

# Fundamentación y Precedente: Dos Discursos a Partir de la Decisión Judicial\*

Daniel Mitidiero\*\*

## RESUMEN:

El presente ensayo busca presentar dos discursos posibles a partir de la decisión judicial, evidenciando la necesidad de que el Poder Judicial se preocupe no sólo con el caso concreto al momento de la decisión de la causa, sino también con las repercusiones sociales de sus decisiones. Fundamentación y precedente son dos temas distintos y que se articulan mediante una terminología propia, no obstante puedan ser reconducidos unitariamente al ámbito teórico de la decisión judicial.

## PALABRAS CLAVE:

Decisión Judicial - Fundamentación - Caso Concreto - Precedente - Unidad del Derecho.

## SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL DISCURSO PARA EL CASO: LA FUNDAMENTACIÓN.
3. EL DISCURSO PARA LA SOCIEDAD: EL PRECEDENTE.
4. CONSIDERACIONES FINALES.

\* Traducción de Renzo Cavani, maestría con énfasis en Derecho Procesal Civil en el Programa de Posgrado de la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Becario del CNPq. Abogado por la Universidad de Lima.

\*\* Profesor Adjunto de Derecho Procesal Civil de los Cursos de Pre-grado, Especialización, Maestría y Doctorado de la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doctor en Derecho por la misma universidad. Miembro de la *International Association of Procedural Law* (IAPL). Miembro del Instituto Brasileño de Derecho Procesal (IBDP). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). Socio de Veirano Abogados.

## 1. INTRODUCCIÓN

La decisión judicial –siempre que se acepte que la interpretación como otorgamiento de sentido al texto y como reconstrucción del orden jurídico– abre la oportunidad para que, a partir de ella, la doctrina realice un doble discurso: uno *orientado al caso concreto* y otro *al orden jurídico*. El primero constituye un *derecho fundamental de la parte* y compone el núcleo duro del *derecho al proceso justo* (arts. 5, inciso LIV, y 93, inciso IX, CRFB). El segundo es de *orden institucional*, está estructurado para promover la *unidad del Derecho* y se orienta a la realización de la *seguridad jurídica*, de la *igualdad* y de la *coherencia normativa*.

*Fundamentación y precedente son dos discursos jurídicos, con orientaciones y funciones distintas, lo que da motivo a la decisión judicial en el Estado Constitucional.*

## 2. EL DISCURSO PARA EL CASO: LA FUNDAMENTACIÓN

La Constitución Federal brasileña refiere que «todos los juzgamientos de los órganos del Poder Judicial serán públicos, y todas las decisiones fundamentadas, bajo pena de nulidad» (art. 93, inciso IX). El deber de motivación de las decisiones judiciales es *inherente* al Estado Constitucional<sup>1</sup> y constituye un verdadero *banco de prueba del derecho al contradictorio* de las partes<sup>2</sup>. No por acaso la doctrina vincula de forma muy especial el contradictorio, la motivación y el derecho al proceso justo. Sin motivación, la decisión judicial pierde, en una palabra, su propio carácter jurisdiccional<sup>3</sup>.

En el Código de Proceso Civil brasileño está dicho que son requisitos de la sentencia «los fundamentos, en donde el juez analizará las cuestiones de hecho y de derecho» (art. 458, inciso II), que «en los casos de extinción del proceso sin juzgamiento de mérito, el juez decidirá en forma concisa» (art. 459, párrafo único) y que «las sentencias y las decisiones de segundo grado»

serán proferidos con observancia de lo dispuestos en el art. 458; las demás decisiones serán fundamentadas, aunque de modo conciso» (art. 165). Por su parte, en el Código de Proceso Penal consta que la sentencia contendrá «la indicación de los motivos de hecho y de derecho en que se funde la decisión» (art. 381, inciso III)<sup>4</sup>.

En cuanto a la motivación de las decisiones judiciales, básicamente dos problemas surgen a consideración: *i)* la extensión del deber de motivación, y *ii)* la motivación de las decisiones frente a principios, reglas y postulados, de un lado, y de los conceptos jurídicos indeterminados y de las cláusulas generales, de otro. La adecuada solución de las cuestiones de allí provenientes es esencial para el fiel cumplimiento del deber de motivación de las decisiones judiciales y, por consecuencia, para que el discurso del Estado Constitucional del caso concreto sea jurídicamente responsable.

El problema de la extensión del deber de motivación de las decisiones judiciales tiene que ser resuelto a la luz del concepto de *contradictorio*. Es por esa razón que el nexo entre los conceptos es radical. Y la razón es simple: la motivación de las decisiones judiciales constituye el último momento de manifestación del derecho al contradictorio<sup>5</sup> y proporciona un parámetro seguro para la verificación de la sumisión del juzgador al contradictorio y al deber de debate que emana de él. Sin contradictorio y sin motivación adecuados no hay proceso justo.

En el tiempo en que se entendía al contradictorio como algo tan solamente atinente a las partes y, por tanto, en sentido débil, se afirmaba que el deber de motivación de las decisiones judiciales *no podría tener como parámetro para la verificación de corrección la actividad desarrollada por las partes en el juicio*. Bastaba al órgano jurisdiccional, para considerar su decisión como motivada, *demostrar cuáles eran las razones que fundaban el dispositivo*. Bastaba la *no contradicción* entre las proposiciones constantes de la sentencia. Se partía de un *criterio*

1 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. «A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito». En: *Temas de Direito Processual*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 83-95, segunda serie.

