

# Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira

**Estefânia Maria de Queiroz Barboza**

Doutora e Mestre em Direito pela PUCPR. Menção Honrosa Prêmio Capes de Tese 2012. Professora do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Constitucional dos Programas de Graduação e Mestrado das Faculdades Integradas do Brasil e da Universidade Positivo. *Visiting Researcher* na Osgoode Hall Law School – York University – Canadá (2008/2009). Conselheira Suplente da OAB/PR.

---

**Resumo:** O artigo contextualiza o problema da insegurança jurídica causado pela imprevisibilidade das decisões judiciais no Brasil. Em um segundo momento analisa-se o modelo de Dworkin — direito como integridade — e de que modo ele é compatível com uma doutrina ampla do *stare decisis*. Por fim, defende-se que a adoção de uma doutrina de precedentes vinculantes que aplique o princípio da integridade na prestação jurisdicional será capaz de garantir a segurança jurídica, a previsibilidade, a estabilidade e a igualdade, não só nos casos de decisões conflitantes com aquelas emanadas pelos tribunais superiores, mas também nos casos difíceis a serem enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional. Segurança jurídica. Precedentes judiciais. Romance em cadeia.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões judiciais no contexto brasileiro – **3** Precedentes e integridade – **4** O princípio da integridade na decisão judicial – Possibilidade de garantia da segurança jurídica no Brasil – **5** Aproximação do processo civil ao sistema de precedentes – **6** Considerações finais – Referências

---

## 1 Introdução

A partir da segunda metade do século XX o Judiciário assume um novo papel interpretativo com a revolução dos direitos humanos e a conseqüente judicialização da política.

Esse novo papel exige que ele enfrente questões que envolvem conteúdo político e moral relacionados a direitos humanos ou fundamentais, que só existirão quando do julgamento dos casos, momento em que esses direitos terão seus significados definidos.

Em outras palavras, enquanto no contexto do positivismo que influenciou o desenvolvimento da tradição do *civil law* pressupunha-se que o significado da norma

já estava contido no texto e que, portanto, o Judiciário, no seu papel interpretativo, já estaria limitado por este, a nova realidade que envolve os julgamentos relacionados aos direitos humanos não mais se encaixa nesse antigo modelo mecanicista de interpretação.

Ao contrário, na medida em que os direitos humanos possuem caráter aberto e indeterminado e conteúdo moral, é possível afirmar que eles só possuem significado concreto quando de sua efetivação. E esse significado vai ser dado pelo Judiciário que passa a não ter mais os limites estampados no texto escrito.

Essa nova situação causa insegurança jurídica, eis que não existem limites predefinidos para a atividade interpretativa, não pelo menos no modelo mecanicista, ficando os juízes livres para dar conteúdo aos direitos humanos. Além disso, o fato de os tribunais brasileiros não se sentirem vinculados às decisões emanadas pelos Tribunais Superiores sobre o mesmo assunto também causa insegurança jurídica.

No presente artigo, pretende-se, primeiramente, contextualizar o problema da insegurança jurídica causada pela imprevisibilidade das decisões judiciais no Brasil, analisando-se como funciona o princípio da segurança jurídica nos modelos de *common law* e *civil law*. Enfrentar-se-á, ainda, de que modo o constitucionalismo e a abertura dos direitos fundamentais contribuiu para o aumento da insegurança jurídica e imprevisibilidade no âmbito do Poder Judiciário.

Num segundo momento analisa-se o modelo de direito como integridade de Dworkin e de que modo ele é compatível com uma doutrina ampla do *stare decisis*.

Demonstrar-se-á, ainda, que o direito processual civil já vem se aproximando, nos últimos anos, de um modelo de direito jurisprudencial.

Por fim, defender-se-á que a adoção de uma doutrina de precedentes vinculantes que aplique o princípio da integridade na prestação jurisdicional será capaz de garantir a segurança jurídica, a previsibilidade, a estabilidade e a igualdade, não só nos casos de decisões conflitantes com aquelas emanadas pelos tribunais superiores, mas também nos casos difíceis a serem enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal.

## 2 Insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões judiciais no contexto brasileiro

### 2.1 O princípio da segurança jurídica

A segurança faz parte da vida humana, sendo necessária para que o ser humano possa planejar e conduzir sua vida; por tal razão o princípio da segurança jurídica é elemento constitutivo do Estado de Direito.<sup>1</sup> A segurança jurídica, por sua vez, é

<sup>1</sup> CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 252. DWORKIN: "As pessoas precisam de regras para viver e trabalhar juntas com eficiência, e precisam ser protegidas quando confiam em tais regras. Contudo,

esperada em diversas áreas do Direito, desde contratos, família, até questões empresariais, trabalhistas e tributárias.

Os sistemas de tradição do *civil law* preocuparam-se em garantir a segurança jurídica pela codificação do direito, buscando tornar o sistema completo e mais conhecido da população e com isso garantir a segurança e previsibilidade no direito. Além disso, os Códigos e sua pretensão de completude dariam a garantia de segurança, certeza e previsibilidade nas relações jurídicas. Na medida em que todas as respostas estariam expressas nos Códigos, o juiz estaria limitado a aplicar a lei, que já estava prevista e determinada.

Já nos sistemas de *common law* a busca da segurança jurídica não estava baseada na lei, ou na suposta completude do sistema, mas no sistema de precedentes judiciais, no qual, por meio de uma racionalidade, se procurava garantir a coerência entre as decisões. Assim, nesse sistema, em que pese o juiz não se encontrar limitado pela lei, se encontrava limitado pelos precedentes. Essa limitação imposta pela doutrina do *stare decisis* significa respeito aos precedentes; respeito este que engloba os atos de segui-los, distingui-los ou revogá-los. O que nunca se admitiu foi a possibilidade de ignorar as decisões anteriores que retratam a prática constitucional e a moralidade política da comunidade.

Por outro lado, nesses sistemas, nos quais sempre imperou a ideia de *judge-made-law*, a primazia do Poder Judiciário é considerada “como um elemento de estabilidade que se traduz numa atividade de construção normativa voltada para a segurança jurídica”,<sup>2</sup> até porque essa atividade sempre teve limites na doutrina do *stare decisis*.

O que se observa, entretanto, é uma grande mudança nos sistemas jurídicos na segunda metade do século XX, com a revolução dos direitos humanos. Como consequência, diversos países vêm adotar constituições democráticas com catálogos de Direitos fundamentais — como aconteceu no Brasil com a Constituição Federal de 1988 — ou incorporar documentos internacionais para proteção dos direitos humanos. A mudança de pilar nas estruturas jurídicas do sistema de *civil law* para dar primazia aos direitos humanos fundamentais altera substancialmente o papel da jurisdição constitucional na interpretação do direito, na medida em que não é possível uma definição *a priori* desses direitos. Ou seja, em que pese muitas vezes estarem expressos em um documento escrito, não há como prever o resultado de sua interpretação no caso concreto.

Como saber previamente se será permitido o aborto para proteção dos direitos fundamentais à privacidade, igualdade e liberdade da mulher ou se este será proibido

---

estimular e recompensar a confiança nem sempre são atitudes de importância decisiva; às vezes é melhor que certas questões permaneçam sem regulamentação por convenção, para permitir o jogo de opiniões independentes, por parte dos juizes e do público quanto àquilo que os juizes poderão vir a decidir” (*O império do direito*, p. 176).

<sup>2</sup> DUARTE *et al.* Ainda há supremacia do Judiciário. *In*: DUARTE; VIERA (Org.). *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*, p. 50.

por violar o direito à vida do nascituro? Como decidir casos difíceis que envolvem o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado de um lado e o direito fundamental ao desenvolvimento? Ou ainda, saber se é necessário instituir políticas afirmativas no Parlamento para assegurar a igualdade entre homens e mulheres?

Enfim, o que se percebe é que esses direitos, por sua própria natureza, são abstratos e só terão significação no caso concreto. Tal abstração faz parte de direitos constitucionais em que se pretendeu um mínimo de consenso sobre sua positivação. Melhor explicando, embora não seja possível definir os limites e as consequências do direito à igualdade, é possível defender sua presença num documento constitucional como valor supremo a ser respeitado por todos. Assim acontece com a maioria dos direitos humanos e fundamentais, o consenso se dá no nível abstrato, mas não no concreto, até porque o dissenso é da própria natureza humana.

Na medida em que as normas que estabelecem direitos fundamentais, de conteúdo moral, exigem significação para seu conteúdo, o Judiciário acaba assumindo novo papel que implica decisões que reflitam a moralidade política da comunidade. A insegurança se dá na medida em que questões de conteúdo moral e político, sobre as quais não há consenso por parte da comunidade, acabam sendo decididas por um poder não eleito pela população.

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.

Apesar dessas disparidades, a segurança é princípio fundante do Estado Constitucional brasileiro. A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu preâmbulo, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira.

A segurança e a igualdade ainda estão previstas no *caput* do art. 5º da Carta de 1988 como direitos fundamentais dos cidadãos. Do mesmo modo, o inc. XXXVI do art. 5º estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O princípio da segurança jurídica que pode ser deduzido de nossa Constituição busca restringir a atuação estatal, que tem seus limites fixados na própria Constituição e legislação infraconstitucional, de forma a se garantir a estabilidade e a paz social. Ou seja, a supremacia da Constituição Federal vai funcionar como “único meio de assegurar aos cidadãos a certeza da tutela da segurança e da justiça como valores máximos da organização da sociedade”.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> THEODORO JÚNIOR; FARIA. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 32.

