



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

DENARCY SOUZA E SILVA JÚNIOR
(Turma 11)

**PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:
Coerência e Integridade na Construção de Respostas Adequadas à Constituição**

MACEIÓ
2017

DENARCY SOUZA E SILVA JÚNIOR
(Turma 11)

**PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:
Coerência e Integridade na Construção de Respostas Adequadas à Constituição**

Dissertação apresentada para banca de defesa final como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira

MACEIÓ
2017

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecária Responsável: Janaina Xisto de Barros Lima

S586p Silva Júnior, Denarcy Souza e.
Precedentes judiciais obrigatórios e princípio da legalidade : coerência e integridade na construção de respostas adequadas à constituição / Denarcy Souza e Silva Júnior. – 2017.
146 f.

Orientador: Pedro Henrique Pedrosa Nogueira.
Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2017.

Bibliografia: f. 138-146.

1. Precedentes judiciais. 2. Princípio da legalidade. 4. Direito – Integridade. 5. Dworkin, Ronald, 1931-2013. I. Título.

CDU: 340



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



DENARCY SOUZA E SILVA JÚNIOR

“PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: Coerência e Integridade na Construção de Respostas Adequadas à Constituição”

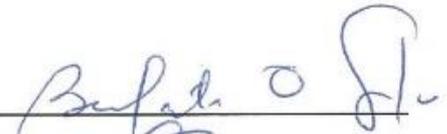
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva (UFAL)

Julgamento: APROVADO (9,5)

Assinatura: 

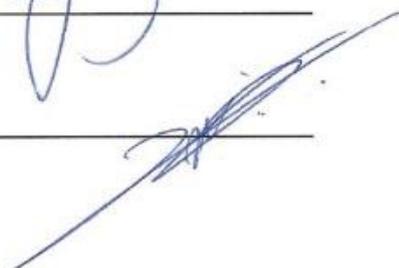
Prof. Dr. José Barros Correia Júnior

Julgamento: APROVADO (9,5)

Assinatura: 

Prof. Dr. Jean Carlos Dias (UFPA)

Julgamento: APROVADO (9,5)

Assinatura: 

Maceió, 05 de junho de 2017.

Ao meu pai Denarcy (*in memoriam*).
A Denarcy Netto e Lara, com meu mais profundo
amor.

AGRADECIMENTOS

Após alguns anos resolvi novamente buscar conhecimentos para além dos adquiridos na minha trajetória jurídica de então. Essa intenção, que de início poderia parecer solitária, só foi possível com a junção de inúmeros esforços de pessoas sem as quais eu não conseguiria sequer sentar nos bancos do Mestrado da Ufal.

Primeiramente, agradeço à minha família, alicerce de quem me tornei, em especial à minha mãe Elenita e à minha irmã Ana Enaura, por estarem sempre presentes em minha vida, ajudando, mesmo sem perceber, na construção da minha trajetória.

Aos meus filhos Denarcy Netto e Lara, pela compreensão em minha ausência e pelo apoio sempre externado nos vários sorrisos e abraços que acalentaram as minhas inquietações, me dando força para seguir em frente.

Um agradecimento especial à Camila, minha companheira incansável, por todo amor, apoio e abnegação durante o curso de mestrado e por ser um ouvido sempre atento e carinhoso aos meus mais profundos incontentamentos.

Aos professores do curso de mestrado da Ufal, em especial a Beclaute, Olga e Andreas Krell, por conseguirem extrair o meu melhor, com críticas construtivas e que me levaram a reflexões ainda impensadas apesar dos vários anos dedicados ao estudo do Direito. A todos os mestres, o meu sincero agradecimento.

Agradeço imensamente a oportunidade que tive de receber a orientação de Pedro Henrique Nogueira, a quem já conhecia e passei a admirar, não apenas pelo seu formidável conhecimento jurídico, mas, sobretudo, pela honestidade intelectual e pela generosidade com a qual me conduziu na tortuosa missão de escrever sobre tema ainda obscuro na cultura jurídica brasileira.

Um sincero agradecimento aos meus amigos da turma Hart do Mestrado em Direito da Ufal, por terem dividido comigo angústias, apreensões, felicidades, mas, principalmente, os conhecimentos adquiridos ao longo do curso. A todos sou muito grato pela convivência e ensinamentos, em especial ao Estácio, amigo que o mestrado me deu.

Aos amigos Nathália Rodrigo e Luís Vale, meus verdadeiros irmãos, por estarem sempre presentes e terem possibilitado a conclusão do curso de mestrado, cada um com imensa parcela de “culpa” por eu ter chegado até o fim desta empreitada. Nathália sempre solícita no que eu precisasse; Rodrigo me proporcionando tranquilidade para me dedicar aos estudos; e Luís Vale por sua disposição em debater tema tão intrincado. Sem vocês nada disso seria possível.

RESUMO

Será buscado ao longo deste trabalho aproximar as premissas do Direito como integridade de Ronald Dworkin ao paradigma interpretativo dos precedentes judiciais, os entendendo como textos passíveis de interpretação, afastando-se da sempre presente tentação de usar os precedentes como uma forma de simplesmente acelerar o processo decisório (déficit quantitativo), descuidando de levar os argumentos das partes a sério e com eles dialogar, em atenção à garantia do contraditório e da motivação das decisões judiciais (déficit qualitativo). Não se vai analisar o precedente, apenas, a luz de eventual segurança jurídica ou de previsibilidade das decisões, mas sim como uma importante ferramenta para a limitação da discricionariedade judicial na tomada de decisão, impondo que para casos semelhantes os mesmos padrões sejam utilizados, não se permitindo decisões *ad hoc* e que não guardem qualquer relação com a história institucional do Direito, na busca da resposta correta. Integridade e coerência serão tomadas nesta investigação como chaves hermenêuticas para a compreensão do Direito como um todo e não apenas para o direito processual civil ou para os precedentes judiciais. O Poder Público tem o dever de tratar a todos com igual consideração e respeito (*equal concern and respect*), isso não significando apenas a repetição de decisões iguais, mas, sobretudo, entender-se a decisão judicial como um ato, não de escolha, mas de responsabilidade política. Nesta perspectiva, a busca de respostas corretas é um imperativo da teoria do Direito, o que tem nos precedentes uma ferramenta imprescindível para a justiça da decisão. Pensar o Direito como tradição e tendo na pré-compreensão uma limitação da discricionariedade judicial (ausência de grau zero de sentido), afastando-se de subjetivismos e decisionismos, é base do presente trabalho, que adotará a teoria de justiça de Ronald Dworkin como referencial teórico, mas não de maneira acrítica e sem buscar adequá-lo às vicissitudes de um país filiado à tradição do *civil law*.

Palavras-chave: Precedente obrigatório; legalidade; direito como integridade.

ABSTRACT

This thesis will aim to approach the premises of Ronald Dworkin's Law as integrity to the interpretative paradigm of the jurisdictional precedents, understanding them as texts susceptible of interpretation, moving away from the always present temptation to use the precedents as a way to simply accelerate the decision-making process (quantitative deficit), neglecting to take seriously the arguments of the subjects of the process and to dialogue with them, in attention to the guarantee of the contradictor and of the motivation of the jurisdictional decisions (qualitative deficit). We won't analyse the precedent, only, in the light of an eventual legal security or decision's previsibility, but also as an important tool to the limitation of the jurisdictional discretion in the decision-making process, imposing that, for cases alike, the same patterns are used, forbidding ad hoc decisions that doesn't relate to the institutional history of the law, in the quest for the correct answer. Integrity and coherence will be taken in this investigation as hermeneutic Keys to the comprehension of the law as a whole, and not only to the civil procedural law or for the jurisdictional precedents. The Public Force has the duty to treat everyone with equal concern and respect, and that doesn't only mean the repetition of equal decisions, but, moreover, understanding the jurisdictional decision as an act, not of choice, but of political responsibility. In this perspective, the quest for right answers is an imperative of the legal theory, which have in the precedents an indispensable tool to the fairness of the decision. To think law as tradition, and having the pre-comprehension of a limitation of the jurisdictional discretion (absence of the degree zero of meaning), moving away from subjectivisms and decisionisms is the grounds of this thesis, that will adopt the theory of justice of Ronald Dworkin as a theoretical referential, but not in an acritic manner and not without trying to adequate it to the difficulties of a country that is adept to the civil law tradition.

Keywords: Biding precedent; legality; law as integrity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 INTEGRIDADE E COERÊNCIA COMO CHAVES HERMENÊUTICAS PARA A COMPREENSÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.	13
1.1 Bases teóricas das tradições de civil law e common law.....	20
1.1.1 As origens das tradições do <i>civil law</i> e do <i>common law</i>	20
1.1.2 A jurisprudência nas tradições do <i>common law</i> e do <i>civil law</i>	26
1.1.3 As funções desempenhadas pela jurisprudência nas tradições jurídicas.	30
1.2 Causas de aproximação entre as tradições de civil law e de common law.....	32
1.2.1 O impacto do constitucionalismo no <i>civil law</i> como causa de sua aproximação à tradição do <i>common law</i>	32
1.2.2 O surgimento do estado social e o problema da judicialização da política.	35
1.2.3 Cláusulas gerais e conceitos indeterminados: o problema da indeterminação do direito.....	39
1.3 A doutrina do precedente – <i>doctrine of stare decisis</i>.	44
2 NOTAS PARA UMA CONCEITUAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: DA SÚMULA AO PRECEDENTE.	46
2.1 Distinção entre conceito lógico-jurídico e jurídico positivo.	46
2.2 O precedente judicial como conceito jurídico fundamental.	51
2.3 Distinção entre precedente judicial e institutos afins.	59
2.4 O precedente judicial como ato-fato jurídico.....	63
2.5 <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>: distinções e aplicação no direito brasileiro.	67
3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS EM ANÁLISE: O NECESSÁRIO DIÁLOGO COM PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.	73
3.1 Considerações iniciais.....	73
3.2 Distinção entre princípios e regras: o problema da multiplicidade de significados do conceito de princípio no âmbito do conhecimento jurídico.	74
3.3 O princípio da legalidade em debate: o pós-positivismo e a supremacia da constituição.	80
3.4 A (in)constitucionalidade da obrigatoriedade dos incisos iii, iv e v do art. 927, do cpc-15: o problema da separação dos poderes e do princípio da legalidade.	88
3.5 Da integridade e coerência na adoção dos precedentes judiciais obrigatórios: construindo-se um caminho para a resposta correta.	93
4 PENSANDO O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS TAL QUAL UM ROMANCE EM CADEIA.	99
4.1 Direito como integridade e os precedentes judiciais.....	99

4.2 Legislação e integridade: construindo as bases para a adoção dos precedentes judiciais obrigatórios.	105
4.3 Precedentes judiciais e interpretação: um resgate hermenêutico.	110
4.4 Interpretando os precedentes judiciais: a lógica dialética da pergunta e da resposta.	115
4.5 Precedente judicial e sua (in)compatibilidade com o princípio da legalidade: escrevendo mais um capítulo do romance.	124
CONCLUSÃO.....	133
REFERÊNCIAS	136

INTRODUÇÃO

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, passou-se a prever no Direito positivo brasileiro, precisamente no art. 926 daquele diploma processual, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Esses deveres de coerência e integridade são a base central do presente trabalho, que objetiva estudar os precedentes judiciais obrigatórios à luz da teoria do Direito como integridade (*law as integrity*).

Não é de hoje que o Direito brasileiro compele a se trabalhar com precedentes judiciais, muitos deles vistos até como obrigatórios. Desde as reformas do Código de Processo Civil de 1973 e da Emenda Constitucional nº. 45/04, muito se vem estudando sobre precedentes judiciais, objetivando emprestar-lhes uma sistematização e aplicabilidade. Apesar deste esforço contínuo da doutrina, ainda persistem muitas perguntas sem respostas, principalmente por se buscar adotar num país de tradição do *civil law* a denominada doutrina do *stare decisis*.

Apesar de não ser algo novo, ainda há forte dissenso doutrinário sobre como adotar precedentes judiciais no Brasil, o que torna a investigação ainda pertinente e atual, mesmo porque se buscará com ela abrir possibilidades de se pensar os precedentes judiciais para além de uma previsão legal, forte na ideia de mesma consideração e respeito e de autogoverno, dentro de um paradigma pós-positivista e de um modelo participativo de processo.

Sabe-se que a utilização dos precedentes judiciais no Brasil de há muito está atrelada ao déficit quantitativo pelo qual passa o Poder Judiciário. A proliferação de demandas sobrecarrega os juízes, que têm que dar vazão tanto às demandas antigas quanto às novas que são propostas diariamente, e muitas vezes essa conta não fecha, aumentando o descrédito do Judiciário frente ao jurisdicionado. Talvez por isso os precedentes judiciais, algumas vezes, são vistos como uma forma de se objetivar o Direito, de responder os casos com teses jurídicas genéricas e abstratas, esquecendo-se da facticidade, do mundo vivido.

Nesta investigação não se pretende analisar esse déficit quantitativo, mas, sim, o qualitativo. Será buscado ao longo deste trabalho aproximar as premissas do Direito como integridade de Ronald Dworkin ao paradigma interpretativo dos precedentes judiciais, os entendendo como textos passíveis de interpretação, afastando-se, deste modo, da sempre presente tentação de usar os precedentes como uma forma de simplesmente acelerar o processo decisório (déficit quantitativo), descuidando de levar os argumentos das partes a sério e com eles dialogar, em atenção à garantia do contraditório e da motivação das decisões judiciais (déficit qualitativo).

Entretanto, não se vai analisar o precedente, apenas, à luz de eventual segurança jurídica ou de previsibilidade das decisões, mas sim como uma importante ferramenta para a limitação da discricionariedade judicial na tomada de decisão, impondo que para casos semelhantes os mesmos padrões sejam utilizados, não se permitindo decisões *ad hoc* e que não guardem qualquer relação com a história institucional do Direito, na busca da resposta correta. Não uma entre tantas racionalmente possíveis, mas aquela adequada à Constituição.

Integridade e coerência serão desenvolvidas no trabalho como chaves hermenêuticas para a compreensão do Direito como um todo e não apenas para o direito processual civil ou para os precedentes judiciais. O Poder Público tem o dever de tratar a todos com igual consideração e respeito (*equal concern and respect*), o que não significa apenas a repetição de decisões iguais, mas, sobretudo, entender a decisão judicial como um ato, não de escolha, mas de responsabilidade política.

Dentro desta perspectiva, a busca de respostas corretas é um imperativo da teoria do Direito, o que tem nos precedentes uma ferramenta imprescindível para a justiça da decisão. Pensar o Direito como tradição e tendo na pré-compreensão uma limitação da discricionariedade judicial (ausência de grau zero de sentido), afastando-se de subjetivismos e decisionismos, é base da investigação que se apresenta, que adotará a teoria de justiça de Ronald Dworkin como referencial teórico, mas não de maneira acrítica e sem buscar adequá-la às vicissitudes de um país filiado à tradição do *civil law*.

É comum, no Brasil, que os operadores do Direito utilizem de ementas descontextualizadas como fundamentos de petições e decisões, sem qualquer preocupação com a similitude dos casos (atual e paradigma), tampouco com a identificação das *rationes decidendi* ou dos princípios jurídicos que legitimaram a decisão tida como precedente. De igual monta, os tribunais não se veem compelidos a seguir os seus próprios precedentes, modificando seus posicionamentos sem qualquer diálogo com as decisões pretéritas ou demonstração dos motivos da mudança do entendimento da corte.

Esse modo de agir frente às decisões pretéritas, que devem ser tomadas como precedentes, enfraquece, sobretudo, a segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais, além de outorgar aos juízes uma discricionariedade incompatível com o Estado Democrático de Direito. Entretanto, se “seguir” precedentes não é o mesmo que repeti-los irrefletidamente, tampouco o é considerá-los como respostas antes das perguntas (casos) ou superiores à Lei (em seu sentido amplo).

O problema se agrava frente à constatação que o Brasil, filiado que é à tradição romano-germânica e que tem na legalidade um dos seus pilares (art. 5º, inciso II, da Constituição

Federal), ainda não possui uma cultura inerente à utilização de precedentes obrigatórios. É certo que uma cultura de utilização de precedentes judiciais pode ser desenvolvida a partir de uma imposição legal, mas não faz desaparecer a necessidade de compatibilização desta mesma legislação com a Constituição e com as garantias e direitos fundamentais nela previstos.

Não há, entretanto, uma incompatibilidade entre a tradição do *civil law* seguida pelo Brasil e a doutrina do *stare decisis*, conforme será demonstrado ao longo do presente trabalho. Os precedentes judiciais obrigatórios, dentro das premissas dessa investigação, devem ser entendidos atrelados a ideia de coerência e integridade, que impõe que se trate os casos semelhantes de forma igual (*treat like cases alike*), tendo em vista que o Estado tem o dever de tratar a todos os cidadãos com mesma consideração e respeito.

Visualiza-se, pois, o problema central da presente investigação: haveria necessidade de uma autorização constitucional para a adoção no Brasil de precedentes judiciais obrigatórios ou o dever de tratar a todos com mesma consideração e respeito estaria na base do Estado Democrático de Direito?

Essa, portanto, é a pergunta que o presente trabalho objetiva responder. Para tanto será feita uma análise acerca das aproximações entre as tradições do *civil law* e do *common law*, analisando-se, ainda que de forma sucinta, a função do precedente judicial nestas duas famílias jurídicas. As causas de aproximação entre essas duas tradições também será objeto de estudo, com ênfase no impacto do constitucionalismo no *civil law*, no surgimento do Estado Social e na judicialização da política, investigando-se a possibilidade da adoção da doutrina do *stare decisis* em um país filiado à tradição romano-germânica.

Buscar-se-á uma conceituação de precedente judicial dentro da noção de Direito como integridade, identificando-se aquele como um conceito jurídico fundamental, inserido na categoria dos atos-fatos jurídicos, o que se mostra de suma importância para se entender os efeitos que o precedente poderá produzir no julgamento do caso futuro. A necessária distinção do precedente e os institutos a ele assemelhados também será objeto de investigação, bem assim a análise da distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, necessária para a identificação da força obrigatória dos precedentes judiciais.

Realizar-se-á, ainda, um diálogo entre o precedente judicial obrigatório e o princípio da legalidade. Será realizada, para tanto, uma breve análise do conceito de “princípio” na doutrina atual, para se buscar um conceito que se coadune com o Direito como integridade. Partindo-se de um paradigma pós-positivista e da supremacia da Constituição, se buscará uma releitura do princípio da legalidade para confrontá-lo com uma eventual inconstitucionalidade da ideia de

precedentes judiciais obrigatórios, sem perder de vista a noção de Direito como integridade e a necessária coerência com a comunidade de princípios.

O último capítulo será todo dedicado à teoria do Direito como integridade. Será analisado como a ideia de integridade e coerência pode ajudar na limitação da discricionariedade judicial e a importância dos precedentes judiciais na busca da resposta correta para o caso, tudo num paradigma hermenêutico da lógica dialética da pergunta e da resposta, a legitimar a adoção, no Brasil, dos precedentes judiciais obrigatórios.

1 INTEGRIDADE E COERÊNCIA COMO CHAVES HERMENÊUTICAS PARA A COMPREENSÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Antes de se discutir a existência ou não de um sistema de precedentes brasileiro (sobretudo vinculante), faz-se necessário, até para situar o leitor no lugar da fala, analisar o referencial teórico do presente trabalho, que terá como objeto de investigação possível inconstitucionalidade dos denominados “precedentes obrigatórios”, não apenas em eventual conflito com o Princípio da Legalidade, mas, sobretudo, com o método de interpretação que vem sendo utilizado para a “aplicação” dos precedentes judiciais no Brasil.

Não é novidade, que o art. 926 do CPC-15 instituiu que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Chama-se ao debate, portanto, a integridade e a coerência como vetores interpretativos do novo diploma processual, notadamente no estudo dos precedentes judiciais e das condições de possibilidade de utilização destes em um país inserido na tradição do *civil law*.

Mesmo que não se possa afirmar, como já vaticinam alguns¹, que o CPC-15 tenha uma conexão com a concepção de integridade de Ronald Dworkin², não parece sem propósito, até mesmo para se traçar uma linha argumentativa e demonstrar as premissas desse trabalho, que busca na concepção de Direito de Dworkin legitimidade para a adoção de uma teoria de precedentes judiciais a ser utilizada no Brasil, analisar a integridade e a coerência dentro da corrente filosófica do referido autor.

Não se está com isso afirmando, é bom que se diga, que o CPC-15 está inserido nesta ou naquela concepção de Direito, o que seria facilmente falseado com uma simples análise do § 2º, do art. 489 (como também do art. 8º), do novo diploma, que tem na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy³ sua fonte inspiradora. O que se pretende é extrair da teoria da justiça de Dworkin um caminho para a adoção, por aqui, dos precedentes judiciais, indo além do jargão de que “casos semelhantes devem ter respostas jurídicas semelhantes”.

Dworkin tem como ideal a preservação da igualdade - que ele mesmo denomina de virtude soberana da república⁴ -, consubstanciada na premissa de que o Poder Público tem o

¹ ZANETI JR; Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 365.

² Embora Lênio Streck se auto proclame o autor daquilo que ele mesmo denomina de emenda “streckiana-dworkiana” do NCP. Cf. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *In: Conjur – Consultor Jurídico*. 18.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em 10.08.2015.

³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: teoria e prática da igualdade**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

dever de tratar os seus cidadãos com igual consideração e respeito (*equal concern and respect*). Sua concepção não cuida, apenas, de uma repetição de decisões iguais, vai além, conecta as decisões a uma dimensão de moralidade.⁵

Dworkin propõe que a dignidade humana, que é o centro da sua teoria moral, tem uma dupla dimensão, que ele divide em dois princípios: i) princípio do valor intrínseco da vida humana ou princípio do respeito próprio (*principle of self-respect*); e ii) princípio da responsabilidade pela vida humana ou princípio da autenticidade (*principle of authenticity*).⁶

O princípio do valor intrínseco assevera que toda vida humana tem um tipo de valor objetivo, não havendo nenhuma boa razão para que a vida de alguém seja considerada mais ou menos importante do que qualquer outra. O valor objetivo pertence, ao mesmo tempo, a todas as vidas humanas, sendo impossível separar o respeito próprio do respeito pela importância da vida das outras pessoas. Haveria, pois, uma falta de dignidade pessoal naquele que deixa de conferir o devido valor à vida, aí incluída a sua própria, bem como a dos demais.⁷

Já o segundo princípio (princípio da responsabilidade pessoal), propugna que cada indivíduo tem uma responsabilidade especial por buscar o sucesso em sua vida, no que está incluída a decisão sobre que tipo de vida pode ser considerada um sucesso. Ele não deve aceitar que lhe sejam impostos esses valores pessoais, nem mesmo pelo Estado, diante da inalienabilidade desse tipo de decisão. O Estado não pode impor a adesão de um indivíduo a um esquema particular de valores, ou impor escolhas particulares (profissão, cônjuge etc.), pois restaria caracterizada a subordinação, que é oposta ao princípio em análise.⁸

Dworkin não defende, como uma leitura apressada poderia fazer crer, que o Estado não possa impor obrigações. Em sua visão o Estado não só pode impor obrigações, como deve fazê-lo, ainda que se trate de obrigação de conteúdo moral. É que para o autor norte-americano há uma diferença entre ética e moralidade.

As convicções éticas definem o que deve contar como vida boa para nós mesmos, enquanto os princípios morais definem nossas obrigações para com os demais. O princípio da responsabilidade pessoal não impede que o Estado force que as pessoas vivam de acordo com decisões coletivas baseadas em princípios morais, mas proíbe que o Estado dite convicções éticas, diante da inalienabilidade dessas escolhas éticas.⁹

⁵ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1996, p. 165-166.

⁶ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton University Press, 2006, p. 9-17.

⁷ *Idem, ibidem*, p. 9-18.

⁸ *Idem, ibidem*, p. 9-18.

⁹ *Idem, ibidem*, p. 20-21.

Percebe-se na concepção de dignidade humana defendida por Dworkin, desdobrada nos princípios já analisados, que ela tem por consequência dois princípios estruturantes da democracia constitucional: i) a igual consideração (*equal concern*); e ii) autogoverno (*self-government*).

