples orientação e agregando a uniformização e o caráter vinculativo às razões das decisões proferidas.

A aproximação está sendo gradual, sendo que a EC n. 45/2004 foi importante neste caminho ao incluir a razoável duração do processo como direito fundamental. Com a inclusão do direito fundamental mencionada de forma expressa, também é possível constatar a aproximação que o Brasil está fazendo ao sistema do *common law* pelas medidas processuais já implantadas, como a súmula impeditiva de recursos¹⁸⁸, a improcedência *in limine* das demandas repetitivas¹⁸⁹, as súmulas vinculantes editadas pelo STF, a repercussão geral no recurso extraordinário¹⁹⁰, o julgamento de recursos por amostragem¹⁹¹ e das novidades trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, sendo que neste foi dedicada especial atenção ao precedente judicial.

¹⁸⁸ O instituto está previsto no art. 518, §1º, do CPC, prevendo que “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.”

¹⁸⁹ A previsão está no art. 285-A do CPC, que prevê: “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.”

¹⁹⁰ A repercussão geral foi introduzida pela EC n. 45/2004 no art. 102, §3º, da CF, prevendo que “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” Por sua vez, o art. 543-A do CPC, introduzido pela Lei n. 11.418/2006, regulou os termos da repercussão geral.

¹⁹¹ O julgamento por amostragem encontra-se previsto no art. 543-B do CPC, introduzido pela Lei n. 11.418/2006 e prevê que “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.”

O aumento de importância dado à vinculação dos fundamentos das decisões anteriores demonstra o caminho trilhado no sentido de se adotar o sistema de precedente judicial no Brasil, sendo que, ao se buscar a aproximação¹⁹² dos sistemas do *civil law* e do *common law*, é possível somar as vantagens de cada um e criar um sistema de precedente judicial compatível com a realidade brasileira.

Por sua vez, o precedente judicial pode apresentar a economia de tempo buscada para se analisar todos os casos pendentes de julgamentos no Brasil, não só pelo magistrado, mas a todos os que procuram a solução de seus problemas jurídicos, sendo que Alf Ross expõe as vantagens do sistema nos seguintes termos:

“O fato de que num caso anterior de caráter similar se tenha escolhido uma certa regra como fundamento da decisão, constitui um forte motivo para que o juiz baseie a decisão presente na mesma regra. Além de tal procedimento poupar tempo, dificuldades e responsabilidades ao juiz, esse motivo está estreitamente relacionado à ideia de justiça formal, a qual em todos os tempos parece ter sido um elemento essencial da administração de justiça: a exigência de que os casos análogos recebam tratamento similar, ou de que cada decisão concreta seja baseada numa regra geral.”¹⁹³

O julgamento antecipadíssimo da lide, previsto no art. 285-A do Código de Processo Civil teve a inspiração no sistema de precedente judicial e traz celeridade ao processo uma vez que permite ao magistrado o julgamento pela improcedência do pedido logo no início do processo, sem que haja contraditório e com relação às matérias já decididas pelo juízo¹⁹⁴.

¹⁹² Esta aproximação dos sistemas é mencionada por Luiz Guilherme Marinoni ao dizer que: “Também se esquece que a jurisdição de *civil law*, durante a história, teve a sua natureza transformada, tendo o constitucionalismo inegavelmente aproximado o sistema de *civil law* ao de *common law*.” In MARINONI, Luiz Guilherme. *A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil*. Cadernos Jurídicos da Ordem dos Advogados do Brasil – Paraná, n. 03, jun 2009. Disponível em: <<http://admin.oabpr.org.br/imagens/caderno/artigos/52.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016, p. 02. No mesmo sentido, Estefânia Maria de Queiroz Barbosa: “Há, assim, uma aproximação do papel do juiz (especialmente dos Ministros do STF) do sistema brasileiro com tradição romano-germânica ao sistema de *common law*, no qual os juízes têm papel de *judge-made-law*.” In BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. cit., 2014, p. 265. Por sua vez, a tendência é mundial e bilateral, ou seja, até os países que adotam o *common law* também estão se aproximando do *civil law* diante do aumento da produção legislativa, conforme esclarece Peter de Cruz: “A lei baseada nos casos concretos também tem adquirido um perfil mais elevado em países de *civil law*, como a França e a Alemanha, ao passo que, na Inglaterra, a chamada função de fazer a lei foi realizada em muito maior medida nas duas últimas décadas pelo legislador do que no passado.” Tradução livre. No original: “*Case law has also been steadily acquiring a higher profile in civil law countries, such as France and Germany, whereas, in England, the so-called lawmaking function has been carried out in far greater measure in the last two decades by the legislature than in the past.*” In CRUZ, Peter de. Op. cit., p. 138.

¹⁹³ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2ª ed., 2007, p. 111.

¹⁹⁴ Esta semelhança dos institutos do julgamento antecipadíssimo da lide e o precedente judicial é apontada por Estefânia Maria Queiroz Barbosa. Entretanto, a autora levanta a questão relevante da

O impacto deste tipo de julgamento é grande nas ações de massa, visto que há temas em que já é aplicado o referido artigo como, por exemplo, nas ações de revisão de contrato bancário para se afastar a cobrança de juros compostos e de tarifas administrativas.

No novo Código de Processo Civil, o instituto foi mantido, sendo ampliado para alcançar novas hipóteses de vinculação às decisões anteriores, em especial as decisões em sede de recursos repetitivos e súmulas¹⁹⁵, mas ainda está limitado apenas aos casos de improcedência, ou seja, não pode ser proferida uma sentença de procedência de plano, mesmo se houver súmulas ou decisões pacificadas nos tribunais.

3.3.1 O precedente judicial e a súmula vinculante nos planos da eficiência e da razoável duração do processo

O Brasil seguiu o *civil law* da Europa continental e suas tradições de codificação do direito, havendo o pensamento clássico de que o Poder Judiciário deveria ser o aplicador da lei. Entretanto, a distância existente entre as regras da lei e os acontecimentos da vida em sociedade fez com que as decisões judiciais se aproximassem dos institutos do *common law* para adaptar o direito às possibilidades fáticas não acobertadas pela lei.

Como primeira aproximação, houve a adoção das súmulas como adaptação do sistema do *stare decisis* do *common law*, como explica Miguel Reale ao afirmar que “as *Súmulas*, como modelos jurisdicionais, tendem a adquirir certa estabilidade,

violação do contraditório e da ampla defesa da parte autora: “Seria o caso de criar precedente vinculante com um único caso, o que é totalmente admissível pela doutrina do *stare decisis*, o problema que se vê nesse dispositivo, no entanto, é que ele pode violar o direito à ampla defesa e ao contraditório, pois, mesmo em caso em que já exista precedente sobre determinada matéria, deverá ser garantido à parte o direito de apresentar defesa no sentido de distinguir o caso, de que o caso precedente não se aplica ao caso atual, bem como de apresentar argumentos que possam levar a uma mudança de entendimento e revogação (*overruling*) do precedente anterior.” In BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. Op. cit., 2014, p. 281.

¹⁹⁵ A improcedência liminar do pedido está prevista no art. 332 do novo CPC, que estabelece a possibilidade de “art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

e não há nada nessa adoção oblíqua do *stare decisis*, importada no *Common Law*, desde que não se resvale para a rotina.”¹⁹⁶

Por sua vez, o efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal também pode ser considerado como outro passo de aproximação dos sistemas do *civil law* e do *common law*. Entretanto, o sistema de precedentes judiciais não pode ser confundido com o sistema de súmulas vinculantes, sendo que o primeiro vai muito além do segundo.

A súmula vinculante foi introduzida no texto constitucional pela EC n. 45, de 30 de dezembro de 2004, no art. 103-A¹⁹⁷ da Constituição Federal, e tem diversas limitações que a diferenciam do precedente judicial.

