

Semana 5: Fontes do direito (parte II): precedente e analogia

Texto: Shecaira/Struchiner, Integração de lacunas

Questão:

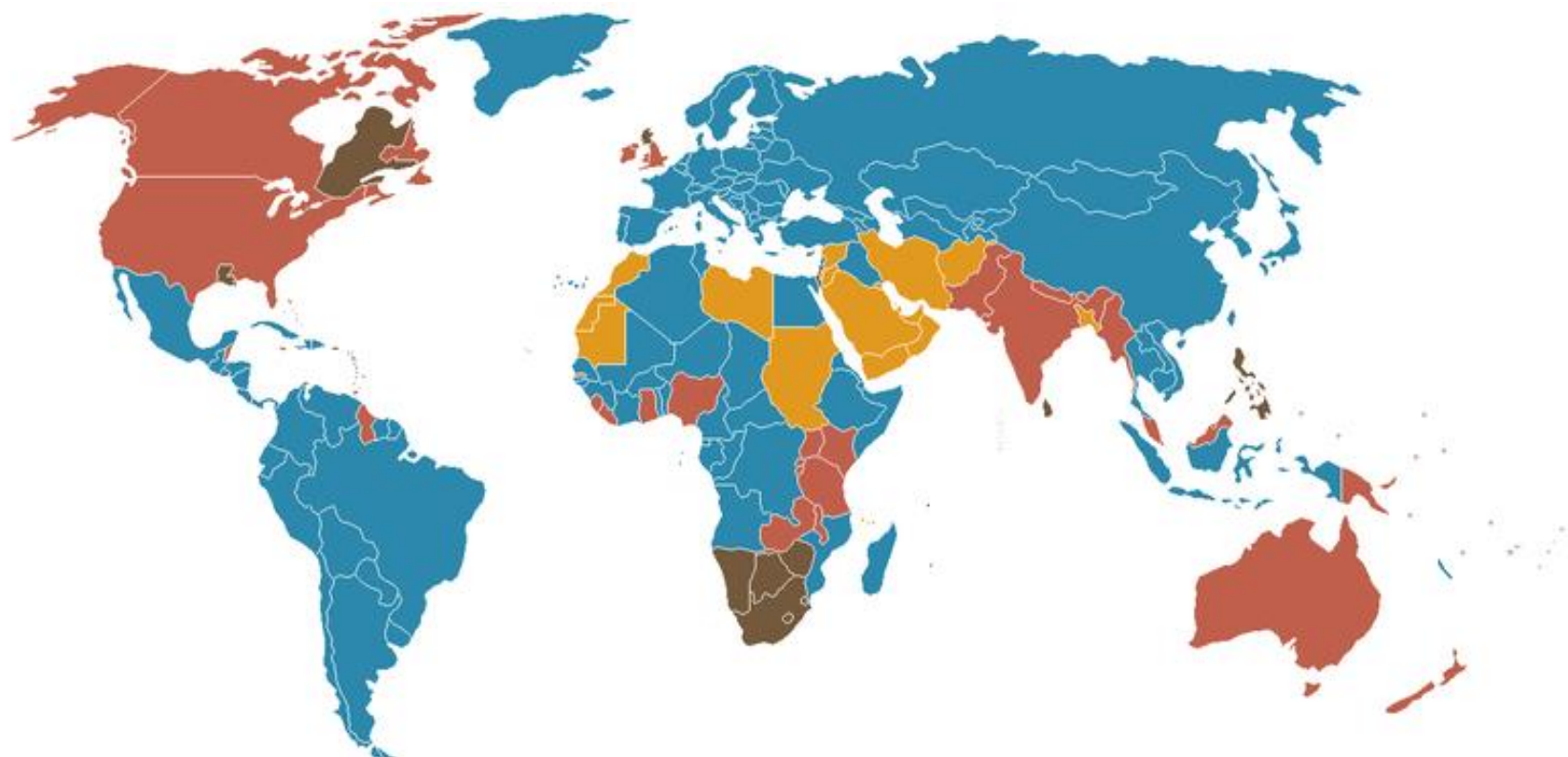
O que é mais institucional – aplicar um precedente ou fazer uma analogia?

Precedentes

stare decisis et non quieta movere

(respeitar o que foi decidido e não perturbar o que está estabelecido)

- ⇒ Decisões judiciais passadas são vinculantes (isto é, são fontes diretas/obrigatórias do direito).
- ⇒ Tradicionalmente, o *stare decisis* só era reconhecido em sistemas de *common law*.