De acordo com o primeiro princípio, que nada mais é do que um desdobramento do princípio do valor intrínseco, uma comunidade política tem o dever de demonstrar igual consideração pelas vidas de todos que estão sob a sua esfera de ação. O princípio do autogoverno, decorrência do princípio da responsabilidade pessoal, impõe que as decisões políticas, para ter legitimidade, devem respeitar a responsabilidade pessoal e inalienável de cada um em identificar valor em suas próprias vidas.¹⁰

Visto nessa perspectiva, poderia se chegar à conclusão que haveria uma perda da dignidade pessoal na submissão do indivíduo às obrigações impostas pelo poder público. Ocorre que, na visão de Dworkin, se as obrigações forem impostas por um governo democrático, não haveria óbice algum às ditas imposições. Em verdade, neste modo de pensar, democracia implica autogoverno, ou seja, é o próprio povo quem estabelece as obrigações que deve cumprir.

Em outras palavras: se é correto se afirmar que a dignidade fica comprometida quando há a submissão à autoridade de outros, sem que se tenham concorrido para a tomada de decisão, por outro lado, quando há a participação, como parceiros iguais, na construção das mesmas decisões, não resta configurado qualquer dano à dignidade da pessoa. Percebe-se, neste prisma, a legitimidade do governo democrático.

Não se poderia passar a diante sem analisar um conceito igualmente importante para a teoria de justiça de Ronald Dworkin, qual seja, a liberdade. Na verdade, ela está intimamente ligada ao princípio do autogoverno, naquilo que diga respeito à denominada liberdade positiva (poder de coerção coletiva), bem assim à liberdade negativa (liberdade para tomada de decisões e atividades).

Dworkin defende a ideia de que a responsabilidade pessoal somente pode ser atingida pelo exercício da coerção pública quando algumas condições são atendidas. Essas condições são por ele chamadas de “condições democráticas” e consistem em, primeiro, na premissa de que todos devem participar da maneira correta das decisões coletivas que os afetam; segundo,

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 144-145.

que os indivíduos devem ser livres nas questões onde sua liberdade pessoal exige que eles decidam por si sós.¹¹

É que o autor norte-americano concebe a democracia como um empreendimento em parceria (*partnership conception*), no qual as decisões da maioria não são, só por isso, legítimas. É preciso que as decisões atendam a certas condições, que objetivam garantir a preservação da dignidade de todos os atingidos, ainda e principalmente se integrantes de minorias, ou seja, sua concepção constitucional de democracia é contramajoritária.¹²

Mas que condições seriam essas? Dworkin defende que uma comunidade política não pode fazer de um indivíduo um membro moral dela própria se a ele não for concedido o direito de *participação* em todas as decisões coletivas, um *interesse* nessa decisão e uma *independência* em relação a essa mesma decisão.¹³ A *participação* consiste na oportunidade de poder modificar, de alguma forma, as decisões coletivas. O *interesse* equipara-se à reciprocidade entre os participantes morais, ou seja, as consequências de uma decisão coletiva devem ter a mesma carga de importância para a vida de todos os membros da comunidade, daí o cariz contramajoritário da democracia. Por último, a independência moral representa a necessidade de que se mantenha uma esfera privada de decisões inalienáveis, malgrado a aceitação da coerção coletiva.¹⁴

Esse caminhar até aqui demonstra a necessidade de entendimento sobre a dignidade humana, democracia e participação para que se possa interpretar corretamente o alcance do art. 926 do CPC-15. Muito embora a integridade prevista no referido dispositivo tenha como alvo a decisão judicial, é certo que o conceito de integridade em Dworkin àquela não se limita.

Pensar o Direito como integridade é acreditar que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente o que isso significa.¹⁵ É mais, é ter a ideia de que todos os direitos

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Mass./London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 364-365.

¹² DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996, p. 23-24.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 24.

¹⁴ Dworkin exemplifica seu raciocínio se valendo de uma orquestra, uma coletividade na qual seus integrantes compartilham o mesmo trabalho e o mesmo destino – ainda que os seus membros individualmente não concordem com a condução do empreendimento. A regência da orquestra deve ser aceita, ainda que seus membros com ela não concordem, muito embora o maestro não possa ditar os gostos musicais que os músicos devem cultivar em suas vidas particulares. *Idem, ibidem*, p. 25-26.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 134.

que sejam patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo sejam pretensões juridicamente protegidas.¹⁶

A coerência de princípio não tem como alvo apenas o juiz, mas também o legislador, podendo ser dividida em dois princípios: i) o princípio da integridade da legislação, que impõe que os que criam Direito por legislação o mantenham coerente quanto aos princípios; ii) o princípio da integridade de julgamento, que pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente neste sentido.¹⁷

Dworkin propugna, ainda, que é necessário que o intérprete do Direito considere as duas dimensões da interpretação na prática jurídica: o ajuste (*fit*) e o valor (*value*). Para tanto, utiliza-se da Teoria do Romance em Cadeia (*chain novel*), fazendo uma analogia entre o raciocínio jurídico e a interpretação literária, esta vista como modelo para o modo central da análise jurídica.¹⁸

Não é demais lembrar, que a metáfora do romance em cadeia, bem como a sua imbricação com a do juiz Hércules, na obtenção de respostas corretas em Direito, serão objeto do último capítulo desta investigação, o que não impede de se tecer algumas considerações iniciais a título de referencial teórico necessário à compreensão das premissas do trabalho que se inicia.

Pois bem. Dworkin propõe que o intérprete se lance num exercício literário. Ele deve se comportar como um romancista que deverá escrever um capítulo subsequente de uma obra coletiva, assumindo com seriedade a responsabilidade de contribuir para a criação de um romance único, integrado. Argumenta que cada juiz, assumindo o papel de um romancista em corrente, deve ler o que os outros juízes fizeram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas para formar uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como integrante de um complexo empreendimento em cadeia, sendo que seu trabalho seria o de continuar essa história no futuro por meio do que faz no presente.

É útil observar que, ao criar o capítulo seguinte, o romancista movimenta-se em um espaço intermediário entre um mero tradutor (que reproduz o que já foi escrito) e alguém que dá início a um novo romance, sem qualquer relação com o que já foi escrito até ali. É mais livre que o primeiro e mais limitado que o segundo. Isso ilustra o fato de que se lida, aqui, com duas dimensões nesta tarefa, antes anunciadas: o ajuste e o valor.¹⁹

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 152.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 166-167.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, em especial a parte dois.

¹⁹ MOTTA, Francisco Borges; RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade. *In*: STRECK, Lenio; ALVIM,

Deve, portanto, o romancista, primeiro, manter a coerência formal da obra coletiva, não podendo, sem ter boas razões para tanto, modificar o enredo da história ou seus personagens. Segundo, ele deve enfrentar o problema de como desenvolver a história, mantidas as limitações anteriores. O desenvolvimento a ser percorrido pelo romancista deve sempre ser aquele que torna o romance melhor, embora outros sejam igualmente possíveis.

Não se trata, é bom que fique claro, de uma escolha do juiz acerca do caminho que deve percorrer, numa espécie de voluntariedade judicial. Esse diálogo com o passado, analisando-se o que os juízes já fizeram, ao fim e ao cabo, limita a discricionariedade judicial, porque não permite que o subjetivismo aflore no ato decisório. Como dito, não se trata apenas de repetir decisões pretéritas, mas de tratar a todos com mesma consideração e respeito, numa decisão judicial gerada por princípios.

Dworkin defende a distinção entre o que ele denomina de argumentos de princípio e de argumentos de política. Estes justificam uma decisão política, mostrando que a decisão protege ou fomenta algum objetivo coletivo de toda a comunidade; já aqueles justificam uma decisão jurídica, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito individual ou de um grupo.²⁰ Argumentos de princípio são, nesta perspectiva, argumentos destinados a estabelecer um direito individual. Os argumentos de política, por sua vez, são destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Aqueles descrevem direitos; estes, objetivos.²¹

Se é verdade que membros de uma comunidade política têm direito a uma extensão coerente, fundada em princípios, das decisões políticas do passado, não é menos verdade que as decisões jurídicas decorrem do conjunto de princípios que forneçam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. A integridade age compelindo o Estado a garantir que as pessoas sob seu domínio sejam tratadas com mesma consideração e respeito, assegurando uma coerência de princípios como condição de legitimidade da coerção oficial, conferindo autoridade moral às decisões coletivas (exigência da moralidade política de um Estado).

A análise da integridade ultrapassa os limites da utilização dos precedentes judiciais. Como será melhor analisado no último capítulo deste trabalho, pensar o Direito como integridade pressupõe se acreditar que há respostas corretas em Direito e não várias respostas racionalmente possíveis a serem escolhidas pelo julgador. O próprio Dworkin reconhece que

Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96.

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, p. 82.

²¹ *Idem, ibidem*, p. 90.

em um mundo no qual homens e mulheres divergem tanto sobre tantas coisas, pode parecer tolo e arrogante pensar que exista uma única resposta correta em cada controvérsia.²²

Apesar disso, lembra o autor norte-americano que os juristas continuam discutindo as questões polêmicas, tentando convencer a comunidade jurídica dos seus argumentos. Não se nega que aparentemente inexistem respostas corretas em Direito; entretanto as decisões jurídicas devem sempre ser baseadas na correção de uma solução em vez de outra, jamais na vontade solipsista de quem está em posição de decidir.

Seria ingênuo acreditar que as respostas corretas estejam prontas e disponíveis em uma caixa-forte, ao modo de verdades metafísicas.²³ Elas estão ligadas, isso sim, ao esforço de descobrir os direitos relativos às partes, em oposição à ideia de inventá-los. Não basta que a decisão jurídica esteja correta no seu resultado, ela deve ser legitimada a partir da resposta aos argumentos dos interessados. As decisões jurídicas devem ser construídas em conjunto com os interessados no seu resultado, garantindo-se a participação destes no processo de resolução das questões que os atingem.²⁴

Não parece sem propósito afirmar, como na abertura desse tópico inicial, que a integridade e a coerência devem ser pensadas como vetores hermenêuticos do CPC-15 para além da utilização de precedentes vinculante. A leitura moral²⁵ das cláusulas do devido processo legal e do contraditório, que de certa forma é imposta pelo art. 1º, do novo diploma processual, além da previsão expressa da garantia do contraditório para legitimar a decisão judicial (arts. 7º, 9º, 10, 489, § 1º do CPC-15), parece se aproximar da necessidade de autogoverno como legitimador da coerção oficial, daí a necessidade de se pensar o Direito como integridade.

O modelo participativo de processo²⁶ não dispensa a compreensão do Direito como integridade na visão de Dworkin. A interpretação do processo conforme os valores e as normas fundamentais (art. 1º) pressupõe uma análise da legitimidade constitucional da tomada de decisões, o que traz consigo a exigência de que o Estado garanta, às pessoas sob seu domínio, igual consideração e respeito. Mais que isso! Impõe-se que a decisão jurídica deva ser elaborada respondendo aos argumentos dos interessados no seu resultado, garantindo-se – e não apenas

²² *Idem, ibidem*, p. 279.

²³ *Idem, ibidem*, p. 216.

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 280.

²⁵ Leitura moral é uma estratégia de interpretação proposta por Dworkin para a compreensão das cláusulas constitucionais que estabeleçam direitos e que tenham linguagem abstrata. O intérprete deve compreendê-las como princípios morais abrangentes, como limitadoras do poder de coerção coletiva.

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, *passim*, em especial o capítulo 2.

oportunizando – a participação no processo de resolução das questões que venham a lhes atingir.

Afasta-se, com essa leitura moral do processo, o protagonismo judicial, criando-se uma visão policêntrica de processo. Traz-se a reboque o abandono do princípio do livre convencimento, pois decisões tomadas por princípios não admitem qualquer motivação, mas apenas aquela que busque na integridade a legitimidade da coerção estatal. Cria-se a necessidade de ler a fundamentação da decisão judicial como realmente deve ser entendida, como uma garantia constitucional fixadora de limites ao poder de coerção coletiva.

Parece evidente que nessa imposição de que o Estado deve tratar a todos sob seu domínio com mesma consideração e respeito, que os precedentes judiciais, mesmo que não previstos em lei alguma, assumem importância cimeira na tomada de decisões por princípios. Não apenas repetindo-se decisões pretéritas, mas com a responsabilidade política de com elas dialogar, analisando-se, detidamente, o que os juízes fizeram no passado, buscando continuar de modo coerente e íntegro a história institucional do Direito (dar continuidade ao romance), descobrindo os direitos relativos às partes, resistindo, sobretudo, à tentação de inventá-los.

Assim, o presente trabalho buscará analisar a existência de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil e eventual conflito que esse sistema possa ter com o Princípio da Legalidade. Nessa empreitada, as lições de Dworkin serão de extrema importância, até porque ao fim da investigação se buscará concluir de que forma os precedentes judiciais podem ser usados em um país de tradição de *civil law* e no que a concepção de justiça do autor norte-americano pode contribuir para a ideia de precedentes judiciais por aqui.

É evidente a simples importação de um conceito específico de justiça, cunhado sob um paradigma diferente, não pode ser realizada sem que antes se busque aproximar (ou distinguir) as duas maiores tradições jurídicas ocidentais. É com essa ideia que se inicia o próximo tópico, onde serão analisadas, de forma sucinta, as origens do *common law* e do *civil law*, bem como eventual aproximação entre essas duas famílias jurídicas.

1.1 Bases teóricas das tradições de civil law e common law.

1.1.1 As origens das tradições do *civil law* e do *common law*.

Antes do mais, como o presente trabalho objetiva analisar os limites da recepção no sistema jurídico brasileiro dos precedentes judiciais obrigatórios, impõe-se o enfrentamento, ainda que sem intuito de esgotamento, das origens das tradições jurídicas do *civil law* e do

common law, seus pontos de divergência e de convergência, aptos a demonstrar se um país notadamente de tradição romano-canônica²⁷ poderia legitimamente adotar um sistema de precedentes judiciais vinculativos.

Note-se que se preferiu a utilização da expressão “tradições jurídicas” àquela usualmente empregada pela doutrina, qual seja, “sistemas jurídicos”, tendo em vista as peculiaridades destes que os distanciam daquelas. Os sistemas jurídicos devem ser tidos por conjuntos de normas utilizadas para regular determinada sociedade, possuindo, assim, peculiaridades próprias daquela cultura em especial. Por tradição jurídica devem-se entender os conceitos úteis para a operação em abstrato de diversos sistemas jurídicos, tendo por base dados comuns ou muito semelhantes (sistema jurídico brasileiro, inglês, espanhol, norte-americano, etc.).²⁸ No mesmo sentido deve-se entender o emprego da expressão “família jurídica”.²⁹

Com John Merryman³⁰ entende-se melhor essa distinção:

Como implica o termo, uma tradição jurídica não é um conjunto de regras e direito acerca dos contratos, das sociedades anônimas e dos delitos, ainda que tais regras sejam quase sempre, em certo sentido, um reflexo dessa tradição. É melhor um conjunto de atitudes profundamente arraigada, historicamente condicionadas, acerca da natureza do direito, acerca do papel do direito na sociedade e no corpo político, acerca da organização e da operação adequadas de um sistema legal, e acerca da forma em que se faz ou deveria fazer-se, aplicar-se, estudar-se, aperfeiçoar-se e ensinar-se o direito.

Dito de outro modo, a tradição jurídica tem muito mais a ver com a perspectiva cultural do sistema jurídico, porquanto relacione o sistema legal com a cultura da qual ele é uma expressão parcial. Não há o que se falar do uso dos precedentes judiciais obrigatórios, por exemplo, sem se analisar a tradição jurídica brasileira, condição necessária a correta aplicação dessa doutrina entre nós.

Das diversas tradições jurídicas existentes ao redor do mundo, decerto, a divisão mais importante para o direito ocidental é a que se faz entre *commom law* e *civil law*, por se mostrarem as mais influentes e predominantes, daí a importância do enfrentamento de suas origens, o que é imprescindível para a análise da aproximação dessas duas famílias no sistema jurídico brasileiro.

²⁷ É comum a utilização dos nomes *civil law*, romano-canônico e romano-germânico como sinônimos, embora não o sejam, pois derivam de eventos históricos distintos. Cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010. O presente trabalho os utilizará indistintamente.

²⁸ Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 27-28.

²⁹ DAVID, Renê. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

³⁰ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. 2. ed. México: FCE, 1989, p. 17.

Num esforço de compreensão do surgimento destas duas tradições jurídicas, impende analisar criticamente os aspectos políticos, social, jurídico e econômico da França e da Inglaterra, países que representam, historicamente, essas duas grandes famílias do Direito. Não é demais lembrar, que as jurisdições de *civil law* e *commom law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente diferentes, o que, por conseguinte, desembocou na formação de diferentes tradições jurídicas.³¹

Em França, apesar da guinada do racionalismo, do liberalismo e do poder econômico da burguesia, o *Ancien Régime*³² persistia na manutenção da ordem econômica do feudalismo, do absolutismo monárquico e uma ordem jurídica que insistia na manutenção do *status quo*, privilegiando uma aristocracia feudal. Os juízes, pré-revolução, constituíam um grupo aristocrático que apoiava a aristocracia feudal contra a burguesia, camponeses e a classe média trabalhadora urbana, não distinguindo a aplicação da lei de sua criação, negando-se a aplicar leis novas, ou as interpretando de forma solipsista e contrária as intenções progressistas de seus idealizadores.³³

Nesse contexto, a ideologia liberal juntamente com os valores burgueses rompeu com a ordem social e econômica então vigente, tornando necessário o surgimento de uma nova ordem política e jurídica, derrubando a monarquia absoluta, a aristocracia feudal e a dos juízes, colocando o parlamento no centro do poder, criando-se, assim, um sistema jurídico inteiramente novo, a Assembleia Soberana.³⁴

Com a Revolução Francesa de 1789 desenvolveu-se um novo Direito. O parlamento avocou para si a competência exclusiva de criar o Direito, restringindo a atividade dos juízes à mera declaração da lei (*bouche de la loi*), com a necessidade da separação dos poderes, sobretudo entre as funções do Legislativo (soberano) e do Judiciário (*noblesse du robe*), limitando-se a atividade deste, subordinando-o de forma rígida ao parlamento, pois historicamente, aquele tomava decisões contrárias aos cidadãos e a favor do rei³⁵.

A supremacia do parlamento, na França, era entendida como a subordinação do juiz à lei e ao legislativo, isso diante da desconfiança que a magistratura incutia nos setores

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 49.

³² Optou-se no presente trabalho por não regressar demais na história das duas tradições jurídicas. Partindo-se do absolutismo já se pode ter uma visão interessante da evolução dos aspectos políticos, social, jurídico e econômico da França e da Inglaterra, representantes que são das duas tradições analisadas. No mais, esse retorno demasiado ao passado fugiria aos objetivos da presente investigação, que objetiva tomar o Direito como integridade, facilitando a compreensão do lugar dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro.

³³ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 22.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 49.

³⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Q. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70.

dominantes à época, proibindo-se, inclusive, qualquer interpretação da lei. Acreditava-se que proibindo o juiz de interpretar, seriam evitadas distorções aptas a frustrar os anseios do novo regime, que via no novo Direito o caminho para a realização dos objetivos da Revolução Francesa.³⁶

O Estado liberal clássico, instituído que foi pela Revolução Francesa, objetivava principalmente garantir as liberdades individuais dos cidadãos, delimitando, sobretudo, os seus poderes de intervenção na esfera jurídica particular. Acreditava-se, que proibindo o juiz de interpretar, o autorizando, apenas, a afirmar o que estava escrito na lei, estaria garantida a liberdade política.

Estando o legislador atrelado ao ideário do liberalismo, não se poderia permitir ao juiz interpretar a lei, mesmo porque a desconfiança na pessoa dos juízes era a tônica em tempos de pós-revolução. Isso é tão verdade, que Montesquieu afirmava que a decisão judicial não poderia ir além do “texto exato da lei”, pois senão consistiria na opinião pessoal do magistrado, causando insegurança e incerteza, pois “viver-se-ia em sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos”, pois o juiz poderia, subjetivamente, atribuir ao texto da lei sentido diverso da sua literalidade, o que atentaria contra os valores do liberalismo.³⁷

Na França revolucionária, imaginou-se que o texto expresso e claro da lei seria suficiente para sua imediata aplicação, sem qualquer necessidade de interpretação pelo magistrado, daí porque Montesquieu definiu o juiz como a “*bouche de la loi*”, defendendo que os juízes de uma nação não são nada mais “que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu vigor”.³⁸

Na Inglaterra, as coisas se deram de forma completamente diferente da França. O juiz inglês não era visto como um aristocrata que se mostrava uma ameaça ao novo sistema jurídico, ao contrário, era visto como uma força progressista que se preocupava em proteger o indivíduo frente ao monarca, com importante participação na centralização do poder e superação do feudalismo. Sem negar o direito tradicional (*common law*) e reafirmando a tradição jurídica do passado, os juízes ingleses contribuíram para a unificação do poder e para a implantação da nova ordem econômica, o que se deu de forma gradual, eliminando a jurisdição feudal e outras existentes à época³⁹.

³⁶ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. México: FCE, 1989, p. 56.

³⁷ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Op. Cit.*, p. 26.

³⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180.

³⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Op. Cit.*, p. 24.

Percebe-se, pois, que o Direito inglês, que é a raiz do *common law*, foi construído a partir da criatividade jurisprudencial. É que já no século XII, uma série contínua de decisões em casos específicos passa a constituir um sistema vasto e complexo de regras e princípios, no qual a legislação possui um papel secundário, formando uma tradição original, que funciona a partir de pressupostos, conceitos e métodos próprios.⁴⁰

Não se identifica, na Inglaterra, uma ruptura visível da ordem jurídica, mas sim um desenvolvimento paulatino do *common law*. René David bem identifica a evolução do Direito inglês ao longo do tempo:

Podem reconhecer-se quatro períodos principais na história do direito inglês. O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da *common law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas ‘regras de equidade’. O quarto período, que começa em 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual a *common law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração.⁴¹

Muito embora o Parlamento inglês, com a Revolução Gloriosa de 1688, tenha vencido uma longa luta contra o absolutismo do rei, os juízes ingleses sempre se preocuparam em conter os abusos do monarca, permanecendo ao lado do parlamento e com ele até mesmo se confundindo. Não houve qualquer necessidade da afirmação da supremacia da lei sobre os magistrados, mas sim da força do direito comum sobre o poder real. Mesmo porque a “Revolução Puritana não objetivou destruir o direito antigo, mas, ao contrário, pautou-se pela afirmação do *common law* contra o rei”.⁴²

A Revolução Inglesa não pretendeu instituir um novo direito mediante a afirmação da superioridade do parlamento, tal qual o fez a Revolução Francesa. Ao contrário, o que se fez naquela revolução foi a instituição de uma ordem tal, que os direitos e liberdades do povo inglês limitassem os poderes do monarca, para tanto foi imprescindível a figura do magistrado como garantidor dessas liberdades individuais.

Não se pode deixar de observar, assim, que a *supremacy of the English parliament* tem um significado muito diferente do da supremacia do legislativo e do princípio da legalidade, tal como vistos na Revolução Francesa. A lei não anulou o poder do juiz inglês, os próprios princípios da Revolução Inglesa davam-lhe condição para controlar os atos legislativos a partir

⁴⁰ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 49.

⁴¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 356.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 46.

do *common law*, mesmo porque o Parlamento, embora supremo diante do monarca, era àquele submetido.⁴³

É de se notar, que as duas tradições jurídicas – *civil law* e *common law* – originaram-se de contextos históricos e ideológicos diversos, que culminaram nas diferentes funções atribuídas aos juízes dessas duas famílias. Não por acaso, ao juiz francês fora destinado forte preconceito diante da sua posição no *Ancien Régime*, o que não ocorreu com o juiz inglês, que teve papel de destaque na proteção dos interesses individuais frente ao monarca, ajudando de forma decisiva na centralização do poder e na superação do feudalismo existente naquela época.