A certeza do direito e a segurança jurídica fazem parte da própria construção do Estado Constitucional liberal, que vincula as funções do Estado às leis para proteção da liberdade e da economia.<sup>4</sup>

Por outro lado, o princípio da segurança jurídica busca propagar o sentimento de previsibilidade em relação aos efeitos jurídicos da regulação das condutas no seio da sociedade; tal sentimento intenta tranquilizar os cidadãos, permitindo que eles possam programar ações futuras, “cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza”.<sup>5</sup>

Em que pese ser inalcançável a segurança jurídica, o que se pretende, na verdade, é reduzir a insegurança jurídica a índices aceitáveis.<sup>6</sup>

A segurança jurídica não se realiza quando os Tribunais inferiores decidem diversamente dos Tribunais Superiores, quando turmas ou câmaras de um mesmo Tribunal decidem de modo divergente entre si. Do mesmo modo, é violado o princípio da segurança jurídica quando o Tribunal Superior desrespeita sua própria prática e seus próprios precedentes.

Observe-se que a segurança jurídica nas decisões judiciais só pode existir junto com o princípio da igualdade, pois não há que se falar em segurança jurídica quando se depara com decisões conflitantes sobre assuntos e fatos exatamente idênticos.

Não se pode descurar que a igualdade é a base da segurança jurídica, assim como o é a justiça, especialmente no que diz respeito à vinculação aos precedentes. O princípio da segurança jurídica presente no Estado Democrático de Direito estabelecido na Carta Constitucional de 1988 exige que a norma — esteja prevista ou num texto legal ou abstraída de uma decisão — valha para todos, fazendo da igualdade outro atributo da segurança.

Pode-se ainda afirmar que, decorrente do princípio do Estado Democrático de Direito, estão intimamente relacionados os valores da certeza jurídica, da estabilidade jurídica e da previsibilidade dos cidadãos em relação à aplicação do direito. Tais valores ou princípios constitucionais justificariam a prática de respeito aos precedentes, quer sejam meramente interpretativos, como nos países ligados a tradição do *civil law*, quer vinculantes, como nos países de tradição do *common law*.

Desse modo, em qualquer sistema jurídico, há uma tendência de os Tribunais darem certo peso aos precedentes, independentemente dos méritos intrínsecos da decisão contida neles, o que pode ser fortemente justificado pela necessidade de

<sup>4</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 105.

<sup>5</sup> CARVALHO. *Curso de direito tributário*, p. 149.

<sup>6</sup> “As a philosopher of law among the ranks of lawmakers, I always had a certain inclination to remind colleagues that certainty is unattainable, and that the most one can do is aim to diminish uncertainty to an acceptable degree. What degree is acceptable depends on the fact that other values, including justice in the light of developing but currently unforeseen situations, are at stake”. MACCORMICK. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of Legal Reasoning*, p. 11.

estabilidade e previsibilidade tanto do direito quanto das decisões judiciais proferidas em nome da lei. E tudo isso, segundo Zenon Bankowski, é da própria essência de se dar aos cidadãos uma medida tolerável de segurança jurídica e confiança na sua fruição de quaisquer direitos que lhes são conferidos pela lei.<sup>7</sup>

## 2.2 Insegurança jurídica no direito jurisprudencial brasileiro

No Brasil, a falta de uma definição clara a respeito da vinculação dos Tribunais inferiores aos precedentes dos Tribunais superiores, em total afronta aos princípios da igualdade, previsibilidade, segurança e estabilidade jurídica, causa um aumento de litigiosidade desnecessária no âmbito dos Tribunais Superiores.

Marinoni ressalta o comum desrespeito dos Tribunais Federais e Estaduais aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a quem a Constituição dá a função de intérprete último do direito federal,<sup>8</sup> uma vez que, na prática, referidos Tribunais “não apenas se sentem autorizados a desconsiderar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como, ainda, não justificam as razões pelas quais deixam de aplicá-los”.<sup>9</sup>

Esse desrespeito aos precedentes judiciais é confortavelmente apoiado pela doutrina do *civil law*, que compreende que não há direito do cidadão à uniformidade ou estabilidade das decisões judiciais. Essa é a posição afirmada por Canotilho:

É diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a uniformidade ou estabilidade da jurisprudência. Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a proteção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais. É uma dimensão irredutível da função jurisdicional a obrigação de os juízes decidirem, nos termos da lei, segundo a sua convicção e responsabilidade. A bondade da decisão pode ser discutida, pelos tribunais superiores que, inclusivamente, a poderão revogar ou anular, mas o juiz é, nos feitos submetidos a julgamento, autonomamente responsável.<sup>10</sup>

Equivocado e ultrapassado esse entendimento que adapta o princípio da segurança jurídica às práticas “consolidadas”, como se um princípio constitucional

<sup>7</sup> BANKOWSKI *et al.* Rationales for Precedent. In: MACCORMICK; SUMMER. (Ed.). *Interpreting Precedents: a comparative study*, p. 488.

<sup>8</sup> Art. 105, III, da CF 1988.

<sup>9</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, p. 97-98. Nesse sentido, a Juíza Patrícia Helena Daher Lopes, ao julgar caso de desaposentação perante o INSS, embora reconhecer entendimento do STJ, decide de forma contrária aquele Tribunal: “O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento segundo o qual a renúncia opera efeitos *ex nunc*. A devolução de proventos não é devida, visto que os valores recebidos tinham natureza alimentar. [...] Entretanto, este Juízo entende de forma diversa. A exigência de devolução não encontra obstáculo no fato de as prestações recebidas terem caráter alimentar” (JFPR. Vara Previdenciária de Curitiba. AO nº 2008.70.00.008373-3/PR. DJ, 14 out. 2009).

<sup>10</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 260.

devesse ser lido à luz da tradição do *civil law*, na qual a segurança jurídica era supostamente alcançada por limitar o juiz a dizer as palavras da lei. Pensar desse modo seria o mesmo que dizer que o princípio da segurança jurídica só irradia seus efeitos a alguns órgãos do Poder Público. Ademais, no *common law* também há limitação da atuação do juiz, mas essa se dá justamente pela doutrina do *stare decisis*.

A certeza e segurança jurídica também existem e são desejadas nos sistemas de tradição da *common law*; não obstante, existem três diferenças básicas com as presentes nos sistemas de *civil law*. No *common law*, a certeza e segurança jurídica têm um papel muito mais funcional, não possuindo a posição de dogma como nos sistemas romano-germânicos. Ou seja, apesar de se entender que as pessoas devem saber sobre seus direitos e obrigações de modo a planejar suas ações e ter segurança sobre quais serão as consequências jurídicas daí advindas, tem-se claro que essa previsibilidade não é absoluta.<sup>11</sup>

No *common law* se tem segurança jurídica dando-se força de lei às decisões judiciais, algo que era proibido pela tradição do *civil law*. Assim, diversas decisões judiciais ao longo do tempo garantem uma variedade de exemplos de decisões, regras e princípios que devem ser obedecidos. Um conjunto de decisões pode dar mais certeza, segurança e previsibilidade no direito do que apenas leis escritas. Enquanto a certeza e segurança jurídica são argumentos a favor da *stare decisis* nos países de tradição no *common law*, são contra a *stare decisis* no *civil law*.<sup>12</sup>

Ora, na medida em que se caminha para uma maior importância do direito jurisprudencial ou *judge-made-law* com a expansão da atividade judicial e do *judicial review* em grande número dos Estados Constitucionais contemporâneos, e também no Brasil, deve-se adotar o entendimento de que as decisões judiciais produzem efeitos normativos quando da interpretação e aplicação do direito ao caso concreto e, portanto, necessário se faz o respeito ao princípio da segurança jurídica.

## 2.3 Igualdade, uniformidade e irretroatividade

Outra questão importante a ser considerada é que a igualdade é base da segurança jurídica, assim como o é a justiça. Não é possível mais aceitar a ideia de que a segurança jurídica consiste apenas na coisa julgada ou imutabilidade das decisões judiciais, ou que a segurança jurídica estaria na lei e em sua aplicação pelo julgador.

É necessário também que o princípio da igualdade, como atributo da segurança jurídica, prevaleça nos tribunais no sentido de que casos semelhantes sejam tratados de modo semelhante (*treat like cases alike*).

<sup>11</sup> MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO. *The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, p. 48-49.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 49.



Veja-se que para que os Tribunais mantenham a uniformidade do direito, é necessário que haja uniformidade na sua interpretação e aplicação quando do julgamento dos casos, por ser um requisito do próprio Estado Constitucional de Direito. E o Estado Constitucional de Direito demanda que haja igual tratamento dos indivíduos perante a lei, do ponto de vista formal e material. Não é admissível que o direito seja interpretado de maneiras diferentes em casos similares, isso é uma afronta não só ao princípio da segurança jurídica, mas também ao princípio da igualdade garantido na Constituição. Não se pode descurar que a uniformidade do direito nas decisões judiciais é parte essencial da igualdade de tratamento em casos essencialmente similares, e que, portanto, devem ser julgados de acordo com uma interpretação similar e estável do direito.<sup>13</sup> Até porque é legítima a expectativa daquele que se encontra em situação similar à decisão já julgada pelo Judiciário de não ser surpreendido por decisão diversa.<sup>14</sup>

Ressalta-se que não se defende aqui que o princípio da igualdade exija que haja uma adesão estrita ou cega aos precedentes, mas deve-se ter em vista que as pessoas, segundo o princípio da equidade, têm direito a ser tratadas com igual consideração e respeito, devendo, portanto, se decidir aplicando-se não necessariamente a decisão anterior ou sua *ratio*, mas os princípios que a fundamentaram.

Além disso, assim como os atos normativos, as decisões judiciais devem ter linguagem clara, compreensível e não contraditória.

Por outro lado, do mesmo modo que a lei não pode ter efeitos retroativos, salvo exceções constitucionais, seria possível defender que eventual mudança de entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores gerasse efeitos prospectivos,<sup>15</sup> salvo se em benefício do cidadão, até porque a segurança jurídica que se pretende ver protegida é do cidadão e não do Poder Público.