2 De ahí la razón por la cual la doctrina especializada enfatiza la ligación entre el *richterliche Begründungspflicht* y la *Anspruch auf rechtliches Gehör* (BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht – Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*. Berlín: Duncker & Humblot, 1971, pp. 152-161); entre el *diritto di difesa* y la *motivazione della sentenza* (TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padua: Cedam, 1975, pp. 401-405); entre el *derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la defensa y motivación judicial* (ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 145-148). Sobre el asunto, también, MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel. «Direito de ação, contraditório e motivação das decisões judiciais». En: SARLET, Ingo Wolfgang y SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 557-564.

3 Sobre la ligación entre el concepto de jurisdicción y la necesidad de motivación de las decisiones judiciales, cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, vol. I. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 103-104.

\* [N. del T.]: La palabra usada en el texto es «acórdão», que en el derecho brasileño refiere a la decisión emitida por el órgano jurisdiccional colegiado de segundo grado (art. 163, CPC brasileiro).

4 Sobre la motivación de la sentencia civil, cfr. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987; NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

5 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 389.

*intrínseco* para la verificación de la completitud del deber de motivación.

Existen decisiones del Supremo Tribunal Federal que aún hoy comulgan de semejante entendimiento. Así, por ejemplo, no es raro advertir en sus decisiones entendimiento como el siguiente: basta al juzgador exponer «de modo claro las razones de su convencimiento» para que su decisión sea considerada como motivada<sup>6</sup>. Traduciendo: *es innecesario el debate con las partes partiéndose de los fundamentos invocados por ellas en sus manifestaciones procesales*.

Ocurre que un entendimiento de ese orden *se encuentra en total descompás con la nueva visión respecto del derecho al contradictorio*. Si contradictorio significa un derecho de influir, es poco más que evidente que tiene que tener como contrapartida el *deber de debate*, esto es, *deber de consulta*, de *diálogo*, inherente a la *estructura cooperativa del proceso*. Como es de facilísima intuición, *no es posible verificar si la influencia fue efectiva si no hay deber judicial de rebatir los fundamentos alegados por las partes*.

No es por otra razón, a propósito, que el Supremo Tribunal Federal igualmente decidió que el derecho al contradictorio implica el deber de que el órgano jurisdiccional contemple los fundamentos alegados por las partes en juicio y considerarlos seria y detenidamente<sup>7</sup>. Vale decir: partiéndose de una *acepción fuerte de contradictorio*, el parámetro para la verificación de la corrección de la motivación de la decisión judicial *deja de ser tan solamente intrínseco* (la inexistencia de contradicción lógica de la decisión y la correcta exposición del convencimiento judicial) y *pasa a asumir también una forma extrínseca* (la fundamentación de las manifestaciones de las partes). *No puede hablarse de decisión motivada si ésta no enfrenta expresamente los fundamentos*

*argüidos por las partes en sus manifestaciones procesales*<sup>8</sup>.

La motivación de la decisión en el Estado Constitucional, para que sea considerada completa y constitucionalmente adecuada, requiere en su articulación mínima, en síntesis: *i)* la enunciación de las elecciones desarrolladas por el órgano judicial para *a)* la individualización de las normas aplicables, *b)* la verificación (*accertamento*) de las alegaciones de hecho; *c)* la calificación jurídica del soporte fáctico; *d)* consecuencias jurídicas provenientes de la calificación jurídica del hecho; *ii)* el contexto de los nexos de implicación y coherencia entre dichos enunciados; y *iii)* la justificación de los enunciados con base en criterios que evidencian que la elección del juez haya sido racionalmente correcta. En «*i)*» deben constar, necesariamente, los fundamentos argüidos por las partes, de modo que se pueda verificar la consideración seria del órgano jurisdiccional respecto de las razones alegadas por las partes en sus manifestaciones procesales<sup>9</sup>.

Una situación particular que inspira un cuidado específico en términos de fundamentación de las decisiones judiciales está en la aplicación de principios, reglas y postulados normativos, así como la aplicación de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados. Como es ampliamente sabido, el pasaje del Estado Legislativo al Estado Constitucional ocasionó *tres grandes cambios*: el primero, en el terreno de las *fuentes jurídicas*; el segundo, en la comprensión de la naturaleza de la *interpretación jurídica*; el tercero, en la *técnica legislativa*<sup>10</sup>. Es fácil percibir, por tanto, que el pasaje del Estado Legislativo al Estado Constitucional dio lugar a un viraje elocuentemente apuntado por la doctrina: de la *vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho (Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*<sup>11</sup>) a la *vocación de nuestro tiempo para la jurisdicción*

6 STF, 1ª Sala, AgRg en el AI n. 666.723/SC, rel. Min. Carlos Britto, decidido en 19.05.2009.

7 STF, Pleno, MS n. 25.787/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, decidido en 08.11.2006, DJ 14.09.2007, p. 32.