O Direito inglês, muito ao contrário de ser feito por um golpe genial ou pela promulgação de uma nova lei determinando um novo Direito e sistema jurídico, foi realizado gradativamente ao longo de pequenos eventos históricos que, em alguns casos de forma inexplicável – com a inesperada contribuição do feudalismo -, levaram a que a configuração dessa tradição se desse de forma bastante diferente da tradição romano-germânica.⁴⁴

Não se pode finalizar esse tópico sem antes discorrer, ainda que sucintamente, acerca do *common law* no sistema jurídico dos Estados Unidos da América. É certo que o *common law* se expandiu em diversos países onde se observou a dominação inglesa, não poderia ser diferente na América do Norte, naturalmente influenciada pelo sistema britânico. Embora os Estados Unidos da América e o Canadá, para ficar apenas nestes dois exemplos, estejam filiados à tradição do *common law*, por possuírem uma estrutura federal, sistema presidencialista de governo e uma perceptível separação de poderes, desenvolveram seu próprio sistema jurídico.⁴⁵

Em se analisando a tradição do *common law* observa-se dois sistemas distintos: o sistema jurídico norte-americano - ou estadunidense, como preferem alguns - e o sistema inglês. Há, em verdade, “dois direitos”, embora ambos pertencentes à família do *common law*.⁴⁶

Inobstante não se possa negar a diversidade de sistemas jurídicos entre os Estados Unidos da América e a Inglaterra, também é inegável que o Direito nessas nações é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial, nem mesmo a existência de um número considerável de leis modifica essa realidade. É que as regras estatuídas pelo Poder Legislativo são vistas com dificuldade pelo jurista inglês ou estadunidense em razão deles não a conceberem como a fonte primária do Direito.

⁴³ *Idem, ibidem*, pp. 48-49.

⁴⁴ VICENTE, Dario Moura. **Direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 244.

⁴⁵ Cf. DAVID, Renê. *Op. Cit.*, p. 449 e ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 51.

⁴⁶ Cf. DAVID, Renê. *Op. Cit.*, p. 457.

Nos Estados Unidos da América, as leis somente passam a ser compreendidas, assimiladas e aplicadas quando passam pela interpretação de um tribunal (Poder Judiciário) e, mesmo depois dessa interpretação, a elas não se fará menção expressamente; serão referidas, apenas, por meio das decisões judiciais que as aplicaram nos casos concretos. Mesmo que haja lei regulando determinadas matérias, o jurista estadunidense, na ausência de um precedente, afirmará: “*There is no law on the point*” (não há direito sobre o ponto/questão).⁴⁷

Com efeito, embora de origens distintas, com marcos históricos e ideológicos bem diferentes, as famílias do *civil law* e do *common law*, hodiernamente, encontram-se em rota de aproximação, o que pode ser percebido, ao menos entre nós, pela progressiva recepção do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro, iniciada ainda com as reformas ao Código de Processo Civil de 1973 e com a Emenda Constitucional nº. 45/04. Essa aproximação merece ser enfrentada com maior cuidado, mesmo porque, ao que parece, não é inerente à tradição jurídica brasileira a adoção da regra do *stare decisis*.

1.1.2 A jurisprudência nas tradições do *common law* e do *civil law*.

Antes dos mais, é bom esclarecer que em tópico próprio deste trabalho será feita a necessária distinção entre precedente, jurisprudência e súmula, razão pela qual o termo jurisprudência agora empregado deve ser lido como o conjunto de decisões judiciais emanadas pelo Poder Judiciário na concretização do Direito. Não se deve confundi-lo, portanto, ainda nesta etapa, com o termo “*iurisprudentia*”, correspondente ao que hoje entendemos por doutrina.⁴⁸

Parece inadequada – ou insuficiente – a distinção entre as duas famílias aqui mais enfaticamente estudadas, pela tão só afirmação que o *civil law* se caracterizaria por ser uma tradição de legislação codificada, enquanto que a *common law* seria baseada em uma tradição não codificada mas alicerçada em decisões judiciais precedentes. A singeleza dessa distinção alcança, inclusive, contornos perigosos.

É que nem a distinção entre a produção legislativa e jurisprudencial do Direito e tampouco a existência de código ou codificação pode ser entendida, por si só, como critério para definir as tradições. O que define o *civil law* é a ideologia manifestada em forma de código.

⁴⁷ ROSSI, Júlio César. *Op. Cit.*, p. 54.

⁴⁸ Sobre essa distinção consultar: ABOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 494.

Essa ideologia pode ser percebida desde a publicação do *Corpus Juris Civilis*⁴⁹ de Justiniano até a edição, em França, do *Code Napoleon*. Como visto, o que se pretendia era derogar o Direito anterior referentes às áreas abrangidas pelos códigos. Os princípios do Direito anterior incorporados pelos códigos eram considerados válidos não porque decorrentes da ordem jurídica anterior, mas por sua incorporação e convalidação em forma de código. Enquanto o *Corpus Juris Civilis* pretendia restabelecer um direito mais puro de uma era antiga, o Código Civil Francês de 1804 almejava estabelecer uma ordem legal inteiramente nova.⁵⁰

Nos Estados Unidos da América do Norte, país reconhecidamente filiado à tradição jurídica do *common law*, tem-se o Código Comercial Unificado, por exemplo, adotado em grande parte das jurisdições estadunidenses, sem esquecer que no Estado da Califórnia, existe um Código Civil, o que não significa que a ideologia, a cultura e a concepção desses diplomas sejam as mesmas daquelas existentes na família do *civil law*.

A bem da verdade, esses códigos existentes no *common law* não pretendem abarcar a completude do Direito, mas aperfeiçoá-lo. Na hipótese de um conflito entre uma norma do *common law* e um dispositivo codificado, a tendência do jurista norte-americano será a de interpretar o dispositivo legislado de forma a evitar o conflito, a ponto de se o dispositivo legislado indicar a revogação do *common law*, aquele deverá ser aplicado de forma restritiva.⁵¹

É possível concluir, portanto, que não se pode identificar se um sistema jurídico pertence à família do *civil law* ou da *common law* apenas verificando se há ou não codificação ou se a jurisprudência é ou não responsável pela construção do Direito, tal distinção, como dito, é inadequada e superficial.

Com Mario G. Losano, é possível perceber que estas duas grandes famílias, que regem a maioria da população em todos os cantos do mundo, tendem a se aproximar. O *common law* esta estendendo suas codificações e consolidações legislativas em desfavor do puro *judge made law*. Em igual guinada, a jurisprudência vem assumindo papel de destaque em países de tradição

⁴⁹ O *Corpus Juris Civilis* de Justiniano surge no Baixo Império romano (período compreendido entre os séculos IV e VI d.c. – de Constantino a Justiniano), e pode ser considerado a matriz de todas as codificações modernas de que os sistemas tradicionais de direito civil se preocupam. Um monumental trabalho dividido em quatro partes: o Código (*Codex Justiniani*) em 529, elaborado para substituir o Código Teodosiano; o Digesto (*Digesta* ou *Pandecta*), com a compilação dos escritos dos juriconsultos do período clássico; as Instituições (*Institutiones Justiniani*); e as Novelas (*novellae* ou *leis novas*). O período compreendido entre os séculos XI e XVIII trouxe o renascimento do direito romano, tendo como principal texto o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, sendo, inclusive, chamado de “razão escrita”. Consultar GILLISSEN, John. **Introdução histórica do direito**. 2. ed. Trad. Antonio M. Espanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 92.

⁵⁰ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, pp. 54-55.

⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 61.

jurídica de *civil law*, notadamente naqueles que detém um tribunal constitucional, com a atribuição de estabelecer as diretrizes do direito constitucional, estabelecendo um direito jurisprudencial.⁵²

Georges Abboud acredita que a influência da história e o modo de análise casuístico na busca das soluções jurídicas, como também a inexistência de um direito alicerçado na dogmática científica ministrado nas universidades dos países filiados à *common law*, empurraram essa tradição a estruturar-se levando em conta a prática cotidiana do direito. Em sentido oposto, o *civil law* lastreou-se a partir de um pensamento doutrinário-científico ensinado nas Universidades. Dito de outro modo, enquanto o *common law* sedimentou-se com a prática judiciária, o *civil law* foi construído pelo ensinamento científico ou professoral.⁵³

Embora com pontos de contato, a filosofia na forma de compreender e aplicar o Direito nas tradições é distinta, não sendo possível nem desejável a substituição de uma tradição jurídica por outra.⁵⁴ Ao contrário, o que se percebe hodiernamente é uma aproximação das tradições, mesmo porque parece certo que, em realidade, nunca existiu um modelo homogêneo e unitário de *civil law*.⁵⁵

Pode-se observar, em linhas gerais, porém, que os legisladores modernos que se ocupam seriamente de reformas da justiça civil tendem a ‘tomar de empréstimo’ o que entendem ser útil aos seus objetivos sem se sentirem excessivamente vinculados às respectivas tradições nacionais, voltando-se igualmente para além dos modelos gerais a que tradicionalmente pertencem. Naturalmente, isso depende da cultura do legislador que está empenhado na reforma: um legislador ‘culto’ terá as informações necessárias para fazer escolhas melhores no mercado das ideias relativas à justiça civil, concernentes às suas finalidades e aos instrumentos para promovê-las, enquanto um legislador ‘ignorante’ (do qual se pode dar vários exemplos, em especial na Itália) tenderá a ser culturalmente autárquico e, portanto, a entender que o ordenamento nacional em particular pode ser reformado tão-somente dentro da sua particular e provinciana cultura, sem qualquer influência útil derivada de outros ordenamentos já que enfrentaram e resolveram – talvez de modo melhor e mais eficiente – os mesmos problemas.⁵⁶

Em que pese esse movimento de aproximação, em Taruffo percebemos que não há a negativa de distinção entre as duas tradições jurídicas em análise, tendo em vista haver inúmeras diferenças entre essas duas famílias jurídicas. O que não se pode negar, mesmo porque se mostra flagrante, são as inúmeras trocas e interferências de uma tradição na outra.⁵⁷

⁵² LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 345.

⁵³ ABOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, pp. 491-552.

⁵⁴ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *Op. Cit.*, p. 199.

⁵⁵ TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*. In: **Processo civil comparado**: ensaios. Apresentação e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 23.

⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 27.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 26.

Ao que parece, para além das interferências e trocas existentes entre as tradições jurídicas de *civil law* e de *common law*, existe uma espécie de consequência lógica decorrentes dos fenômenos ocorridos a partir do final do século XIX: i) declínio dos grandes códigos em face da ascensão das constituições e do federalismo; ii) surgimento de legislações especiais ou microsistemas legais; iii) o valor atribuído à criação interpretação e à criação jurisprudencial do Direito.⁵⁸

A diferença entre as duas tradições é apenas de grau e tende a diminuir cada vez mais, seja pela posição cimeira dos princípios na estrutura dos sistemas jurídicos de *civil law* ou da “constitucionalização do *common law*” através de tratados internacionais que estabelecem normas gerais para os Estados-membros (a exemplo da União Europeia). No que concerne aos precedentes judiciais, no *civil law* há uma predominância do precedente interpretativo, ao passo que no *common* há mais espaço para precedentes que criam normas (precedente integrativo). De uma forma ou de outra, parece que a aproximação das duas famílias é uma realidade, embora tenha que ser encarada com parcimônia.⁵⁹

Note-se, que as interferências constituem-se num necessário caminho para uma nova era no desenvolvimento das tradições de *civil law* e de *common law*. Se a edição de leis escritas não descaracteriza a tradição do *common law*, a valorização da jurisprudência (fonte formal e escrita do Direito, caracterizada a partir de reiteradas decisões dos Tribunais), de igual monta, não descaracteriza a tradição do *civil law*.

Por definição, uma tradição é algo contínuo e que, aparentemente, é contrária à ideia de inovações e mudanças. Não parece, contudo, que as mudanças na tradição da *civil law* indicaram o seu declínio. Embora a tradição mude, ela segue um padrão; há um caminho a seguir, de dependência. Não se nega que as forças que alteram as sociedades afetam os sistemas jurídicos, entretanto em assim agindo segue um padrão determinado pelas experiências do passado. A mudança é sinal de continuação da vida. O impacto da descodificação, do constitucionalismo e do federalismo, embora significativo, não implica que a tradição do *civil law* esteja perdendo a sua validade. “Ao contrário, ela pode se mostrar mais viva do que nunca”.

60

⁵⁸ ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira:** a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 75.

⁵⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 313.

⁶⁰ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da *civil law*:** uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 210.

A função primordial da jurisprudência é a de interpretar o Direito, concretizando-o. Em atenção ao caso concreto apresentado ao Tribunal, o colegiado deverá interpretar-aplicar o Direito, solucionando a demanda. Resta saber, ainda nessa senda, se há significativa diferença entre a jurisprudência no *common law* e no *civil law*, bem como as funções e papéis desempenhados por ela nas tradições jurídicas.

1.1.3 As funções desempenhadas pela jurisprudência nas tradições jurídicas.

Guido Alpa elenca três funções à jurisprudência: i) esclarecimento completo do texto normativo; ii) supressão das contradições; iii) adaptação do Direito à evolução dos fatos.⁶¹ Sem muito esforço, nota-se que estas mesmas funções são conferidas à lei, o que levaria à conclusão de que a lei e a jurisprudência não são fontes diversas do Direito⁶², estando a primeira em uma posição superior à última. Seriam, na verdade, fontes complementares.⁶³

Na atual quadra da história, pouco se discute sobre não haver como interpretar-aplicar a lei sem antes proceder a um controle de constitucionalidade. Diante do Estado Constitucional brasileiro, bem assim em atenção àquilo que se convencionou chamar de jurisdição constitucional⁶⁴, o magistrado ao decidir deve levar sempre em consideração os direitos fundamentais, os princípios constitucionais de justiça e a interpretação conforme a constituição. O controle de constitucionalidade, diante do formalismo valorativo⁶⁵, fez crescer a importância da jurisprudência.

Se na tradição do *civil law* a jurisprudência firma o alcance e o sentido na interpretação-aplicação do Direito ao caso concreto, estaria ela, portanto, limitada pela própria lei. Em sendo a lei alterada pelo processo legislativo próprio, a jurisprudência não deverá produzir mais

⁶¹ ALPA, Guido. *La creatività dela giurisprudenza. Diritto e processo. Studi in memória di Alessandro Giuliani*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, n.º 3, p. 8.

⁶² Note-se que se adota no presente trabalho um conceito de fonte do direito que está num meio termo entre a concepção de Guastini e a sustentada por Shiner. A primeira mais próxima ao normativismo kelseniano e a segunda ao Realismo norte-americano. Adota-se, pois, um conceito argumentativo de fontes do Direito, nos moldes daquele defendido por Aulis Aarnio. Esse é um conceito de fontes do Direito que “não se refere às causas da atividade interpretativa, mas às razões que são utilizadas para justificar certa interpretação”. Cf. AARNIO, Aulis. *Lo racional como lo razonable: um tratado sobre la justificación jurídica*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 123. Consultar também: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, capítulo 3, item 3.3.1.

⁶³ ABOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, pp. 491-552.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria geral do processo. vol. 1. São Paulo: RT, 2015.

⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: **Revista da Ajuris**. Porto Alegre. n. 104, 2006, p. 55.

efeitos, perdendo sua aplicação, tendo em vista que o novo texto legal deverá se submeter à outra interpretação-aplicação pelo Poder Judiciário, produzindo, com uma necessária atribuição de sentido, uma nova jurisprudência sobre o tema.⁶⁶

Abboud, Carnio e Oliveira não possuem outro entendimento, valendo-se das lições de Javier Solís Rodrigues:

A jurisprudência encontra seu limite direto na lei, na medida em que prevalece o sistema do direito escrito. Convém ressaltar que a jurisprudência apresenta-se com força normativa inferior em relação à legislação, uma vez que as regras advindas dela seriam mais frágeis, porque suscetíveis de serem abandonadas ou modificadas a qualquer momento.⁶⁷

Não se pode mais negar que a lei e a jurisprudência são fontes do Direito, afirmação que, aliás, vem acompanhada de outra que propugna uma ausência de hierarquia entre elas. Por mais que isso seja verdade, também parece o ser que uma preponderará em relação à outra a depender da tradição em que o julgador esteja inserido. Isso não se significa dizer, é bom que fique claro, que ao magistrado inserido na tradição do *common law* seja permitido negar-se a cumprir a lei, mas apenas que a lei naquela tradição não é considerada a principal forma de manifestação e desenvolvimento do Direito, e só.

A evidente diferença de valor que é reservado ao produto da atividade judicial em ambas as tradições jurídicas, não implica em que o processo lógico do intérprete seja totalmente diferente, antes se assemelham. A interpretação do precedente aproxima-se da interpretação da lei, mesmo porque sempre haverá um contexto de justificação a legitimar a decisão pleiteada.⁶⁸

Com efeito, o entendimento do que deve prevalecer, se a lei ou a jurisprudência, não deve levar em conta uma (in)existente hierarquia entre essas duas fontes do Direito⁶⁹. Antes, deve-se analisar o lugar da fala do intérprete, a tradição em que ele está inserido, que o fará dar uma maior preponderância a uma fonte em detrimento da outra. Em todo caso, é premissa primeira da jurisdição constitucional antes referida, que a fundamentação da decisão judicial

⁶⁶ ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 77.

⁶⁷ RODRIGUES, Javier Solís. La jurisprudência em las tradiciones jurídicas. In: SALGADO, David Cienfuegos; LÓPEZ, Miguel Alejandro Olvera (Org.). **Estudios em homenaje a Don Jorge Fernandez Ruiz**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 327-328 Apud ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbelline; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: RT, 2013, p. 267.

⁶⁸ TUCCI, Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 186.

⁶⁹ Não se pode perder de vista, segundo Guastini, que Kelsen defendia que o Direito regula a sua própria criação, ou seja, que seria fonte formal do Direito apenas os atos normativos institucionalmente regulados. GUASTINI, Riccardo. On the theory of legal source. A continental point of view. *Ratio Juris* 20-2/302-309, p. 305. Como dito, esse trabalho adota como fonte do Direito uma concepção intermediária entre o normativismo e o Realismo. Para uma discussão entre as duas concepções tradicionais de fontes do Direito consultar: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, capítulo 3, item 3.3.1.

deve sempre ter como objeto as particularidades do caso concreto e deve ser realizada levando os argumentos das partes a sério, talvez essa seja a maior contribuição da doutrina dos precedentes judiciais para o *civil law*.

1.2 Causas de aproximação entre as tradições de *civil law* e de *common law*.

1.2.1 O impacto do constitucionalismo no *civil law* como causa de sua aproximação à tradição do *common law*.

Como visto, a noção de norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento, típica do direito da Revolução Francesa, não sobreviveu aos acontecimentos históricos. Vivenciou-se, sem saudosismo, a experiência de que a lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses da população e aos princípios de justiça.⁷⁰

Mostrou-se necessário, diante desse quadro, resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua conformação aos princípios de justiça. Dotaram-se, portanto, as Constituições de plena eficácia normativa, tonando-as rígidas, porque elas passaram a conter os princípios de justiça antes esquecidos, daí não poderem mais ser modificadas por simples legislação ordinária.

Da supremacia da lei, esta passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, deixando de ter apenas legitimação formal, não valendo mais por si, mas dependente de sua legitimação pelos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais dependiam da lei, torna-se exato afirmar, agora, que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.⁷¹

O princípio da legalidade, de suma importância ao presente trabalho, passou a ter outro significado, deixando de ter conteúdo apenas formal para adquirir conteúdo substancial. Ao invés de se limitar apenas à forma, o princípio da legalidade passou a ter uma conotação substancial, impondo à conformação da lei com os direitos fundamentais, naquilo que Ferrajoli identificou como uma segunda revolução, quebrando o paradigma da supremacia do parlamento do Estado Legislativo. Essa segunda revolução substituiu o princípio da legalidade formal pelo princípio da legalidade substancial.⁷²

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 67.

⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentalis*. In: FERRAJOLI, Luigi et. al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 53.

Parece evidente que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de Direito e jurisdição. Se é certo afirmar que o Direito não está apenas na lei⁷³, mas, sobretudo, na Constituição, também é certo que a jurisdição passa a não mais declarar a vontade concreta da lei, senão a conformá-la aos direitos contidos na Constituição. O juiz do *civil law* passou a exercer um papel muito diferente daquele concebido pela Revolução Francesa, afastando-se dos princípios clássicos do *civil law* e aproximando-se, sobretudo, do juiz do *common law*.⁷⁴

Não há dúvidas, que o juiz que, mediante as técnicas de interpretação conforme à Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o Legislativo – o que não o autoriza a dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, conforme será abordado mais a frente neste trabalho –, bem como aquele que julga procedente mandado de injunção⁷⁵ para construir a norma jurídica do caso concreto, cria o Direito (*judge made law*), em atividade que muito se assemelha ao juiz do *common law*.⁷⁶

Ressalte-se, entretanto, que a possibilidade que o juiz do Estado Constitucional tem de atribuir sentido ao texto normativo, exercendo verdadeiro controle de constitucionalidade (técnicas da interpretação conforme e declaração de nulidade sem redução de texto), não o confere um poder discricionário em sentido forte⁷⁷ de decidir de forma solipsista, escolhendo a solução subjetivamente. Na verdade, a utilização da teoria dos precedentes judiciais objetiva conter essa discricionariedade, conforme será analisado no decorrer de toda essa investigação.

Embora ainda não seja o lugar, mas com o intuito de iniciar o debate, tem-se entendimento diametralmente oposto de Hart sobre a atividade criativa do juiz:

⁷³ A lei, decerto, compõe o Sistema Jurídico, seja este tomado como “conjunto composto de enunciados descritivos”, seja na visão de sistema de normas de direito Positivo, “como proposições inter-relacionadas e com um ponto final de referência – o fundamento de validade”. VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 266. A conformidade à Constituição, por esta possuir posição cimeira no sistema jurídico, diz respeito ao mencionado fundamento de validade.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 98.

⁷⁵ Conforme descrição do próprio Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção é uma “ação ajuizada para suprir lacuna legislativa. Busca-se a regulamentação de uma norma da Constituição, quando os Poderes competentes não o fizeram, o que tornou inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, cidadania e soberania. A ordem judicial determinará a prática ou a abstenção de ato, suprimindo a omissão legislativa por meio da integração. No Supremo Tribunal Federal, essa ação é representada pela sigla MI”. Artigos 5º, LXXI; 102, I, "q"; e 150, I, "h", da CF/1988. In: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=M&id=188>, consulta em 13.12.2016. Em 23 de junho de 2016, foi editada a Lei nº 13.300/2016, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências.

⁷⁶ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 44 e MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, São Paulo: RT, 2010, p. 69.

⁷⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver que proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido anteriormente.⁷⁸

Deixando de lado por enquanto a questão da discricionariedade judicial e as técnicas limitadoras dessa prática, tem-se que o constitucionalismo minou praticamente todos os dogmas e mitos da Revolução Francesa⁷⁹, o que evidenciou ainda mais a necessidade de uma doutrina de precedentes vinculantes, mesmo porque a adoção do sistema de controle difuso de constitucionalidade, com suas vantagens e inconvenientes, aproximou as duas grandes famílias do Direito.⁸⁰

Segundo Cappelletti, os sistemas de controle de constitucionalidade das leis classificam-se, no aspecto subjetivo ou orgânico, em: i) sistema difuso: “em que o controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência”; ii) sistema concentrado: “em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário”.⁸¹

Ainda segundo Cappelletti, o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano (difuso) teve forte influência nos países do continente europeu, bem como nas Américas do Norte e do Sul, na África, na Ásia e na Oceania, muitos deles de tradição romano-germânica. A importação do sistema de controle difuso de constitucionalidade norte-americano, muitas vezes, se deu de maneira acrítica e ingênua por países de tradição do *civil law*, que descuidaram do fato de que para que houvesse êxito em tal modelo, era imprescindível a adoção da regra do *stare decisis*.⁸²

O funcionamento do controle difuso de constitucionalidade estava intimamente ligado à regra do *stare decisis*, inerente aos países da família do *common law*. Quando a Suprema Corte decidia sobre a constitucionalidade de lei, todas as demais instâncias do Poder Judiciário encontravam-se vinculadas a tal decisão, a demonstrar a eficácia *erga omnes* dos julgamentos

⁷⁸ HART, Hebert L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 135.

⁷⁹ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. México: FCE, 1989, p. 56.