<sup>13</sup> BANKOWSKI *et al.* Rationales for Precedent.... *In: Op. cit.*, p. 488. "A similar rationale for the normative force of precedent concerns fundamental constitutional and politico-moral values. That courts maintain uniformity in law and in its interpretation and application from case to case can be considered a requirement for securing the *rule of law* or *Rechtsstaat*; for these are ideals that demand the equal treatment of individuals in the sense of formal equality before the law. This would be a sham IF the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves. Thus uniformity of law is an essential part of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law".

<sup>14</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 107.

<sup>15</sup> Nessa mesma linha de entendimento já se manifestou o Ministro Celso de Mello quando do voto sobre a infidelidade partidária: "Esta Suprema Corte, considerando os precedentes por ela própria firmados, analisados sob a perspectiva das múltiplas funções que lhes são inerentes — tais como conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado —, tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional (RE nº 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa), de determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência, derivada da ruptura de paradigma, a não incidência, sobre situações previamente consolidadas, dos novos critérios consagrados por este Supremo Tribunal". STF. MS 26.603. Rel. Ministro Celso de Mello. *DJU*, 18.12.2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 jun. 2010



Ademais, a confiança e segurança jurídica implicam que haja durabilidade e permanência “da ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas,”<sup>16</sup> paralelamente à confiança nas situações jurídicas, o que por óbvio só será alcançado com uniformidade e estabilidade das decisões judiciais. De nada adianta haver permanência das leis e da Constituição se não houver confiança e previsibilidade nas decisões judiciais, que também fazem parte da ordem jurídica.

Entretanto, não é isso que vem ocorrendo: primeiro, porque no direito de tradição *civil law* como o brasileiro, com a adoção do constitucionalismo, deixa-se uma grande margem de apreciação para o juiz, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional, uma vez que o caráter principiológico e aberto da Constituição torna necessária a interpretação por parte dos mesmos para densificação de suas normas. Segundo, porque os tribunais não respeitam seus próprios precedentes nem os precedentes dos tribunais superiores, causando instabilidade nas relações jurídicas, imprevisibilidade, e, ainda, fulminando o princípio da proteção da confiança no direito.

Nesse viés, é o jurista de tradição no *common law* que vê o direito de tradição de *civil law* como inseguro, na medida em que essa liberdade concedida aos juízes para decidir sem respeito aos precedentes acaba por permitir “mudar o conteúdo das regras, de uma maneira pouco propícia à segurança das relações jurídicas”.<sup>17</sup>

Ademais, é importante ter em vista que diversamente do que se argumenta no sentido que respeitar as súmulas vinculantes é limitar a atuação dos juízes, ou seja, de que o respeito aos precedentes é reduzir o papel dos juízes de 1º grau, tem-se que este papel é maior do que no sistema de *civil law*, em que há o duplo grau de jurisdição sobre quaisquer questões, significando, assim, que as decisões de 1º grau podem ser cassadas, e portanto, o que se verifica que é no *civil law*, e não no *common law*, que se dá menor valor às decisões proferidas pelos juízes de 1º grau.<sup>18</sup>

A utilização de uma teoria do *stare decisis* ganha peso na medida em que as decisões anteriores pertencem a um corpo histórico de fundamentação (*reasoning*), que devem servir de inspiração para futuras reflexões.

Além de garantir a igualdade, a segurança e confiança jurídica e a uniformidade do direito, é possível defender que a doutrina do *stare decisis* ainda tem as virtudes de promover “a estabilidade, a previsibilidade e a eficiência do sistema jurídico, enquanto, ao mesmo tempo que limita o âmbito de discricionariedade judicial, melhora a aparência de integridade do processo judicial”.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 254. As expressões acima são mencionadas pelo autor quando este trata da segurança jurídica na legislação.

<sup>17</sup> DAVI. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 327.

<sup>18</sup> Nesse sentido, confira-se MARINONI, *op. cit.*, p. 136.

<sup>19</sup> MARKMAN. Precedent?: tension between continuity in the Law and the perpetuation of wrong decisions. *Texas Review of Law & Politics*, p. 283-288. “The virtues of *stare decisis* are well-understood, promoting as it does the stability, the predictability, and the efficiency of the legal system, while also limiting the realm of judicial discretion and enhancing the appearance of integrity of the judicial process”.

## 2.4 Insegurança jurídica e incoerência das decisões judiciais

Quando se fala em insegurança não se está apenas a apontar as diferentes decisões emanadas dos Tribunais brasileiros, sem qualquer preocupação com as decisões já tomadas anteriormente pelos Tribunais Superiores,<sup>20</sup> em afronta ao princípio da segurança jurídica, estabilidade, previsibilidade e igualdade. Ao lado dessa preocupação, há outra em relação à coerência entre as decisões do Supremo Tribunal Federal, ou seja, de que modo o Tribunal, no exercício da Jurisdição Constitucional, deve respeitar e se vincular a seus próprios precedentes.

Por outro lado, em virtude do caráter aberto das normas relativas aos direitos e princípios constitucionais, é necessário que os Ministros do STF lhe deem conteúdo e significado. A insegurança a respeito aparece na medida em que essas normas têm conteúdo moral ou político, muitas vezes sem consenso a respeito de sua interpretação por parte da comunidade, e caberá a um grupo de Ministros não eleitos pelo povo a definição da moralidade política da comunidade ao decidir o caso concreto.

Ainda, alguns doutrinadores têm se preocupado com a insegurança jurídica causada pela possibilidade de mutação constitucional realizada pelo STF,<sup>21</sup> pela faculdade dos Ministros utilizarem-se de princípios não escritos na Constituição como fundamento de suas decisões, substituindo, assim, a tarefa do legislador.

Em realidade, esses doutrinadores ainda sofrem grande influência da visão tradicional do *civil law*, no qual se espera que um documento codificado, agora a Constituição, consiga com seu texto limitar a atuação do Poder Judiciário. E, portanto, só conseguem ver como legítima a reforma formal da Constituição, por entenderem-na apenas como seu texto e não como um documento vivo.

Ora, os princípios constitucionais, do mesmo modo que os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988, têm linguagem aberta e são normas que têm por trás de si mesmas *background moral values*, o que significa dizer que a linguagem e o texto em si não têm o condão de limitar a atuação dos intérpretes, até porque é da natureza da linguagem permitir diversos significados. Tentar limitar a interpretação da Constituição pela norma escrita é equiparar a norma ao texto, o que não é possível especialmente quando se trata de direitos humanos fundamentais.

<sup>20</sup> Veja-se a preocupação com a segurança manifestada pela Min. Cármen Lúcia quando do julgamento do MS 26.604 a respeito da fidelidade partidária: “Tendo em vista, pois, razões de segurança jurídica e de que cuida a espécie de evolução jurisprudencial, para o que há de se ter o cuidado necessário para que a jurisprudência seja um ponto de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos, e ainda considerando não ter havido mudanças no ordenamento jurídico quanto à matéria, reconheço o direito do impetrante a titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006”. Embora uma análise mais profunda acerca do caso tenha sido feita por Eneida Desirée SALGADO que entendeu que a decisão do STF no caso em questão não teve qualquer coerência com o histórico das decisões do próprio STF nem retratou a moralidade político constitucional da comunidade brasileira a respeito do tema. SALGADO, Eneida Desirée. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade Federal do Paraná, 2010. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/22321/1/Tese\\_Eneida\\_Desiree\\_Salgado.pdf](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/22321/1/Tese_Eneida_Desiree_Salgado.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2010.

<sup>21</sup> SALGADO, *op. cit.*

A comunicação entre a Constituição e a realidade histórica é feita pela prática constitucional da comunidade e também pelo Poder Judiciário, é próprio das normas de direitos fundamentais e seu caráter abstrato a possibilidade da “constante evolução de seu significado e o ajustamento de seu sentido às exigências da realidade sem a necessidade de se convocar a todo instante a manifestação do Poder Constituinte Derivado”, ou seja, sua abertura permite assim “o evoluir permanente do sentido da ordem constitucional para o efeito de acompanhar a história e o seu progresso”.<sup>22</sup>

Essa tendência não se dá apenas no âmbito constitucional. Em virtude da rápida transformação por que passa a sociedade contemporânea, os códigos passaram a estabelecer, intencionalmente, cláusulas gerais abertas, que permitem ao julgador certa margem para adaptar as normas aos novos valores da sociedade.<sup>23</sup> Dito de outra maneira, a perenidade de um sistema constitucional ou legal se dá justamente com a adoção de normas gerais, abstratas e abertas, de conteúdo indeterminado que possam se adaptar às rápidas mudanças da sociedade atual.

Nesse sentido, Menelick explica que:

Permanente é o que é capaz de ser relido e ressignificado consoante uma sempre renovada gramática de práticas sociais. Os direitos fundamentais só fundamentam a nossa sociedade porque descalçam os nossos preconceitos. Naturalizados, permitindo a permanente abertura de processo de inclusão que se traduz nas sempre novas pretensões de direito ao reconhecimento de diferenças específicas, como direito básico à igualdade, tal como prefigurado no §2º do art. 5º da CR/88, que, no entanto, por sua vez, sempre volta a excluir. Quando afirmamos que a Constituição constitui uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, afirmamos quais são as diferenças que não podem fazer qualquer diferença social, comprometendo-nos a tratar a todos, independentemente de tais diferenças, com igual respeito

<sup>22</sup> CLÈVE. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 26-27.