8 Y aquí interesa recordar que, en la fundamentación de la sentencia, los fundamentos no se confunden con los simples argumentos de las partes. Como ya referimos en otro lugar, «el juez no está obligado a responder a todos los argumentos de las partes en la fundamentación de la sentencia. Lo mismo vale para las decisiones de los tribunales. La jurisprudencia es pacífica en ese sentido (STF, 1ª Sala, REsp n. 681.638/PR, rel. Min. Teori Zavascki, decidido en 26.09.2006, DJ 09.10.2006, p. 262). Argumentos, sin embargo, no se confunden con fundamentos. Fundamentos constituyen los puntos argüidos por las partes de los cuales provienen, por sí solos, la fundabilidad o la infundabilidad del pedido formulado. Los argumentos, a su turno, son simples refuerzos teóricos que las partes realizan en torno a los fundamentos» (MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 419).

9 TARUFFO, Michele. *Ob. cit.*, p. 467; MARINONI, Luiz Guilherme y ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, vol. II. *Processo de conhecimento*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 412-413; ALVARO DE OLIVEIRA y MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, vol. I. *Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 47.

10 Sobre el pasaje del Estado Legislativo (*Stato di Diritto, Rechtsstaat*) al Estado Constitucional (*Stato Costituzionale, Verfassungsstaat*), cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite – Legge, Diritti, Giustizia*, 13ª reimpresión. Turín: Einaudi, 2005, pp. 20-56. Sobre la ideología de la sociedad, unidad legislativa e interpretación jurídica subyacente al Estado Legislativo, cfr. MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, 1ª ed. 2ª tiraje. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 276-286.

11 SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

12 PICARDI, Nicola. «La Vocazione del Nostro Tempo per la Giurisdizione». En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milán: Giuffrè, 2004, n. 1, pp. 41-71.

(*vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*<sup>12</sup>), o, aun mejor, para el proceso<sup>13</sup>.

En el terreno de las fuentes, en el Estado Legislativo se presuponía que toda norma era sinónimo de *regla*. Los principios eran comprendidos como *fundamentos* para normas, *pero jamás como normas*. En el Estado Constitucional, la teoría de las normas se articula en tres grandes especies: las normas pueden ser encuadradas como *principios*, *reglas* y *postulados*. Los principios ganan fuerza normativa, pues vinculan a sus destinatarios. Al lado de los principios y de las reglas, se teoriza igualmente a partir de *normas que buscan regular la aplicación de otras normas*: los postulados normativos (ejemplos: proporcionalidad, razonabilidad, concordancia práctica)<sup>14</sup>. Al lado de ese cambio *cualitativo*, en el Estado Constitucional conviven una *pluralidad de fuentes*: la forma Código pierde su carácter de *plenitud*, propio del Estado Legislativo, y pasa a desempeñar una función de *centralidad infraconstitucional*<sup>15</sup>. Abundan *estatutos*, *legislaciones especiales* e *instrumentos infralegales* que concurren para la regulación de la vida social<sup>16</sup>. El ordenamiento jurídico adquiere una forma *compleja*<sup>17</sup>. Se suma al cambio cualitativo un cambio *cuantitativo* en el campo de las fuentes.

En el ámbito de la interpretación jurídica, se aprecia la actividad jurisdiccional como una actividad de *reconstrucción* del sentido normativo de las proposiciones jurídicas<sup>18</sup>. Ello quiere decir que se asume la *separación entre texto y norma*: el legislador otorga *textos* y *no normas*. Las normas son fruto de un *otorgamiento de sentido a los textos* por sus destinatarios<sup>19</sup>. Es enorme, por tanto, la diferencia entre la interpretación jurídica en el Estado Legislativo y en el Estado Constitucional. Basta percibir que se presuponía en el primero una *unidad entre texto y norma*, entendiéndose que el legislador otorgaba no sólo el texto, sino también la norma, siendo función de la jurisdicción *declarar*

la norma pre-existente para la solución del caso concreto<sup>20</sup>.

En el campo de la técnica legislativa, finalmente, se pasa de una legislación redactada de forma *casuística* a una legislación en que se mezclan técnica casuística y técnica *abierta*. En el Estado Constitucional, el legislador redacta sus proposiciones sea previendo exactamente los casos que quiere regular, particularizando al máximo los términos, las conductas y las consecuencias legales (técnica casuística), sea empleando términos indeterminados, con o sin previsión de consecuencias jurídicas en la propia proposición (técnica abierta). Como fácilmente se percibe, entran en el segundo grupo los *conceptos jurídicos indeterminados* y las *cláusulas generales*, los primeros en donde, en el soporte fáctico, hay previsión de un término indeterminado y hay consecuencias jurídicas legalmente previstas; las segundas, como especies normativas en donde hay previsión de un término indeterminado en el soporte fáctico y no hay consecuencias jurídicas en la propia proposición legal<sup>21</sup>.

El impacto de ese *triple cambio* en el campo de la fundamentación de las decisiones judiciales es muy significativo. El pasaje del Estado Legislativo al Estado Constitucional impone una *fundamentación analítica* para la aplicación de principios y reglas mediante postulados normativos y para la concretización de términos indeterminados, con una eventual construcción de consecuencias jurídicas a ser imputadas a los destinatarios de las normas<sup>22</sup>.