⁸⁰ Não se pode deixar de observar que nem todos são acordes de que o constitucionalismo contemporâneo implica numa aproximação entre as tradições do *civil law* e do *common law*. Negando as bases do que vem se analisando, por entender que o *binding force* no *stare decisis* no *common law* não é imposto externamente, mas sim muito debatido processualmente pelos juízes antes de qualquer aplicação de precedentes, o que desconfiguraria qualquer aproximação, conferir: LOPES FILHO, Joaquim Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo contemporâneo brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2014, pp. 105-113.

⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 67.

⁸² *Idem, ibidem*, p. 69.

sobre (in)constitucionalidade. Já em países de *civil law* o sistema de controle difuso ensejou graves inconvenientes, tendo em vista que proporcionou uma série de decisões conflitantes a respeito da constitucionalidade de uma mesma lei.⁸³

Para fugir desses problemas, países de tradição continental, como a Itália e a Alemanha, que haviam aderido ao controle difuso de constitucionalidade, mudaram de ideia e passaram a adotar o modelo de controle concentrado, criando suas cortes constitucionais, com competência exclusiva para decidir sobre a constitucionalidade das leis. Nesse modelo, os juízes ordinários não têm competência para decidir sobre a constitucionalidade das leis, caso surja no curso do processo necessidade de uma decisão incidental sobre inconstitucionalidade, o máximo que se admite é a suspensão do processo e a remessa à corte constitucional⁸⁴.

Com efeito, em razão das cortes constitucionais passarem a produzir decisões com eficácia vinculante, aparentemente aproximaram-se as duas tradições. O mesmo se diga do Brasil, que embora adote um sistema misto de controle de constitucionalidade, passou a trabalhar com a eficácia vinculante das decisões proferidas sem sede de controle concentrado pela Suprema Corte – posteriormente também do Superior Tribunal de Justiça -, o que denota que o constitucionalismo aproximou as tradições do *civil law* e da *common law* também por aqui.

1.2.2 O surgimento do estado social e o problema da judicialização da política.

O surgimento do Estado Social, as constituições programáticas e a intensa produção legislativa fomentaram o que desde há muito se denominou de “direito judiciário”⁸⁵ (*judiciary law*), aproximando sobremaneira as duas tradições mais influentes do Direito (*civil law* e *common law*).

A expansão do Direito legislativo, paradoxalmente, constitui-se numa das principais causas do fenômeno do crescimento, na modernidade, do Direito judiciário, bem como da

⁸³ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 44. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 47.

⁸⁴ Sobre a ideia, já no início do século passado, de que um Tribunal Constitucional deve ser o único guardião da Constituição, sem vinculação com nenhum dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), num autêntico controle concentrado de constitucionalidade, consultar: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins fontes, 2003.

⁸⁵ Jeremy Bentham denominava de direito judiciário a criação do direito pelo juiz inglês. É certo que o referido jurista e filósofo condenava essa prática, embora a reconhecesse, tendo em vista visualizar nela vícios caracterizadores de incertezas, obscuridades, confusões e dificuldades de verificação. Sobre o tema: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1993, pp. 17-18.

exacerbação do poder criativo dos juízes. Por mais que as leis sejam claras, diante da polissemia das palavras, sempre deixam margem para a interpretação criativa do juiz, o que foi intensamente aumentado em razão das normas constitucionais programáticas, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.

Com o crescimento notável dos Poderes Legislativo e Executivo não restou alternativa ao Judiciário, estivesse ele inserido nas tradições do *civil law* ou *common law*, senão tornar-se o terceiro gigante, controlando o legislador e o administrador, por meio da interpretação e aplicação das normas constitucionais. Com aumento de grau de intervenção do Estado, surgiu um novo modelo de legislação: leis que indicam certas finalidades ou princípios, deixando sua regulamentação a normas subordinadas, a decisões do Poder Judiciário.⁸⁶

Ressalte-se, entretanto, que pelos direitos sociais exigirem permanente ação do Estado, não podem ser simplesmente atribuídos ao indivíduo, fazendo-se necessário, sempre, a remoção de barreiras sociais e econômicas, realizando, assim, os direitos de segunda geração. Atualmente, nega-se o caráter eminentemente programático das normas constitucionais, que mesmo de textura aberta, têm que ser efetivadas pelo Poder Judiciário, que passa a intervir, em maior escala, na consecução das políticas públicas. É o que vem se denominando de judicialização da política ou ativismo judicial, como preferem alguns.

Não se pode entender a judicialização da política e ativismo judicial como sinônimos. A judicialização, diante da baixa constitucionalidade em países periféricos e que ainda não se desincumbiram das promessas do estado social, é contingencial e afeta às funções típicas do Poder Judiciário; já o ativismo judicial, mais voltado à vontade no agir do órgão julgador, está ligado a uma visão da decisão judicial como ato de escolha, moral inclusive, não se coadunando, se percebida desta forma, com a jurisdição constitucional.⁸⁷

A judicialização decorre do modelo constitucional adotado no Brasil. Uma constituição compromissória como a de 1988, que institui direitos fundamentais sociais ainda incumpridos e uma inflação legislativa que objetiva abarcar um sem número de matérias, contribuem para aumentar o espaço de interferência do judiciário nos demais poderes, mas isso não significa que sua atuação seja manifestação de vontade do órgão judicante. Quanto mais direitos são constitucionalizados ou um número maior de leis são editadas para regulamentar uma gama de

⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 41.

⁸⁷ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, em especial o capítulo 1.

matérias, maior será a atuação do Poder Judiciário na concreção dessa normatividade, surgindo o que se denomina de judicialização.⁸⁸

Parece evidente, nessa quadra da história, que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário, transferindo-se poder das instâncias tradicionais, Executivo e Legislativo, para juízes e tribunais. Diversos motivos levam à judicialização, como o reconhecimento de um judiciário forte e independente para a concreção dos direitos fundamentais, certa desconfiança com a política majoritária, bem assim a preferência dos atores políticos, em diversos casos de repercussão, se absterem de decidir majoritariamente, deixando para o Poder Judiciário a tarefa de decidir essas questões controvertidas.⁸⁹

No Brasil esse fenômeno alcança proporções bem maiores em razão de a Constituição cuidar de um elevado número de matérias, estas que, por estarem na carta maior, são retiradas do âmbito político e levadas para o âmbito jurídico, para o Direito, abrindo ensanchas para a judicialização.⁹⁰

A judicialização maciça hodiernamente existente no Brasil, e que se espraia em países periféricos, tem como causa o desenho institucional brasileiro, não se tratando, como já referido, de uma opção política do Poder Judiciário, mas sim de uma contingência de um país periférico que ainda está a dever as promessas incumpridas do *welfare state*, em nada se assemelhando, como pode parecer, com ativismos judiciais, pois embora possam pertencer a uma mesma família, não possuem origem comum.⁹¹

Na verdade, invocando-se a postura substancialista, passou-se a exigir uma fundamentação dada essencialmente pelos direitos fundamentais, abandonando-se a ideia de uma Constituição apenas do Estado (corrente procedimentalista), para ser também da sociedade. Deixe-se claro, contudo, que a constitucionalização de tarefas torna mais importante uma legitimação material, embora não substitua (e nem deveria) a luta política⁹².

⁸⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz, et al. **A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: percursos para uma necessária diferenciação.** Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em 18 jan 2016.

⁸⁹ BARROSO, Luiz Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** 3. impressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 39.

⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 39.

⁹¹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB.** Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/123506667017_4218181901.pdf>. Acesso em: 17 jan 2016.

⁹² BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, n. 142, abr/jun 1999, p. 38.

É o sentimento constitucional⁹³ que deve impulsionar o agir da sociedade e a jurisdição constitucional, o que, como parece intuitivo, não permite uma extrapolação dos limites institucionais previstos na própria constituição, logo, não deve se assemelhar a uma autorização para se dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, descolando o sentido do texto do próprio texto, pois, como propugnava Gadamer, se se quer dizer alguma coisa sobre um texto, deixe que o texto lhe diga algo⁹⁴.

Dentro dessa diferença, tem-se que o ativismo é muito mais uma postura, um ato de escolha, é a deliberada expansão do papel do judiciário, que utilizando a interpretação constitucional, supre lacunas, sana omissões legislativas ou determina políticas públicas ausentes ou ineficientes.⁹⁵ Esse modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, normalmente surge em períodos de compressão do Poder Legislativo, que se mostra indiferente aos reclamos da sociedade civil, descuidando do atendimento das demandas da coletividade, que vê, por essa razão, no Poder Judiciário, a salvação para os males sociais.⁹⁶

Com Barroso, se tem a ideia de que o ativismo judicial está associado a uma participação mais intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, interferindo mais incisivamente na atuação dos demais poderes. Afirma ainda o autor fluminense, que a postura ativista se manifesta por meios de diferentes condutas, incluídas: (a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e (c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, principalmente em matéria de políticas públicas.⁹⁷

Evidencia-se, no elenco de posturas ativistas acima descritas, que para além de uma judicialização, o ativismo judicial perpassa uma atuação volitiva do Poder Judiciário, que a pretexto de dar interpretação ao texto constitucional, acaba por construir uma norma desvinculada do seu texto⁹⁸, inclusive aplicando diretamente a Constituição sem que haja em

⁹³ VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: São Francisco, 2014.

⁹⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3. impressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 40.

⁹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009, p. 6 Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 17 jan 2016.

⁹⁷ *Idem, ibidem*.

⁹⁸ A diferença entre texto e norma será abordada em tópico próprio dessa investigação.

seu texto normativo o preceito a ser aplicado, ou, de outra banda, exercendo o controle de constitucionalidade com critérios menos rígidos, logo, alheios à Constituição, por fim imiscuindo-se na função dos outros dois poderes, os impondo condutas.

Se de uma norma constitucional for possível se deduzir uma pretensão, cabe ao juiz, em atenção ao direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, decidir a matéria, não lhe sendo dada qualquer margem de discricionariedade, aqui entendida em seu sentido forte.⁹⁹ Já o ativismo judicial é sempre uma intervenção discricionária no sentido forte, sendo necessário o estabelecimento de parâmetros de legitimidade de intervenções judiciais no âmbito da política e da sociedade.¹⁰⁰

Não há o que se confundir, portanto, judicialização com ativismo, sendo esse último incompatível com o Estado Constitucional, pois, ao fim e ao cabo, autoriza o Poder Judiciário a decidir discricionariamente, tornado a decisão incontrolável segundo um padrão estabelecido antecipadamente, e que, no máximo, pode deixar margem a críticas, mas não pode ser considerado desobediente.¹⁰¹ Se não há padrão de controlabilidade, abre-se espaço para decisionismos e arbitrariedades, em total descompasso com a jurisdição constitucional.

Embora o contexto atual tenha aberto espaço para uma atuação mais criativa do Poder Judiciário, não se pode afirmar, não sem se afastar da Constituição e das garantias e direitos fundamentais nela insertos, que ao juiz é dado agir discricionariamente. Ao contrário, diante das normas programáticas, dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, tem ele que se desincumbir de um ônus argumentativo alicerçado na integridade e coerência do Direito, com vistas à consecução da previsibilidade, isonomia, uniformidade e estabilidade das decisões judiciais, tão necessárias na construção da atual tradição jurídica do *civil law* (*stare decisis doctrine*), solapando decisionismos e arbitrariedades.

1.2.3 Cláusulas gerais e conceitos indeterminados: o problema da indeterminação do direito.

Já foi objeto de análise, que os dogmas da Revolução Francesa, fulcrados na supremacia das leis e na estrita separação dos poderes, que muito influenciaram os países de tradição romano-germânica, desde o constitucionalismo, perderam muito de sua força, para não dizer

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 52.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz, *et al.* **A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em 18 jan 2016.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 28.

que foram inteiramente superados. Isso não significa, como também já afirmado, que o juiz, na atualidade, deva desprezar a lei e decidir atribuindo ao texto o sentido que bem entender¹⁰², ainda que esteja diante de um conceito jurídico indeterminado ou de uma cláusula geral.

Não se pode negar que é delicada a posição do juiz na jurisdição constitucional. Se por um lado é verdade que ele não mais está vinculado à letra da lei, por outro, com a releitura do Princípio da Legalidade¹⁰³, a própria lei esta vinculada à Constituição e aos princípios de justiça nela existentes, exigindo um grande esforço do intérprete para resistir à tentação de, desprezando o texto legal, buscar respostas diretamente na Constituição.

Saliente-se, que na jurisdição constitucional, naquilo que se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito, o mínimo que se espera do juiz é que ele aplique a letra da lei, diante dos limites semânticos a ser atribuídos ao texto. Tal dever nem de longe pode ser tido como uma atitude positivista – que, aliás, se fosse, problema algum teria diante do atual estado da natureza hermenêutico¹⁰⁴ -, mas um ato de responsabilidade política.¹⁰⁵

É que o constitucionalismo não fez desaparecer a lei, ao contrário, a sua vinculação à Constituição reforçou sua importância, pois lhe atribuiu legitimidade diante das normas constitucionais. Se a lei não tem mais a supremacia de outrora, tendo em vista que a Constituição passou a ser o centro do sistema jurídico, isso não significa que a lei deixou de ter importância na regulação do trato social. Tanto assim o é, que no Estado Constitucional, o juiz só está autorizado a não aplicá-la se sobre ela exercer um controle de constitucionalidade – ou no caso de aplicação dos critérios de solução de antinomias - e não poderia ser diferente.¹⁰⁶

Para além desse dever de aplicar a lei sem pular etapas¹⁰⁷, não se nega que o juiz no Estado Constitucional exerce atividade criadora, até mesmo pela distinção entre texto e norma, mas para isso tem que ter cuidado com subjetivismos e decisionismos. Essa atribuição de

¹⁰² Cf. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹⁰³ O tema será objeto de análise no capítulo 3 desta investigação.

¹⁰⁴ Expressão cunhada por Lenio Streck e que vem sendo por ele empregada em variadas obras. Por todas conferir: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁰⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁰⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? In: **Revista NEJ – Eletrônica**, Vol. 15 – n. 1, p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periodicos. acesso em: 24.10.2013.

¹⁰⁷ “[...] o juiz não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese”. SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego: um examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida.** Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 144-145.

sentido ao texto, até pela polissemia das palavras, deve ser exercida de forma responsável, é o que se denomina de *accountability* judicial.¹⁰⁸

Dentro dessa nova roupagem constitucional, o Parlamento parece ter abandonado a ideia de editar leis com pretensão de regulamentar todos os setores da atividade humana, com normas claras e limitadoras da atividade interpretativa dos juízes no ato de aplicação¹⁰⁹. Atualmente, inclusive de forma propositada, o Legislativo tem se utilizado de regras de tessitura aberta, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, ampliando a atividade interpretativa do jurisdicionado e do Poder Judiciário no caso concreto.

Em razão dessa nova perspectiva do Legislativo, que reconheceu sua impotência em regular todas as situações concretas e, com isso, passou a editar regras de textura aberta, o *accountability* judicial deve ser redobrado, não sendo permitido ao juiz, na concreção da norma, utilizar-se de uma subjetividade que lhe permita atribuir qualquer sentido ao texto, mesmo porque ele (juiz) está envolto em uma tradição, que não lhe permite dizer qualquer coisa sobre o texto normativo, diante da ausência de grau zero de sentido.

Deixando de lado, por enquanto, o problema da interpretação dos textos normativos, que voltará a ser enfrentado no último capítulo desse trabalho, impõe-se, agora, analisar em que as regras de textura aberta contribuíram para uma aproximação entre as famílias do *civil law* e do *common law*, permitindo, ou até mesmo impondo, a utilização pelos países filiados àquela tradição da regra do *stare decisis*.

É de se ter em mente, como afirma Alexy, que um sistema jurídico fundado em regras é sempre, por variadas razões, um sistema aberto, principalmente, por conta da textura aberta da linguagem do Direito, da possibilidade de conflitos entre normas, bem como pela existência de casos não regulados, o que acarreta várias dificuldades quando da aplicação das regras, caracterizando a sua incerteza.¹¹⁰

Um dos fatores que torna uma regra específica indeterminada é o uso de termos ou expressões ambíguas e imprecisas. Diz-se ambíguo um texto, quando possui dois ou mais significados distintos, o que o diferencia da vagueza, que consiste na utilização de conceitos que possuem aplicação indefinida para o caso particular. O problema é quando um mesmo texto

¹⁰⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰⁹ Não se está afirmando que existe uma cisão entre interpretar e aplicar, como pode parecer. O ato de interpretação é também de aplicação, não havendo o que se falar, em separado, de argumento de fundamentação e argumento de aplicação, o que será abordado em outro lugar. Cf. GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. refundida. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios y razón práctica*. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 5. 1988, p. 39.

normativo é vago e ambíguo, possuindo multiplicidade de significados, alguns dos quais, ou todos, com aplicação indefinida.¹¹¹

Decerto a ambiguidade é pouco recorrente na estrutura das regras e não traz em si mesma grande dificuldade em sua aplicação, diante dos limites que o contexto impõe à interpretação no caso concreto. O mesmo não se diga da imprecisão da regra, que por recorrer a termos vagos ou indeterminados em si, trabalha com a noção de casos limítrofes, da qual são exemplos as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

Nessa perspectiva, com Judith Martins Costa, tem-se que com as cláusulas gerais obtém-se a vantagem da mobilidade proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie*, afastando, com a utilização desta técnica, o risco do imobilismo em razão da utilização, em grau mínimo, do princípio da tipicidade.¹¹²

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pela qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originalmente extra-sistêmicos no interior do ordenamento jurídico.¹¹³

Depreende-se, pois, que as cláusulas gerais não se tratam de disposições normativas prontas e acabadas, ao contrário, demandam precisão, construção, por parte do intérprete. Por se tratar de técnica legislativa, não há o que se falar em cláusula geral implícita, mesmo porque elas carecem, no mínimo, de um conceito pendente de preenchimento valorativo (*wertausfüllungbedürftiger Brgriff*).¹¹⁴

É que as cláusulas gerais, nesta perspectiva, promovem um reenvio a outros espaços do ordenamento jurídico ou até mesmo a valores existentes dentro ou fora do sistema jurídico. Por terem um texto aberto, fazem com que o intérprete seja lançado a outras fontes axiológicas para fundamentar a sua argumentação. Seriam, pois, “um recipiente de captação (*Auffangbecken*) da variação da realidade.¹¹⁵

No que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados, que para alguns sequer possuiriam distinção digna de nota das cláusulas gerais, destas se distinguiriam, pois, “uma vez

¹¹¹ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universalidade das decisões do STJ. São Paulo: RT, 2014, p. 47.

¹¹² COSTA, Judith Martins. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 298.

¹¹³ *Idem, ibidem*, p. 303.

¹¹⁴ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *In: Revista de direito do consumidor*, n. 50, ano 13, abril-junho 2004, Revista dos Tribunais, p. 10.

¹¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 21.

diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao julgador, tão somente, aplicar referida solução”.¹¹⁶

Percebe-se que quanto ao antecedente da norma jurídica, ambas as técnicas legislativas trabalham com a indeterminação e vagueza semântica, mas se distanciam quanto ao conseqüente, tendo em vista que nas cláusulas gerais se mostra muito mais complexa a atividade intelectual do juiz, pois é ele quem determina os efeitos e as conseqüências práticas; já nos conceitos jurídicos indeterminados, embora a construção da hipótese fática seja tormentosa, os efeitos após a concreção são pré-definidos pela norma, facilitando, ao menos num primeiro momento, a atividade judicial.

Diz-se num primeiro momento porque não se pode confundir a concreção da hipótese normativa de um conceito jurídico indeterminado com um ato discricionário¹¹⁷, como se fosse dado ao juiz atribuir qualquer sentido ao texto¹¹⁸. É verdade que há muito vem se confundindo a utilização de conceitos jurídicos indeterminados com a concessão indiscriminada de poder discricionário ao juiz, tornando muito dificultosa qualquer sindicância na aplicação da norma vaga.¹¹⁹

Para os limites deste trabalho, não há como se confundir atribuição de sentido ao texto normativo com atividade discricionária do juiz, o que será abordado, com vagar, no último capítulo, inclusive com a defesa de que os precedentes judiciais teriam lugar de destaque no controle da discricionariedade judicial. Entretanto, para não se deixar dúvidas, parece estranha a afirmação de que conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade seriam fenômenos interligados, porquanto o intérprete muitas vezes teria que se valer desta para preencher aqueles¹²⁰.

Os limites da atribuição de sentido ao texto normativo estão na pré-compreensão do intérprete diante da intersubjetividade da vida em sociedade, do estar no mundo¹²¹. Não há lugar para subjetividades assujeitadoras do objeto, tampouco para relação sujeito-objeto no Estado Constitucional. A relação que tem assento no Estado Democrático de Direito, diante das

¹¹⁶ NARDELI, Paulo Renato Gonzalez. **Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/5580/1/Clausulas-Gerais-E-Conceitos-Juridicos-Indeterminados-analise-Comparativa-Breve/pagina1.html#ixzz12Rqms1qC>>. Acesso em: 15.11.2015.

¹¹⁷ Sobre o poder discricionário em seus sentidos forte e fracos, na visão de Dworkin, analisar o capítulo 4, item 4.4 dessa investigação.

¹¹⁸ Sobre a teoria positivista do poder discricionário de Hart, analisar o capítulo 4, item 4.4 desse trabalho.

¹¹⁹ Sobre o tem, com farta bibliografia, consultar: KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 29 e ss.

¹²⁰ *Idem, ibidem*, p. 48.

¹²¹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: São Francisco, 2014.

garantias e direitos fundamentais, é a sujeito-sujeito, sem posturas solipsistas e arbitrárias de quem foi dada a competência última de interpretar.¹²²

Com efeito, parece correta a afirmação de que o problema da indeterminação do Direito, da atribuição de sentido ao texto normativo, a adoção das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, afastou o juiz do *civil law* dos dogmas da tradição cunhada desde a Revolução Francesa, o aproximando, mas não sem ressalvas, do seu colega do *common law*, fazendo-se necessária, para dirimir dúvidas ainda existentes, uma análise da doutrina do *stare decisis* e sua relação com aquela tradição.

1.3 A doutrina do precedente – *doctrine of stare decisis*.

Já foram abordadas neste capítulo as origens do *common law*, suas fases e as necessárias noções para a formação desta tradição, como também suas similitudes e diferenças com a tradição do *civil law*, buscando-se demonstrar, com o cuidado necessário, os pontos de aproximação entre as duas famílias e as vicissitudes ainda exclusivamente inerentes a cada uma delas.

Propositadamente, nos tópicos antecedentes, nada foi falado acerca da doutrina do *stare decisis*, tampouco se ela teria surgido desde os primórdios da tradição do *common law*, ou, diferentemente, se a doutrina do precedente não se confundiria com a tradição do Direito não escrito, embora pareça estranho, hodiernamente, qualquer desvinculação entre eles.

Tal omissão se fez necessária, tendo em vista ainda existir alguma confusão entre o *common law* e a regra do precedente (*stare decisis*), que ao fim busca vincular a utilização de precedentes judiciais à família do Direito não escrito, o que parece totalmente desprovido de qualquer base jurídica ou histórica, mas ainda permeia o imaginário dos juristas.

Correndo o risco de parecer repetitivo, tem-se que o Direito inglês passou por quatro períodos distintos: i) o período anterior à conquista normanda de 1066; ii) do da formação do *common law*, que perdurou de 1066 até 1485 (dinastia dos Tudors); iii) período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas regras de equidade; e iv) o período moderno, que começa em 1832 e perdura até os dias atuais, marcado pela adaptação do *common law* ao desenvolvimento em grande escala e sem precedentes da lei.¹²³

¹²² Cf. STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹²³ DAVID, Renê. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 356.