<sup>23</sup> Judith Martins-Costa explica que as cláusulas gerais possuem a vantagem da “mobilidade, proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém, pelo que é afastado o risco do imobilismo porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade”. Ainda, explica a autora que, por conta de sua “grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. Em razão dessas características esta técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, *uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal*”. (grifos nossos) E portanto, caberá ao juiz, segundo a autora, criar, complementar ou desenvolver as normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização poderá estar fora do sistema jurídico. Mas, a partir do momento em que se incorporam aos fundamentos da decisão, “reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização destes elementos, originariamente extra sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico” (O direito privado como um “Sistema em Construção”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, p.134-135).

e consideração. É dessa forma que a história do constitucionalismo vai se revelar para nós como um tenso processo aberto de permanente inclusão, porque sempre exclui.<sup>24</sup>

Veja-se que, nos Estados Unidos, a revolução judicial e não emendas formais à Constituição é que tem servido como um dos principais caminhos para uma mudança fundamental da Constituição, entendida esta como um instrumento vivo.<sup>25</sup>

Nesse contexto, para garantia da segurança jurídica nos casos difíceis que envolvem questões de moralidade política relacionadas aos direitos fundamentais, tais como a união homoafetiva, aborto, propõe-se que deve o STF, mesmo que esteja enfrentando o tema pela primeira vez, olhar para o que já foi construído a respeito dos direitos envolvidos, e a partir da construção histórica, moral, social e jurisprudencial do direito, enfrentar e fundamentar sua nova decisão.

### 3 Precedentes e integridade

A segurança e a estabilidade que se propõem não estarão na certeza ou na previsibilidade da decisão em si, em se saber o que vai ser julgado, mas na certeza de que os Ministros julgarão de acordo com a integridade, ou seja, comprometidos a uma coerente e defensável visão dos direitos e deveres que as pessoas têm, o que é possível na adoção da doutrina do *stare decisis* que envolve que a vinculação dos tribunais ao passado significa que podem aplicar um precedente, revogá-lo ou distingui-lo, mas nunca ignorá-lo.

Nessa dimensão, seguir, distinguir ou revogar um precedente são partes integrantes da busca da integridade na decisão, porque está ligado à ideia de que o que foi decidido no passado é importante para o que se deve decidir agora.<sup>26</sup>

É mediante a utilização da doutrina do *stare decisis* a partir de uma ideia de direito como integridade que se garantirá a segurança jurídica não só nos casos fáceis ou repetitivos, mas também nos casos difíceis, que envolvem questões de moralidade política da comunidade.

<sup>24</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Entrevista por CARVALHO, Jacqueline Grosse Fernandes. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 65, n. 4, out./dez. 2007, p. 8.

<sup>25</sup> Ackerman faz a seguinte constatação: "It is judicial revolution, not formal amendment, that serves as one of the great pathways for fundamental change marked out by the living Constitution. Despite their insistence on the primacy of the written text, movement-Republicans are not misled by their own rhetoric when it comes to the serious business of transforming constitutional politics into constitutional law. But judicial revolution isn't the only way to transform constitutional values in the modern era. A second great pathway involves the enactment of landmark statutes that express the new regime's basic principles: the Social Security Act, for example, or the Civil Rights Acts of the 1960s" (The Living Constitution. *Harvard Law Review*, p. 1742).

<sup>26</sup> Defendendo a mesma ideia ver HERSHOVITZ. Integrity and Stare decisis. In: HERSHOVITZ. *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, p. 116-117.

As exigências da integridade podem ser divididas nos seguintes princípios de integridade política: princípio da integridade na legislação e princípio da integridade no julgamento.

O princípio da integridade na legislação “pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios”,<sup>27</sup> ou seja, pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente com a moral da comunidade. Deve o legislador então se empenhar em proteger os direitos morais e políticos de todos, “de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade”.<sup>28</sup>

Nesse sentido Chueiri explica que “as leis devem representar a moralidade compartilhada entre os membros de uma comunidade” e que, portanto, a legitimidade política e a possibilidade de um direito coercitivo derivariam “de uma fidelidade dos cidadãos aos princípios da comunidade, que seriam representativos de seus padrões morais”.<sup>29</sup>

Doutra parte, o princípio da integridade no julgamento pede aos juízes que, ao “decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido”, ou seja, “consiste na exigência de que as decisões judiciais tentem analisar as leis como sendo moralmente coerentes”.<sup>30</sup> Desse modo, os juízes devem ver o direito como “associação de princípios, como uma comunidade governada por uma visão simples e coerente de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo na proporção adequada”.<sup>31</sup>

A integridade na deliberação judicial requer, nessa dimensão, que os juízes tratem o “atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas”.<sup>32</sup>

Dessa forma, interpretando a decisão e verificando-se os argumentos de princípios que foram utilizados, será possível haver vinculação não apenas ao conteúdo explícito das decisões coletivas tomadas no passado, “mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa,”<sup>33</sup> devendo-se considerar toda a gama de normas jurídicas que vigora atualmente na comunidade.

<sup>27</sup> DWORKIN. *O império...*, p. 203.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>29</sup> CHUEIRI; SAMPAIO, *op. cit.*, p. 55-56; DWORKIN. *O império...*, p. 230.

<sup>30</sup> CHUEIRI; SAMPAIO, *op. cit.*, p. 55.

<sup>31</sup> “A justiça, como dissemos, diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu”. DWORKIN. *O império...*, p. 483.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 261. RAZ faz o seguinte apontamento “the law consists of those principles of justice and fairness and procedural due process that provide the best (i.e, morally best) set of sound principles capable of explaining the legal decisions taken throughout the history of the polity in question” (Dworkinian integrity and coherence. *In*: BURLEY (Ed.) *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*).

<sup>33</sup> DWORKIN. *O império...*, p. 273.

Por conseguinte, devem-se abstrair os princípios que justificam não só as decisões no âmbito do Judiciário, mas também aquelas tomadas no âmbito do Legislativo. Entretanto, não poderá o juiz utilizar-se de argumentos de justificação política que embasaram a elaboração de uma lei, mas poderá verificar, por meio de um método indutivo, quais os princípios que lhe servem de fundamento. Ou seja, mesmo por trás de regras positivas há princípios que podem delas ser inferidos.<sup>34</sup>

Então é possível afirmar a utilização da doutrina dos precedentes vinculantes sob este enfoque, não no sentido de engessamento das decisões judiciais, mas que as atuais decisões partam das decisões anteriores e tenham ainda o direito como integridade, com seu conjunto de princípios como fundamento para adaptação do direito à realidade social.

Por outro lado, deve-se ter em vista que o *stare decisis* tem duas variações, podendo ser vertical ou horizontal. O *stare decisis* vertical exige que os tribunais inferiores sigam as decisões dos tribunais superiores, sendo explicada a deferência das Cortes inferiores às Cortes superiores na medida em que facilita a coordenação entre os juízes e tem o potencial de melhorar o processo de decisão judicial, uma vez que os juízes (Ministros) dos tribunais superiores têm supostamente “ilíbado saber jurídico” e maior experiência do que aqueles de 1ª instância, além de garantir uniformidade e estabilidade das decisões. Já o *stare decisis* horizontal exige que a Corte siga seus próprios precedentes e a justificativa mais convincente para a obrigatoriedade é que um juiz aplique o mesmo princípio em novos casos, mesmo quando não for favorável a suas convicções pessoais, só será justificável para aqueles que veem o direito como integridade e se comprometem com a história de sua comunidade.<sup>35</sup>

Veja-se que em nenhum momento a integridade está buscando a uniformidade das decisões, mas que estas sejam baseadas em princípios, na medida em que as pessoas não são governadas apenas por um conjunto de direitos e deveres, mas, mais do que isso, por princípios que formam um ideal político que orienta a vida em sociedade, tal como os princípios não escritos de uma *common law constitution*.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> “Mas se a força gravitacional do precedente tem por base a ideia de que a equidade exige a aplicação coerente dos direitos Hércules deve então descobrir os princípios que se ajustam não apenas ao precedente específico para o qual algum litigante dirige sua atenção, mas para todas as outras decisões no âmbito de sua jurisdição geral e, na verdade, também às leis, na medida em que estas devem ser vistas como geradas a partir de princípios e não a partir de uma determinada política”. DWORKIN. Levando os direitos a sério..., *op. cit.*, p. 181.

<sup>35</sup> “The key to understanding the practice of *stare decisis*, I shall argue, lies elsewhere. Specifically, it lies in the virtue Ronald Dworkin calls integrity. Integrity is a value that is realized by patterns of behavior a CROSS time. The unique demand that integrity makes upon both individuals and courts is that they recognize that what they have done in the past affects what they ought to do now. *Stare decisis*, I aim to show, promotes integrity in judicial decision making. [...] As we shall see, a court with no concern for the integrity of its own decision making would not need to distinguish or overrule its precedents. It could simply ignore them”. HERSHOVITZ. Integrity and *Stare decisis*. In: HERSHOVITZ. (Ed.). *Exploring Law's Empire*, p. 103-104.

<sup>36</sup> “O *Stare decisis* não exige que um tribunal siga cegamente precedentes decididos incorretamente. Também não se impõe que o juiz defenda um precedente independentemente do seu mérito. O *stare decisis* exige é que os tribunais se envolvam com o passado e agir com integridade. Eles fazem isso quando eles exibem um compromisso com uma visão coerente e defensável do conteúdo do direito”. HERSHOVITZ, Scott. *Op. cit.*, p. 116-118.

O direito como integridade não significa defender, dessa maneira, uma adesão cega aos precedentes,<sup>37</sup> no sentido de que os juízes devem respeitar precedentes que consideram errados. Nos moldes da teoria do *stare decisis* é possível que a Corte reveja sua decisão, porque ela estava errada, “pelo fato de os princípios que as determinaram serem incoerentes com princípios mais fundamentais embutidos na estrutura e na história da Constituição”.<sup>38</sup> Esse poder de rever as decisões tomadas no passado deve, segundo Dworkin, ser exercido com modéstia e boa-fé, e rever decisões não significa ignorá-las.<sup>39</sup>

Dessa forma, a integridade que se pretende exige coerência de princípio moral e, portanto, justifica-se que “quando as práticas históricas [...] não podem ser consideradas consistentes com os princípios já reconhecidos, estas práticas devem ser abandonadas”.<sup>40</sup> Ou seja, ao defender-se a aplicação da doutrina do *stare decisis* tal como no método tradicional do *common law*, de modo a aplicar-se o princípio da integridade na decisão judicial, é possível defender-se a possibilidade de revogação ou distinção dos precedentes em fundamentos não consequencialistas.