Los principios jurídicos son normas que imponen un *estado ideal de cosas* a alcanzar. Ese estado de cosas debe ser *promovido mediante conductas que no son dadas, desde un primer momento, por los propios principios*. Frecuentemente, sin embargo, puede ocurrir que dos o más principios *colisionen* e impongan soluciones diferentes

13 Sobre el pasaje de la *jurisdicción al proceso* como *polo metodológico del proceso civil*, cfr. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 48-50 (hay traducción al castellano de la primera edición: *Colaboración en el proceso civil. Pressupuestos sociales, lógicos y éticos*, trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Communitas, 2009, pp. 51 y ss.).

14 Ampliamente: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

15 COUTO E SILVA, Clóvis do. «O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro». In: Fradera, Vera (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 11-31; MARTINS-COSTA, Judith. *Ob. cit.*, pp. 169-270.

16 Sobre la *decodificación* y la *recodificación* (a partir del eje constitucional), cfr. IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*, 4ª ed. Milán: Giuffrè, 1999; id. *Codice Civile e società politica*, 7ª ed. Roma: Laterza, 2005.

17 GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milán: Giuffrè, 1998, pp. 163-164.

18 ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.*, pp. 33-34; GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria del Diritto e dello Stato*. Turín: Giappichelli, 2006, p. 101.

19 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

20 Sobre la diferencia de las relaciones entre legislación y jurisdicción en el Estado Legislativo y en el Estado Constitucional, cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, vol. I. *Teoria geral do processo*. *Ob. cit.*, pp. 21-153; ALVARO DE OLIVEIRA y MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. *Ob. cit.*, pp. 121-130.

21 Ampliamente: MARTINS-COSTA, Judith. *Ob. cit.*, pp. 273-348.

22 MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. *Ob. cit.*, pp. 419-421.

para un mismo problema jurídico. En ese caso, es preciso *concretizar* los principios jurídicos según niveles diferentes de intensidad con el auxilio de otras normas, es decir, mediante los postulados normativos. Los principios son aplicados concomitantemente, sólo que en grados diferentes. *Por tanto, para una correcta aplicación de los principios jurídicos en juicio es necesario, en primer lugar, identificar cuáles son las finalidades que ellos imponen y cuál es la colisión existente. En segundo lugar, es preciso identificar cuál es el postulado más adecuado para la solución de la colisión principiología –elección que obviamente exige justificación– y de qué manera este postulado lleva a la solución del problema puesto en juicio, lo cual, evidentemente, también demanda justificación propio por parte del intérprete.*

Pero no es solamente la aplicación de principios jurídicos lo que inspira mayores cuidados en el Estado Constitucional. *Igualmente puede ocurrir que determinada regla jurídica, que es una norma que impone directamente una conducta a su destinatario, sea superada en concreto y no sea aplicada para regular un caso que, en principio, debería normativizar. Dado que semejante situación deba ser entendida como excepcional en el orden jurídico, es necesario tener presente la posibilidad de su ocurrencia. Las reglas jurídicas también pueden ser superadas con el auxilio de los postulados normativos. Así, en los casos que implican la superación de reglas, es imprescindible que se explicita cuál es el postulado normativo que autoriza su no aplicación y cuáles son las razones que la sustentan. Luego, aún es necesario justificar cuáles son las razones que sustentan la solución adoptada para regular el caso concreto.*

Las normas que contienen *conceptos jurídicamente indeterminados* se caracterizan por la circunstancia de que sus *presupuestos de incidencia constituyan un término indeterminado*. Su consecuencia, sin embargo, es *determinada*. El problema que surge en juicio, por tanto, se refiere a la *caracterización del término indeterminado*. Es necesario, primero, *precisar el término indeterminado* para que *después* la norma pueda ser *aplicada por subsunción*. A diferencia de las normas que presentan un concepto jurídicamente indeterminado, aquellas que contienen *cláusulas generales* traen una *doble indeterminación: el presupuesto de incidencia es indeterminado y su consecuencia también lo es*. De ahí la existencia de un doble problema en el juicio: *precisar qué significa el término indeterminado empleado por el legislador y delinear cuáles son las consecuencias jurídicas de la incidencia de*

*la norma*. Es preciso dar *concreción* al término indeterminado utilizado por el legislador para *normativizar* el problema llevado al proceso y delinear las consecuencias jurídicas que deben ser imputadas a los destinatarios de la norma.

Como fácilmente se percibe, para la adecuada solución de los problemas suscitados por la fundamentación de las decisiones, la doctrina utiliza *institutos propios de la tradición romano-canónica*. El discurso jurídico que se realiza a partir de la decisión judicial es un discurso que echa mano de conceptos como *norma, principio, regla, postulado, cláusulas generales, conceptos indeterminados, alegaciones de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos del derecho, hechos esenciales y no esenciales*, entre otros. Es un discurso que nos es literalmente *familiar*.

### 3. EL DISCURSO PARA LA SOCIEDAD: EL PRECEDENTE JUDICIAL

La decisión judicial abre espacio, de otro lado, para la promoción de la *unidad del Derecho* a partir del trabajo desarrollado por los jueces y tribunales. Para que la unidad del Derecho sea promovida y para que el sistema se mantenga y se desenvuelva con observancia de la *seguridad jurídica*, de la *igualdad* y de la *coherencia*, es esencial que la doctrina organice un discurso jurídico a partir de la decisión judicial capaz de asegurar una correcta identificación y aplicación de los precedentes judiciales<sup>23</sup>. La decisión judicial da lugar a la construcción de un *lenguaje específico* dirigiéndose a la obtención de la unidad del Derecho. Su orientación es *institucional* y está direccionada a la *sociedad en general*. Tiene vocación necesariamente *erga omnes*. La decisión judicial es comprendida allí como un *hecho institucional*, o, como prefiere la doctrina, como un «acto-hecho»<sup>24</sup>.