Numa análise desatenta dos períodos acima descritos, pode parecer que o *common law*, desde a sua origem, já se desenvolveu atrelado à regra do precedente, adotando de forma ampla a doutrina do *stare decisis*. Entretanto, essa crença não se mostra correta. Não há o que se confundir, como adverte Marinoni, *common law* com *stare decisis*. Compreendido como os costumes gerais que regravam o comportamento dos *Englishmen*, o *common law* existiu por vários séculos sem *stare decisis* e *rule of precedent*.¹²⁴

Ao menos para um historiador, qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, é condenada a parecer insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios que regulam o uso de precedentes e o seu status de ‘lei’ é relativamente moderno, e a ideia de obrigatoriedade do precedentes é mais recente ainda. O *common law* já existia há séculos antes de alguém se interessar por essas questões, tendo funcionado como um sistema, não obstante carente de fundamentos como o conceito de *ratio decidendi*; e, diga-se de passagem, funcionou muito bem.¹²⁵

Cruz e Tucci identifica que a eficácia vinculante do precedente judicial apenas teve lugar a partir das primeiras décadas do século XIX, notadamente na decisão do caso *Beamish v. Beamish*, já no ano de 1861, embora não negue, ao longo de sua obra, que os precedentes judiciais acompanharam a evolução do *common law*, mas não com eficácia vinculante.¹²⁶

Na decisão do caso *Beamish v. Beamish*, conduzida, em 1861, pelo Lord Campbell, ficou virtualmente estabelecido que a *House of Lords* estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos: ‘... o direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os *Law Lords*, a *House of Lords* se arrogaria o poder de alterar o direito e legiferar com autônoma autoridade.¹²⁷

Apenas mais de um século depois do reconhecimento da regra de precedente, a *House of Lords*, por meio da *Practice Statement of Judicial Precedent*, proclamada pelo *Chancellor Lord Gardner*, aduziu ser prudente rever orientação emitida no passado, quando parecesse correto. Embora já houvesse, antes mesmo do ano de 1861, no caso *Bright v. Hutton* (1852), proclamado a possibilidade, como qualquer outro tribunal, de corrigir eventuais erros porventura cometidos.¹²⁸

A expressão *stare decisis* é uma redução da frase latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que em tradução livre significa “ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto”. Afirma-se, ainda, que a palavra *doctrine*, seria melhor traduzida como “regra”, de

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 33.

¹²⁵ SIMPSON, A. W. B. *The common law and legal theory*. In: HORDER, Jeremy (ed.). *Oxford essays in jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 77.

¹²⁶ TUCCI, Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, pp. 149-158.

¹²⁷ *Idem, ibidem*, p. 158.

¹²⁸ *Idem, ibidem*, pp. 158-159.

modo que a “*doctrine of stare decisis*” representa a regra segundo a qual as coisas devem ficar como foram decididas pelos juízes e pelas Cortes do passado.¹²⁹

Destarte, não se deve confundir a doutrina do *stare decisis* com a tradição do *common law*, não havendo óbice, ao menos não por este motivo, da adoção por um país filiado à tradição do *civil law* da regra do precedente. Se tal regra estaria em rota de colisão com o princípio da legalidade, mesmo depois do constitucionalismo contemporâneo, é outro problema, do qual tentaremos nos desincumbir em capítulo próprio. Por ora, a conceituação do que é um precedente, as razões para segui-lo e sua aplicação no sistema jurídico brasileiro, é tarefa que se mostra imprescindível ao entendimento sobre o assunto.

2 NOTAS PARA UMA CONCEITUAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: DA SÚMULA AO PRECEDENTE.

2.1 Distinção entre conceito lógico-jurídico e jurídico positivo.

Sem muito esforço, percebe-se na literatura jurídica, seja ela nacional ou estrangeira, forte dissenso acerca da conceituação do precedente judicial. Em vários aspectos há divergências, sobretudo, naquilo que diz respeito à sua natureza jurídica e à sua inclusão no rol dos conceitos lógico-jurídicos (jurídicos fundamentais) ou no dos conceitos jurídico-positivos. A investigação, ao que parece, merece maior atenção, não sem antes se analisar o próprio “conceito” destes dois conceitos jurídicos.

¹²⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010, p. 65.

A dificuldade na conceituação do precedente judicial e sua distinção daqueles objetos de conhecimento a ele correlatos – súmulas, jurisprudências, ementas -, naturalmente se mostra inerente à dificuldade de conceituação do próprio Direito, que atormenta os juristas desde há muito. Alexy, ao se debruçar sobre o correto conceito de Direito, já advertia que aquele que pretende responder à pergunta do correto conceito de Direito deve relacionar três elementos: i) o da legalidade conforme o ordenamento; ii) o da eficácia social; iii) o da correção material. Conforme se reparta os pesos entre os três elementos, surgirão conceitos completamente diferentes de Direito.¹³⁰

Responder à pergunta ‘o que é o Direito’ fez com que não poucos juristas andassem pelas ruas da amargura, especialmente os que estudam o Direito sob um ponto de vista muito geral: os teóricos ou filósofos do Direito. Como já alguma vez se disse, trata-se de uma situação muito singular que não encontra termo de comparação com outras disciplinas. Alguns poucos parágrafos – inclusive algumas linhas – é tudo que um leitor de um tratado de Genética, de Antropologia social ou de Física costuma encontrar – e parece necessitar – para compreender qual é o objecto dessas disciplinas. Por que não acontece o mesmo com o Direito? Como é possível que os juristas tenham tradicionalmente considerado – e continuem a considerar – um problema definir o que é Direito?¹³¹

Não há qualquer pretensão em se buscar conceituar, no presente trabalho, o que é Direito. Tal intento se mostraria impossível diante da dificuldade já anunciada, bem como se afastaria por demais do objeto do presente estudo. A advertência sobre a dificuldade de conceituação do próprio Direito foi realizada para alertar ao leitor das rugas da linguagem e da total ausência de pretensão de se colocar um ponto final na discussão do que seria um precedente judicial.

Embora seja flagrante o dissenso acerca do objeto da ciência jurídica, o referencial teórico do presente trabalho reconhece o Direito como integridade, invocando a tradição jurídica como limitadora da discricionariedade judicial. Essa ressalva se perfaz necessária, tendo em vista a tentativa de se demonstrar ao longo do texto que a polissemia das palavras, os conceitos jurídicos indeterminados, as cláusulas gerais e a distinção entre texto e norma, não autorizam qualquer subjetivismo judicial. Há limites na interpretação e esses limites estão na tradição da comunidade jurídica, na pré-compreensão do ser no mundo.¹³²

Deixando de lado o conceito de Direito, por não ser o objetivo desse trabalho, não se pode deixar de observar que a ciência é um sistema de enunciados e compõe-se de um conjunto

¹³⁰ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 15.

¹³¹ ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 45.

¹³² Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: São Francisco, 2014, em especial a segunda parte. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, em especial capítulo 5.

de conceitos dispostos segundo certas conexões ideais, que estão estruturados de acordo com critérios ordenadores que os subordinam a uma unidade sistemática. Os enunciados da ciência articulam esses conceitos, objetivando explicar de modo racional, coerente e falseável, uma determinada feição da realidade.¹³³

Ressalte-se, para evitar mal entendidos, que nos limites desse trabalho, não se usará “conceito” na sua concepção essencialista (aristotélica), de coisa (signo) que representa outra coisa (seu objeto). Isso porque conceitos jurídicos não são referidos a objetos, mas sim a significações. O conceito, ainda que essencialista, será sempre produto de reflexão, expressando um resumo de ideais. O conceito jurídico não está no lugar da coisa, mas da significação a ela atribuível. Conceitos jurídicos são signos de significações atribuíveis – ou não atribuíveis – a coisas, estados ou situações.¹³⁴ É o que se tem por diferença ontológica¹³⁵.

É certo, porém, que num sistema de conceitos, nem todos ocupam o mesmo patamar. No escólio de Lourival Vilanova, tem-se que há conceitos que possuem âmbito específico de validade, enquanto outros possuem um âmbito genérico. Uns são conceitos fundamentais, já outros, derivados e adjacentes¹³⁶. Dito de outro modo, uns são jurídico fundamentais (lógico-jurídicos), outros jurídico-positivos. É dentro dessa perspectiva que devemos inserir a análise sobre o conceito de precedentes judiciais.

Importante é observar que, num sistema conceptual, científico, nem todos os conceitos ocupam o mesmo plano. Há uma hierarquia lógica que coordena e subordina os conceitos entre si. Uns têm âmbito de validez específico, outros, genérico. Uns são fundamentais e principais, outros derivados e adjacentes.

[...]

Em todo sistema conceptual, existe um grupo de conceitos fundamentais, cuja amplitude cobre todo o território científico sobre o qual dito sistema repousa.¹³⁷

No âmbito dos conceitos descritivos, mostra-se de fundamental importância a distinção entre os conceitos que servem à compreensão do fenômeno jurídico onde quer que ele ocorra, pouco importando o seu conteúdo, daqueles construídos tendo por base um determinado ordenamento jurídico. Aos primeiros dá-se o nome de conceitos lógico-jurídicos ou conceitos jurídicos fundamentais; os segundos são chamados de conceitos jurídico-positivos.¹³⁸

¹³³ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 39.

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 196.

¹³⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, capítulo 10, item 10.5. GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, em especial a terceira parte.

¹³⁶ VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito de direito. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1, p. 4.

¹³⁷ VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mvndi IBET, 2003, v.1, p. 04.

¹³⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op. Cit.*, 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 40.

O conceito jurídico-positivo deve ser construído com fundamento em determinada realidade normativa, limitando-se o seu campo de aplicação a essa realidade. Cuida-se de noção que somente poderá ser compreendida após o conhecimento do Direito positivo, a ele limitada e sem pretensão de universalização. Sua definição variará conforme o tempo e o espaço. Não há o que se falar numa disciplina única para esses institutos, são variáveis às mudanças do Direito positivo ao longo do tempo.¹³⁹

Já o conceito jurídico fundamental é construído pela filosofia do Direito e tem pretensão de auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico onde quer que ele ocorra, ou seja, não variará no tempo e no espaço, tampouco está circunscrito a determinado Direito positivo. Tem pretensão de abstração e universalização, podendo ser utilizado para a compreensão de qualquer ordenamento jurídico, sendo indispensável à compreensão científica do Direito, pois são criados a partir da observação do fenômeno jurídico, funcionando como instrumentos indelévels à verificação empírica. Chamam-se fundamentais, porque são fundamentais para a ciência jurídica e para a própria norma jurídica, pois não se concebe o Direito sem os conceitos que lhe dão suporte.¹⁴⁰

Como o conceito lógico-jurídico é produzido pelo conhecimento humano, não se lhe pode negar o seu caráter cultural, mesmo porque, é criado a partir da observação do fenômeno jurídico, não lhe sendo importante, *a priori*, o Direito positivo, daí sua pretensão universalizante, servindo à compreensão de qualquer ordenamento jurídico. Embora pareça paradoxal a afirmação de que o conceito lógico-jurídico seja um produto cultural, diante das diversas culturas existentes e da pretensão universalizante deste conceito, o que se busca com ele são a identificação e seleção daquilo que é comum a qualquer direito positivo. Qualquer enunciado universal pode ser falseado por um enunciado singular, abrindo possibilidade para a sua revisão e substituição por outro conceito que se revele mais adequado.¹⁴¹

Com Juan Manuel Terán, tem-se uma distinção interessante entre os dois conceitos jurídicos em análise:

*Los conceptos jurídico-positivos tienen un ángulo equivalente al de la positividad del derecho concreto que los ha comprendido e implantado, en tanto que los fundamentos lógicos pretenden tener una validez común y universal para todo sistema jurídico y, por lo tanto, para toda concepción jurídica.*¹⁴²

¹³⁹ *Idem, ibidem*, p. 40.

¹⁴⁰ *Idem, ibidem*, p.42.

¹⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 44-46.

¹⁴² Os conceitos jurídico-positivos têm um ângulo equivalente ao da positividade do direito concreto que os tem compreendido e implantado, tanto que os fundamentos lógicos pretendem ter uma validade comum e universal para todo sistema jurídico e, portanto, para toda conceituação jurídica. (Tradução livre do autor). TERÁN, Juan Manuel. **Filosofía del derecho**. 14. ed. Mexico: Porrúa, 1998. p. 82.

Como abordado no início desse tópico, não é porque um conceito jurídico é fundamental, com pretensão de universalização, se deslocando do Direito positivo particular, que ele se mostra alheio a evolução do próprio Direito, que é o objeto primeiro da ciência jurídica e dele decorrem todos os outros conceitos a serem cunhados para descrever os fenômenos jurídicos.

Os conceitos jurídicos fundamentais, quando elaborados, estão atrelados às contingências do seu tempo: teorias existentes, ideologias predominantes, concepções filosóficas prevaletentes, peculiaridades dos objetos investigados, limitações materiais para pesquisa etc.. Por serem convencionalmente construídos, também por convenção podem ser revistos, daí ser correto afirmar que os conceitos lógico-jurídicos podem se tornar obsoletos.¹⁴³

Os conceitos jurídicos fundamentais, como fenômenos culturais, não são imutáveis. Somente há progresso no pensamento filosófico quando se superam conceitos fundamentais consolidados. Embora conceito lógico-jurídico - fundamental para a compreensão do próprio Direito -, ele não pode estar dissociado da realidade, podendo ser eliminado, ou corrigido, pela experiência se se mostrar inadequado. É que “a tese da aprioridade de um conceito fundamental não redunde em colocar o conceito a salvo de todo o enriquecimento ou retificação – como o prova a história de qualquer ciência – vinda da experiência”.¹⁴⁴

Inobstante a sua mutabilidade, talvez até por ela mesma, os conceitos lógico-jurídicos têm uma dupla função: i) servir de base para a elaboração de conceitos jurídico-positivos. ii) auxiliar o intérprete (operador do Direito) na compreensão, interpretação e aplicação do ordenamento jurídico. Donde se percebe sua função heurística.¹⁴⁵ Há entre o conceito jurídico fundamental (geral) e o conceito jurídico-positivo (individual) uma relação de dependência.¹⁴⁶ O conceito jurídico-positivo é uma especificação do conceito lógico-jurídico, delimitando a sua generalidade.¹⁴⁷

¹⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 45.

¹⁴⁴ VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mvndi IBET, 2003, v.1, p. 18.

¹⁴⁵ Os conceitos lógico-jurídicos permitem e facilitam o conhecimento do Direito. Não se trata de uma tentativa de simplificação, apenas, mas sim de ampliar o conhecimento do Direito como uma evolução cultural. Não se pode perder de vista que os conceitos jurídicos fundamentais são mutáveis e podem ser substituídos por outros que herdarão suas características próprias. A experiência permite a substituição e correção desses conceitos, não havendo qualquer necessidade de se tentar conceituar o novo dentro dos limites de conceitos jurídicos consolidados. Se assim se agir, a sua função simplificadora desaparece, e com ela qualquer utilidade da existência do conceito lógico-jurídico.

¹⁴⁶ ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica - pensamento formal e argumentação**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 203.

¹⁴⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op. Cit.*, p. 45.

É de se ver que os conceitos jurídicos fundamentais, em sua função heurística, servem para descrever a realidade e não, como parece intuitivo, para que a realidade seja encaixotada no conceito. Não se deve ignorar a realidade para preservar o conceito, essa é a base da compreensão da ciência jurídica. Conquanto fundamental, se um conceito não mais consegue descrever a realidade, ele deve ser reconstruído, caso contrário perde a sua funcionalidade e desaparece a necessidade da sua existência.

Sem dúvida, a análise dos conceitos jurídicos, sua fragmentação, no plano descritivo, em conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos - do universal ao particular -, se mostra importante para a teoria geral do Direito, e para a teoria geral do processo em especial, porque apta a facilitar a compreensão do fenômeno jurídico e a alocar os institutos jurídicos nos seus devidos lugares. Não seria diferente com os precedentes judiciais, pois sua definição como conceito lógico-jurídico ou jurídico-positivo deve ser levando em conta quando se buscar conceituá-los, o que, como já salientado, não é tarefa fácil.

2.2 O precedente judicial como conceito jurídico fundamental.

Objetivou-se, no tópico antecedente, demonstrar as diferenças existentes entre os conceitos jurídicos fundamentais e os conceitos jurídico-positivos, para agora, com as premissas já delineadas, conseguir catalogar o precedente judicial em uma dessas duas conceituações. Como o tópico já avisa, o ponto de partida seria a identificação do precedente judicial como um conceito jurídico fundamental, mas não sem antes buscar demonstrar a grande controvérsia que grassa na literatura acerca do conceito de precedente judicial.

Inobstante a tentativa de se incluir o precedente judicial no catálogo dos conceitos jurídicos fundamentais, é importante advertir que, como o conceito em si mesmo, essa inserção do precedente judicial no rol dos conceitos lógico-jurídicos está longe de ser uníssona, dificultando, sobretudo, essa parte do trabalho, até pela necessária falseabilidade inerente à construção de qualquer conceito jurídico, por não se negar a natureza científica ao Direito¹⁴⁸.

Ademais, a identificação do precedente judicial como um conceito jurídico fundamental pressupõe uma conceituação universalizável, que independa de um ordenamento jurídico específico, o que o definiria como um conceito de teoria geral do Direito e do processo. Ressalte-se, que o conceito de precedente judicial que se pretende trazer não diz respeito à sua

¹⁴⁸ Sobre a necessidade de falseabilidade, consultar: POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, s/a, p. 35.

eficácia, se vinculante, persuasiva ou obstativa de revisão de decisões judiciais.¹⁴⁹ Analisar esses atributos, ao que parece, nada tem a ver com o conceito mesmo de precedente judicial, mas com os efeitos que ele pode produzir em dado ordenamento jurídico.

O precedente judicial é um tema fascinante. Primeiro, por uma razão muito simples: ele está presente em todo e qualquer sistema jurídico. Em qualquer país, independentemente de sua filiação a esta ou àquela família jurídica, a decisão de um caso tomada anteriormente pelo Judiciário constitui, para os casos a ele assemelhados, um precedente judicial. Apenas seus atributos, tais como o seu poder criativo ou meramente declarativo, seu caráter persuasivo ou obrigatório, é que vão depender dos contornos atribuídos a ele pelo sistema jurídico estabelecido.¹⁵⁰

É nesse sentido que se pode afirmar que a categoria precedente pertence à Teoria Geral do Direito. Cuida-se de conceito jurídico fundamental relativo ao próprio funcionamento dos sistemas jurídicos, relacionado também à teoria das fontes normativas¹⁵¹. Pouco importa, neste aspecto, se determinado sistema jurídico adota ou não a *doctrine of stare decisis*, porquanto sempre que haja Direito, existirão precedentes, diferindo, apenas, a forma e a importância que lhes é dada por cada sistema jurídico de sistema positivo¹⁵².

Poder-se-ia objetar tal afirmação, partindo-se da premissa delineada por José Rogério Cruz e Tucci, que afirma que “o precedente é uma realidade em sistemas jurídicos histórica e estruturalmente heterogêneos, e que apresenta características próprias em diferentes legislações”.¹⁵³ Talvez na mesma linha, Michele Taruffo tem interessante posicionamento:

*Existem además diferencias relevantes, relacionadas con el uso de los precedentes, que se remontan a factores inherentes a la organización judicial, a la teoría de las fuentes, a la concepción del papel del juez, a la cultura de los juristas y a la práctica defensiva y judicial.*¹⁵⁴

Embora não se perceba do trecho transcrito qualquer adesão à categoria conceitual do precedente, se jurídico fundamental ou jurídico-positivo – o autor italiano não trabalha com essa distinção -, não parece que Taruffo negue que o precedente esteja na categoria dos conceitos jurídicos fundamentais. Cruz e Tucci e Taruffo partem da premissa de que os precedentes judiciais existem em qualquer sistema jurídico, qualquer que seja a família a que ele esteja vinculado. O que variará, e isso não se nega, é a importância a ser dada ao precedente

¹⁴⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique P. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, p. 202.

¹⁵⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1. ed. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2013, p. 15.

¹⁵¹ MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 87.

¹⁵² MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 2-3.

¹⁵³ TUCCI, Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 304.

¹⁵⁴ Existem, ademais, diferenças relevantes, relacionadas com o uso dos precedentes, que se remontam a fatores inerentes à organização judicial, à teoria das fontes, à concepção do papel do juiz, à cultura dos juristas e à prática defensiva e judicial. (Tradução livre do autor). TARUFFO, Michele. **Dimensiones del precedente judicial. Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, n.33.

pelo sistema, o modo com que a cultura jurídica de cada país encara o uso de decisões passadas como influentes em casos presentes análogos, mas o conceito de precedente parece não variar, pouco importando o sistema jurídico onde esteja inserido o intérprete.

Afirmar que, quando dado sistema jurídico atribui eficácia vinculante, persuasiva ou obstativa de revisão judicial, estaria ele modificando o próprio conceito de precedente na Teoria Geral do Direito, parece negar o próprio “conceito” dos conceitos jurídicos fundamentais e sua função heurística. Parece intuitivo, que o conceito de precedente, aquele cunhado pela filosofia, além de servir de base para a elaboração de conceitos jurídico-positivos, auxilia o intérprete na compreensão, interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, dele não dependendo.

Para uma melhor compreensão do que aqui se defende, é importante tomar por base o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, o CPC-15. Quando o artigo 926 do novo diploma processual afirma que: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, não se preocupa, em nenhum momento, em conceituar o que seria “jurisprudência”, abrindo possibilidade para uma atribuição de sentido ampla quando da concreção desse texto normativo.

O mesmo se diga da redação do *caput* do artigo 927 e de seus incisos¹⁵⁵, que embora não possa ser tomado como um catálogo de “precedentes vinculantes”¹⁵⁶, mesmo porque o conceito de precedente (com sua força gravitacional) que será analisado ainda nesse capítulo não se limita ao elenco constante desse dispositivo – e sequer poderia ser elencado, é bom frisar. Não há nesse dispositivo qualquer preocupação em se conceituar precedente judicial – ou diferenciá-lo dos institutos a ele correlatos -, mas, no máximo, em atribuir às decisões proferidas com base naqueles institutos, alguns de cortes inferiores até, por variadas razões, efeito vinculante¹⁵⁷.

Evidencia-se, portanto, que até mesmo no Brasil, tradicionalmente filiado ao *civil law*, não há qualquer preocupação legislativa em conceituar o que seria precedente judicial. O CPC-

¹⁵⁵ 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;

[...]

¹⁵⁶ Sobre o tema, com ampla bibliografia: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes judiciais**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹⁵⁷ Para os limites desse trabalho, a força gravitacional do precedente não se limita àquele rol do art. 927 do novo Código de Processo Civil, mesmo porque o conceito aqui adotado é hermenêutico, que não analisará o precedente enquanto norma jurídica. contra, defendendo a existência de precedentes normativos: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Op. Cit.*, em especial o capítulo 4.

15 não se preocupa em momento algum em conceituar o que seria um precedente judicial – talvez por entender tratar-se de um conceito jurídico fundamental -, limitando-se a atribuir a alguns pronunciamentos judiciais tidos como precedentes (*a priori*, o que será objeto de crítica em capítulo próprio) eficácia vinculativa, por vezes obstativa de revisão, e só. Não há qualquer conceito jurídico-positivo de precedente judicial.

Mais do que isso. O Código de Processo Civil de 2015 não se preocupa, sequer, em fazer uma distinção – importantíssima para a ciência jurídica e para o manejo da teoria dos precedentes judiciais – entre jurisprudência, súmula e precedente judicial, por vezes parecendo baralhar esses conceitos ao longo do texto normativo. Partindo-se da premissa desse trabalho, que o conceito de precedente judicial é lógico-jurídico, a aparente confusão perde importância, porque a conceituação desse instituto é filosófica, pertencente à teoria geral do Direito, independentemente do direito positivo.

Não se pretendeu, como anunciado desde o início, colocar-se um ponto final acerca da catalogação do precedente judicial como inserto do rol dos conceitos lógico-jurídicos ou no dos conceitos jurídico-positivos, mas sim fincar as premissas deste trabalho. Feitas as necessárias advertências, impõe-se, agora, a conceituação mesma do que seria o precedente judicial, levando-se em consideração, como defendido, estar ele inserido no catálogo dos conceitos jurídicos fundamentais.

Tradicionalmente o conceito de precedente judicial é elaborado levando-se em consideração uma dupla perspectiva, vale dizer, uma ampla e outra restrita. Numa perspectiva ampla, tem-se como precedente “um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito”.¹⁵⁸ Seriam, pois, para o Direito, “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutra caso”.¹⁵⁹

*Precedents are prior decisions that function as models for later decisions. Applying lessons of past to solve problems of present and future is a basic part of human practical reason. Accordingly, there is no better way for a lawyer to get at the heart of a legal system than to ask how it handles precedent.*¹⁶⁰

¹⁵⁸ BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6. ed. St. Paul, USA: West Publishing, 1990, p. 1.176.

¹⁵⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 611.