Em outras palavras, a teoria do *stare decisis* que observa o princípio da integridade exige respeito aos precedentes e não sua imutabilidade, mas não admite que se revogue um precedente porque este será melhor para toda a comunidade tal como o pragmatismo, que ignora os precedentes com base em argumentos de política. Dessa forma, o que se defende pela aplicação do princípio da integridade na decisão judicial é que se aplique uma ampla doutrina do *stare decisis*, pela qual se impõe respeito ao passado, o que poderá ser feito seguindo, revogando ou distinguindo os precedentes.

No próximo tópico, pretende-se demonstrar a possibilidade de utilização da doutrina dos precedentes vinculantes que respeite o princípio da integridade na prestação jurisdicional para que se garanta a segurança jurídica no contexto brasileiro,

<sup>37</sup> “*Stare decisis* does not require a court to blindly follow incorrectly decided precedents. Nor does it require a court to stand by a precedent irrespective of its merit. What *stare decisis* does require is that courts engage with the past and act with integrity. They do this when they display a commitment to a coherent defensible, defensible view of the content of the law”. HERSHOVITZ, *op. cit.*, p. 118.

<sup>38</sup> DWORKIN. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, p. 168.

<sup>39</sup> Dworkin aprofunda a discussão acerca do direito à contracepção e do direito ao aborto nos primeiros estágios da gravidez, conforme decisão da Suprema Corte tomada no caso *Roe vs. Wade*, e afirma que não se pode ignorar os princípios que garantem o direito constitucional à contracepção, como o reconhecido princípio da autonomia na procriação, quando se está a tratar do direito ao aborto, sob pena de aniquilar o direito como integridade (*O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, cap. 3, p. 115-189). Resumo da decisão, p. 182. Este capítulo 3 foi também publicado anteriormente: (*Unenumerated Rights...*).

<sup>40</sup> “Integrity requires coherence in moral principle and coherence is especially important in constitution-making when the moral principles in play are fundamental. Integrity commands that the nation speak with one voice on such important matters of principle, and it therefore demands that when its historical practices — of racial segregation, for instance — cannot be seen to be consistent with principles elsewhere recognized, those practices must be abandoned. [...] constitution-makers can provide integrity in their constitutional protections only by mandating a moral test that allows the community to identify the principles to which it takes itself to be committed even when it recognizes that it has not kept faith with those principles in the past” (DWORKIN. Response. In: HERSHOVITZ. *Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, p. 292).



propugnando que o Supremo Tribunal Federal, tal qual no *romance em cadeia* de Dworkin, escreva a jurisprudência brasileira numa única voz, como se fosse um único autor, que reinterpreta o que foi escrito até então para escrever o capítulo seguinte.

#### 4 O princípio da integridade na decisão judicial – Possibilidade de garantia da segurança jurídica no Brasil

É possível afirmar que o atual sistema jurídico brasileiro, em que pese ter sua tradição no *civil law*, acaba tendo que enfrentar um paradoxo, na medida em que o sistema não consegue dar previsibilidade na aplicação das leis; por outro lado, também não admite um sistema que busque uma coerência nas decisões judiciais, como forma de garantia da segurança jurídica dos cidadãos e da estabilidade e previsibilidade das relações sociais.

Entretanto, apesar de os precedentes terem assumido no Brasil, num primeiro momento, natureza meramente interpretativa, a partir do momento em que se assume a presença de ambiguidades, obscuridade e normas indeterminadas nos códigos, e se positivam os direitos humanos na Constituição por meio da adoção de um sistema de direitos fundamentais, é necessário ampliar a interpretação dos princípios implícitos ou não escritos de um modo que revele e preserve ou mesmo constitua um sistema de direito racional e coerente, demonstrando que as normas e os princípios jurídicos desenvolvem-se de acordo com as necessidades da sociedade em determinado momento.<sup>41</sup>

Veja-se que a partir da Constituição Federal de 1988 prevaleceu no sistema jurídico brasileiro a leitura principiológica do direito constitucional, mudando o STF da posição de mero aplicador do direito para a de “realizador de direitos” e “garantidor dos princípios constitucionais”.<sup>42</sup> Essa mudança é sentida especialmente na jurisprudência e no papel mais incisivo do Supremo especialmente quando deve decidir diferentemente do que foi decidido anteriormente pelo Legislativo ou Executivo.

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*.

Por outro lado, verifica-se que, apesar de já haver uma aproximação de alguns institutos processuais à doutrina de precedentes vinculantes obrigatórios, essa ainda é apenas parcial, não dando conta da diversidade de decisões sobre os mesmos assuntos, às vezes emanadas inclusive de um mesmo Tribunal, nem tampouco da insignificância das decisões dos tribunais superiores em relação aos inferiores, que

<sup>41</sup> BANKOWSKI *et al*, *op cit.*, p. 484.

<sup>42</sup> CHUEIRI; SAMPAIO, *op. cit.*, p. 45-46.

não se sentem obrigados a decidir de forma uniforme e coerente com o que decidiram os Tribunais que lhe são superiores.

É nesse contexto que se justifica a importância do estudo do direito como integridade e da ideia do romance em cadeia, conforme delineado por Dworkin, como uma forma de garantir uma coerência no direito e nas decisões judiciais, evitando uma insegurança jurídica decorrente não só das decisões dos tribunais inferiores que não levam em consideração o que já foi decidido pelos Tribunais Superiores, como também da maneira livre com que atualmente os Ministros dos Tribunais Superiores podem lançar mão das decisões anteriores, utilizando-as “de maneira aleatória, sem confirmação do conteúdo da decisão (*ratio decidendi*) —, ou de maneira estratégica —, apenas aquelas que favoreçam a linha argumentativa do Ministro”.<sup>43</sup>

Ora, a importância de uma integridade e coerência nas decisões do STF 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 às suas próprias decisões quanto em relação às decisões firmadas pelas Cortes que lhe são superiores.

Ainda, verifica-se que não há qualquer preocupação por parte do STF em justificar perante a sociedade a integridade de suas decisões, no sentido de que não parte de suas decisões anteriores sobre determinado assunto quer para tratar os cidadãos com igual consideração e respeito, quer para, a partir da decisão anterior, demonstrar que o Tribunal agora entende de modo diferente ou que o novo caso não se assemelha ao anterior, de modo a justificar a aplicação do precedente.

Defende-se aqui a utilização da ideia do “romance em cadeia” e do “direito como integridade” de Dworkin, para que o Supremo passe a proferir suas decisões como se estivesse a escrever capítulos de um romance, com coerência em relação ao capítulo anterior e permitindo que o romance ainda continue a ser escrito por outras decisões (capítulos) no futuro, de modo que haja não só uma continuidade do processo decisório no tempo, devendo ser coerente não apenas às decisões do passado, mas também às normas e principalmente aos princípios erigidos pela comunidade política.<sup>44</sup>

Essa integridade e continuidade do processo decisório garante uma maior estabilidade, previsibilidade e segurança jurídicas para os cidadãos nesse novo modelo de direito constitucional brasileiro, que, no que diz respeito aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, se aproxima das jurisdições do *common law*, devendo

<sup>43</sup> VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, p. 22.

<sup>44</sup> CHUEIRI; SAMPAIO. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada. *Revista Direito GV*, p. 52.

nelas buscar sua experiência na ideia de precedentes vinculantes, que se buscará justificar na teoria de Ronald Dworkin, de que as decisões da Suprema Corte devem ser escritas tais como se fossem capítulos de um romance na história do direito jurisprudencial brasileiro.

## 4.1 Desafios para a jurisdição constitucional

Agora, há de se enfrentar algumas dificuldades por que passa a jurisdição constitucional brasileira para defender que a doutrina do *stare decisis*, como uma teoria que aplica o princípio da integridade na jurisdição, é a doutrina que mais se adéqua ao novo direito constitucional brasileiro, a permitir estabilidade, previsibilidade, coerência, segurança e integridade no direito.

Atualmente o Supremo Tribunal Federal vem enfrentando diversos casos difíceis nos quais os Ministros buscam fundamentar sua decisão, o que acaba por formar uma decisão complexa, de difícil apreensão da posição do Tribunal e, por consequência, de sua *ratio decidendi*. Explica-se, em casos difíceis, que envolvem a definição acerca do conteúdo moral de direitos fundamentais sobre os quais não há consenso pela comunidade política — como, por exemplo, aborto, eutanásia, cotas em universidades públicas — a repercussão pública é bastante grande, com o acompanhamento de perto da imprensa e da população da posição que o Tribunal irá adotar. Assim, nessa perspectiva, os Ministros buscam dar maior fundamentação às suas decisões, as quais acabam por conter maior carga argumentativa, especialmente porque tais casos emblemáticos servirão de referência para casos futuros.

Não obstante a justa preocupação dos Ministros, o que se verifica é que cada um julga o caso individualmente e há apenas a soma das decisões favoráveis ou contrárias com motivos determinantes diversos, o que impede que se forme um entendimento do Tribunal acerca de determinado assunto e que se possa retirar daquele conjunto de decisões proferidas num único caso qual seria a *ratio decidendi* ou os princípios que a fundamentaram a vincular os casos vindouros que venham a tratar do mesmo assunto.

Na mesma dimensão, é possível defender a utilidade de se propor a teoria de Dworkin — do Direito como integridade —, uma vez que demonstra a necessidade de diálogo não só entre as decisões, mas também intradecisões do Supremo Tribunal Federal, para que haja um entendimento coerente por parte do Tribunal que seja passível de ser apreendido não só pelos profissionais do Direito, mas também por toda a comunidade.

Hoje, o que se verifica é que, nos casos difíceis, cada Ministro dá um voto com uma fundamentação própria, não há, assim, debate entre os Ministros para que haja uma posição majoritária do Tribunal a respeito dos motivos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão de determinado caso. Tal situação prejudica o precedente a ser utilizado nos casos futuros.