O primeiro limite envolve os pressupostos para editar a súmula vinculante, quais sejam, a existência de controvérsia entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração, a grave insegurança jurídica e a multiplicação de processos sobre questão idêntica.¹⁹⁸

No precedente judicial, não há esta limitação visto que todo o sistema se torna uma malha única vinculada aos fundamentos das decisões já proferidas. Mesmo as questões mais simples, ou únicas, podem se tornar precedentes judiciais visto que, no futuro, pode existir outra questão semelhante em que os fundamentos já adotados podem ser aproveitados, seja no acolhimento ou na rejeição dos mesmos, mas sempre levando em consideração o desenvolvimento e a somatória da fundamentação no tempo.

¹⁹⁶ REALE, Miguel. Op. cit., p. 72.

¹⁹⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

¹⁹⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988. “Art. 103-A, §1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.”

Outro limite da súmula vinculante se relaciona às pessoas legitimadas para aprovar, rever ou cancelar a súmula, sendo que apenas os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade¹⁹⁹ podem se envolver neste campo²⁰⁰.

Já no precedente judicial, não há esta limitação visto que todos os operadores do direito têm a legitimidade de provocar a aprovação, a revisão ou o cancelamento do precedente judicial por meio das ações judiciais, sendo que os magistrados, ao verificarem a não aplicabilidade ou a superação do precedente judicial, elaboram o novo precedente judicial conforme as exigências sociais e com base em novos fundamentos.

Observa-se que Miguel Reale era favorável aos institutos que trouxessem economia e praticidade, bem como o aproveitamento do conhecimento jurídico adquirido no tempo, nos seguintes termos:

“Eu sou favorável à súmula vinculante, tanto no STF como nesta alta Corte, não apenas por motivos de ordem pragmática, ou seja, para atender a mera economia de meios, mas também porque o Direito tem horizontes de juridicidade que são comuns e imperativos a todos os graus de jurisdição, sem o que a experiência jurídica de um povo perderia o seu sentido unitário da compreensão do justo. ... Se as súmulas, em suma, forem permanentemente revistas, à vista do progresso da doutrina e do trabalho dos operadores do Direito, não haverá com elas estancamento da experiência jurídica, mas sim a sua dinâmica e prudente concreção.”²⁰¹

Não é forçoso reconhecer, portanto, que o autor teria inclinação favorável ao precedente judicial, visto que este supera a súmula vinculante em termos de coerência, segurança, racionalidade, eficiência e celeridade.

Diante das diversas limitações da súmula vinculante, Vicente Greco Filho apresenta sete razões para esclarecer que a mesma é “um falso problema, ou melhor,

¹⁹⁹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

²⁰⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988. “Art. 103-A, §2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.”

²⁰¹ REALE, Miguel. *Conferência comemorativa dos dez anos do STJ. Superior Tribunal de Justiça 1989-1999: eventos comemorativos*. Brasília: STJ, 1999, p. 95-96.

uma falsa solução²⁰², tornando-se um sistema ineficaz. Todas as razões são superadas pelo precedente judicial, visto que existe a vinculação da jurisdição às razões das decisões proferidas no passado e não apenas a vinculação à redação de uma frase de dispositivo.

Quando se analisa o caráter vinculante do precedente judicial, sua força supera a vinculação da súmula por não representar um simples resumo de palavras transcrito num enunciado, mas trazendo a ligação racional vinculativa aos fundamentos da decisão judicial e não apenas às conclusões dispositivas.

Como primeira razão da ineficácia da súmula vinculante, o autor coloca o fator temporal dos julgamentos, ou seja, até o Supremo Tribunal Federal julgar os casos semelhantes e editar a súmula vinculante, o “mal para a Justiça já está feito, isto é, a Justiça, de primeiro e segundo graus, já estará abarrotada de processos sobre o tema.”²⁰³

No caso do precedente judicial, o problema não está presente porque a construção interligada dos fundamentos da decisão faz parte do sistema, formando-se um romance em cadeia para trazer integridade ao direito²⁰⁴ e levando-se em conta tudo o que já foi julgado no tempo e no espaço.

A mudança ao se adotar o sistema de precedente judicial vai além do próprio julgado e reformula a forma de pensar o direito por seus operadores, o que não se apresenta como uma tarefa fácil²⁰⁵. Esboçando a mudança de pensamento, Miguel Reale afirmou que a coerência racional representa o caminho a ser seguido pelo

²⁰² GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 20ª ed., 2010, p. 398.

²⁰³ *Ibidem*, p. 399.

²⁰⁴ Ronald Dworkin cita o romance em cadeia como sendo um comparativo entre a literatura e o direito, servindo para trazer integridade e explica: “... um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.” In DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2014, p. 276.

²⁰⁵ Ao citar Glanville Willians, Dínio de Santis Garcia lança a pergunta que antevê o problema: “Aliás, Glanville Willians (*Learning the Law*, Londres, 1978, p. 62) assinala que *Finding the ratio decidendi of a case is an important part of the training of a lawyer. It is not a mechanical process but is an art that one gradually acquires through practice and study*. Será que os nossos magistrados estariam preparados para, de pronto, assumir esta tarefa?” Tradução livre: “Encontrar a razão de decidir de um caso é uma parte importante no treinamento de um advogado. Não é um processo mecânico mas é uma arte que aquele adquire gradualmente através da prática e do estudo.” In GARCIA, Dínio de Santis. Op. cit., p. 41.

jugador para captar a essencialidade da justiça, conforme os valores da sociedade no tempo:

“Poder-se-ia dizer que o juiz torna-se eticamente alheio aos rumores da rua para que possa justamente se pronunciar sobre a causa, o que envolve o emprego de todas as virtudes de sua personalidade, abstraindo-se de enganosas pressões imediatas para poder captar a essência do justo, tal como este vai historicamente se configurando.”²⁰⁶

Como o Supremo Tribunal Federal não construiu sua rede de julgados de forma interligada no tempo, o primeiro argumento contrário à súmula vinculante se verifica na prática, ou seja, milhares de ações sobre determinado tema são propostas em primeira instância e demoram anos para chegar às instâncias superiores até a pacificação da questão²⁰⁷.

Com o precedente judicial, inverte-se esta ordem de análise dos argumentos, visto que apenas os casos realmente inéditos, ou seja, sem qualquer ligação com os julgados anteriores e sem qualquer regramento legal, seguiriam o caminho tradicional de maior tempo para análise, sendo que hoje é a regra em qualquer caso, até se chegar à decisão definitiva pacificadora.

Os casos totalmente inéditos são minorias dentre todas as ações em trâmite, sendo que a grande maioria das ações tem ligação com os julgados já proferidos e, assim, é possível a busca mais rápida da solução de direito pelo sistema de precedentes judiciais.

Por sua vez, mesmo na hipótese dos casos totalmente inéditos, não haveria a possibilidade de decisões conflitantes em casos semelhantes, diante da vinculação

²⁰⁶ REALE, Miguel. Op. cit., 1994, p. 72.