El gran problema que se establece a partir de ahí es que, al contrario del discurso respecto de la fundamentación de la decisión judicial, *el discurso sobre la necesidad respecto a los precedentes y su aplicación concreta sólo puede ser recogido en un manantial teórico extraño a la tradición romano-canónica*. Si es verdad que *las razones para seguir precedentes son comunes a ambas tradiciones*, también lo es que sólo en la tradición del *Common Law* se debe buscar los medios por los cuales los precedentes pueden ser correctamente identificados y aplicados en juicio. Es a partir de aquella tradición que la cultura

23 Sobre el punto, ampliamente: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

24 Es la lección de DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno y OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, 5ª ed., vol. II. Salvador: JusPodium, 2010, pp. 387-388.

brasileña (y latinoamericana en general) debe pensar –críticamente– la adopción de un sistema de precedentes<sup>25</sup>.

La necesidad de seguir precedentes no puede ser seriamente contestada en el Estado Constitucional, que es un Estado donde hay *juridicidad y seguridad jurídica*. La *juridicidad* –todos abajo del Derecho<sup>26</sup>– remite a la *justicia*, que a su turno remonta a la *igualdad*<sup>27</sup>. La *juridicidad* tiene que ser dotada de *racionalidad*, lo que conduce a la necesidad de *coherencia* –o, mejor, como recuerda la doctrina, de «*doble coherencia*» (*double coherence*)<sup>28</sup>. El derecho a la *seguridad jurídica* constituye un derecho a la *certeza*, a la *estabilidad*, a la *confiabilidad* y a la *efectividad* de las situaciones jurídicas<sup>29</sup>.

Como observa la doctrina, «*it is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike*»<sup>30</sup>. Comprendida en la perspectiva de nuestro Estado Constitucional, esa lección –difícilmente contestable en cualquier cultura jurídica<sup>31</sup>– nos remite automáticamente al reconocimiento de la vigencia de la regla del *stare*

*decisis* en Brasil<sup>32</sup> y al problema de la identificación del *precedente judicial*.

Las *decisiones judiciales* operan normalmente a partir de *casos*. La *jurisdicción* es el poder conferido al juez de decidir jurídicamente de forma imparcial, fundamentada, imperativa e irrevocable casos llevados a su apreciación. Los *precedentes* no son equivalentes a las decisiones judiciales. Ellos son *razones generalizables* que pueden ser identificados a partir de las decisiones judiciales. El precedente es formado a partir de la decisión judicial<sup>33</sup>. Y por tener como *materia prima la decisión*, el precedente trabaja esencialmente sobre *hechos jurídicos relevantes que componen el caso examinado por la jurisdicción* y que determinaron la emanación de la decisión de la *forma* como fue proferida.

El precedente puede ser identificado con la *ratio decidendi* de un caso o de una cuestión jurídica, también conocido como *holding* del caso<sup>34</sup>. La *ratio decidendi* constituye una *generalización de las razones* adoptadas como *pasos necesarios* y

25 Sobre el asunto se viene formando abundante literatura. Para quedarnos apenas con algunos libros publicados en Brasil al respecto: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial – Autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. Ob. cit.; RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

26 MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law – An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford Press University, 2008, p. 60.

27 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 245; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. Antônio Menezes Cordeiro, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 20.

28 Coherencia como congruencia social (*social congruence*) y como consistencia sistemática (*systemic consistency*). Como recuerda Melvin Eisenberg (*The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 44), «the term coherence has several senses, depending on the type of material to which it is applied. One sense of the term is the 'integration of social and cultural elements based on a consistency pattern of values and a congruous set of ideological principles' – or coherence as congruence. A second sense is a 'systematic or methodical connectedness or interrelatedness [especially] when governed by logical principles' – or coherence as consistency».

29 Sobre el concepto de seguridad jurídica, cfr. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica – Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 250-256.

30 CROSS, Rupert y HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*, 4ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 3.

31 MARINONI, Luiz Guilherme. «Aproximação crítica entre as jurisdições de *Civil Law* e *Common Law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil». En: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 172; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. «Estabilidade e adaptabilidade do direito como objetivos do Direito – *Civil Law* e *Common Law*». En: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 172.

32 Cuya vigencia es comprobada por la normatividad de los fundamentos del Estado Constitucional y por el otorgamiento de competencia decisoria, en última instancia, al Supremo Tribunal Federal (art. 102, CRFB) y al Superior Tribunal de Justicia (art. 105, CRFB).