A possibilidade de se estabelecer um entendimento coerente por parte do STF não significa engessar o posicionamento dos Juízes dos Tribunais inferiores e de 1ª instância, ao contrário, significa consolidar o processo interpretativo de modo a garantir maior segurança jurídica e estabilidade nas relações sociais.<sup>45</sup>

Não se está a falar de uma mera obrigação de iniciar a decisão a partir do precedente, mas a ideia de vinculação significa que só poderá haver revogação dele (*overruling*) se houver razões especiais, e não uma mera discordância com as decisões anteriores, especialmente quando há uma convicção de que a decisão anterior está errada.<sup>46</sup> Desse modo, atender-se-á à integridade na prestação jurisdicional na medida em que a integridade não significa apenas coerência com as decisões anteriores, mas compromisso e respeito a elas, o que implica que, apesar de o Tribunal poder alterar o precedente, só o deverá fazer quando o precedente que se pretende revogar não estiver de acordo com a moralidade político-constitucional da comunidade brasileira, ou não mais retratar a moralidade político constitucional da sociedade brasileira na atualidade.

## 4.2 O caso da união homoafetiva

Veja-se, por exemplo, a questão a respeito da união homoafetiva. O Poder Judiciário brasileiro já vinha se manifestando nas últimas décadas pelo reconhecimento da união homoafetiva como união estável, para fins de proteção do Estado. Assim, para fins sucessórios, bem como para fins previdenciários, a união homoafetiva vinha sendo reconhecida como família na prática constitucional.

Destarte, novas discussões a respeito do casamento entre pessoas do mesmo sexo ou da adoção de crianças por casal homoafetivo deveriam partir dos princípios representados nos precedentes, que retratavam a moralidade político-constitucional da comunidade brasileira construída histórica e culturalmente por meio das decisões judiciais, como se estivesse a construir um segundo capítulo desse romance, a ser escrito buscando a integridade e a coerência.

Foi justamente o que aconteceu quando o STF decidiu a respeito do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e, por consequência, se os mesmos direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis seriam também estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas, conforme requerido na ADPF nº 178, convertida na ADI nº 4.277,<sup>47</sup> proposta pela Procuradoria Geral da República.

<sup>45</sup> VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, p. 22.

<sup>46</sup> É o que se chamaria de presunção moderada a favor do precedente, que é o modelo mais seguido pelas Cortes americanas. Ver: HEALY. *Stare decisis and the Constitution: four questions and answers. Notre Dame Law Review*, p. 31-32.

<sup>47</sup> STF. ADI 4277. Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 out. 2010.

Ou seja, para se enfrentar a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, ou ainda, a questão da adoção de menores por pessoas do mesmo sexo, não se deveria partir de uma decisão política com preocupação eleitoreira, nem os argumentos poderiam se fundamentar em questões de política, pelo bem comum, mas dever-se-iam utilizar os precedentes a respeito dos princípios que deveriam embasar a discussão do tema.

Historicamente, a prática constitucional que pode ser vista pela leitura da jurisprudência nacional enfrentou a questão da união homoafetiva especialmente o aspecto ligado ao direito de herança, assim como em relação ao direito de pensão previdenciária ao companheiro do mesmo sexo.

Um caso importante na proteção dos companheiros do mesmo sexo no âmbito da previdência social foi a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no âmbito da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0,<sup>48</sup> interposta pelo Ministério Público Federal contra o Instituto Nacional do Seguro Social para que este órgão fosse obrigado a considerar os companheiros de mesmo sexo como dependentes preferenciais, para fins de concessão de pensão ou auxílio-reclusão.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando do julgamento da Apelação se manifestou pela procedência da ação, com efeitos *erga omnes* para todo o território nacional, tendo fundamentado sua decisão em argumentos de princípio e de moralidade política da comunidade. O Relator do feito, Desembargador João Batista Pinto Silveira defendeu a equiparação dos companheiros homossexuais e heterossexuais perante a Previdência Social com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, que veicula parâmetros a serem observados por todos os órgãos estatais. Também argumentou que “a exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas”. De outro lado, trouxe sua leitura a respeito da mudança do comportamento da sociedade, na qual “as noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental” e assumem contornos e formas de manifestação plurívocos, que há um fenômeno mundial pela aceitação das uniões homoafetivas, não podendo o Poder Judiciário se fechar às mudanças sociais, que são mais dinâmicas e se antecipam às modificações legislativas.

Com base na referida decisão, o INSS, tratando da matéria, regulou, por meio da Instrução Normativa nº 25 de 07.06.2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> TRF 4ª Região. ACP 2000.71.00.009347-0. Rel. Des. João Batista Pinto Silveira. DJ, 10.08.2005. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

<sup>49</sup> STJ. RESP 413.198. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJU.

Veja-se que no caso em tela houve manifestação do STF ao julgar a PET nº 1.984, que buscava suspender a liminar proferida na Ação Civil Pública em tela, sendo Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio, que indeferiu a suspensão pretendida e fundamentou sua decisão nos seguintes termos:

Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado.

O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 a 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, §3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes — inciso V do artigo 201.<sup>50</sup>

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou em diversas ocasiões, entendendo que o legislador não pretendeu, pela redação do §3º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991,<sup>51</sup> excluir a relação homoafetiva do conceito de união estável como entidade familiar<sup>52</sup> para fins de proteção previdenciária. Do mesmo modo, reconheceu a união homoafetiva para fins de inclusão de companheiro em plano de saúde,<sup>53</sup> para efeitos de partilha<sup>54</sup> e mais recentemente reconheceu a possibilidade de adoção por casal homossexual.<sup>55</sup>

O Tribunal Superior Eleitoral manifestou entendimento de que “sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, §7º, da Constituição Federal”.<sup>56</sup>

<sup>50</sup> STF. Pet nº 1984. Rel. Ministro Marco Aurélio. *DJU*, 20 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 15 jun. 2010.

<sup>51</sup> §3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o §3º do art. 226 da Constituição Federal.

<sup>52</sup> STJ. RESP nº 395.904. Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. *DJU*, 06 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 15 jun. 2010.

<sup>53</sup> STJ. RESP nº 238.715. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. *DJ*, 02 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 15 jun. 2010.

<sup>54</sup> STJ. RESP nº 704.803. Rel. Ministro Vasco Della Giustina. *DJ*, 16 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 15 jan. 2010.

<sup>55</sup> STJ. RESP nº 889.852. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. *DJ*, 10 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 15 jan. 2010.

<sup>56</sup> TSE. RESPE nº 24564. Rel. Ministro Gilmar Mendes. *DJ*, 1º out. 2004. Disponível em <<http://www.tse.gov.br/>>. Acesso em 15 jan. 2010.

Nessas decisões, a união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo foi considerada como família para fins de proteção do Estado.

Também no âmbito do Poder Executivo, a Receita Federal do Brasil divulgou a possibilidade de inclusão de companheiro homoafetivo como dependente para fins de dedução do Imposto de Renda.<sup>57</sup>

Nessa dimensão, as novas discussões a respeito do casamento *gay* ou da adoção de criança por casal homossexual deveriam partir dos princípios estampados nos precedentes judiciais que já interpretaram a união homoafetiva como família, quer estes princípios defendam ou não as convicções políticas dos próprios Ministros.

Embora o Supremo Tribunal Federal não esteja (nem estivesse neste caso) vinculado a precedentes de tribunais inferiores ou mesmo à decisão do Poder Executivo, é possível defender que o mesmo estava vinculado ao conjunto de princípios erigidos pela comunidade brasileira, não apenas no texto da Constituição Federal, mas também na prática constitucional que lhe dá significado e aproxima o texto da realidade.

Por tal razão, quando do julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva,<sup>58</sup> demonstrou ter lido os primeiros capítulos desse romance, e continuou a escrevê-lo como se fosse um único autor, buscando, assim, a melhor interpretação construtiva das decisões jurídicas do passado.

Do mesmo modo, se o Judiciário brasileiro já interpretou que os princípios da igualdade, da não discriminação e da dignidade da pessoa humana equiparam a união homoafetiva à “família” e à união estável heteroafetiva para fins de proteção do Estado, não poderá se esquecer desses princípios quando se for escrever o segundo capítulo sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo ou sobre a adoção.

Até porque a força gravitacional do precedente<sup>59</sup> significa que não só sua parte dispositiva irá vincular as decisões futuras, mas também os princípios que fundamentaram a decisão e a interpretação que lhes foi dada.

Desse modo já decidiu o STF, quando do julgamento da Reclamação nº 1.987-0.<sup>60</sup> No caso em tela, o Ministro Maurício Correa estendeu os efeitos da decisão proferida na ADI nº 1.662 à Reclamação nº 1.987-0.

<sup>57</sup> Cf. Parecer PGFN/CAT/n.1503/2010 de 19.07.2010. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/>>. Acesso em: 16 jan. 2010.

<sup>58</sup> Neste sentido, confira-se Voto do Ministro Carlos Ayres Britto, Relator das Ações. STF. ADPF nº 132. Rel. Ministro Ayres Britto. *DJ*, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

<sup>59</sup> Dworkin utiliza a expressão “força gravitacional dos precedentes” para defender a vinculação das decisões posteriores não só à *ratio decidendi*, mas também aos princípios abstratos que a fundamentaram (*Levando os direitos a sério*, p. 174 et seq).

<sup>60</sup> “[...] A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que



Na ADI nº 1.662 foi declarada a inconstitucionalidade dos itens II e XII da IN/TST nº 11/1997, pela interpretação do art. 100 da Constituição no sentido de que “somente na situação de preterição, e em nenhuma outra, é lícito o sequestro de verbas públicas para fins de pagamento de precatório originado de débito judicial trabalhista”.

A Reclamação se deu em virtude de que o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, com base em outro dispositivo normativo, permitiu o saque forçado no caso de vencimento do prazo para satisfação do crédito inscrito em precatório.