²⁰⁷ A título de exemplo de demora na pacificação das questões pela jurisprudência, pode-se citar a ação civil pública movida pela Associação Paranaense de Defesa do Consumidor, APADECO, em face do Banco do Brasil, que tramitou na 13ª Vara Cível de Curitiba/PR, sob n. 14.552/1993, com trânsito em julgado em 03.09.2002. Na sequência, foram propostas milhares de ações de cumprimento de sentença individuais sendo que a questão da prescrição da ação executiva foi trazida à discussão, qual seja, se o prazo prescricional seria de cinco ou de vinte anos a contar do trânsito em julgado da sentença de conhecimento. Houve o reconhecimento de repercussão geral no Resp. n. 1.273.643-PR, com a suspensão de todas as ações executivas em 21 de setembro de 2011. A decisão do STJ foi no sentido de que a prescrição deve ser de cinco anos contados do trânsito em julgado da sentença proferida na ACP, ou seja, todas as ações individuais propostas após setembro de 2007 estariam prescritas. A decisão da repercussão geral transitou em julgado em 13 de agosto de 2014. Então, foram quase doze anos após o trânsito em julgado da sentença da ação de conhecimento para se pacificar o tema da prescrição da ação de execução. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Certidão Explicativa do *Recurso Especial n. 1.273.643-PR*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/certidao/emitir?certidaoTipo=andamento&acao=emitir&num_registro=201101014600>. Acesso em: 04 fev. 2016.

das decisões futuras aos fundamentos da decisão já proferida e, conforme a análise da decisão judicial fosse avançando nas instâncias, os fundamentos vinculantes ganhariam amplitude em sua aplicabilidade territorial ao abranger mais magistrados subordinados ao respectivo tribunal.

A eficiência e a razoável duração do processo podem ser constatadas em razão de a grande maioria dos casos seguir o caminho do que já foi decidido pelo precedente judicial, ou seja, a maioria das ações não envolvem casos inéditos, mas semelhantes aos que já foram julgados. As novas ações passam a ter melhor valor argumentativo e permitem que o juiz aplique ou afaste o precedente judicial ao caso em questão de forma racional, sendo que os operadores do direito também passam a construir seus argumentos sob a base dos fundamentos vinculantes constantes das decisões judiciais já proferidas.

Como segundo argumento contrário à súmula vinculante, Vicente Greco Filho sustenta que o Supremo Tribunal Federal não faz súmulas de certos assuntos, mesmo que haja ações em massa e sem efeito vinculante, citando o exemplo do “bloqueio de valores no chamado Plano Collor.”²⁰⁸

No caso do precedente judicial, não há este problema visto que, a partir do momento que o Supremo Tribunal Federal proferir o julgamento sobre o tema, as razões da decisão se fundem à cadeia de fundamentos vinculantes, passando a fazer parte do direito e devendo ser aplicadas por todos os operadores, sejam juízes, promotores ou advogados²⁰⁹.

Com o precedente judicial, não existe a necessidade de editar texto de súmula, sendo que a *ratio decidendi* do julgado proferido fica incorporado à rede de fundamentos já existente se apresentar outros fundamentos de distinção ou de superação do precedente judicial.

O terceiro fundamento da ineficiência da súmula vinculante mencionado pelo autor se refere à característica da lei em também ser vinculante em suas regras, mas

²⁰⁸ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 399.

²⁰⁹ O sistema de precedente judicial também impõe o aumento do ônus argumentativo aos demais operadores de direitos, como advogados e promotores, que deverão obrigatoriamente analisar o precedente judicial e, na hipótese da não aplicação do mesmo, construirão seus argumentos mencionando as razões para se distinguir ou modificar o mesmo. Neste sentido, Miguel Reale já dizia que é: “Dever dos juristas, tendo à frente a categoria pugnaz dos advogados, é zelar para que não se enferruje o mecanismo jurisdicional, de maneira que os modelos jurisdicionais sejam constantemente revistos, em razão de mutações supervenientes no sistema legal, ou, o que não é menos importante, em virtude da emergência de novos valores sócio-econômicos, ou, por melhor dizer, culturais.” REALE, Miguel. Op. cit., 1994, p. 72.

de forma abstrata, o que permite interpretações e aplicações diferenciadas conforme o caso concreto, sendo que a Justiça seria sempre provocada para reexaminar a súmula vinculante, havendo “uma pletera de novos processos e julgamentos”²¹⁰.

Este problema da súmula vinculante decorre da forma como a mesma é feita, ou seja, trata-se de um resumo do entendimento jurisprudencial e não há a identificação das razões que levaram à decisão, como explana Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

“Como as súmulas são apenas a síntese de um entendimento jurisprudencial, tão só da sua leitura não é possível identificar nem os fatos importantes para o julgamento nem a *ratio decidendi* que irá vincular os casos vindouros. Na prática, o que ocorre é que os julgadores não vão buscar a *ratio decidendi* nas decisões que deram origem à súmula e, portanto, pode ocasionar interpretações equivocadas a respeito do precedente.”²¹¹

Neste aspecto, o precedente judicial pode ser diferenciado da súmula vinculante diante da forma de pensar o direito, visto que existe a vinculação às razões de decidir. Na súmula vinculante, o operador tem maior liberdade para buscar o afastamento da aplicação ao se utilizar dos argumentos que tenham sido ou não analisados no caso anterior.

Já no precedente judicial, o operador não tem a possibilidade de repetição argumentativa plena visto que não pode se valer dos mesmos argumentos já analisados pelo precedente judicial. Apenas argumentos novos e mais fortes, devidamente comparados àqueles já analisados, podem ser levados em consideração para se mudar o precedente judicial, seja pela distinção ou pela superação²¹², devendo o magistrado justificar os motivos para afastar ou superar o precedente judicial.

O quarto argumento colocado pelo autor contrário às súmulas vinculantes seria o conteúdo político e as pressões sociais momentâneas sofridas pelo Supremo Tribunal Federal, transformando as decisões provisórias no tempo em coletivas e

²¹⁰ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 399.

²¹¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. cit., 2014, p. 280.

²¹² Para aprofundamento quanto às mudanças do precedente judicial por meio da distinção (*distinguishing*) ou a superação (*overruling*), consultar BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Op. cit., 2014, p. 224-232.

vinculantes para o futuro ao editar uma súmula, “o que pode acarretar tremendas injustiças no caso de cada um.”²¹³

Entretanto, este receio não acontece no precedente judicial porque é de sua essência a existência de uma base sólida de fundamentação das decisões no tempo, ou seja, as decisões tomadas no presente são mais fortes porque decorrem da somatória das forças das decisões do passado, sendo que as decisões a serem tomadas no futuro agregarão mais fundamentos à corrente do direito, passando-se a somar seus fundamentos às decisões do presente²¹⁴.

Por ser construído com a utilização de todos os fundamentos dos julgados já proferidos, o sistema de precedentes judiciais cria uma barreira protetora forte, coerência e segura que resiste às pressões sociais e políticas momentâneas. De outro lado, na hipótese de a pressão social ou política ser sólida e prolongada no tempo, tem-se o preenchimento do fator que autoriza a mudança do precedente judicial, visto que a sociedade, que é a destinatária final do precedente judicial, demonstrou que o mesmo precisa ser modificado.

Assim, o sistema de precedente judicial possui a blindagem temporal suficientemente forte para resistir às pressões momentâneas da política e da sociedade, tendo em vista que a construção engloba a união de todas as razões de decidir já proferidas no tempo pelo Poder Judiciário.

O quinto fator de ineficiência apresentado por Vicente Greco Filho seria o possível número de reclamações perante o Supremo Tribunal Federal para que este aplique a Súmula Vinculante, podendo a quantidade superar o número de recursos extraordinários²¹⁵.

Não há esta possibilidade com o precedente judicial visto que o mesmo não é aplicado somente pelo Supremo Tribunal Federal, mas por todos os operadores do direito, inclusive todos os magistrados. A amplitude na análise do cumprimento do

²¹³ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 399.

²¹⁴ Utilizando-se do ditado francês que diz *plus que hier, moins que demain* (mais do que ontem, menos do que amanhã), pode-se dizer que a somatória das forças racionais existentes no sistema de precedente judicial o torna hoje mais forte do que a somatória de ontem e permite que seja menos forte do que a somatória das forças da razão no amanhã.