33 Como enseña Luiz Guilherme MARINONI (*Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., pp. 215-216), no toda decisión judicial forma un precedente, aunque todo precedente sea proveniente de una abstracción realizada a partir de una o de más de una decisión judicial: «Sería posible pensar que toda decisión judicial es un precedente. Sin embargo, ambos no se confunden, pues sólo tiene sentido hablar de precedente cuando se tiene una decisión dotada de determinadas características, básicamente, la potencialidad de afirmarse como paradigma para la orientación de los jurisdicionados y de los magistrados. De modo que, si todo precedente proviene de una decisión, no toda decisión constituye precedente. Nótese que el precedente constituye una decisión acerca de la materia de derecho –o, en los términos del *common law*, de un *point of law*– y no de la materia de hecho. Cuando son enfrentados los puntos de derecho, las decisiones muchas veces de limitan a anunciar lo que está escrito en la ley, no revelando propiamente una solución judicial acerca de la cuestión de derecho, en el sentido de una solución que al menos dé una interpretación a la norma legal. De cualquier forma, la decisión que interpreta la ley pero que sigue una decisión que la consolidó, no por ello constituye precedente. Sin embargo, para constituir precedente no basta que la decisión sea la primera en interpretar la norma. Es preciso que la decisión enfrente todos los principales argumentos relacionados a la cuestión de derecho puesta en la moldura del caso concreto. Ello inclusive porque los contornos de un precedente pueden surgir a partir del análisis de varios casos, o mejor, mediante una construcción de la solución judicial de la cuestión de derecho que pasa por diversos casos».

34 EISENBERG, Melvin. Ob. cit., p. 52. Anótese apenas que la expresión *holding* para designar la *ratio decidendi* es más común en los Estados Unidos de América que en Inglaterra (Cfr. MARSHALL, Geoffrey. «What is binding in a precedent». En: MacCormick, Neil y Summers, Robert (coords.). *Interpreting precedents – A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, p. 513).

suficientes para decidir un caso o las cuestiones de un caso por el juez<sup>35</sup>. En un lenguaje propio de la tradición romano-canónica, podríamos decir que la *ratio decidendi* debe ser formulada por abstracciones realizadas a partir de la fundamentación de la decisión judicial. Es preciso percibir, sin embargo, que *ratio decidendi* no es sinónimo de *fundamentación* –ni, tampoco, de *raciocinio judicial*<sup>36</sup>–. La fundamentación, así como el raciocinio que en ella tiene lugar, se refiere al caso particular. La *ratio decidendi* se refiere a la *unidad del Derecho*. No obstante, la *ratio* es formada con material recogido en la fundamentación.

Y justamente por esa razón, la *ratio* toma en consideración las *cuestiones relevantes* que constan en los casos. La *ratio* es una *razón necesaria y suficiente* para resolver una *cuestión relevante* que consta en el caso<sup>37</sup>. La *ratio decidendi* encierra el análisis de la *dimensión fáctico-jurídica de las cuestiones* que deben ser resueltas por el juez. La proposición es *necesaria* cuando sin ella no sea posible llegar a la solución de la cuestión, en tanto que es *suficiente* cuando basta para la resolución de la cuestión. La proposición necesaria y suficiente para la solución de la cuestión se reputa *esencial y determinante* y consustancia el *precedente (ratio decidendi – holding)*. Esta es la *dimensión objetiva del precedente*<sup>38</sup>.

No todo lo que está en la fundamentación es aprovechado para la formación del precedente. Existen varias *proposiciones que no son necesarias para la solución* de ninguna cuestión del caso. En esa hipótesis, todo ese material judicial debe ser calificado como *obiter dictum* –literalmente: «dicho de pasada», «por el camino» (*saying by the way*)<sup>39</sup>. *Obiter dictum* es aquello que es dicho durante un juzgamiento o que consta en una decisión *sin referencia al caso* o que *concierna al caso, pero no constituye una proposición necesaria para su solución*.

Identificar aquello que adquiere fuerza de precedente a partir de la decisión judicial es apenas una parte del problema. A partir de ahí es

preciso saber cómo *trabajar* con los precedentes. Es preciso comprender la «dinámica del precedente»<sup>40</sup>.

En primer lugar es preciso saber cuándo un precedente es aplicable para la solución de una cuestión y cuándo no lo es. Si la cuestión que debe ser resuelta ya cuenta con un precedente –o sea, si es la *misma cuestión* o si es *semejante*– el precedente se aplica al caso. El raciocinio es eminentemente *analógico*<sup>41</sup>. Sin embargo, si la cuestión no fuera idéntica o semejante, esto es, si existieran *particularidades fáctico-jurídicas no presentes* –y por ello *no consideradas*– en el precedente, entonces se debe *distinguir* el caso del precedente, recusándole aplicación<sup>42</sup>. Se trata de realizar una distinción (*distinguishing*)<sup>43</sup>.

Para que exista fidelidad al precedente, las *distinciones tienen que ser consistentes*, esto es, tienen que ser realizadas a partir de una *diferenciación real* subyacente entre las cuestiones examinadas por el órgano jurisdiccional. En la práctica estadounidense, sin embargo, existe la posibilidad de una *elaboración de distinciones inconsistentes (drawing of inconsistent distinctions)*<sup>44</sup>. En esos casos, la Corte distingue el caso, negando en parte el precedente, no obstante, sin presentar criterios seguros para ello. Normalmente, la elaboración de distinciones inconsistentes sirve para mostrar que el órgano jurisdiccional está en dudas sobre el acierto de la solución contenida en el precedente y que probablemente superará en breve<sup>45</sup>. En ese sentido, la técnica de las distinciones inconsistentes funciona como *señalización* de un movimiento esbozado por la Corte respecto de la solución de determinada cuestión.