¹⁶⁰ Precedentes são decisões prévias que funcionam como modelos para decisões posteriores. Aplicar lições do passado para solucionar problemas do presente e do futuro é uma parte básica da razão humana prática. Consequentemente, não há melhor meio para um jurista chegar ao âmago de um sistema legal do que perguntar como ele lida com os precedentes. (Tradução livre do autor). MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 1. No mesmo sentido, com a ressalva de que nem todo evento passado pode ser tido como precedente: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 1.

Nesse sentido, o conceito de precedente judicial não se limita às razões de decidir, mas seria ele toda a decisão – relatório, fundamentação e dispositivo – não excluindo qualquer dos seus elementos essenciais da tarefa de concretização do Direito. Numa palavra, “precedente, aqui, é o mesmo que ‘decisão precedente’ e tem um inegável aspecto relacional, na medida em que só pode ser aplicado quando há casos análogos”.¹⁶¹

Em sua visão restrita, precedente não se confunde com a decisão judicial, mas apenas seria aquela com potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos juízes. Seria ele a própria *ratio decidendi* ou razões de decidir, a ser extraída da fundamentação da decisão judicial que não se limite a reafirmar texto de lei ou precedentes anteriores.¹⁶²

Essa perspectiva confunde precedente com a *ratio decidendi* ou norma de decisão, estreitando, sobremodo, o conceito da análise ampliativa, que cuida do precedente tendo em vista todos os elementos da decisão judicial. Nessa visão estreita, o precedente judicial é tido como a própria norma aplicada pela corte, compreendida da fundamentação da decisão judicial, tomada como imprescindível à resolução do caso.¹⁶³

Tida por alguns como imprópria¹⁶⁴, essa segunda significação tem a ver com a expressão “aplicação do precedente”, porquanto o que se aplique, na realidade, seja a norma que se constrói a partir do precedente. Há nítida confusão entre precedente judicial e *ratio decidendi*, que compõe apenas um dos seus elementos. Todo precedente judicial é composto de duas partes distintas: i) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; ii) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) da decisão.¹⁶⁵

Não há se confundir, portanto, precedente com um dos seus elementos. A decisão judicial como um todo deve ser tomada como precedente judicial, mesmo porque a utilização do precedente no caso futuro depende de sua similitude fática. A identificação da *ratio decidendi* ou *holding* é tarefa do juiz do caso futuro, mas sempre levando em consideração as peculiaridades do caso concreto precedente e do sob julgamento (*treat like cases alike*).

Numa outra perspectiva, não é qualquer decisão que pode ser considerada precedente judicial. Embora não se confundam o conceito de precedente com o de *ratio decidendi*, se uma decisão não trazer um acréscimo de sentido ao texto normativo, exercendo a função mediadora

¹⁶¹ MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 89.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, pp. 215-216.

¹⁶³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Trad. M.. Angélica Pulido. Barcelona: Marcial Pons, 2012, p. 67-68.

¹⁶⁴ MACÊDO, Lucas Buriel. *Op. Cit.*, p. 91.

¹⁶⁵ TUCCI, Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 12.

deste com a realidade, não merece ser epitetada de precedente judicial. Do que se extrai que nem todo o julgado pode ser tido como precedente a ser utilizado no futuro para auxiliar a compreensão do Direito.

Precedente judicial é, nesta visão, uma decisão passível de ser utilizada no futuro, em razão da contribuição hermenêutica com ela obtida, com a função de facilitar a mediação entre a lei (direito em sentido amplo) ou a constituição e a realidade social em que se insere, mediante o fornecimento de experiência. Repita-se, nem toda decisão judicial seria um precedente, mas apenas aquela que trouxesse novas respostas, seja pela obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros, ou que avance em questões ainda não tratadas em textos legais ou constitucionais.¹⁶⁶

Ademais, somente será precedente quando houver, conforme já adiantado, um ganho hermenêutico, entendido como (1) a obtenção de um novo sentido; (2) a opção por um específico sentido obtido em função das peculiaridades concretas observadas e que, até então, fugia a uma interpretação realizada segundo a consideração de situações-padrão e comuns de aplicação; (3) avanço de sentido não contidos aprioristicamente em um texto legislativo ou constitucional.¹⁶⁷

Há aqueles¹⁶⁸, ainda, que além de confundir precedente com a *ratio decidendi* – razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação das decisões -, só o considera como tal (precedente), se emanado, exclusivamente, das Cortes Supremas¹⁶⁹ e seria sempre obrigatório (vinculante), do contrário poderiam ser confundidos com simples exemplos.¹⁷⁰ Isso não implica dizer, para ser fiel a essa corrente doutrinária, que qualquer decisão que emane das Cortes Supremas sejam precedentes, numa acepção exclusivamente formal e quantitativa.

Dependeria, para se caracterizar como precedente, além da emanção das referidas cortes de vértice, que a decisão contivesse fundamentos determinantes e suficientes claramente identificáveis, aptos a serem utilizados no futuro em casos análogos, caso contrário, embora oriundo da forma indicada pela legislação, *in casu*, o CPC-15 (art. 927), o precedente não se formará, realçando seu aspecto material e qualitativo.

¹⁶⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 281-282.

¹⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 282-283.

¹⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: RT, 2013, em especial a parte 3. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. vol. 2. São Paulo: RT, 2015, p. 611.

¹⁶⁹ Dentro desta linha conceitual, têm-se como Cortes Supremas aquelas das quais emanam precedentes vinculantes. Seriam elas cortes de precedentes e não de revisão de casos concretos. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça decidem o sentido da Constituição e da legislação federal infraconstitucional, respectivamente. Seriam, pois, Cortes Supremas. Sobre o tema: MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 79.

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 611.

A despeito dos vários conceitos de precedentes aqui aduzidos, todos parecem caminhar em um sentido mais ou menos comum, qual seja, de que todo precedente é uma decisão judicial, mas nem toda decisão judicial pode ser considerada um precedente, ressalva feita à corrente ampliativa. Seja porque não emanada de uma Corte Suprema, seja pela impossibilidade de identificação da *ratio decidendi*, ou pela ausência de ganho hermenêutico na sua edição, algumas decisões judiciais, embora tenham decidido casos passados, não contribuirão em nada para o julgamento de casos futuros similares.

Dessa plêiade de conceitos trazidos à análise, o que mais atende aos reclamos do Direito enquanto integridade (*law as integrity*)¹⁷¹ e da tese da resposta correta (*right answer*)¹⁷², aparentemente adotadas pelo art. 926 do CPC-15¹⁷³ - e definitivamente adotadas neste trabalho -, é aquele que vê o precedente como um ganho hermenêutico, dentro do jogo de perguntas e respostas, elidindo a prolatação de outras decisões a partir de um grau zero, limitando a discricionariedade judicial, economizando tempo e garantindo uma igualdade de tratamento entre casos iguais.

Ao se considerar o precedente uma resposta, ele se vincula às perguntas e às indagações formuladas no processo de origem e àquelas suscitadas no novo caso. Esse é um ponto relevante na proposta embasada na ideia de círculo hermenêutico e de *applicatio* da filosofia de Gadamer. É justamente a compreensão do precedente nesse jogo de perguntas e respostas (que correspondente ao próprio trabalho hermenêutico exercido pelo magistrado) que impedirá que haja uma generalização e abstração automática e não fundamentada. Essa generalização, quando permitida, comporta gradação e, ainda assim, terá força hermenêutica variável. Impede que artificialmente se desprenda uma parte de uma decisão (que só pode ser entendida em função do todo) como se fosse estanque e autônoma para ser utilizada em um grande número de situações posteriores.¹⁷⁴

Os precedentes judiciais não podem ser utilizados como meios de se objetivar o Direito, deslocando-se o sentido do texto com o intuito de aplicá-lo a um grande número de situações posteriores, mas que não guardem entre si relação de igualdade substancial. O grande problema da utilização de precedentes no Brasil é a sempre presente tentativa de objetivação do Direito, resquício da tradição positivista. Não se pode esquecer, que a função do precedente, nos limites daquilo que é defendido nesse trabalho, é contribuir para a compreensão do Direito, ajudar na atribuição de sentido ao texto normativo.

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁷² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira) – 2. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁷³ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

¹⁷⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 282.

Apesar dessa função auxiliar, diante da distinção entre texto e norma (aqui entendida como produto da interpretação com base no caso concreto), o precedente é texto e como tal deve ser interpretado, atribuindo-se sentido ao texto do precedente para poder utilizá-lo na solução do caso presente, possibilitando, ainda assim, que ele seja rechaçado ou referendado no futuro (metáfora do romance em cadeia)¹⁷⁵.

Compreendido desta forma, o precedente não concede ao intérprete uma carta branca para utilizá-lo deslocado do caso concreto, tampouco das vicissitudes de sua época. Serve de um guia para a compreensão de um direito em particular, partindo-se da tradição da comunidade política, não sem antes o magistrado se esforçar para reconstruir a história institucional daquele mesmo direito, na busca da resposta correta, que necessariamente tem que levar em conta as decisões proferidas no passado, que correspondem à tradição daquela comunidade.

Evita-se com isso, que o juiz decida solipsisticamente, atribuindo qualquer sentido ao texto normativo, sem se preocupar com as decisões anteriores. Frise-se que o precedente entendido dentro da teoria do romance em cadeia não se torna imutável, ao contrário. O que referida teoria propugna – e que será melhor analisado em capítulo próprio – é que a quebra da cadeia de decisões seja fundamentada de forma redobrada, dialogando com as decisões pretéritas e demonstrando a necessidade do rompimento da tradição sobre aquele direito em particular.

É na verdade, mais! Entender o precedente dentro da teoria do romance em cadeia não o limita a uma visão retrospectiva, de apenas reconstruir a história institucional daquele direito com base em decisões passadas. Se se toma como precedente apenas aquela decisão que traga algum ganho hermenêutico, com a obtenção de um novo sentido, opção de um sentido específico até então não considerado nas situações-padrão ou avanço de sentido não contido, aprioristicamente, em um texto normativo, sua noção prospectiva parece até mais acentuada.

Decisão judicial – e todo precedente é uma decisão judicial -, conforme já defendido, é um ato de responsabilidade política do magistrado, seja porque com ela se pretende dar a melhor resposta ao caso concreto (discurso do caso concreto), seja porque se deve ter em mente que ela pode vir a se tornar um precedente, o qual deverá ser respeitado pelos demais juízes e conduzirá o comportamento das pessoas, servindo como guia para o futuro.

¹⁷⁵ Referida metáfora será a base do último capítulo desse trabalho, que defenderá que a regra do precedente não admite discricionariedade, tampouco que a decisão judicial é um ato de escolha. Sobre o tema: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira) – 2. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Com Lucas Buril, tem-se que em atenção à noção prospectiva do precedente, o magistrado deve sempre levar em consideração as proposições sociais, a evolução da tecnologia jurídica e o impacto econômico.¹⁷⁶ E continua:

Realmente, a utilização do precedente judicial não pode ser tida como simplesmente histórica, a preocupação com o que foi feito é característica do primeiro momento da decisão, ao tentar identificar a existência de algum precedente aplicável ao caso concreto, mas logo em seguida entra em cena sua função prospectiva ou consequencialista, eis que o magistrado, ao inovar sobre questão jurídica, enunciando ou trabalhando o que virá a ser uma norma aplicável a outros casos, deve tomar em consideração proposições sociais para que tal decisão venha a gerar uma norma adequada.¹⁷⁷

Embora seja necessária a preocupação com as consequências da tomada de decisão, notadamente quando o pronunciamento seja apto a ser tido como precedente judicial, diante do ganho hermenêutico que com ele se tenha obtido, não se pode esquecer que dentro de seu caráter material e qualitativo, não é no momento da prolação da decisão que surge o precedente judicial, mas apenas quando ele é reconhecido como tal pelo juiz do caso futuro, que terá a função de identificar a *ratio decidendi* e utilizá-la na compreensão do caso sob julgamento. É dizer: “o precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos”¹⁷⁸.

Delineados os contornos do conceito de precedente judicial para os limites deste trabalho, impende agora, para evitar mal entendidos, distingui-lo dos institutos jurídicos a ele assemelhados, bem assim identificar a sua natureza jurídica, missão tormentosa, que pressupõe uma análise da teoria geral do Direito, a ser enfrentada dentro dos postulados da teoria do fato jurídico.

2.3 Distinção entre precedente judicial e institutos afins.

Na busca de uma melhor precisão conceitual acerca do que seria um precedente judicial, faz-se necessário, até pelo baralhamento existente entre alguns institutos a ele assemelhados, distingui-lo, ao menos, daquilo que se entende por jurisprudência, súmula e, talvez com maior importância na praxe jurídica, ementas.

Importante destacar, nesse especial, que essas distinções se mostram importantes para a prática jurídica, inclusive. Não é incomum a utilização dos termos acima delineados como se

¹⁷⁶ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 94.

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 95. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 109. Sobre o paradigma consequencialista na tomada de decisão, LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. 2. ed. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010, p. 305-321.

¹⁷⁸ TUCCI, Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 11-12.

se tratassem do mesmo instituto jurídico, o que pode dificultar, sobremaneira, a adoção da teoria dos precedentes judiciais no Brasil, que a despeito de já lidar com precedentes judiciais há algum tempo, não desenvolveu uma cultura jurídica necessária ao seu manejo, notadamente do que diz respeito à eficácia vinculante.

Não é incomum o uso do substantivo “jurisprudência” como se de precedente se estivesse tratando, trocando um termo pelo outro.¹⁷⁹ O próprio Código de Processo Civil de 2015, no já mencionado artigo 926, parece tratá-los por sinônimos. Equivocada, entretanto, essa prática. A palavra “jurisprudência” não apresenta um único significado.¹⁸⁰ Há, ao menos, três significados aceitos pela literatura jurídica a serem atribuídos a ela: i) pode significar a ciência do Direito; ii) o conjunto de pareceres dos juriconsultos sobre problemas jurídicos; e iii) corpo de decisões dos juízes ou tribunais sobre questões jurídicas apresentadas em casos concretos.¹⁸¹

Dos três significados acima, o último é o que é mais correntemente usado na praxe forense para designar “jurisprudência”. Percebe-se dessa assertiva, que para que se possa falar em jurisprudência faz-se necessário um conjunto de decisões de um determinado tribunal, todas indicando um mesmo caminho a ser seguido. A dita “força normativa”¹⁸² da jurisprudência não estaria na autoridade (qualidade) de uma decisão, mas de várias decisões proferidas em um mesmo sentido, observando-se, ainda, considerável espaço temporal. É nesse sentido que se pode falar em jurisprudência dominante de determinado tribunal, por exemplo.

A distinção aqui propugnada tem imensa aplicação prática. Enquanto o precedente judicial será analisado pela qualidade da decisão que o originou, quando da extração da *ratio decidendi*, bastando uma única decisão para que o precedente esteja formado, para que se possa falar em jurisprudência desse ou daquele tribunal, faz-se necessário a demonstração da existência de várias decisões em um mesmo sentido (conjunto de decisões), que tenham sido proferidas ao longo do tempo. É muito mais simples se invocar um precedente como fundamento de uma petição, ou decisão, do que se demonstrar a formação de uma jurisprudência consolidada.

Não é incomum a existência de um precedente em sentido contrário à jurisprudência, superando-a ou limitando-a. É intuitivo, portanto, que ambos os fenômenos não se confundem e devem realmente ser tratados de forma diferente. A invocação de um precedente pressupõe,

¹⁷⁹ Sobre o uso indiscriminado das duas locuções, consultar: TUCCI, Rogério Cruz e. *Ibidem*, p. 9-10.

¹⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 25.

¹⁸¹ MACÊDO, Lucas Buriel. *Op. Cit.*, p. 108. TUCCI, Rogério Cruz e. *Op. Cit.*, p. 9-10.

¹⁸² O presente trabalho não entende que a jurisprudência tenha força normativa, seria ela, tal qual o precedente, texto, passível de interpretação que deve levar em consideração o caso concreto.

como teremos oportunidade de analisar, a demonstração da similitude dos casos, apta a aplicação da regra do *stare decisis*, o mesmo não se diga da invocação de uma jurisprudência dominante, que diante da multiplicidade de decisões, torna o método comparativo inalcançável.

Mais preocupante, dentro da teoria dos precedentes judiciais, seria confundi-los com as súmulas, vinculantes ou não. Súmula não é um precedente, mas sim, e tão somente, um verbete, o qual condensa a tese ou princípio jurídico extraível do acervo jurisprudencial de determinado tribunal.¹⁸³ Com esse conceito, súmula não pode nem ser considerada precedente, tampouco jurisprudência, pois em relação àquele, se desprende do caso concreto que a gerou; quanto a esta, objetiva condensar o posicionamento do tribunal extraído de sua jurisprudência, em ambos os casos se perfaz num enunciado geral e abstrato.

Com Tereza Arruda Alvim Wambier¹⁸⁴, tem-se que as súmulas resumem “a orientação pacífica do Tribunal, no que concerne à exegese de leis, quer de direito material, quer de direito processual” sobre assuntos não tratados de forma específica nos textos normativos. Sua redação seria abstrata porque o enunciado almeja se firmar enquanto uma “norma jurídica geral”, voltando-se para o futuro, facilitando a identificação do entendimento sedimentado para a sua localização e aplicação em casos semelhantes.¹⁸⁵

É verdade que para alguns as súmulas teriam a função de precisar e clarificar a *ratio decidendi*.¹⁸⁶ Encarar as súmulas dessa maneira já demonstra que elas não se confundem com precedentes judiciais, porquanto as razões de decidir consistem em apenas um dos elementos do precedente, restando, ainda, as circunstâncias fáticas que ensejaram aquela tomada de decisão, conforme já explanado.

A forma como as súmulas são encaradas no Brasil em nada se assemelham aos precedentes judiciais, seja pela já anunciada pretensão de abstração e generalização, se descolando dos casos que deram origem às súmulas, seja pelo método como vêm sendo aplicadas, vale dizer, o método subsuntivo, sem qualquer preocupação hermenêutica. Já foi dito ao longo desse trabalho, que só se pode considerar precedente judicial aquela decisão que traga algum ganho hermenêutico na compreensão do Direito e sua invocação como fundamento deve, necessariamente, demonstrar a similitude substancial dos casos (*treat like cases alike*).

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 55.

¹⁸⁴ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. A função das súmulas do supremo tribunal federal em face da teoria geral do direito. In: **Revista de processo**, v. 10, n. 40, p. 224-235, out-dez, 1985.

¹⁸⁵ LUNELLI, Guilherme. **Direito sumular e fundamentação decisória no CPC/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 201.

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 85.

Tal exercício hermenêutico, que toma o precedente como texto – súmulas também seriam textos, logo, passíveis de interpretação -, não é comumente realizado quando da utilização de súmulas como razão de decidir – ou de se postular. Os operadores do Direito, acostumados a objetivações, veem as súmulas como a norma a ser aplicada subsuntivamente ao caso concreto, pouco importando para eles a demonstração de que aquele verbete sumular somente surgiu porque outros casos (ou um caso) foi decidido e esses casos (ou caso) deve ser levado em conta para a extração da *ratio decidendi*, que não é apresentada pela súmula, mas extraída pelo intérprete do caso sob julgamento.

A súmula, ao contrário, é por definição um pronunciamento judicial com pretensão de abstração e generalidade (e, por vezes, vinculação). Na súmula, o enunciado sempre se autonomiza dos fatos que lhe deram origem, se é que deram. Assim, ao contrário do que se pensa, a publicação de súmulas pelos tribunais brasileiros não aproxima a prática jurídica nacional da tradição da *common law*, porque é uma parte vital daquele sistema que os tribunais não possam exarar regras gerais em abstrato, mas apenas em função dos fatos da disputa que são trazidos a exame. As súmulas são, antes, uma invenção luso-brasileira.¹⁸⁷

Pensar as súmulas como meios de se objetivar o Direito e enxergar nelas a *ratio decidendi* descolada do caso precedente, a um só tempo, nega a existência mesma da linguagem como condição de possibilidade da interpretação, e afasta a faticidade da apreciação judicial, porquanto o magistrado não se sentirá na obrigação de reconstruir a história institucional daquele direito em particular e não ingressará na cadeia decisória dialogando com as decisões passadas (*accountability* judicial).

O mesmo problema de objetivação anunciado pelo uso inadequado das súmulas no Brasil, inclusive de forma mais acentuada, se percebe na utilização, como fundamento decisório ou postulacional, de ementas no corpo do julgado ou de petições. Utiliza-se na praxe forense ementas como se fossem o núcleo do precedente, evitando-se, com isso, a análise cuidadosa dos fatos e da argumentação existente tanto no precedente, do qual a ementa seria apenas um resumo, quanto do caso sob julgamento.

Vista a ementa como realmente ela é, ou seja, “como não mais que um instrumento para proporcionar a catalogação da decisão nos repertórios jurisprudenciais, facilitando o acesso à informação nela contida”¹⁸⁸, não haveria como usá-la como uma norma abstrata e geral, despindo-a de sua concretude. Não raras decisões se limitam a reproduzir um sem número de ementas, muitas delas descontextualizadas, como razão única de decidir. O problema se percebe

¹⁸⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 62.

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 49.

desde o primeiro grau, até os tribunais superiores, o que culmina em graves equívocos, desvirtuando o sistema de precedentes.

É até possível que a ementa contenha elementos para a compreensão do precedente, na verdade, até se fomenta esse cuidado na confecção desses resumos. Ocorre que em seu cotejo com a *ratio decidendi* a ementa se mostra insuficiente, e sua utilização inadequada enseja a eliminação de uma das finalidades dos precedentes: “garantir mais segurança jurídica por sua proximidade com os fatos concretos”.¹⁸⁹

A decisão judicial que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, considera-se não fundamentada. Como então entender que aquela que indicar uma ementa - aqui não tomada como precedente, em razão da sua flagrante diferença -, pode ser tida como suficientemente fundamentada? Isso sem falar das demais exigências constantes do § 1º, do art. 489 do CPC-15, notadamente em seu inciso V¹⁹⁰.

Parece evidente que a utilização de ementas como fundamentos de decisões judiciais, embora se mostre uma praxe forense, vai de encontro ao próprio sistema de precedentes e sua finalidade. O precedente, como já explanado, tem a ver com a decisão em sua integralidade, a ementa é apenas uma parte da decisão, que sequer é obrigatória. A confusão entre ementa e precedente corrobora com o mau uso dos precedentes judiciais, o que se buscou evitar com a regra inserta no já referido § 1º, do art. 489, do CPC-15, mas que, infelizmente, vem obtendo grande repulsa no meio jurídico.

2.4 O precedente judicial como ato-fato jurídico.

Antes de iniciar esse tópico, que como parece intuitivo, trata da natureza jurídica do precedente judicial, impende rememorar que, para os limites desse trabalho, todo precedente

¹⁸⁹ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 111.

¹⁹⁰ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

[...]

judicial é também uma decisão judicial, em que pese nem toda a decisão poder ser considerada um precedente, conforme amplamente demonstrado no tópico anterior. Esse retorno se faz necessário, tendo em vista que a correta identificação da natureza jurídica dos precedentes judiciais tem que levar em consideração que ele é também uma decisão, um fato, portanto.

Embora seja correta a afirmação que a decisão judicial é um fato, ela pode configurar, simultaneamente, mais de um fato jurídico.¹⁹¹ É possível, portanto, catalogar a decisão como ato-fato jurídico ou como ato jurídico, categoria em que é comumente inserida. No que interessa ao presente trabalho, que analisa a decisão judicial na sua feição de precedente judicial, parece mais apropriada a sua definição como ato-fato jurídico (o que não impede que ela também seja, ao mesmo tempo, um ato jurídico).¹⁹²

Os atos-fatos processuais são os fatos jurídicos em que, apesar de produzidos por ação humana, a vontade de praticá-los é desprezada pelo Direito; daí serem atos recebidos pela ordem jurídica como fatos, em razão de se abstrair o elemento ‘vontade humana’ presente nos atos jurídicos (atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos).¹⁹³

Considerar a decisão, também, como ato-fato jurídico, tem a vantagem de conseguir identificar os efeitos jurídicos que dela decorrem independentemente de sua permanência no mundo jurídico. Mesmo que a decisão-ato - tomada como ato jurídico¹⁹⁴ - seja invalidada, reformada ou rescindida, a decisão-ato-fato está apta a produzir seus efeitos.¹⁹⁵

A importância da ideia de decisão judicial como ato-fato jurídico processual está, como dito, na sua ligação com a eficácia dos precedentes judiciais. Estes tomados como fato, produzem efeitos independentemente da vontade do órgão que proferiu a decisão e os mantêm independentemente da permanência da decisão no mundo jurídico, mesmo porque os atos-fatos jurídicos não passam pelo plano da validade.¹⁹⁶

É comum no Direito brasileiro se classificar os precedentes judiciais, ao menos, de três formas distintas, levando-se em consideração a influência que eles têm sobre a decisão judicial de um caso semelhante, vale dizer, pelos efeitos jurídicos da sentença ou decisão judicial vista

¹⁹¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique P. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, p. 199. No mesmo sentido: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199.