²¹⁵ É possível constatar o aumento no número de reclamações sendo que, em 2007, foram julgadas 473 reclamações; em 2008, foram julgadas 2.343; em 2009, foram julgadas 3.506; em 2010, foram julgadas 2.087; em 2011, foram julgadas 2.360; em 2012, foram julgadas 2.282; em 2013, foram julgadas 3.413 e em 2014, foram julgadas 3.880 reclamações. Em sete anos, o aumento de julgamentos de reclamações superou os 820%. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatística do STF – anos anteriores*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasseAnosAnteriores>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

precedente judicial permite a agilidade de todos os julgamentos por não haver a reanálise dos fundamentos da decisão em cada novo julgamento, se já existir uma construção sólida de fundamentos anteriores, sendo que o sistema de filtragem de matérias a serem analisadas serve para barrar as eventuais argumentações repetidas e sem repercussão ou novidade.

Por isso, a mudança ao se adotar o precedente judicial envolve o pensamento do direito feito pelos aplicadores. Hoje prevalece a vontade de obter o pronunciamento da última instância sobre *todos* os casos, mesmo que já exista decisão em sentido contrário, na tentativa de que o novo caso seja uma exceção em seus mesmos argumentos. O pensamento no precedente judicial, ao contrário, respeita o que já foi decidido, não havendo a busca em todos os casos de decisão excepcional para o que é semelhante e se enquadre na *ratio decidendi* do que já foi decidido anteriormente.

O sexto questionamento do autor envolve a ausência do caráter vinculante às decisões do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça com relação às lides de massa com fundamento em lei federal, lei estadual ou municipal. O precedente judicial, mais uma vez, resolve o problema por trazer integridade ao direito como um todo por meio da rede de fundamentação jurídica sólida criada e que deve ser observada pelas decisões futuras, em qualquer instância ou tribunal, nos casos semelhantes. A rede de proteção criada pelos precedentes judiciais permite que o direito seja aplicado de forma coerente e justa, bem como tenha equidade.

A partir do momento em que as matérias já decididas ingressam no romance em cadeia do direito, vinculando os fundamentos das decisões futuras, se cria o efeito vinculante universal para qualquer grau de jurisdição, cabendo aos aplicadores do direito utilizar de seu conteúdo denso de razões, ampliando e fortalecendo os fundamentos de direito. Quando se fortalece os fundamentos já proferidos, toda a sistemática de julgamentos fica mais resistente às tentativas de se excepcionar o que não deve ser excepcionado, diante da força adquirida pela *ratio decidendi* do precedente judicial.

A vinculação dos fundamentos pode inibir, inclusive, a corrupção dentro do Poder Judiciário, que se traduz na venda de decisões. Se há decisão anterior em determinado sentido, não basta proferir a nova decisão corrompida em sentido contrário se os *pontos essenciais* forem os mesmos. Deve-se demonstrar por fundamentos racionais novos que o precedente judicial não se aplica ao caso em

questão por meio da desconstrução dos fundamentos anteriores e pela reconstrução da nova *ratio decidendi*.

Com certeza a tarefa implica em aumento da fundamentação e, se ausente a tarefa argumentativa, o fato chamaria a atenção dos profissionais do direito e das instâncias superiores, visto que o afastamento do precedente judicial sem qualquer fundamento racional representaria indício de possível irregularidade na decisão proferida.

O último argumento de ineficácia da súmula vinculante apresentado por Vicente Greco Filho se relaciona com a possibilidade de o relator indeferir “unipessoal e diretamente”²¹⁶ o recurso especial ou o recurso extraordinário, cabendo recurso desta decisão, o que levaria obrigatoriamente à decisão colegiada. Este último argumento também não afeta a sistemática do precedente judicial porque possui filtros das matérias já decididas, não seguindo o caso em julgamento. A barreira do precedente judicial permite o julgamento mais rápido das demandas com base no aproveitamento dos fundamentos já construídos anteriormente.

A aplicação do precedente judicial envolve o pensamento de inclusão, e não de exclusão. Se a argumentação do caso concreto se enquadrar no precedente judicial, o mesmo deve ser aplicado de plano pelos juízes de primeiro grau e de forma monocrática pelas instâncias superiores.

Por outro lado, na hipótese de reconhecer *prima facie* que não se aplica o precedente judicial, a decisão deve ser tomada pelo colegiado para melhor análise da questão e para verificar se o caso concreto envolve argumentação excepcional de distinção ou de superação do precedente judicial. Mais uma vez, a mudança trazida pelo precedente judicial envolve como se pensa e como se aplica o direito, não podendo se presumir que todos os julgados anteriores estejam errados ou que não afetem as decisões futuras.

Portanto, como o precedente judicial agrega a fundamentação vinculante às decisões, o que permite a formalização de argumentos e de razões²¹⁷, também pode

²¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 400.

²¹⁷ No mesmo sentido é o pensamento de José Rodrigo Rodríguez ao afirmar que: “O Brasil não tem um sistema de precedentes organizado. A unificação da jurisprudência tem sido feita por meio de enunciados e súmulas e não via determinados casos que sejam tratados, pelas próprias cortes, como exemplares de sua posição. Os enunciados e súmulas costumam, por meio de fórmulas genéricas e sem fazer referência a nenhum argumento, indicar para a sociedade o resultado futuro das demandas que versem sobre determinado assunto. É interessante notar que não temos no Brasil a formalização

acelerar a análise do que está sendo discutido em juízo, evitando a rediscussão de argumentos já analisados e possibilitando obter maior eficácia do que a súmula vinculante visto que o precedente judicial vincula as decisões judiciais às razões de decidir já analisadas, não sendo apenas uma frase de resposta conclusiva como a súmula vinculante.

3.3.2 O precedente judicial no Código de Processo Civil de 2015

A Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, estabelece o novo Código de Processo Civil brasileiro, com vigência a partir de 18 de março de 2016 diante da previsão de *vacatio legis* de um ano constante em seu art. 1.045.

A nova legislação processual buscou aproximar a jurisprudência do *civil law*, que possui a característica de orientação, com o precedente judicial do *common law*, que tem a vinculação da razão da decisão às decisões futuras. É possível perceber a tentativa de transformar a jurisprudência para uniformizar e estabilizar as decisões, podendo ter, como consequência, a eficiência e a razoável duração do processo diante da possível vinculação da *ratio decidendi*.

O aumento das previsões expressas de vinculação às razões da decisão no novo Código de Processo Civil fornece a base legal para ampliar o conceito do princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inc. II, da CF, quando estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O precedente judicial passa a obrigar também diante da vinculação às razões da decisão, podendo se tornar fonte primária do direito.

O art. 489, §1º, do NCPC²¹⁸ prevê que a sentença ou o acórdão fundamentado em precedente ou em súmula deve identificar os fundamentos determinantes e demonstrar que o caso se ajusta aos fundamentos, ou seja, estabeleceu que a decisão judicial deve analisar a *ratio decidendi* quando utilizar o precedente judicial em sua fundamentação, não bastando fazer referência. Por sua vez, o NCPC também

de argumentos, de razões para decidir, mas apenas de resultados, das respostas que serão oferecidas diante de determinada espécie de pedido.” In RODRIGUEZ, José Rodrigo. Op. cit., p. 204.

²¹⁸ “Art. 489 ... §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: ... V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

determinou que o magistrado que não seguir o precedente judicial deve fundamentar a razão da distinção (*distinguishing*) ou da superação (*overruling*) do entendimento.

É possível perceber que a lei determinou o aumento da fundamentação da decisão judicial quando se baseia ou se afasta do precedente judicial, incorporando os institutos de modificação dos precedentes judiciais. Ao exigir a análise da *ratio decidendi* pela decisão judicial, o NCPC tenta modificar a forma de pensar dos magistrados, na tentativa de criar mais coerência ao direito, pelo romance em cadeia, devendo as razões das decisões do passado serem invocadas ou modificadas nas novas decisões.