En segundo lugar, teniendo en cuenta la necesidad de *desarrollar el derecho* a fin de mantenerlo siempre fiel a la necesidad de su *doble coherencia*, un sistema de precedentes precisa prever técnicas para su *superación*, sea total (*overruling*), sea parcial. En esta última hipótesis, la superación puede darse mediante *transformación (transformation)*

35 En la tradición del *Common Law*, la *ratio decidendi* es identificada para la solución de casos. Sin embargo, nada justifica semejante restricción frente al derecho brasileño. Los precedentes sirven más propiamente para la decisión de *cuestiones*, constantes de casos (así, con amplio análisis del tema: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., pp. 221-263).

36 DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 67.

37 Para la identificación de la *ratio decidendi* en la tradición del *Common Law* son notorios dos métodos: el test de Wambaugh y el método de Goodhart. El análisis pormenorizado del tema, sin embargo, desborda del perfil del presente trabajo. Sobre el asunto en la doctrina brasileña, cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., pp. 224-228. En la doctrina inglesa, cfr. CROSS, Rupert y HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Ob. cit., pp. 52-71.

38 TARUFFO, Michele. «Dimensioni del precedente giudiziario». En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 1994, n. 2, pp. 411-430; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. Ob. cit., pp. 305-306.

39 DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 68.

40 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno y OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., pp. 392-398.

41 CROSS, Rupert y HARRIS, J. W. Ob. cit., p. 192.

42 DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 113.

43 En la doctrina brasileña, ampliamente: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ob. cit., pp. 326-388.

44 EISENBERG, Melvin. Ob. cit., pp. 136-140.

45 *Ibidem*, p. 139.

o *rescritura (overriding)*. Para la protección de la *confianza* depositada en el precedente y de la *igualdad* de todos antes el orden jurídico, la superación del precedente normalmente es señalizada (*signaling*) por la Corte y, en otras, la eficacia de la superación del precedente sólo se realiza para el futuro (*prospective overruling*).

La superación de un precedente (*overruling*) constituye la respuesta judicial al *desgaste de su doble coherencia (congruencia social y consistencia sistémica)*. Cuando el precedente carece de doble coherencia y los principios básicos que sustentan la regla del *stare decisis* –seguridad jurídica e igualdad– dejar de autorizar su replicabilidad (*replicability*), el precedente debe ser superado. Esa conjugación es entendida por la doctrina como la norma básica para la superación del precedente (*basic overruling principle*)<sup>46</sup>.

La posibilidad de superación del precedente coloca en evidencia la necesidad de *protección de la confianza* de aquellos que lo tenían en consideración para hacer sus elecciones socio-económicas y de la manutención de la *igualdad* de todos ante el orden jurídico. Es que la alteración del precedente no puede causar *sorpesa injusta (unfair surprise)* ni ocasionar un tratamiento no isonómico entre personas que se encuentran temporalmente en situaciones idénticas o semejantes. De ahí que muchas veces la modificación del precedente es señalizada (*signaling*) por la Corte responsable por su autoridad, precisamente para indicar a los interesados la posibilidad de cambio del entendimiento judicial<sup>47</sup>. Por la *señalización*, la Corte no distingue el caso ni revoca el precedente en todo ni en parte, sino manifiesta su preocupación con la justicia de la solución expresada en él. Esa es una de las maneras por las cuales se busca evitar la *traición a la confianza legítima del jurisdiccionalado* en los precedentes judiciales.

Otra manera es permitir la eficacia de la alteración del precedente sólo para el futuro (*prospective overruling*). En ese caso, además de la protección de la confianza y de la igualdad, la modulación de los efectos debe tener en consideración la *mayor o menor densidad de las normas* aplicadas para la resolución del caso o de la cuestión jurídica, y la *mayor o menor apertura semántica del texto*

empleado en la redacción legislativa. Cuanto *menor sea la densidad normativa* (por ejemplo, principio), *mayor será la confianza* en su concretización judicial. Cuando *mayor sea la apertura semántica* (por ejemplo, cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados), *mayor será la confianza en su concretización judicial*. Son criterios que pueden colaborar en el otorgamiento de eficacia *ex nunc* a la alteración del precedente.

Puede ocurrir que no sea *oportuna* –o *necesaria*– la revocación total del precedente. En esos casos, para patrocinar en parte su alteración (*overturning*) se echa mano de las figuras de la transformación (*transformation*) y de la *rescritura (overriding)*. De un lado, hay transformación cuando la Corte, sin negar *formalmente* el precedente, esto es, sin admitir que cometió un equívoco en la solución del caso anterior, *lo reconfigura parcialmente*, tomando en cuenta aspectos fáctico-jurídicos no considerados como relevantes en la decisión del caso o de la cuestión jurídica anterior. En síntesis, la transformación sirve para alterar en parte el precedente con la producción de resultados compatibles con él. La mayor parte de las veces, sin embargo, la transformación se equipara sustancialmente a la revocación total del precedente, con la única diferencia que con él la corte no anuncia expresamente la revocación<sup>48</sup>.