¹⁹² DIDIER JÚNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 49.

¹⁹³ *Idem, ibidem*, p. 43.

¹⁹⁴ Sobre o conceito de ato jurídico: MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. Cit.*, especialmente o capítulo 10.

¹⁹⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique P. *Op. Cit.*, p. 201.

¹⁹⁶ Sobre o plano da validade, consultar: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

como precedente: a) eficácia vinculante; b) eficácia obstativa de revisão das decisões; e c) eficácia persuasiva.¹⁹⁷

Tem-se por vinculante o efeito do precedente que impõe a obrigatoriedade da adoção da *ratio decidendi* (*binding authority*). O magistrado do caso futuro, e similar, está obrigado a seguir a *ratio decidendi* (ou princípio jurídico, diante da sua força gravitacional) firmada no precedente, mesmo que a considere incorreta (regra do *stare decisis*). Seria, no Direito brasileiro, a eficácia proveniente das decisões elencadas no art. 927, do CPC-15¹⁹⁸, ressaltando-se que nem tudo que está ali elencado pode ser tido como precedente judicial. Há, entretanto, correntes doutrinárias que já fazem distinções acerca dos graus de vinculação, os dividindo em: i) precedentes normativos; ii) precedentes normativos formalmente vinculantes; e iii) precedentes normativos formalmente vinculantes fortes.¹⁹⁹

Por outro lado, há precedentes que produzem o efeito de obstar a revisão de decisões judiciais, seja por meio de recursos, seja por remessa necessária. Parece fora de dúvida que esse efeito está intimamente ligado à eficácia vinculante de certos precedentes, permitindo o legislador que o órgão jurisdicional negue provimento (ou seguimento) a determinados recursos ou dispense a remessa necessária quando eles estiverem em desacordo com precedentes judiciais, notadamente emanados das cortes supremas. Seriam exemplos os arts. 496, § 4º e 932, IV do CPC-15, e o art. 894, II e § 3º, I da CLT.²⁰⁰

O precedente persuasivo não ostenta eficácia vinculante, possui apenas força persuasiva. Os juízes dos casos futuros semelhantes não são obrigados a segui-lo, mas se o seguem é por estarem convencidos de sua correção.²⁰¹ É certo que o grau de persuasão desse tipo de precedente deve levar em consideração, além da sua correção em si, outros fatores, por exemplo: a posição do tribunal que proferiu a decisão, o prestígio do juiz condutor da decisão,

¹⁹⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique P. *Op. Cit.*, p. 202. No mesmo sentido consultar: TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 137 e ss.

¹⁹⁸ 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.

¹⁹⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes judiciais: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, em especial o capítulo 4. Em sentido semelhante: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1. ed. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2013, p. 54-55.

²⁰⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual civil**. 10. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 457.

²⁰¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op. Cit.*, p. 53.

a data da decisão, se foi unânime ou por maioria e, principalmente, a sua fundamentação, entre outros.²⁰²

Bem se vê que essa classificação dos precedentes levando-se em consideração os efeitos que eles produzem, tem como fundamento a natureza jurídica do precedente como ato-fato jurídico processual. Este, por sua vez, tem existência autônoma ao ato-jurídico também veiculado na decisão, daí a manutenção desta no mundo jurídico ser irrelevante para se ter a decisão como precedente. Dito de outro modo, “o fato em si da decisão já havia gerado o efeito de permitir o uso do precedente e essa situação jurídica não se altera quando o ato jurídico veiculado na decisão (juntamente com o ato-fato) venha a ser decretado inválido”.²⁰³

O precedente não se autonomiza dos fatos que lhe deram origem e isso independe da vontade do redator do texto (precedente) em dar uma extensão abstrata e geral ao que redigiu, tampouco sua vontade pode limitar ou impossibilitar o uso futuro que eventualmente se fará da sua produção.²⁰⁴ Não é, como já afirmado, o decisor do caso que afirma tratar-se a sua decisão de um precedente, mas sim o juiz do caso futuro que o tomará, levando em consideração a sua força gravitacional, como precedente a ser considerado na decisão a ser proferida no presente.

Uma decisão, máxime se proferida pelas cortes superiores, não pode ser ignorada; ela está lançada no mundo e faz parte da história. Pode até nem ser seguida (adoção da *ratio decidendi*), em razão da possibilidade de *overruling* por uma decisão futura, mas jamais não ser levada em consideração. Essa necessidade de ser levada em consideração, ao que parece, demonstra que a vontade do decisor é irrelevante para a caracterização do precedente judicial.

A decisão estará no mundo e por mais que se tente dar a ela qualquer limitação ou extensão, não é o juiz do caso pretérito que definirá o seu alcance, mas o do caso presente (futuro) que poderá, sem dúvida alguma, retomar àqueles fundamentos, como ganhos hermenêuticos para a compreensão da norma jurídica, pouco importando se aquele precedente foi ou não confirmado por decisões futuras, diante do dever que o juiz tem de ler tudo o que foi produzido pelos juízes do passado, para entender o que eles fizeram coletivamente.²⁰⁵

Com efeito, tendo-se o precedente judicial como ato-fato jurídico, tendo em vista que a vontade do magistrado na prolatação da decisão judicial empós tomada como precedente é irrelevante para a produção dos efeitos jurídicos dela decorrentes, não há razão para, voltando-

²⁰² *Idem, ibidem*, p. 53.

²⁰³ NOGUEIRA, Pedro Henrique P. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, p. 204.

²⁰⁴ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 p. 90-91.

²⁰⁵ O tema voltará a ser abordado com mais profundidade no último capítulo deste trabalho.

se ao começo deste capítulo, tomar o conceito do precedente como jurídico-positivo. Explica-se.

Ser o precedente vinculante, persuasivo ou obstativo de revisão de decisões tem a ver com os efeitos que ele produz em dado ordenamento jurídico, mas não com a sua existência em si. Estar-se-ia discutindo, como parece intuitivo, o plano da eficácia do mundo jurídico e não o da existência. Precedente sempre haverá, não importa o sistema jurídico, já os efeitos que ele produzirá estão atrelados ao regramento jurídico-positivo estabelecido.

Delineado o conceito de precedente judicial, sua natureza jurídica, bem como feitas as necessárias distinções com outros institutos que com ele não se confunde, para finalizar esse capítulo, ainda se mostra necessário, na busca de uma conceituação o quanto mais precisa possível, analisar os conceitos de *ratio decidendi* e de *obiter dictum*, necessários ao escorreito entendimento da eficácia, vinculante ou não, do precedente judicial.

2.5 *Ratio decidendi* e *obiter dictum*: distinções e aplicação no direito brasileiro.

É a *ratio decidendi*, como visto, um fato jurídico que irradia seus efeitos em relação aos julgamentos futuros. Há, na literatura jurídica, enorme dissenso acerca do seu conceito, embora seja quase que uníssono o entendimento que ela não se confunde com o *obiter dictum*.²⁰⁶ É a *ratio decidendi* o elemento apto a possuir a eficácia típica dos precedentes em dado ordenamento jurídico, seja ela persuasiva ou vinculante. Já o *obiter dictum*, seriam meras análises laterais, irrelevantes para a solução do caso.²⁰⁷

Os fundamentos jurídicos da decisão tida por precedente devem compreender tanto as denominadas razões de decidir (*ratio decidendi*) quanto os elementos que servem de reforço argumentativo (*obiter dictum*).²⁰⁸ Nem tudo que consta da decisão pode vir a se constituir um precedente (*rectius*, razões de decidir), somente o fundamento que for considerado necessário à decisão é que integra a *ratio decidendi*, o restante não passa de *obiter dictum*.²⁰⁹

A *ratio decidendi*, sob o aspecto analítico, pode ser decomposta em três elementos: i) a indicação dos fatos relevantes (*statemente of material facts*); ii) raciocínio lógico-jurídico da

²⁰⁶ Thomas da Rosa Bustamante defende a ideia de que deveria haver uma mitigação da diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, devendo todas as normas ser tidas como *ratio decidendi*. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 275-277.

²⁰⁷ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 171.

²⁰⁸ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 171.

²⁰⁹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Trad. M.. Angélica Pulido. Barcelona: Marcial Pons, 2012.

decisão (*legal reasoning*); e iii) o juízo decisório (*judgement*).²¹⁰ Ela não se confunde, entretanto, como pode parecer, nem com os fundamentos, tampouco com o dispositivo da decisão, mas constitui algo externo a ambos e que é formulado a partir dos três elementos essenciais da decisão (relatório, fundamentação e dispositivo).²¹¹

Obiter dictum, por sua vez, é a opinião expressada pelo magistrado, na decisão de um caso concreto, apenas “de passagem”, vale dizer, incidentalmente ou colateralmente, e não diretamente sobre a questão submetida a julgamento pela corte.²¹² Diante do modelo atual do processo civil brasileiro (comp participativo), fulcrado no contraditório dinâmico, já se defende que as questões discutidas pelos julgadores, mas não arguidas pelas partes, seja como causa de pedir ou mesmo como pedido, seriam claramente *obiter dictum*.²¹³

Confessadamente, a explicação da distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é bem mais fácil do que identificá-las no caso concreto²¹⁴, sendo ainda hoje um problema para os países do *common law* a correta identificação da *ratio decidendi* no caso concreto. Ademais, não é o julgador que delimita o que seria a *ratio decidendi* da decisão do caso concreto, tal função hermenêutica é tarefa dos juízes no futuro, que deverão compreendê-la diante dos novos casos a serem julgados.

Ao que parece, uma divisão estanque e rígida entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, dentro de uma compreensão hermenêutica do precedente judicial, parece não mais fazer sentido. Com Taruffo percebe-se que “as tradicionais distinções entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, e entre eficácia vinculante e eficácia persuasiva do precedente, são provavelmente muito simplistas e redutivas, além de padecerem de incerta aplicação”²¹⁵.

Seria preferível, então, tendo em vista que a questão da força ou vinculatividade do precedente parece ser uma questão de grau, ao invés de contrapor os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, falar indistintamente em *rationes decidendi* e deixar para um momento posterior a decisão sobre a força ou a eficácia de cada *ratio* como precedente judicial no discurso jurídico.²¹⁶

Como a reconstrução do que seria a *ratio decidendi* e sua possível diferenciação do *obiter dictum* é tarefa a ser realizada pelo juiz do caso futuro, parece correto se afirmar, como

²¹⁰ TUCCI, Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 175.

²¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 222.

²¹² BLACK, Henry Campbell. *Handbook on the law of judicial precedents or the science of case law*. St. Paul: West Publishing Company, 1912, p. 167.

²¹³ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Op. Cit.*, p. 172.

²¹⁴ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 26.

²¹⁵ TARUFFO, Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* Anno XLVIII, p. 415.

²¹⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Op. Cit.*, p. 276.

já se fez algumas vezes ao longo deste trabalho, que a decisão precedente deve ser interpretada levando-se em consideração a sua integralidade, todas as razões da tomada decisão pretérita, diante da necessidade da reinterpretação do caso precedente. Adequa-se melhor a noção de precedente aqui defendida a ideia de *rationes decidendi*, dando igual importância às decisões colaterais e incidentais, não se limitando à questão submetida a julgamento pela corte.

Entretanto, se nos países do *common law* ainda há grande celeuma acerca da identificação (reconstrução) da *ratio decidendi* – a qual órgão incumbe extraí-la do precedente ou qual o método a ser utilizado para tanto -, no Brasil o problema se mostra um passo atrás. Para que possamos passar a nos preocupar com a identificação da *ratio decidendi* de um precedente judicial, parece intuitivo que, antes disso, tenhamos consciência de que um sistema de precedentes carece de um entendimento da fundamentação da decisão judicial como uma garantia constitucional e não como algo de somenos importância.

Dito isso, importante voltar os olhos ao art. 926, do CPC-15, que exige que os tribunais mantenham sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, sendo certo que a polissemia da palavra “jurisprudência”, nesse caso, engloba a súmula e, principalmente, o precedente judicial, do qual aquela é sempre dependente, conforme já analisado em tópico próprio deste trabalho.

Sobre o alcance da coerência e integridade no Novo Código de Processo Civil, Lenio Streck assim vaticinou:

A coerência e a integridade são, assim, os vetores principiológicos pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido. Em outras palavras, em qualquer decisão judicial a fundamentação — incluindo as medidas cautelares e as tutelas antecipadas — deve ser respeitada a coerência e a integridade do Direito produzido democraticamente sob a égide da Constituição. Da decisão de primeiro grau à mais alta corte do país. Se os tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, logicamente os juízes de primeiro grau devem julgar segundo esses mesmos critérios, a partir da “chave de leitura” estabelecida no parágrafo 4º do artigo 943 [927], que sequencia o artigo 942 [926], *holding* hermenêutico do capítulo e de todo o NCPC.²¹⁷

Se por um lado a coerência vincula o juiz ao que restou decidido no passado, por outro a integridade não permite que decisões erradas sejam perpetuadas, pois o direito que todos têm de ser tratados com mesma consideração e respeito impõe que o Poder Judiciário leve o caso a sério e o trate com extremo cuidado e não apenas como mais um de uma série.

Diante dessa preocupação, tem, ainda, o magistrado, que engendrar esforços para que a sua decisão seja a única correta para a resolução do caso em análise e não apenas uma entre

²¹⁷ STRECK, Lênio. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *In: Conjur – Consultor Jurídico*. 18.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em 10.08.2015.

tantas possíveis, pois a integridade não se alinha com a possibilidade de que o caso possa receber mais de uma solução, apenas mudando-se o julgador, o que parece intuitivo.

A “construção da *ratio decidendi*”²¹⁸ depende de uma correta fundamentação da decisão judicial, ou seja, de que o magistrado realmente leve a sério os argumentos das partes e com eles dialogue, deixando-se influenciar por aquilo que de relevante foi deduzido pelas partes no processo. Mais! Que o magistrado realmente enfrente todos os fundamentos deduzidos pelas partes, decidindo o caso diante das suas particularidades, tratando todos com a consideração e respeito dispensados a todos os cidadãos submetidos ao poder jurisdicional.

Esse dever, de tratar a todos com mesma consideração e respeito, fará com que os fundamentos utilizados nas razões de decidir, posteriormente, devam ser levados em consideração em outros casos análogos (*treat like cases alike*), o que apenas se consegue com uma atenção redobrada à motivação da decisão judicial.

A releitura do contraditório não permite que o magistrado não leve a sério as razões deduzidas pelas partes no processo, até porque qualquer fundamentação só é legítima dentro do Estado Democrático de Direito se for balizada pelo contraditório. O juiz não é livre para decidir como bem entender, houve uma razão para a supressão do solipsista princípio do livre convencimento motivado do CPC-15.

Para que se pudesse falar em precedente vinculante, como parecia ter sido a intenção do CPC-15, teria o tribunal que analisar todos os fundamentos da tese jurídica discutida pelas partes, fossem elas favoráveis ou contrárias, não se limitando a analisar somente aquelas que poderiam infirmar a conclusão, isso em razão da pretensão de universalização dos motivos determinantes da decisão, conforme preceituava o revogado § 3º, do art. 1.038²¹⁹, do novo diploma processual.

A forma como as Cortes Supremas²²⁰ do Brasil decidem, não ajuda em nada com a adoção da Teoria dos Precedentes Judiciais Obrigatórios. Para José Rodrigo Rodriguez, no

²¹⁸ A expressão deve ser tomada não como se o órgão julgador do caso precedente identificasse, ele próprio, a *ratio decidendi*, mas sim como uma preocupação de levar o caso a sério, engendrando esforços para que a fundamentação da decisão seja a mais completa possível, mesmo porque é dela – decisão – que a *ratio decidendi* será extraída para ser aplicada em outros casos análogos.

²¹⁹ Art. 1.038. O relator poderá:

[...]

§ 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários. (modificado pela Lei nº. 1.3256/2016, passando a ter a seguinte redação: § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida).

²²⁰ Cortes Supremas aqui entendidas como cortes de precedentes e não de revisão, das quais o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no que interessa ao presente trabalho, são espécies. Cf. MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: RT, 2013.

Brasil impera um tipo de argumentação fundada em argumentos de autoridade²²¹, com opiniões pessoais dos ministros das cortes (autoridades), que decidem por mera agregação de opiniões, onde “a pessoa que toma a decisão e a decisão em si mesma são mais importantes do que o raciocínio desenvolvido para se chegar nela”.²²²

José Rodrigo Rodriguez, em estudo de cunho inclusive sociológico, assim se manifesta acerca do que denomina de Jurisdição Opinativa:

O caráter opinativo de nossa jurisdição fica mais claro quando examinamos julgamentos colegiados, por exemplo, os do STF, em que vários juízes, ou seja, várias autoridades devem opinar sobre o mesmo caso. Mesmo nos casos em que há unanimidade no julgamento, ou seja, em que os 11 juízes do STF decidem no mesmo sentido, todos eles fazem questão, especialmente em casos de grande repercussão pública, de externar sua opinião.²²³

Não se tem nas cortes supremas uma unicidade de julgamento, tampouco elas se preocupam em redigir a opinião da corte sobre os casos ou teses jurídicas. Limitam-se elas a juntar um emaranhado de opiniões, previamente fornecidas nos votos individuais escritos de cada ministro, ou com a juntada das notas taquigráficas, sem qualquer organização, tornando o acórdão um documento longo, desconexo, assistemático, “que torna praticamente impossível reconstituir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada”.²²⁴

Como então, sem qualquer preocupação com uma argumentação racional e unificada das Cortes Supremas, poder-se-ia pensar em adotar um sistema de precedentes judiciais obrigatórios no Brasil? A resposta perpassa, como parece intuitivo, uma mudança de paradigmas acerca da fundamentação da decisão judicial e no abandono, ainda que tardio, do Princípio do Livre Convencimento Motivado, que, como dito, em boa hora não foi reproduzido no CPC-15.

Não parece desarrazoado afirmar, que para a adoção da regra do precedente (doutrina do *stare decisis*) há de se ter redobrada atenção à motivação das decisões judiciais, especialmente naqueles pronunciamentos judiciais que, aparentemente, receberam o *status* de vinculantes. Há um motivo para o Código de Processo Civil de 2015 ter ao mesmo tempo buscado intensificar a fundamentação da decisão judicial, especificando hipóteses onde ela não pode ser considerada fundamentada, e abandonar o vetusto Princípio do Livre Convencimento Motivado, ampliando, assim, a Garantia do Contraditório.

²²¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes:** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 62.

²²² *Idem, ibidem*, p. 62.

²²³ *Idem, ibidem*, p. 70.

²²⁴ *Idem, ibidem*, p. 70.

O modelo participativo de processo, atrelado que é ao contraditório e à garantia da motivação da decisão judicial, de igual forma, corrobora a adoção por aqui de uma doutrina do *stare decisis*, dentro da perspectiva do autogoverno antes mencionada. Não se pode interferir na esfera jurídica de um cidadão sem oportunizar a ele intervir decisivamente na tomada de decisão e, ao mesmo tempo, não é dado proferir decisões *ad hoc*, que não dialoguem com as decisões pretéritas, diante do dever de tratar a todos com mesma consideração e respeito.

Diante da constatação de que as cortes supremas decidem com agregação de opiniões, estas quase sempre alicerçadas em argumentos de autoridade, sem que haja qualquer preocupação das cortes em redigir um acórdão sistemático, de onde seja possível se extrair a *ratio decidendi* (ou as *rationes decidendi*), decerto o manejo dos precedentes obrigatórios no Brasil será tarefa hercúlea, empresa que levará tempo e esforço contínuo da dogmática jurídica, notadamente da doutrina preocupada em dar significado e utilidade ao sistema de precedentes aperfeiçoado pela nova legislação processual.

Ou se muda a forma como as cortes decidem no Brasil, ou o uso dos precedentes obrigatórios continuará apenas retórico, sem qualquer preocupação com a teoria que lhe dá base. Em se mantendo nossa cultura jurídica, sempre na busca de objetivações e subsunções, será difícil, para não dizer impossível, a correta aplicação dos precedentes, mesmo porque sequer de precedentes se estará falando, devido a impossibilidade de extração das *rationes decidendi* das decisões emanadas pelas cortes brasileiras, que descuidam, sobremodo, da garantia fundamental à motivação das decisões judiciais e lutam, não se sabe bem o porquê, para continuar sem o dever de motivar suas decisões.

Para além dessa dificuldade na própria fundamentação da decisão judicial, a impedir a correta utilização do sistema de precedentes obrigatórios previsto na nova legislação processual, tem-se ainda outro problema que parece ainda pouco explorado, qual seja, se o sistema de precedentes obrigatórios seria incompatível com o Princípio da Legalidade. Embora não se possa confundir, como já demonstrado, súmula vinculante com precedente, para a inclusão daquela no sistema jurídico brasileiro foi necessária uma Emenda Constitucional (EC nº 45/2004), daí a pergunta: e para a adoção dos precedentes vinculantes também não seria necessária essa previsão constitucional? É o que se pretende responder no próximo capítulo.

3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS EM ANÁLISE: O NECESSÁRIO DIÁLOGO COM PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

3.1 Considerações iniciais.

O sistema de precedentes judiciais obrigatórios já é realidade no Brasil há algum tempo. Desde as reformas pontuais havidas no Código de Processo Civil revogado, perpassando pela Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004, até culminar com sua ampliação pelo Código de Processo Civil atual (Lei nº. 13.105/2015), muito se avançou na adoção da *doctrine of stare decisis* no sistema jurídico brasileiro.

Apesar dessa evolução histórica, a construir uma cultura de precedentes judiciais, algumas premissas ainda precisam ser mais bem delineadas, notadamente em razão de o Brasil estar, historicamente, inserido na família do *civil law* e das consequências dessa tradição para o enfrentamento de um sistema de precedentes originalmente brasileiro.

Dito de outro modo, se no Brasil a Constituição Federal preceitua em seu art. 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, como então pensar na adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, sem que houvesse, junto com catalogação dos pronunciamentos judiciais do art. 927 do CPC-15, uma alteração constitucional a legitimar essa aparente exceção ao princípio da legalidade?

A dúvida surge porque quando analisado o art. 927 do CPC-15, percebe-se que alguns dos pronunciamentos judiciais nele previstos receberam tratamento constitucional apto a legitimar a sua vinculação, vale dizer, a Constituição lhes atribuiu eficácia vinculante não

apenas para os órgãos do Poder Judiciário, mas para a administração pública direta e indireta também (decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e enunciados de súmula vinculante), outros (acórdãos em assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas, recurso especial e extraordinário repetitivos; enunciados das súmulas simples do STJ e do STF; e orientação do plenário ou órgão especial aos quais esteja vinculado o decisor), não receberam qualquer previsão constitucional expressa acerca de sua vinculação.

Eis então a questão que merece uma maior reflexão: é possível a ampliação dos precedentes judiciais obrigatórios tão somente pela previsão do CPC-15 ou haveria necessidade de um tratamento constitucional sobre o tema, tal qual o introduzido pela Emenda Constitucional n°. 45/2004? Haveria, assim, alguma inconstitucionalidade na adoção dos precedentes previstos no art. 927, do CPC-15, mas não previstos na Constituição Federal, como obrigatórios?

As respostas as essas indagações pressupõem uma análise, ainda que sem qualquer pretensão de esgotamento, das distinções entre princípios e regras, texto e norma, vigência e validade, tudo a legitimar uma construção atual do conceito do princípio da legalidade, apto a ser cotejado com o sistema de precedentes judiciais obrigatórios (vinculativos) existente no Brasil.