O art. 926²¹⁹ do NCPC deixa claro que os tribunais devem seguir pelo caminho da uniformização, da estabilidade, da integridade e da coerência de seus julgados, sendo os mesmos objetivos do sistema dos precedentes judiciais. A regra vem na tentativa de resolver a disparidade de julgamentos sobre a mesma matéria que acontece na prática em diversos tribunais, conhecida como loteria jurídica. Ao exigir a uniformização dos julgados, a lei está determinando que o tribunal pacifique as razões das decisões e permita o julgamento igual para os casos semelhantes.

Por sua vez, os parágrafos²²⁰ do artigo 926 do NCPC tentam modificar a forma como a súmula é feita, que não basta ser apenas uma conclusão, devendo a súmula indicar a *ratio decidendi* do precedente que motivou a sua criação. A regra guarda coerência com o art. 489, §1º, do NCPC, sendo que a identificação da *ratio decidendi* pela súmula vai facilitar a sua aplicação das decisões a serem proferidas no futuro pelo magistrado.

Já os incs. I a V do art. 927 do NCPC²²¹ deixam expressos a vinculação dos magistrados à *ratio decidendi* das decisões proferidas com base na hierarquia. Quanto mais alta a corte que proferir o precedente judicial, mais vinculação vai gerar por atingir maior número de magistrados. Na hipótese de o magistrado não observar a *ratio*

²¹⁹ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

²²⁰ “§1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. §2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

²²¹ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

decidendi, deverá fundamentar quais foram as razões da distinção ou da superação do precedente judicial, conforme o art. 489, §1º, do NCPC, ficando preservado o livre convencimento motivado e evitando que a prestação jurisdicional fique engessada ao não acompanhar as mudanças sociais.

Na primeira leitura, o NCPC aparenta ser direcionado exclusivamente ao magistrado diante da vinculação às razões da decisão e aumento do ônus de fundamentação nas decisões. Entretanto, as regras também são direcionadas aos demais profissionais de direito, em especial aos advogados e aos membros do *parquet*. Ao adentrar com nova ação, os profissionais também terão o ônus argumentativo de analisar as razões das decisões já proferidas, demonstrando ao magistrado a aplicação do precedente judicial ao novo caso, ou as razões de distinção ou de modificação do entendimento, sob pena de aplicação do precedente judicial, nos termos da previsão do art. 1.042, §1º, do NCPC²²².

Outra importante determinação relacionada aos precedentes judiciais é a ausência de reexame necessário dos julgamentos proferidos contra o próprio Estado, em todas as esferas, conforme previsão do art. 496, §4º, incs. I a IV, do NCPC²²³. Infelizmente, o Estado brasileiro é um dos maiores litigantes judiciais²²⁴ diante da violação de direitos decorrentes da morosidade das decisões judiciais. É comum que a decisão do Estado que viola o direito individual seja revista pelo Poder Judiciário apenas anos ou décadas depois, o que favorece a continuidade das violações. A regra do NCPC tenta aproveitar o poder vinculante do precedente judicial para barrar o recurso necessário da decisão judicial de primeira instância. Por óbvio, ainda resta o

²²² “Art. 1.042 ... §1º Sob pena de não conhecimento do agravo, incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa: ... II – a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso: a) especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior; b) extraordinário fundar-se em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.”

²²³ “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: ... §4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I – súmula de tribunal superior; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.”

²²⁴ A informação procede da pesquisa feita em 2011 pelo CNJ, que identificou os cem maiores litigantes na Justiça brasileira, sendo que de todos os processos em trâmite, o INSS responde por 22,33%, a CEF por 8,5%, a Fazenda Nacional por 7,45%, a União por 6,97% e os Estados por 6,22%. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016.

recurso por parte do Estado, mas sem o efeito suspensivo se já houver precedente judicial sobre a questão.

O NCPC parece querer implantar a sistemática do precedente judicial no Brasil, mas quando se analisa a parte das regras recursais, é possível perceber que o avanço não foi completo, deixando a desejar na eficiência e na razoável duração do processo diante do apego aos recursos. Como forma de controlar a aplicação da vinculação às razões das decisões, o NCPC manteve o instituto da reclamação, conforme o art. 988²²⁵.

A manutenção da reclamação não demonstra ser a melhor saída para preservar o precedente judicial, conforme analisado no item 3.3.1, e foi mantida a sistemática do agravo de instrumento da decisão que negar seguimento aos Recursos Extraordinário e Especial, nos termos do art. 1042 do NCPC²²⁶. Portanto, por mais que se adote a vinculação às razões das decisões pelo precedente judicial, todas as questões ainda podem chegar ao STF ou STJ, fazendo que com a eficiência e a razoável duração do processo continuem distantes dos brasileiros.

²²⁵ “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: ... IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.”

²²⁶ “Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão de presidente ou de vice-presidente do tribunal que: ... inadmitir, com base no art. 1.040, inciso I, recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior; III – inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.035, §8º, ou no art. 1.039, parágrafo único, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.”

Considerações finais

O Estado Constitucional surgiu para romper com a forma absolutista de Estado. Nos Estados Unidos da América, o constitucionalismo apresentou a Constituição como norma superior e o Poder Judiciário como seu garantidor. Houve a inspiração no sistema do *common law* inglês e o maior controle do Poder Legislativo diante da desconfiança sobre a justiça das leis.

O constitucionalismo europeu continental teve como base a revolução francesa e concedeu o poder para concretizar os direitos previstos na Constituição à lei, seguindo o sistema romano-germânico do *civil law*.

Após as grandes guerras, surge o movimento do pós-positivismo na tentativa de resolver o problema da ausência de concretude aos direitos fundamentais previstos de forma abstrata, principalmente nos Estados da Europa continental. O movimento incorporou a força do conteúdo normativo garantido pela jurisdição, desconfiando da vontade do legislador e permitindo que o Poder Judiciário controle a lei e possa acessar diretamente a Constituição.

No sistema do pós-positivismo, a lei passa a depender de adequação formal e material com a Constituição, ficando subordinada aos princípios e tendo o Poder Judiciário como garantidor do respeito às normas constitucionais pelo legislador. A interpretação do direito também muda com o pós-positivismo, havendo o aprimoramento dos esquemas lógicos do positivismo clássico, não bastando a subsunção do fato à lei para resolver os problemas envolvendo os direitos fundamentais previstos na Constituição.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 teve inspiração no pós-positivismo ao incorporar a maior força normativa aos princípios e por submeter a lei aos seus comandos, com a garantia de respeito oferecida pelo Poder Judiciário. A vontade da maioria continua a valer diante do sistema democrático de direito, mas coexiste com a proteção à vontade da minoria diante de limitação do poder pelo próprio poder.

Houve, assim, o crescimento da importância do Poder Judiciário no Brasil, que agora pode controlar a constitucionalidade da lei, mas houve a crise da justiça civil diante da incapacidade de resolver a grande quantidade de litígios existentes na sociedade, o que levou ao tempo elevado na solução dos processos.

O Poder Judiciário tenta aprimorar a prestação jurisdicional para que esta seja mais eficiente e seja obtida em tempo razoável, havendo a aproximação com os institutos do sistema do *common law*, em especial com o precedente judicial. A súmula vinculante e a repercussão geral dos recursos foram introduzidas no Brasil, mas ainda não responderam com a eficiência e a celeridade do sistema originário do precedente judicial.

O estudo busca analisar se o precedente judicial pode oferecer a resposta que o Brasil precisa em termos de eficiência à prestação jurisdicional e em tempo razoável, bem como o risco de engessamento das decisões judiciais diante da vinculação às razões da decisão.