De otro lado, la *rescritura* funciona como redefinición del ámbito de incidencia del precedente. El precedente es rescrito con el fin de restringir su ámbito de aplicación. A partir de la *rescritura*, algo que no fue considerado en el precedente anterior es sopesado y, allí, su alcance es comprimido<sup>49</sup>. El precedente no es totalmente revocado, pero pierde espacio de incidencia. Con la *rescritura* ha, de hecho, una alteración parcial del precedente.

Es fácil notar que la aplicación de precedentes da lugar a un *lenguaje no común* a la tradición romano-canónica. Se habla de *ratio decidendi, obiter dictum, distinciones, superaciones, señalización, superaciones para el futuro, cuestiones relevantes, hechos relevantes, rescritura, transformación*. Es un discurso sustancialmente nuevo, que no se confunde con el discurso de la decisión del caso, en donde se inserta la fundamentación, aunque tenga como el mismo denominador común la

46 Es la tesis de Melvin Eisenberg (*Ob. cit.*, pp. 104-105) desarrollada en Brasil por Luiz Guilherme Marinoni (*Precedentes obrigatórios. Ob. cit.*, pp. 390-403). Es claro que existen, igualmente, situaciones en que la Corte simplemente altera su entendimiento porque reconoce un *evidente equívoco* en el precedente (GERHARDT, Michael. *The Power of Precedent*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 19). En ese caso, normalmente el equívoco es apuntado por el *consenso académico* existente sobre el cual sería la solución adecuada para el caso o para la cuestión jurídica tratado por el precedente.

47 Ampliamente, con un adecuado examen bibliográfico: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios. Ob. cit.*, p. 336-344. Correlato al problema de la señalización es el de la posibilidad de anticipación de la revocación del precedente (*anticipatory overruling*) por las Cortes sometidas a él. Sobre el asunto, igualmente, cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem*, pp. 403-421.

48 EISENBERG, Melvin. *Ob. cit.*, p. 132-135.

49 *Ibidem*, pp. 135-136.



decisión judicial. No obstante su novedad, es a partir de su asimilación crítica y adecuada que se podrá esperar buenos frutos para el tratamiento del derecho en Brasil y en Latinoamérica.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

A fin de que los *diferentes discursos* que pueden ser contruidos a partir de la decisión judicial no se sobrepongan ni se confundan, es preciso que los *términos* ligados a cada uno de ellos queden claros. Cuando se trabaja en la *perspectiva del caso*, se habla de *causa de pedir*, de *hecho esenciales* y *hechos no esenciales*, *fundamentación*, *dispositivo*, *cosa juzgada*. Pero ninguno de esos *términos* tiene mayor importancia para la *perspectiva de la unidad del Derecho*. En ella, se habla de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *cuestiones relevantes*, *distinciones*, *superaciones*, *transformaciones*, *rescrituras*, *señalización*. Es preciso dejar claro, para la buena práctica, que *fundamentación* y *precedente* son dos temas distintos y que se articulan mediante una terminología propia, aunque puedan ser reconducidos unitariamente al ámbito teórico de la decisión judicial. ☒

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto y MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, vol. I. *Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios Jurídicos*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Segurança jurídica – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. «A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito». En: *Temas de Direito Processual*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, segunda serie.

BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht – Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*. Berlín: Duncker & Humblot, 1971.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. Antônio Menezes Cordeiro, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis do. «O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro». En: Fradera, Vera (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 11-31.

CROSS, Rupert y HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*, 4ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno y OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II. 5ª ed. Salvador: JusPodium, 2010.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

EISENBERG, Melvin. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GERHARDT, Michael. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milán: Giuffrè, 1998.

\_\_\_\_\_. *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*. Turín: Giappichelli, 2006.

IRTI, Natalino. *Letà della decodificazione*. 4ª ed. Milán: Giuffrè, 1999.

\_\_\_\_\_. *Codice Civile e società politica*. 7ª ed. Roma: Laterza, 2005.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of law – An essay in legal theory*. Oxford: Oxford Press University, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, vol. I. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. «Aproximação crítica entre as jurisdições de *Civil Law* e *Common Law* e a necessidade de respeito

aos precedentes no Brasil». En: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 172.

\_\_\_\_\_. y ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, vol. II. *Processo de conhecimento*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. y MITIDIERO, Daniel. «Direito de ação, contraditório e motivação das decisões judiciais». En: Sarlet, Ingo Wolfgang y Sarmiento, Daniel (coords.), *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil comentado*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARSHALL, Geoffrey. «What is binding in a precedent». En: McCormick, Neil y Summers, Robert (coords.). *Interpreting precedents – A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – Pressupostos sociais, lógicos e Éticos*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Colaboração en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos*, trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Communitas, 2009.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PICARDI, Nicola. «La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione». En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 2004, n. 1, pp. 41-71.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SAVIGNY, Karl Friedrich von. *Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial – Autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padua: Cedam, 1975.

\_\_\_\_\_. «Dimensioni del precedente giudiziario». En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 1994, n. 2, pp. 411-430.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. «Estabilidade e adaptabilidade do direito como objetivos do Direito – Civil Law e Common Law». En: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 172.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite – Legge, diritti, giustizia*, 13ª reimpressão. Torino: Einaudi, 2005.