Em que pese a decisão da ADI ter declarado inconstitucional um Ato Normativo do Tribunal Superior do Trabalho e não do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, entendeu o Ministro Relator que o ato impugnado, embora não contrastasse com a decisão em si, estava em confronto com seus motivos determinantes da decisão, bem como com os princípios por ela consagrados.

Defendeu o Ministro que a autoridade dos julgados do Tribunal a serem resguardados pela via da Reclamação se dá não apenas em relação ao teor formal da parte dispositiva do Acórdão, mas também em relação aos “princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição”,<sup>61</sup> que devem ser observados nos casos futuros.

Quando o Ministro Mauricio Corrêa entendeu pela transcendência não só da parte dispositiva da decisão, mas também de seus motivos determinantes e dos princípios que a embasaram, aplicou, exatamente, a força gravitacional do precedente. Ou seja, em que pese o caso novo estar fora da órbita particular do precedente, pois não se tratava da mesma norma declarada inconstitucional pelo Supremo. Nesse viés, a força gravitacional do precedente se deu de maneira que os argumentos de princípio que fundamentaram a decisão da ADI nº 1.662 fosse vinculante para o julgamento da RCL 1987.

Nesse sentido, cabe aqui utilizar as palavras de Dworkin:

A integridade da lei exige que os princípios necessários para embasar uma série de decisões que configuram precedente têm de ser aceitos também em outros contextos. É politicamente sedutora a ideia de aplicar o princípio de autonomia na procriação à contracepção (que, na opinião da imensa maioria das pessoas, os estados não têm o direito de proibir), mas não aplicá-lo ao aborto, que sofre a oposição violenta do poderoso eleitorado conservador. Mas o objetivo da integridade — o objetivo do direito considerado em si — é o de excluir soluções políticas desse tipo.

embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional”. STF. RCL. 1987-0. Rel. Ministro Maurício Corrêa. *DJ*, 21 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

<sup>61</sup> STF. RCL nº 2126. Rel. Ministro Gilmar Mendes. *DJ*, 19 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

Temos de ser um país de princípios: nossa Constituição deve ser uma expressão de convicções profundas, e não das estratégias táticas de juízes ansiosos para satisfazer as vontades do maior número possível de eleitores.<sup>62</sup>

Decidir com base em princípios é decidir com consistência e integridade, no sentido de que o juiz, ou o Ministro de um Tribunal Superior, deve adotar os mesmos princípios, quando eles forem a favor de suas convicções políticas ou quando eles forem contra.<sup>63</sup>

A interpretação constitucional deve ser feita tendo-se em conta todo o documento, devendo os Ministros, assim como Hércules, “ajustar-se às disposições mais básicas do poder político da comunidade e ser capaz de justificá-las, o que significa que deve ser uma justificativa extraída dos aspectos filosóficos da teoria política”.<sup>64</sup>

## 5 Aproximação do processo civil ao sistema de precedentes

Se no âmbito da materialidade constitucional há aproximação dos sistemas do âmbito do *civil law* e *common law* quando utilizam os direitos humanos como parâmetro material para o *judicial review*, é certo também que no direito brasileiro tem havido uma preocupação processual em trazer a experiência da doutrina do *stare decisis* presente no sistema de *common law* tendo em vista uma preocupação não só com a segurança jurídica e uniformidade das decisões judiciais, mas também, e especialmente, buscando a celeridade<sup>65</sup> da prestação jurisdicional.

Nessa dimensão, algumas mudanças no processo civil brasileiro já retratam essa aproximação, além do novo projeto deixar claro, em sua exposição de motivos, a explícita intenção na aproximação também processual com o sistema de precedentes do *common law*.

As primeiras mudanças puderam ser sentidas com a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Referida Emenda alterou a redação do art. 102, §2º da Constituição Federal para ampliar o efeito *erga omnes* e vinculante também

<sup>62</sup> DWORKIN. *O direito da liberdade...*, p. 167-168.

<sup>63</sup> DWORKIN. Entrevista dada a Owen Bennett Jones no programa The Interview, BBC, 23.01.2010. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/programmes/p005vc49>>. Acesso em: 29 dez. 2010.

<sup>64</sup> DWORKIN. *O império do direito...*, p. 454.

<sup>65</sup> Justifica-se no anteprojeto a reforma do CPC nas seguintes palavras: “Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere. Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito? Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos? Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente? [...] São passos fundamentais para a celeridade do Poder Judiciário, que atingem o cerne dos problemas processuais, e que possibilitarão uma Justiça mais rápida e, naturalmente, mais efetiva”. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o que demonstra a aplicação da doutrina do *stare decisis* verticalmente quando vincula os demais órgãos do Poder Judiciário a seguir os precedentes.

Ainda, no §3º do referido artigo insere a exigência da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, o que demonstra clara intenção de objetivação do controle de constitucionalidade no direito brasileiro e aproximação ao sistema americano, que exige que haja repercussão geral, até porque os efeitos da decisão proferida pela Suprema Corte serão *erga omnes* e vinculante.

Além disso, a exigência da demonstração da repercussão geral pelas partes para que o recurso extraordinário seja admitido demonstra a busca de objetividade no controle difuso, eis que, ao demonstrar a repercussão política, econômica e social, o que se verifica é que a proteção do STF acaba sendo em relação à proteção do ordenamento jurídico para proteger a sociedade e não apenas o direito subjetivo discutido num caso concreto.

Ora, se no âmbito do recurso extraordinário para o STF deve a parte demonstrar que a matéria a ser analisada tem repercussão no âmbito político, econômico ou social, por óbvio também é possível justificar que o resultado dessas decisões também deve ter repercussão social, política ou econômica que justifique a regra de aplicação do precedente, devendo a decisão ter efeitos vinculantes e *erga omnes*.

A Emenda nº 45 ainda inseriu o art. 103-A na Constituição de 1988, que cria a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta em todas as esferas do poder, com o objetivo de uniformizar jurisprudência e com isso evitar a insegurança jurídica e, ainda, para evitar processos repetitivos sobre a mesma questão.

Veja-se que, nesse viés, é possível defender que é mais coerente e seguro adotar a doutrina do *stare decisis* tal como foi construída nos sistemas de *common law*, do que adotá-la em retalhos como é o caso das súmulas vinculantes. Como as súmulas são apenas a síntese de um entendimento jurisprudencial, da sua leitura apenas 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.<sup>66</sup>

<sup>66</sup> Veja-se, por exemplo, a Súmula Vinculante nº 3, que, ao estabelecer que “nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”, deu a entender que era possível que nos casos de apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão não seria necessário observar o contraditório e a ampla defesa. Tal súmula não retratou as decisões anteriores, levando a absurdos cometidos pelo Tribunal de Contas da União, onde mesmo após mais de 10 anos do servidor encontrar-se aposentado, não registrava o ato, determinando seu retorno à atividade, sem lhe dar direito ao contraditório ou

No Código de Processo Civil em vigor, também é possível destacar alguns dispositivos que demonstram a aproximação processual à doutrina do *common law*.

O art. 285-A da lei processual estabelece que “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”. 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.

Ainda, o art. 557 do CPC estabelece a possibilidade de o relator negar “seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”,<sup>67</sup> o que demonstra uma aproximação com a doutrina do *stare decisis*, no sentido de que os precedentes dos tribunais superiores vinculam o julgamento dos tribunais inferiores, em que pese nos sistemas de *common law* não serem necessárias para caracterizar a jurisprudência dominante várias decisões, mas apenas um precedente é suficiente para vincular os tribunais inferiores.

Recentemente, inclusive, a Corte Especial do STJ, no julgamento da Questão de Ordem alusiva ao Recurso Especial nº 1.148.726<sup>68</sup> e outros, decidiu que as decisões dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais que vierem a discordar do entendimento do STJ estabelecido pela Lei dos Recursos Repetitivos terão de ser fundamentadas, sob pena dos recursos serem devolvidos à origem.

Nesses casos de objetivação do *judicial review*, o sistema constitucional brasileiro se aproxima do sistema de *common law*, na medida em que é a *ratio decidendi* abstratamente considerada de uma decisão que vincula a sociedade e o Poder Público e, portanto, deve o Judiciário ter a preocupação de julgar com integridade, de acordo com

---

à ampla defesa. Recentemente os ministros do STF, quando do julgamento do MS nº 25116, manifestaram-se contrariamente à segunda parte da Súmula em tela, demonstrando, nos debates, inclusive a intenção de revê-la. (ver debates: TV Justiça – Programa síntese de 05.06.2010, disponível em: <<http://tv-justica.blogspot.com/2010/06/programa-sintese.html>>. Acesso em: 15 dez. 2010. O caso em tela retrata que para adoção da doutrina do *stare decisis* é muito mais seguro e coerente que a vinculação seja feita com o caso como um todo e não apenas com um enunciado que lhe resume e não permite a apuração dos fatos e motivos determinantes que possam permitir a compreensão exata da *ratio decidendi* em abstrato que irá vincular os futuros casos.

<sup>67</sup> No mesmo sentido é a disposição do art. 475, §3º, do CPC.

<sup>68</sup> STJ. RESP nº 1148726. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. DJ, 18.12.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 dez. 2010.

os compromissos político-morais da sociedade brasileira que podem ser encontrados nas leis, na Constituição, nos precedentes judiciais, na história da comunidade e na prática social.

Como nos sistemas de *common law* as decisões, ou o caráter abstrato da *ratio decidendi* produz efeitos *erga omnes*, para toda a comunidade, justifica-se o direito como integridade no sentido de respeito aos compromissos políticos assumidos pela comunidade.