A eficiência envolve obter o melhor resultado na prestação do serviço público pela atuação do servidor e da gestão administrativa. A função administrativa judicial teve importante avanço na eficiência com a criação do CNJ em 2004. Entretanto, a eficiência deve revestir também a função jurisdicional e se afastar da tendência subjetiva das peculiaridades de cada pessoa, sendo que o precedente judicial pode ser a resposta objetiva para trazer a eficiência e a razoável duração do processo almejadas pela sociedade por apresentar a vinculação da *ratio decidendi*.

O precedente judicial permite que o direito seja escrito como um romance em cadeia diante da vinculação das fundamentações do passado com as decisões do futuro, o que traz integridade, bem como permite que os novos argumentos sejam ponderados para distinguir ou superar o precedente judicial anterior.

A ineficiência e a duração desarrazoada dos processos podem ser observadas no Brasil com o estudo do STF e do STJ. Não há um filtro prévio eficaz das questões constitucionais e legais, respectivamente, podendo qualquer questão chegar à análise dos Ministros das mais altas cortes brasileiras e levar muitos anos para que seja feito o julgamento, sendo uma falha comum no sistema do *civil law*.

A ausência de vinculação às razões da decisão leva à repetição de todos os atos processuais em todos os feitos, o que sobrecarrega os magistrados e os servidores dos cartórios, gerando ineficiência e demora na duração dos processos diante dos recursos humanos e materiais limitados. O precedente judicial pode funcionar como uma barreira eficiente e rápida para resolver os novos casos semelhantes por ter o poder de vincular as decisões futuras às razões já proferidas

nos julgamentos anteriores, evitando que diversos atos processuais sejam feitos de forma repetida.

O precedente judicial trouxe benefícios a diversos países que o adotaram, como Japão, Singapura, Índia e Hong Kong. Entretanto, não parece ser tarefa fácil implantar o sistema de precedentes judiciais no Brasil diante da cultura formal e conservadora do juiz brasileiro e do apego aos recursos pelos demais profissionais do direito.

Há duas exigências para que o precedente judicial atenda ao princípio da eficiência: utilizar o mínimo de recursos e atingir o máximo de resultados em tempo razoável, sendo a verificação feita pelo princípio da proporcionalidade. Por sua vez, a proporcionalidade está presente se vencidas três etapas, quais sejam, a medida proposta deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para atingir o fim, que no caso é a eficiência e a razoável duração do processo.

Na proporcionalidade em sentido estrito, o precedente judicial vai ser analisado quanto ao possível limite oferecido pelo núcleo essencial ao poder de restrição aos direitos fundamentais colidentes, visto que a eficiência e a razoável duração do processo coexistem com outros princípios que apresentam resistência temporal à solução dos processos, como contraditório, ampla defesa e duplo grau de jurisdição.

A razoável duração do processo envolve a quantidade e a qualidade do tempo utilizado para resolver o processo, apresentando conteúdo relativo por depender das variáveis de cada caso concreto e passando a ser direito fundamental expresso com a EC n. 45/2004. A Corte Europeia dos Direitos do Homem estabeleceu três critérios para determinar a duração razoável do processo: a complexidade do assunto, o comportamento das partes e seus procuradores, e a atuação do órgão jurisdicional.

No campo da racionalidade, o precedente judicial demonstra ter eficiência para lidar com regras e com princípios, podendo resolver os conflitos e as colisões, respectivamente, bem como restringir os direitos fundamentais. Diante da vinculação da *ratio decidendi* às decisões judiciais em futuros casos semelhantes, o precedente judicial também mostra a capacidade de atender à razoável duração do processo.

O precedente judicial é compatível com o método lógico da subsunção existente nas regras e em utilizar dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade para resolver as antinomias. Por sua vez, o precedente judicial também

demonstra ter afinidade com a interpretação dos princípios, que apresentam densidade vinculativa e ausência de lógica hierárquica pré-determinada.

A discricionariedade judicial fica afastada diante da racionalidade utilizada pelo precedente judicial, que pode resolver os conflitos entre as regras conforme a lógica tradicional positivista, e que consegue solucionar as colisões entre princípios conforme a interpretação refinada obtida pela ponderação proporcional dos direitos fundamentais colidentes. A eficiência e a rapidez do precedente judicial decorrem da capacidade de lidar com ambas as racionalidades e de fornecer a razão abstrata da decisão que vinculará as decisões futuras por subsunção ou por sopesamento.

A racionalidade do precedente judicial não significa sempre fazer a ponderação de valores. Na decisão judicial, o magistrado começa verificando se existe regra legal tratando o caso. Se existir, basta aplicar a regra, desde que a lei tenha feita a ligação com os princípios constitucionais de forma adequada. Quando não existir lei, ou esta seguir pelo caminho da inconstitucionalidade, o magistrado pondera os direitos fundamentais em colisão para construir a resposta que o direito pode oferecer ao caso. Ao fazer esta análise, o magistrado permite que seja identificado o caminho da razão que seguiu e, assim, que se extraia do julgado a *ratio decidendi* para aplicação nos futuros casos semelhantes.

A diferença entre o precedente judicial, de origem no *common law*, e da jurisprudência, originária no *civil law*, é de método. O intérprete no *civil law* vai primeiro na lei na busca da solução ao caso e apenas subsidiariamente recorre à jurisprudência. Já o intérprete no *common law* recorre primeiro aos precedentes judiciais e depois à lei, na hipótese de lacuna nos julgamentos.

O precedente judicial possui a eficiência temporal ao permitir que o julgamento seja feito em menor tempo porque o magistrado não precisa reanalisar os argumentos que já foram decididos. Também está presente a eficiência espacial quando a questão avança nos graus de jurisdição. O precedente judicial proferido por um tribunal alcança todos os magistrados subordinado ao respectivo tribunal. Por sua vez, quando o precedente judicial é feito pela suprema corte de um país, o alcance envolve todos os magistrados do país diante do poder de irradiação vinculante máximo da *ratio decidendi*.

Mesmo na remota hipótese da questão nunca chegar aos tribunais, a decisão proferida pelo magistrado de primeiro grau também o vincula na parte das razões

abstratas, não podendo proferir outra decisão em sentido contrário sem a devida fundamentação da distinção ou da superação da *ratio decidendi* anterior.

O pensamento dos profissionais do direito também fica modificado com o precedente judicial. Não basta levar a questão ao magistrado sem o ônus argumentativo da modificação do precedente judicial, ou seja, os argumentos de distinção ou de superação do precedente judicial devem estar expressos, sob pena de aplicação do precedente judicial.

No plano da segurança jurídica, o precedente judicial também se destaca por ter uniformidade nas decisões ao revelar o pensamento jurídico da sociedade em determinado tempo, podendo haver modificação desde que novas razões sólidas surjam para alterar o fundamento anterior. O precedente judicial vai permitir a identificação dos pontos relevantes da decisão ou a *ratio decidendi*, bem como dos aspectos marginais ou a *obiter dicta*. Entretanto, a tarefa não é fácil visto que as razões da decisão devem ser identificadas conforme a ligação direta das razões com os direitos fundamentais envolvidos, ou por ligação indireta da fundamentação quando reconhecer a subsunção da lei.

Diante da possibilidade de fazer ligação direta com os direitos fundamentais, o precedente judicial e a jurisprudência são mais rápidos do que a lei para apresentarem as respostas de direito exigidas pela sociedade. No Brasil, é possível citar como exemplos em que a jurisprudência foi mais rápida na resposta de direito do que a lei às questões que envolveram os temas da união estável, inclusive homoafetiva, e do crime de adultério.