Precedentes

Debate em torno do *stare decisis*:

- 👍 Casos iguais devem ser tratados igualmente
- 👍 Economia de tempo e esforço
- 👎 Separação dos poderes

Quadro sinótico 8: Tipologia das fontes do direito

Fontes materiais	Fontes formais (no direito federal brasileiro)	
	<i>Diretas</i>	<i>Indiretas</i>
	<i>Escritas</i>	<i>Não escritas</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Valores sociais • Necessidades humanas • Elementos culturais • Costumes sociais • Vontade do povo • Vontade de certas classes sociais • Vontade dos grupos de poder 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Constituição</u> • Emenda à Constituição • <u>Lei no sentido estrito</u> • Tratados internacionais • Medida provisória • Decreto legislativo • Resolução • Decreto e regulamento • Instrução • Portaria • Circular • Ordem de serviço • <u>Decisões do Judiciário</u> (incluindo súmulas vinculantes, exercício do poder normativo da justiça de trabalho e declarações de inconstitucionalidade) 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Doutrina</u> • <u>Precedentes judiciais</u> e súmula não vinculante
	+ Art. 927 (CPC)	



Precedentes

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

CPC, Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

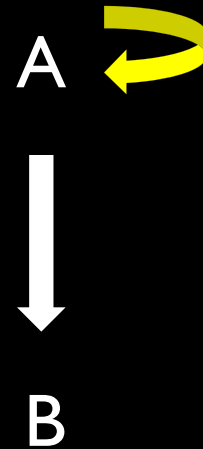
Precedentes

stare decisis

dois tipos de vinculação:

1. Vertical

2. **Horizontal**



Precedentes

Muitas decisões judiciais são longas e complexas.

Qual é a parte da decisão judicial que vincula?

ratio decidendi = norma geral com base na qual a decisão judicial precedente foi tomada.

Precedentes

Riggs v Palmer (1889)

Ninguém pode se beneficiar do próprio crime



Palmer matou seu avô pela herança

Logo,

Palmer não pode receber a herança

Precedentes

Nem sempre a *ratio* é claramente formulada.

Às vezes, os diferentes membros de um tribunal baseiam a decisão em diferentes *rationes decidendi*.

Precedentes

Magistrado 1: Ninguém pode se beneficiar do próprio crime

Magistrado 2: Ninguém pode se beneficiar do próprio crime doloso

Magistrado 3: Ninguém pode se beneficiar do próprio homicídio doloso

Analogia

LINDB Art. 4º, “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a *analogia*, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Analogia

A analogia é um tipo de argumento...

... que defende que uma situação controversa seja tratada da mesma forma que uma situação semelhante já regulada.

Analogia

1. Uma situação $S1$ é juridicamente regulada da maneira M .

2. $S1$ é semelhante a outra situação $S2$ no que diz respeito às características $C1, C2, \dots Cn$.

Logo,

3. $S2$ deve ser juridicamente regulada da mesma maneira M .

Analogia

Uma analogia só é *plausível* quando se baseia em semelhanças juridicamente importantes.

“Um carro amarelo acabou de passar por aqui sem ser multado. Meu carro também é amarelo. Logo, não mereço ser multado.”



Analogia

Obs: Analogia plausível não é o mesmo que analogia imbatível!

Internamente, os integrantes do governo estadual consideram que é ilegal a decisão de Afif de assumir a pasta e continuar como vice-governador. Professor de Direito Constitucional da PUC-SP, Carlos Gonçalves Jr. diz que o acúmulo viola o artigo 42 da Constituição do estado de São Paulo, que fala que “perderá o mandato o governador que assumir outro cargo ou função na administração pública”.

— O que se aplica ao governador se aplica ao vice neste caso — defende.

Analogia

1. A CSP não permite que o governador assuma outro cargo na administração pública.

2. O cargo de governador é semelhante ao de vice-governador.

Logo,

3. Não se deve permitir que o vice-governador

Analogia

Analogia \neq precedente (com *ratio decidendi* clara)

Caso 1 – Riggs v Palmer

Ninguém pode se beneficiar do próprio crime

Caso 2 – A v B

Ninguém pode se beneficiar do próprio crime

B matou culposamente o tio que lhe deixou dinheiro

Logo,

B não pode receber a herança

Caso 3 – C v D

Palmer, que matou o avô pela herança, não pôde herdar

D caluniou o avô antes da sua morte

Caluniar é, assim como matar, uma forma de traição

Logo,

D não pode receber a herança

RECAPITULAÇÃO

Precedentes judiciais – *stare decisis, ratio decidendi*

Precedentes x analogias (diferem quanto ao grau de institucionalidade)