No Legislativo não é necessária uma fundamentação para as decisões lá tomadas, pois a integridade na legislação se dá por meio da generalidade e pela legitimidade eleitoral. Já no âmbito judicial a integridade na decisão se faz com os compromissos políticos, morais e históricos assumidos pela comunidade, uma vez que a legitimidade do Judiciário não se dá nas urnas, mas na prática judicial. A prestação jurisdicional deve buscar garantir a integridade do direito por meio de uma leitura moral dos direitos fundamentais, buscando dar significado a seu conteúdo em respeito aos direitos conquistados e construídos historicamente, o que deverá ser verificado não só na Constituição e nas leis, mas também nos precedentes judiciais e nas práticas sociais, deve-se ver “o direito como um todo coerente e estruturado”.<sup>69</sup>

Veja-se que há uma diferença entre a decisão ser vinculante e ser *erga omnes*, uma decisão que crie um precedente, ela atua naquele caso concreto e exige que os juízes, caso se deparem com novos casos, semelhantes ao anterior, deem o mesmo entendimento, a ideia de *treat like cases alike*. Já a decisão que produz efeitos *erga omnes* irradia seus efeitos imediatamente para todos que se encontrem naquela situação.

Essa tendência de aproximar processualmente o sistema brasileiro ao sistema de *common law* fica ainda mais visível quando da leitura da exposição de motivos do anteprojeto<sup>70</sup> do novo Código de Processo Civil e de seu substitutivo. Há uma grande preocupação com a celeridade processual, mas também com a segurança jurídica que deverá ser promovida evitando-se decisões conflitantes e buscando-se estabilidade na jurisprudência já consolidada, que só poderá ser alterada mediante uma adequada fundamentação. A uniformização da jurisprudência também busca realizar o princípio da isonomia.

Ainda, nos debates, foi indicada a atenção ao modelo de *common law*, “em que se dá maior atenção aos fatos da causa julgada pelos tribunais”; também houve a indicação de que se evite a dispersão do conteúdo dos votos, uma vez que reduz a força dos precedentes, além de ter sido sugerida “maior adoção das práticas dos

<sup>69</sup> DWORKIN. *O império do direito...*, p. 477.

<sup>70</sup> BRASIL. Código de Processo Civil: anteprojeto, Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

*distinguishing* e do *overruling*".<sup>71</sup> Do mesmo modo, recomendou-se que os tribunais superiores uniformizassem *interna corporis* sua jurisprudência, para que possa permitir que os tribunais inferiores respeitem seus precedentes.

As novas regras dispostas no Anteprojeto e substitutivo do novo Código de Processo Civil só produzirão os efeitos almejados de garantir a segurança jurídica, por meio da uniformização e estabilização das decisões judiciais, e o princípio da igualdade se a doutrina do *stare decisis* for aplicada e se for adotado o princípio da integridade na prestação jurisdicional.

## 6 Considerações finais

Aplicar o princípio da integridade não significa apenas ter consistência na decisão judicial no sentido de aplicar decisões semelhantes a casos semelhantes. Decidir de acordo com a integridade pode, inclusive, justificar uma nova interpretação acerca dos motivos determinantes do precedente, justificando a revogação ou a distinção do caso anterior.<sup>72</sup>

A fundamentação das decisões deve-se conciliar com decisões anteriores sobre questões similares. Princípios e direitos fundamentais escritos ou não escritos, expressos ou implícitos devem ser usados de forma coerente.

O raciocínio dos juízes deve levar em conta que princípios e regras emergem de um contexto histórico particular. Os fundamentos morais da Constituição podem ser entendidos como apelos para construção de uma sociedade melhor, mas de forma que estejam de acordo com o desenvolvimento histórico da nação.

As decisões podem trazer novas regras e princípios que emergem do próprio texto constitucional, do contexto histórico e de prévias interpretações judiciais sobre a compreensão da Constituição, os juízes, destarte, devem estar conscientes de que, apesar de o direito estar em constante mudança, a interpretação judicial em si mesma deve envolver métodos que garantam continuidade, estabilidade, coerência e integridade.

Adotando-se o modelo de integridade será possível limitar a liberdade da decisão judicial, prevenindo os abusos e garantido, desse modo, a segurança jurídica, conforme assinala Michel Rosenfeld:

Para prevenir abusos, os intérpretes devem manter um nível de integridade segundo o qual se desloca de uma via interpretativa disponível para outra que só seria justificável se for acompanhada por uma assunção plena e sincera de todos os encargos associados à última via interpretativa. Em consonância com essa exigência de integridade, um intérprete

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> DWORKIN. *Justice in Robes*, p. 70; DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, p. 171.

não pode recorrer a uma via interpretativa disponível para pressionar por uma vantagem em uma ocasião, para, em seguida, na próxima ocasião, abandonar essa via interpretativa em favor de outra, a fim de evitar uma sobrecarga. Um intérprete, no entanto, pode mudar de uma perspectiva interpretativa disponível para outra, que o intérprete acredita sinceramente que a última perspectiva é mais adequada para promover a tentativa de reconciliação pedida e se ele ou ela está plenamente preparado para assumir todos os encargos que podem decorrer da adoção dessa nova perspectiva.<sup>73</sup>

Justifica-se, desse modo, a adoção do modelo interpretativo do direito como integridade, especialmente para Jurisdição Constitucional brasileira na interpretação dos direitos humanos e princípios constitucionais.

Nessa hipótese, deverá o Supremo Tribunal Federal examinar a força gravitacional dos precedentes, verificando-se a cada nova decisão os princípios explícitos ou implícitos que serviram de fundamento para que se chegasse aos motivos determinantes de decisões semelhantes anteriores. Desse modo se garantirá o efeito da doutrina do *stare decisis* no âmbito horizontal, na medida em que a integridade exige que os julgadores sejam consistentes com os princípios que embasaram suas decisões.

Além disso, adotando-se a integridade nas decisões, por meio da doutrina do *stare decisis*, o STF estará atendendo ao princípio da igualdade, não apenas de tratar casos semelhantes da mesma maneira, mas de forma mais ampla, de tratá-los de acordo com os mesmos princípios.

Por outro lado, defender o respeito à doutrina dos precedentes vinculantes para garantir a previsibilidade das decisões judiciais e a consequente segurança jurídica não significa a impossibilidade de alteração deles, ao contrário, mesmo nos casos de revogação ou distinção de precedentes se estará garantindo a segurança jurídica, pois o que se exige não é a certeza da decisão, mas que os Ministros julguem de acordo com a integridade, ou seja, comprometidos com uma coerente e defensável visão do conteúdo do direito.

Deve, assim, o STF falar com uma única voz, atuando de maneira principiológica e coerente em relação aos jurisdicionados, de modo que se estenda a todos os *standards* substantivos de justiça e equidade que foram utilizados para alguns, devendo levar em conta não só o texto escrito da Constituição, mas também os princípios não escritos, os direitos fundamentais implícitos ou a Constituição invisível,<sup>74</sup> os quais poderão ser retirados dos precedentes judiciais e da prática constitucional brasileira, de modo que a decisão reflita, da melhor maneira possível, a moralidade política da comunidade.

<sup>73</sup> ROSENFELD. *Just interpretations: Law between Ethics and Politics*, p. 28.

<sup>74</sup> TRIBE. *The Invisible Constitution*.



---

## Writing a Novel through Legal Precedents – A Chance of Legal Certainty for Brazilian Constitutional Jurisdiction

**Abstract:** This article analyzes the problem of legal uncertainty caused by the unpredictability of court decisions in Brazil. In a second step it analyzes the model of Dworkin's law as integrity and how it is compatible with a broad doctrine of *stare decisis*. Finally, it is argued that the adoption of a doctrine of binding precedent that applies the principle of integrity in adjudication will be able to ensure legal certainty, predictability, stability and equality, not only in cases of conflicting decisions issued by the higher courts but also in difficult cases to be dealt with by the Supreme Court.

**Key words:** Constitutional jurisdiction. Legal certainty. Judicial precedents. Chain novel.

---

## Referências

- ACKERMAN, Bruce. The Living Constitution. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 7, 2007, p. 1742. Disponível em: <<http://heionline.org>>. Acesso em: 18 jan. 2009.
- BANKOWSKI, Zenon *et al.* Rationales for Precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Ed.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. Ashgate: Hants, 1997.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela *Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Entrevista por CARVALHO, Jacqueline Grosse Fernandes. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 65, n. 4, out./dez. 2007.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 26-27.
- CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. *Revista Direito GV*, São Paulo, 5(1), jan./jun. 2009.
- DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- DUARTE, Fernanda *et al.* Ainda há Supremacia do Judiciário. In: DUARTE, Fernanda; VIERA, José Ribas (Org.). *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Mass, 2006.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- HEALY, Thomas, Stare decisis and the Constitution: four questions and answers. *Notre Dame Law Review*, v. 83, 2008; Seton Hall Public Law Research Paper Nº 1019558. SSRN. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1019558>>. Acesso em: 29 dez. 2010.

HERSHOVITZ, Scott. Integrity and Stare decisis. In: HERSHOVITZ, Scott. *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. New York: Oxford University Press, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 11.

MARKMAN, Stephen. Precedent?: tension between continuity in the Law and the perpetuation of wrong decisions. *Texas Review of Law & Politics*, v. 8, Spring 2004, p. 283-288.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "Sistema em Construção". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 15, Porto Alegre: UFRGS, 1998.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Stanford University Press, Califórnia, 2007.

ROSENFELD, Michel. *Just interpretations: Law between Ethics and Politics*. Los Angeles: University of California Press, 1998.

SALGADO, Eneida Desirée. *Princípios constitucionais estruturantes do direito Eleitoral*. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade Federal do Paraná, 2010. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/22321/1/Tese\\_Eneida\\_Desiree\\_Salgado.pdf](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/22321/1/Tese_Eneida_Desiree_Salgado.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 19, Síntese, set./out. 2002.

TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

VOJVODIC, Adriana de M.; MACHADO, Ana Mara F.; CARDOSO, Evorah L. C., Escrevendo Um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 5, 2009.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr./jun. 2014.

---

Recebido em: 05.03.2014

Aprovado em: 22.03.2014