A lei continua a ter sua importância ao direito, sendo que o precedente judicial não a substitui, mas serve de aliado. A Constituição fornece as ligações de validade à lei e ao precedente judicial, ou seja, ambos retiram sua força vinculante dos mandamentos constitucionais. A lei pode incorporar os fundamentos do precedente judicial e, assim o fazendo, se reveste da solidez e da coerência originada dos direitos fundamentais. Por seu turno, quando o precedente judicial reconhece a validade da lei para resolver a questão, as ligações feitas pela lei aos direitos fundamentais passam a integrar os fundamentos das decisões futuras. Na verdade, há retroalimentação mútua, sendo que a lei fornece os elementos para aprimorar o precedente judicial e a jurisprudência, e o precedente judicial e a jurisprudência fornecem os elementos para aprimorar a lei.

Ao se comparar as eficiências do precedente judicial e da jurisprudência, o primeiro leva vantagem. Ao analisar ambos com base no princípio da proporcionalidade, o precedente judicial é mais adequado porque permite a solução da nova questão com base na fundamentação já consolidada, o que traz rapidez aos julgamentos porque o magistrado não precisa analisar os argumentos que já foram analisados.

As medidas alternativas tradicionais ao precedente judicial não se mostram eficientes por implicarem em aumento de gastos, como a criação de novas varas, com contratação de novos juízes ou servidores. Na questão da necessidade, o precedente judicial permite a menor restrição aos direitos fundamentais por ter seus fundamentos construídos em razões lógicas coerentes no tempo. Por fim, na proporcionalidade em sentido estrito, o precedente judicial também supera a jurisprudência diante da coerência e da integridade trazida pela vinculação das razões da decisão.

O precedente judicial também permite a previsibilidade dos julgamentos ao permitir que antevêja as chances de sucesso ao ingressar com nova demanda. Hoje prevalece no Brasil o sistema lotérico dos julgamentos, dependendo de qual juiz, câmara ou turma for distribuída a questão. A partir do momento que existir a vinculação à *ratio decidendi*, os novos julgamentos ganham em uniformidade e coerência, permitindo que os profissionais do direito analisem previamente o que já foi decidido como forma de obter sucesso nas futuras demandas e evitar, inclusive, o ajuizamento de diversas causas.

A razoável duração do processo pode ser obtida pelo precedente judicial diante da vinculação de suas razões às decisões futuras. Ao vincular as razões, as novas decisões judiciais não precisam analisar os mesmos argumentos em todos os casos semelhantes, o que economiza tempo visto que já houve a análise pelo precedente judicial. Por sua vez, a vinculação à *ratio decidendi* evita que os processos avancem nas instâncias superiores se não houver nada de diferente a ser analisado. O Japão apresentou a redução de quase 700% no volume de casos analisados por sua Suprema Corte, após a adoção da vinculação aos fundamentos da decisão, bem como economia de 6.471% nos custos, quando comparado com o STF.

O precedente judicial também permite a melhoria na eficiência qualitativa das decisões proferidas visto que apenas argumentos novos são analisados. A Suprema Corte dos Estados Unidos, com seus nove magistrados, proferiu 75 decisões de

mérito no último ano judiciário. O STF, com seus onze juízes, fizeram 116.642 decisões em 2015.

Todos os indicativos relevam que o precedente judicial pode trazer a eficiência e a razoável duração do processo ao Brasil, mas surge a dúvida quanto aos limites dos precedentes judiciais. A partir do momento que o precedente judicial pode restringir os direitos fundamentais e as razões passam a vincular todos os magistrados, não haveria limite aos precedentes judiciais, que poderiam até mesmo esvaziar por completo o direito fundamental que colidir com os direitos à eficiência ou à razoável duração do processo.

A solução para limitar o poder de restrição do precedente judicial pode partir do mínimo irrestringível dos direitos fundamentais, que é representada pelo núcleo essencial do direito fundamental. Há duas teorias principais tratando do tema, quais seja, a teoria absoluta e a relativa. Entretanto, a melhor resposta à limitação ao poder de restrição do precedente judicial parece vir da teoria mista. Nesta teoria, a limitação ao poder de restrição decorre da análise dos núcleos relativos dos direitos fundamentais feita pelo precedente judicial, com a utilização da racionalidade obtida pela ponderação proporcional dos argumentos retirados dos fatores variáveis do caso concreto.

O ponto de partida do precedente judicial deve ser as ligações existentes dos argumentos com o núcleo absoluto da dignidade da pessoa humana e, na sequência, analisar os argumentos relativos encontrados para solucionar a questão com a menor restrição ao direito fundamental restringido, conjuntamente com a maior ampliação do direito fundamental vitorioso, vinculando a *ratio decidendi* às novas decisões nos casos semelhantes.

O Brasil demonstra estar preocupado com a eficiência e a razoável duração do processo, mas ainda não tem a sistemática do precedente judicial. A súmula impeditiva de recursos, a improcedência *in limine* das demandas repetitivas, as súmulas vinculantes, a repercussão geral e o julgamento de recursos por amostragem foram avanços importantes para aprimorar a prestação jurisdicional, mas que não representam a vinculação à *ratio decidendi*. Em comparativo com a súmula vinculante, o precedente judicial apresentou ter mais eficiência e permitir a solução mais rápida dos processos.

A esperança de o precedente judicial ser realmente implantado no Brasil pode vir pelo novo Código de Processo Civil, com vigência a partir de 17 de março de 2016. Há previsão expressa da vinculação às razões da decisão, sendo que os magistrados devem observar os fundamentos das decisões anteriores e apresentar a fundamentação da distinção, ou da superação, nos casos em que afastar o precedente judicial. No NCPC, os profissionais do direito também possuem o ônus argumentativo refinado para lidar com o precedente judicial, devendo colocar de forma expressa os argumentos para aplicar, distinguir ou superar a *ratio decidendi*.

Entretanto, ao manter a sistemática do agravo de instrumento da decisão que negar seguimento aos Recursos Extraordinário e Especial, o NCPC mantém o apego aos recursos existentes no *civil law* e retira grande parte da eficiência e da razoável duração do processo que acompanha o sistema dos precedentes judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 3ª ed., 2004.

ARANTES, Rogério. *Judiciário: entre a Justiça e a Política*. In *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. São Paulo: editora Unesp, 2007, 2ª ed., p. 90. Apud BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

ÁVILA, Humberto Bergman. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. In REDE, Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4, out/nov/dez 2005. Salvador. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/HAvila.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência*. Salvador: Revista Brasileira de Direito Público (RBDP), n. 23, out/nov/dez de 2008.

_____. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 12ª ed., 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas pública*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, n. 15, 2007.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição – Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2009, 7ª ed.

_____ e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-come%C3%A7o-da-hist%C3%B3ria-nova-interpreta%C3%A7%C3%A3o-constitucional-e-o-papel-dos-princ%C3%ADpios-no-direit-1>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

BÍBLIA, Português. *Bíblia Sagrada*. Disponível em: <www.bibliaonline.com.br>. Acesso em: 04 fev. 2016.

BITTERCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial: vol. 4*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Banco Central. *Conversão de Moeda*. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/pec/conversao/conversao.asp>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. *Código de Processo Penal de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. *Código Penal de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. *Código Penal do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. _____. *Justiça em Números*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. _____. *Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. *Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estimativa populacional do ano de 2011*. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?idnoticia=1961&view=noticia>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. *Lei antidrogas. Lei n. 11.343 de 26 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. *Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. *Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. Orçamento Federal. *Orçamento de 2011 - anexo II*. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2011/loa-2011/anexos/Anexo_II.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. _____. *Orçamento de 2015 - anexo II*. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2015-2/ploa/volume_i_ploa_2015>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. *Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. Portal de notícias Globo.com. *Juiz de Goiás que anulou união de casal gay nega ser homofóbico*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/>>

2011/06/juiz-de-goias-que-anulou-uniao-de-casal-gay-nega-ser-homofobico.html>.
Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. Senado Federal. *Manual de comunicação da Secretaria de Comunicação Social*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/manualdecomunicacao/faq/cingapura-ou-singapura-ecos-ecoam-aqui-da-tv-o-nome-de-cingapura-seria-grafado-com-201cs201d-apos-o-acordo-ortografico-2014-singapura-2014-como-em-portugal.-o-nome-original-me-dizem-aqui-e-singapore-com-201cs201d.-como-o-assunto-foi-tema-de-discurso-hoje-1>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Certidão explicativa do Resp. n. 1.273.643/PR*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/certidao/emitir?certidaoTipo=andamento&acao=emitir&num_registro=201101014600>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. _____. *Estatística do STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=244>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. _____. *Habeas corpus n. 268.459-SP*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33010937&tipo=91&nreg=201301061165&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20141028&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. _____. *Recurso Especial n. 361-RJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=198900089030&dt_publicacao=30-10-1989&cod_tipo_documento=3>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação declaratória de inconstitucionalidade n. 1969*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi1969.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. _____. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 do Distrito Federal*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. _____. *Estatística do STF – acervo atual*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervo_atual>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. _____. *Estatística do STF – anos anteriores*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasseAnosAnteriores>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. _____. *Estatística do STF – decisões*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesi>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Autos n. 0024632-22.2014.4.01.3400. Importação de produto derivado de substância entorpecentes para fins medicamentosos*. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=ce3be96a55f89bfb23cbd112d0c0eb11&trf1_captcha=5sqv&enviar=Pesquisar&proc=246322220144013400&secao=DF>. Acesso em: 04 fev. 2016.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1857.

BUZUID, Alfredo. *Uniformização de jurisprudência*. *Revista Ajuris*. n. 34/213, 1985, p. 192-193.

CALHÃO, Antônio Ernani Pedroso. *Justiça Célere e Eficiente*. São Paulo: LTr, 2010.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. *Revista dos Tribunais*. vol. 786, São Paulo: RT, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 5ª ed., 2002.

CEZNE, Andrea Nárriman. *A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 52, jul. 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. Malheiros: São Paulo, 2006.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. Trad. Miguel Carbonell. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 16, abr. 2002. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/biblioteca_virtual/590>. Acesso em 04 fev. 2016.

CRUZ, Peter de. *Comparative law in a changing World*. Oxônia-UK: Routledge-Cavendish, *Third* edition, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 20ª ed., 2007.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Salvador: JusPodium, 15ª ed., 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Los derechos en serio. Ensayo sobre Dworkin*. Barcelona: Editorial Ariel, 2ª ed., 1989.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 3ª ed., 2014.

ESKRIDGE JR., William N. e FERRELL, John. *Duke Law Journal*, n. 5, mar 2001, Carolina do Norte: *Duke University School of Law*. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol50/iss5/3/>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Agência de Inteligência Central, CIA. *The world factbook*. Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ja.html>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. Casa Branca. *Orçamento de 2015*. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/budget/fy2015/assets/budget.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. *Julgamento proferido pela Suprema Corte Americana*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. Departamento de Estado dos EUA. *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*. Washington: Congressional Quarterly Inc, 5ª Ed., 2006.

_____. Suprema Corte. *Funding budget anual report of 2014*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/statistics-reports/fundingbudget-annual-report-2014>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. _____. *October Term 2014*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/orders/journal/jnl14.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. _____. *Procedures*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/about/procedures.aspx>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. _____. *Rules of the Court*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. *A abertura constitucional a novos direitos fundamentais*. Revista n. 08, Faculdade de Direito de Campos, 2006.

FERNANDEZ, Alberto Vicente. *Funcion creadora del juez*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1980.

FERREIRA, Maíra. *Modelos de ligações químicas: explicação das propriedades físicas das substâncias*. Disponível em: <<http://www.iq.ufrgs.br/aeq/html/publicacoes/matdid/livros/pdf/ligacoes.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

GARCIA, Dínio de Santis. *Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores*. In *Revista dos Tribunais*. Ano 85, dez. 1996, vol. 734, São Paulo: RT.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário*. In *Revista de processo*. n. 119, jan-2005, São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. 2*. São Paulo: Saraiva, 20ª ed., 2010.

GUIMARÃES, Ulysses Silveira. *Panteão dos Clássicos: A Constituição Cidadã*. In *REVISTA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA*. v. 6, n. 62, jul. 2004. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/619/609>. Acesso em: 04 fev. 2016.

HÄBERLE, Peter. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

INGLATERRA. *Julgamento proferido pela House of Lorda no caso McLoughlin v. O'Brian*. Disponível em: <<http://www.pierre-legrand.com/mcloughlin-v-obrian.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

JAPÃO. Governo do Japão. *Rules of Civil Procedure*. Disponível em: <<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/rcp.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. _____. *Estatística oficial*. Disponível em: <http://www.courts.go.jp/english/vcms_lf/20140804Statistical-Table.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. Suprema Corte Japonesa. *Orçamento oficial de 2011*. Disponível em: <<http://www.courts.go.jp/english/publications/budgets/fy2011/index.html>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 6ª ed., 5ª tiragem, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. *A eficácia imediata da sentença e as reformas do CPC: um aspecto da caminhada para a efetividade da tutela jurisdicional*. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/3154c0.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

MARDEN, Carlos. *A razoável duração do processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual*. Curitiba: Juruá, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil*. Cadernos Jurídicos da Ordem dos Advogados do Brasil – Paraná, n. 03, jun 2009. Disponível em: <<http://admin.oabpr.org.br/imagens/caderno/artigos/52.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. *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, Curitiba, n. 49, 2009.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2010.

_____. *Teoria Geral do Processo*. V. 1. São Paulo: RT, 3ª ed., 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 26ª ed., 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2004.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MUNDO. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

_____. Organização das Nações Unidas. *Relatório de Desenvolvimento Humano de 2014*. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

NALINI, Renato. *A Rebelião da Toga*. Campinas: Millennium Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em Defesa do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1992.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Direito e Poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 20ª ed., 2011.

POZZOLLO, Susanna. *Un constitucionalismo ambíguo*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003.

REALE, Miguel. *Conferência comemorativa dos dez anos do STJ. Superior Tribunal de Justiça 1989-1999: eventos comemorativos*. Brasília: STJ, 1999.

_____. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: o desenho institucional do judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no Estado Democrático de Direito Brasileiro*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Federal do Paraná, 2012. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/35352/R%20-%20T%20-%20ILTON%20NORBERTO%20ROBL%20FILHO.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/364804/como-decidemascortes.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

RODRIGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Granada: Comares, 1996.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2ª ed., 2007.

ROXIM, Claus. *Derecho Penal – parte general, tomo I*. Madrid: Civitas, 1997.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

_____. *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojn (org.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda*. In: Daniel Sarmento; Cláudio Pereira de Souza Neto (Org.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. *A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988*. Inédito.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). *Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais*. Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ). Disponível em: <<http://www.cebepej.org.br/pdf/Pesquisa%20-%20Cart%C3%B3rios%20Judici%C3%A1is.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA E SILVA, Frederico. *O decisionismo de Carl Schmitt e sua relação com a discricionariedade e a medida provisória*. In Revista CEJ, n. 39, out/dez 2007, Brasília. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/945/1118>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Estudos de direito comparado (I) o que é a "common law", em particular, a dos EUA*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 92, 1997.

TANIGUCHI, Yasuhei. *O Código de Processo Civil Japonês de 1996 – um processo para o próximo século*. In Revista de Processo. n. 99, jul-set 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (Lei nº 11.418) e Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei n.º 11.417)*. In Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, vol. 8, n. 48, jul-ago, 2007, Porto Alegre: Síntese.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *O contempt of court na recente experiência brasileira – Anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais*. In Revista de Processo. n. 119, jan 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2007.