3.2 Distinção entre princípios e regras: o problema da multiplicidade de significados do conceito de princípio no âmbito do conhecimento jurídico.

No capítulo anterior, restou claro que o conceito de precedente adotado na presente investigação pressupõe uma decisão judicial analisada hermeneuticamente, vale dizer, só pode ser considerada precedente judicial aquela decisão que trazer algum ganho hermenêutico, atribuindo sentido a um texto normativo que não se extraia da objetividade dele mesmo, sempre dentro do jogo de perguntas e respostas, distanciando-se do grau zero de sentido, tudo a limitar eventuais discricionariedades judiciais.

Se se toma o precedente judicial desta forma, parece evidente que essa limitação à discricionariedade judicial pressupõe um conceito de princípio que se afasta de uma análise

estritamente semântica da norma jurídica, condição para se distinguir, como grande parte da doutrina brasileira defende, princípios e regras como espécies normativas.²²⁵

Antes de se analisar a distinção entre princípios e regras para os limites desta investigação, é de bom alvitre precisar de que conceito de princípio cuidará o presente capítulo, isso porque a multiplicidade de conceitos hoje existentes pode ocasionar mal entendidos, o que causaria grande prejuízo ao trabalho a ser desenvolvido, diante de uma possível confusão conceitual de toda indesejável.

Sem muito esforço, depreende-se da literatura atual, brasileira ou estrangeira, uma enorme variedade de conceitos de princípios²²⁶, que muitas vezes se entrelaçam entre si, causando enorme confusão conceitual. Dentro da perspectiva moderna, ao que parece, destacam-se três significados distintos para o conceito de princípio jurídico: i) princípios gerais do Direito; ii) princípios jurídico-epistemológicos; e iii) princípios pragmáticos-problemáticos.²²⁷

Seriam, na primeira acepção, axiomas de justiça necessários a partir dos quais se realiza a dedução. São articulados para colmatar os espaços vazios do sistema em casos de lacuna, reduzindo eventuais contradições que pudessem surgir da interpretação abstrata dos textos normativos do sistema jurídico codificado²²⁸. É o que se percebe, no Direito brasileiro, no art. 4º, da LINDB, que prevê os princípios gerais do Direito, expressamente, como critério de solução para lacunas do ordenamento. Na verdade, seria exatamente o contrário, um sistema sem lacunas, porque o Direito efetua a correção do próprio Direito.

Na segunda acepção, seriam princípios jurídico-epistemológicos aqueles informadores do estudo científico de um ramo determinado da ciência jurídica, com pretensão de se constituírem em elementos organizadores do estudo lógico-sistemático de uma disciplina jurídica especializada. Seriam, pois, aqueles princípios dados de antemão, que tem a função de possibilitar, de forma única e coerente, o conhecimento de uma determinada disciplina. Numa visão mais sofisticada, seriam percebidos no nível de projetos epistemológicos de uma teoria do Direito, a ser organizada sistematicamente, com o intuito de dizer o que seria o próprio

²²⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Buscando uma nova perspectiva, NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

²²⁶ Sérgio Sérulo da Cunha lista, ao menos, 11 acepções para o termo princípio, buscando diferenciá-las entre si. CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5-11.

²²⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 49.

²²⁸ *Idem, ibidem*, p. 50-51.

Direito.²²⁹ Referidas distinções seriam de graus, mas o conhecimento e sistematização seriam comuns nesses tipos de princípios jurídicos.

Por último, numa superação dos dois anteriores, por partir de uma concepção do Direito que pretendeu abandonar o positivismo, desenvolvida a partir do fim da segunda Guerra Mundial, tem-se os princípios problemáticos ou pragmáticos²³⁰, que buscam afirmar um Direito distinto da lei (*lex*), um Direito que se forma a partir de elementos normativos constitutivos diferentes da lei – são conhecidos independentemente da lei ou apesar dela. Tais princípios “são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de ‘o direito’ em que o sistema jurídico cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade”.²³¹

Sem negar a importância dos dois primeiros conceitos de princípios jurídicos, a atual quadra da história, que reclama a análise dos princípios como espécie de norma jurídica, está intimamente ligada à terceira aceção acima delineada. É nela que se encontra o conceito de princípio como uma espécie de norma jurídica, diferente da regra, e também é com ela que se busca superar o positivismo jurídico e o esquema sujeito-objeto. Os princípios problemáticos trazem para o debate jurídico a faticidade, reintroduzem o mundo prático no Direito, e a reboque o problema da fundamentação e da discricionariedade judicial.

Não é objeto da presente investigação o aprofundamento do que seria um princípio jurídico, tampouco se pretende concluir, dentro das várias concepções e teorias que se preocupam em conceituá-los, qual delas seria a melhor. A intenção do presente capítulo é demonstrar que dentro dos vários conceitos de princípio jurídico, o Direito como integridade adota um conceito um tanto quanto peculiar de princípio, o concebendo como apto a minimizar o problema da discricionariedade judicial, que, ao final, é o que se obtém com o manejo adequado dos precedentes judiciais.

É comum na literatura jurídica brasileira, como também na estrangeira, a distinção entre princípios e regras partindo-se da premissa de que eles seriam espécies do gênero norma jurídica. É o que se percebe na teoria dos princípios de Robert Alexy, que os conceitua como mandamentos de otimização, ou seja, como cláusulas de abertura para o julgador no momento

²²⁹ *Idem, ibidem*, p. 53-56.

²³⁰ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 62.

²³¹ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. In: **Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 108.

da decisão.²³² Nessa teoria, princípio seria um mandamento (norma deôntica - ordem) para que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes (ideia de otimização).

Diante da coexistência sistemática dos princípios constitucionais e por todos eles terem o elemento de otimização, não raras vezes eles vão colidir, colisão que deve ser solucionada antes mesmo de se aplicar a regra pertinente ao caso concreto. Ainda dentro das premissas da teoria da argumentação jurídica alexyana, tem-se que a resolução dessa colisão de princípios deve se dar por meio de um juízo valorativo do intérprete, qual seja, o procedimento de ponderação.²³³

Já as regras, dentro desse modelo que se denomina misto, são normas cujas premissas são ou não diretamente preenchidas (caráter *prima facie*) e que não podem nem devem ser ponderadas. Percebe-se, que esse critério de distinção leva em consideração o “modo final de aplicação”, tendo em vista que neste modelo as regras são aplicadas de modo absoluto (tudo ou nada), já os princípios de modo gradual (mais ou menos).²³⁴

São estatuídas, portanto, duas espécies de norma: as regras e os princípios, o que se reveste no fundamento do caráter duplo das disposições de direitos fundamentais. A vinculação de ambos os níveis (regras e princípios) surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípio, que, por isso, está sujeita a sopesamentos. Para que a norma tenha o caráter de uma regra, ela será aplicável sem que seja necessário sopesá-la com outra norma e será aplicável por subsunção, quando, ao invés disso, sua cláusula de restrição explicita referência a princípios e ao sopesamento, será numa norma constitucional de caráter duplo (regras e princípios).²³⁵

Não se pode deixar de observar, que apesar de muito aceita pela doutrina brasileira a distinção dual entre regras e princípios (ambas vistas como espécies de norma jurídica), há ainda corrente doutrinária que defende uma classificação tripartite da norma jurídica (princípios, regras e postulados normativos)²³⁶, bem como outras que não enxergam qualquer distinção digna de nota entre princípios e regras, chegando a afirmar que “princípios são regras”.²³⁷

²³² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

²³³ *Idem, ibidem*, em especial o capítulo 3.

²³⁴ Tecendo várias críticas ao critério de distinção pelo “modo final de aplicação”: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 66-72.

²³⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 141-144.

²³⁶ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, em especial o capítulo 3.

²³⁷ GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. refundida. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 22-23.

Em que pese parte da doutrina sobreponha o conceito de princípio de Alexy ao de Dworkin, talvez por enxergar neles alguma aproximação em razão do modo final de aplicação (tudo ou nada – mais ou menos), não parece correta essa sobreposição teórica. Não se deve confundir o modo tudo ou nada (*all or nothing*) de Dworkin, com a subsunção defendida por Alexy. Tampouco se pode baralhar a ponderação alexyana, com a dimensão de peso que Dworkin atribui à aplicação dos princípios em sua teoria.²³⁸

Na verdade, ambos os conceitos partem de paradigmas filosóficos distintos (embora ambos se afirmem pós-positivistas), bem assim levam em consideração a tradição do sistema jurídico no qual estão inseridos (modelo continental vs *common law*). É sabido que na tradição da *common law* não há, realmente, uma distinção entre regra e princípio como defende Alexy. O que se entende por regra (*rule*), em verdade, confunde-se com o conceito de norma na tradição romano-germânica.

Partindo-se desse dado, não seria correto confundir o conceito de princípio de Dworkin com aquele propagado por Alexy, ao contrário, pode-se dizer, talvez até com certa tranquilidade, que eles são opostos, refratários. Para Dworkin, o conceito de princípio é extraído da tradição da comunidade política e tem por escopo o fechamento hermenêutico, diante da reconstrução da história institucional de um direito em particular, levando-se em consideração as decisões tomadas no passado (*chain novel*), tema que será enfrentado de forma mais detida no último capítulo deste trabalho.

Já em Alexy, os princípios, como mandamentos de otimização, aplicados sempre mediante ponderação, abrem a interpretação, até mesmo diante da escolha de quais princípios estão em colisão no caso concreto, embora se busque racionalizar as escolhas do magistrado impondo limites argumentativos à ponderação. Para Dworkin, a abertura, leia-se, discricionariedade, seria própria de um modelo de regras e não de princípios, pois estes teriam um caráter antidiscricionário – um autêntico fechamento hermenêutico -, que não pode ser reduzido a um procedimento de ponderação, que confere ao intérprete uma margem muito grande de valoração.²³⁹

Com Dworkin, seria correto afirmar que a dimensão deontica que reveste as regras e os princípios é sempre interpretação²⁴⁰. É neste sentido que se busca a diferença entre texto e

²³⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Conferir também: DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²³⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 190-191.

²⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

norma (e não cisão), pois quando se fala de norma, fala-se necessariamente em interpretação, que decorre de um processo compreensivo para além de uma compreensão sintático-semântica do texto, porque sempre imerso num contexto pragmático mais amplo. Texto e norma são diferentes e não cindidos, os textos são importantes, não há normas sem texto, embora este não seja plenipotenciário (carregando seu próprio sentido), tampouco desimportante a ponto de ser desprezado.²⁴¹

Em outras palavras, o texto não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamental para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar).²⁴²

Embora aparentemente aceite a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, propagada por Hart, Dworkin toma de assalto essa distinção não para defender subsunções ou objetivações, mas para defender o Direito como integridade (*law as integrity*), plasmado numa verdadeira batalha contra a discricionariedade judicial. Mesmo diante de casos difíceis, há padrões de conduta que os juízes utilizam para fundamentar suas decisões que não são regras, mas sim princípios obtidos no seio da comunidade política, o que limita a esfera de discricionariedade de cariz positivista.

A fundamentação somente será correta, ainda na visão dworkiana, se ela estiver justificada num todo coerente de princípios que pressupõem uma teoria da constituição, uma teoria da legislação e uma teoria dos precedentes, esgrimidas na forma exigida pela equidade e pela integridade, nos limites da metáfora do juiz Hércules.²⁴³ Não se deve confundir, como parece ter feito Alexy, princípios com valores. A imbricação entre princípios e moral importa encará-los como virtudes²⁴⁴. A ideia de virtudes aponta para um conjunto de princípios que se fazem presentes em toda interpretação do Direito, que implicam comprometimento da comunidade política com as decisões tomadas e com os princípios que institucionalizam tais decisões.²⁴⁵

²⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

²⁴² STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**: constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 219.

²⁴³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: teoria e prática da igualdade. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

²⁴⁵ STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**: constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 584.

O conceito de princípio, para Dworkin, não é semântico, mas interpretativo, como também o é o conceito de norma jurídica. Implica, necessariamente, a reconstrução da história institucional do direito em especial, diante da tradição da comunidade política, solapando eventuais discricionariedades (subjettivismos) assujeitadoras do objeto. Tomada a decisão judicial como um ato de responsabilidade (*accountability*), impõe-se que o magistrado leve a sério o direito posto a sua apreciação, tratando a todos com mesma consideração e respeito, tendo em vista que todo o julgamento traz consigo um problema de igualdade (virtude soberana da república).

O conceito de princípio a partir da teoria integrativa dispensa objetivações, subsunções e discricionariedades. Se é certo que os princípios possuem uma dimensão de peso, não é menos certo que eles demandam uma reconstrução da história institucional da comunidade política, buscando na tradição daquela comunidade a resposta correta para aquele caso em particular, que ao contrário do que possa parecer, deve ser tratado, até o limite do possível, como se fosse igual a todos os outros casos já apreciados.

É nessa perspectiva que a presente investigação tomará o conceito de princípio e buscará a resposta à pergunta lançada no início deste capítulo: haveria alguma incompatibilidade entre os precedentes judiciais obrigatórios e o princípio da legalidade? Ou noutra perspectiva: seria necessária uma emenda constitucional para atribuir efeito vinculante às decisões judiciais elencadas, apenas, no art. 927, do CPC-15? A resposta, como parece intuitiva, deve levar em consideração o Direito como integridade e o dever (*duty*) de tratar a todos com mesma consideração e respeito.

3.3 O princípio da legalidade em debate: o pós-positivismo e a supremacia da constituição.

Já foi objeto de análise no primeiro capítulo desta investigação, que o constitucionalismo contemporâneo superou os dogmas da Revolução Francesa, deixando para trás a supremacia da lei (em sentido formal), migrando para a supremacia constitucional. Esta supremacia impõe a conformação da lei com os direitos fundamentais, fazendo surgir o princípio da legalidade substancial e não apenas formal, como outrora era pensado esse princípio.

Houve, nesta linha, notadamente após os horrores do nazismo e do fascismo e demais formas de totalitarismos, a percepção que o modelo legislativo, que tinha como norma de reconhecimento o *Princípio da Legalidade*, não atendia aos anseios da coletividade, pois o Direito identificado unicamente com sua fonte de produção não impedia a usurpação dessas

fontes em favor de fins não jurídicos. Nesta perspectiva, o Estado deixava de ser um instrumento para satisfação dos direitos fundamentais e passava a se constituir num fim em si mesmo.²⁴⁶

O modelo legislativo, também chamado paleojuspositivista, decorrente do monopólio da atividade normativa pelo Estado, surgido a partir da formação do Estado Moderno e consolidado nas grandes codificações, tem, por norma de reconhecimento, o *princípio da legalidade*. As normas não são leis porque deduzidas de uma intrínseca racionalidade ou justiça, mas porque produzidas artificialmente pelo poder soberano, justamente essa característica identifica-lhes um caráter nomodinâmico.²⁴⁷

No modelo legislativo, as normas existem porque produzidas e não porque verdadeiras (caráter nomodinâmico), percepção que não resolvia as questões existentes sobre o conflito entre Direito e moral, entre segurança e justiça. O conceito de validade próprio desse modelo, a legalidade, precisava ser repensado, o que impunha uma mutação da norma de reconhecimento, migrando-se da legalidade formal, para o modelo constitucional.

O modelo constitucional é caracterizado pela subordinação do Direito à legislação constitucional por meio da técnica de constituição rígida e do controle de constitucionalidade. A validade da norma infraconstitucional e das próprias emendas à constituição está submetida a parâmetros formais e substanciais, levando-se em consideração, por óbvio a conformidade com cada ordenamento jurídico posto.²⁴⁸

O ordenamento jurídico transforma-se radicalmente, assume um caráter nomodinâmico em relação à artificialidade e à produção de normas pelo Poder Legislativo. Assegura, assim, uma margem de discricionariedade à atividade legislativa decorrente de sua legitimação representativa da sociedade e, ao mesmo tempo, subordina-se a um caráter nomostático dos princípios e direitos fundamentais estabelecidos nas constituições, o qual representa um ‘nunca mais’ aos horrores dos regimes totalitaristas. Como norma de reconhecimento, a referência formal é a constituição; como razão social, os direitos fundamentais, sendo os direitos de liberdade exercidos como limites e os direitos sociais exercidos como vínculos.²⁴⁹

Lei, no Modelo Constitucional, é somente a lei válida perante a Constituição. Esta afirmação supera um dos dogmas do paleojuspositivismo, que confundia vigência e validade. Para ser válida, dentro da concepção do paleojuspositivismo, bastava que a lei existisse no ordenamento jurídico de acordo com exigências meramente formais. A validade seria, portanto, uma questão meramente formal, confundindo-se com a existência ou vigor da norma.²⁵⁰

²⁴⁶ Sobre o tema consultar: FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**. Teoria del garantismo penale. 8ª ed. Roma/Bari; Laterza, 2004, p. 922 e ss.

²⁴⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes judiciais**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 90.

²⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 92.

²⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 91-92.

²⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 124-125.

No modelo constitucional, vigência e validade não se confundem.²⁵¹ A lei só é válida se puder ser conformada à Constituição e aos direitos fundamentais nela consagrados, como também aos princípios de justiça previstos expressa ou implicitamente na lei maior. Não se pode olvidar, que nesta perspectiva, o Princípio da Legalidade não deve mais ser entendido como uma obediência cega à lei, mesmo porque a Constituição rígida e o controle de constitucionalidade permitem, ao fim, que se discuta a própria validade da lei, que embora vigente, poderá ser afastada do ordenamento jurídico, ou lhe ser atribuída uma interpretação conforme a Constituição.

Aparentemente, no final do século XX, iniciou-se um gradual enfraquecimento do positivismo jurídico, o que se manifestou por variadas razões, dentre elas: a) as novas teorias da argumentação jurídica; e b) uma teoria dos direitos fundamentais fundada em princípios. Passou-se, assim, a perceber que as atividades judiciais e legislativas estavam igualmente vinculadas aos direitos fundamentais, “sendo que, na atividade judicial, o controle dar-se-á pela verificação da fundamentação adequada do ponto de vista dos direitos fundamentais”.²⁵²

Caminhou-se, pois, para uma teoria do Direito pós-positivista, que tem na moral, ao mesmo tempo, um limite (pois não podem produzir normas que violem de forma extrema os princípios morais sobre os quais haja consenso racional e universal) e um ideal (pois a pretensão de correção, contida no próprio discurso jurídico, implica um princípio da moralidade que faz com que surja um dever jurídico de tornar o Direito cada vez mais substancialmente correto), a reclamar um novo tipo de teoria do Direito.²⁵³

O Pós-Positivismo vai além de uma teoria geral descritiva do Direito, pois consiste numa teoria normativa do Direito e da argumentação jurídica, sendo marcado por um abrandamento da distinção entre enunciados de *lege ferenda* (recomendações justificadas para o legislador) e enunciados de *lege lata* (descrição/conhecimento do Direito vigente), repercutindo diretamente na teoria jurídica, a que é atribuída a função de produzir coerência para o Direito.²⁵⁴

²⁵¹ Não se está afirmando que no Positivismo Normativista kelseniano não houvesse a preocupação de se distinguir vigência e validade, tanto há essa preocupação, que Kelsen defendia, no início do século passado, a necessidade do controle de constitucionalidade, confiando ao Tribunal Constitucional a guarda da Constituição. Sobre o tema consultar: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins fontes, 2003.

²⁵² *Idem, ibidem*, p. 93. Sobre a integridade na legislação e a limitação da atividade legislativa pela comunidade de princípios, consultar: HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y derecho como integridad**. Curitiba: Juruá, 2012, em especial o capítulo 2, bem como o capítulo 4 deste trabalho.

²⁵³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 167.

²⁵⁴ PECZENIK, Aleksander. **A theory of legal doctrine**. Ratio Juris 14-1, 2001, p. 79-80.

Levando-se em consideração o Direito como integridade, confessadamente o referencial teórico deste estudo, tem-se que essa teoria jurídica não se desloca da teoria moral e política, apresentando íntima relação com esta última. Isso porque, para Dworkin, os elementos éticos e políticos são considerados essenciais elucidação do sistema jurídico (*law*) e dos direitos individuais (*rights*).²⁵⁵

É, portanto, uma teoria que não aceita as dicotomias básicas do Positivismo Jurídico e o confinamento da teoria jurídica na moldura fechada do cientificismo cartesiano; é uma teoria que descarta o ‘intransigente dualismo’ entre ser e dever-ser, realidade e valor, conhecimento e vontade, Direito e Moral, Direito Positivo e Direito ideal [Perelman 2000-b: 475], e passa a ‘desmascarar’ o raciocínio jurídico prático [Perelman 2000-c: 481] para desnudar os juízos de valor e as razões de natureza moral que têm lugar na aplicação do Direito, a fim de reconhecer o papel da argumentação para justificá-los de forma razoável [Perelman 2000-b: 480].²⁵⁶

Percebe-se, com a análise ainda que sucinta da evolução histórica da legalidade, mudando-se a norma de reconhecimento, o fundamento de validade, da lei para a constituição, de uma legalidade meramente formal, para a legalidade substancial, apenas sendo válida a lei que esteja alinhada aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais de justiça, diante da cooriginalidade entre direito e moral, parece que o Princípio da Legalidade hoje está atrelado à essência da juridicidade, vale dizer, do Direito como integridade e assim será levado em consideração para a continuidade dessa investigação.²⁵⁷

É nesta perspectiva que deve ser entendida a distinção entre texto e norma defendida neste trabalho. Se é certo que texto e norma são diferentes (diferença ontológica)²⁵⁸, e não cindidos, como ficou salientado no tópico antecedente, não é lícito ao juiz atribuir qualquer sentido ao texto, descuidando da faticidade e da reconstrução da história institucional do direito. Tal empresa deve levar em consideração o dever de tratar a todos com mesma consideração e respeito, levando a sério o direito posto à apreciação de cada caso em particular.

Daí minha insistência no sentido de que entre texto e sentido do texto (norma) não há uma cisão – o que abriria espaço para o subjetivismo (teorias axiológicas da interpretação) – e tampouco existe, entre texto e norma, uma identificação (colagem) – o que abriria espaço para o formalismo de cunho objetivista. Entre texto e sentido do texto há, portanto, uma diferença. Negar essa diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre

²⁵⁵ MACCORMICK, Niel. *Dworkin as pre-Benthamite*. In: *The Philosophical Review* LXXXVII-4, p. 586.

²⁵⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. Cit.*, p. 173.

²⁵⁷ Saliente-se, que essa tomada de posição, em absoluto, nega outras perspectivas à legalidade, tampouco objetiva fazer prevalecer determinada corrente filosófica em detrimento de outras igualmente importantes. A opção foi feita levando-se em consideração o referencial teórico do presente estudo, conforme anunciado já no primeiro capítulo.

²⁵⁸ A diferença ontológica visa combater o solipsismo judicial, diante da negação da existência de cisão entre texto e norma, entre vigência e validade, casos fáceis e casos difíceis, ou seja, buscando demonstrar que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, mas é sim condição de possibilidade de qualquer compreensão, abandonando-se a objetivação e o assujeitamento do objeto, proveniente da consciência de si do pensamento pensante (filosofia da consciência).

texto e norma (sentido enunciativo do texto, ou seja, o modo como o podemos descrever fenomenologicamente) ocorre na incidência do tempo.²⁵⁹

Tem-se que ter em mente que não há interpretação em fatias²⁶⁰, interpretação e aplicação não se realizam autonomamente, como se estivesse diante de um silogismo subsuntivo. Interpretação e aplicação são, pois, um processo unitário. Isso não implica dizer que a lei não detenha um importante papel na interpretação, tampouco significa abandonar o senso comum dos juristas, a doutrina, a jurisprudência e especialmente os precedentes, que, como texto, também devem ser objeto de interpretação.²⁶¹

Ademais, no próprio conceito de princípio adotado nesta investigação, abandona-se a ideia de que o Direito está circunscrito à lei, ao contrário, os princípios, vistos como um fechamento hermenêutico, têm o condão de trazer para a interpretação o mundo prático, a faticidade, nessa engenhosa tarefa de atribuir sentido ao texto normativo. Ocorre que essa atribuição de sentido não pode ser qualquer uma, partindo-se de um grau zero de sentido. O intérprete, naquilo que aqui nos interessa, o juiz, está imerso no mundo, tem o dever (*have a duty*) de buscar nos princípios da comunidade política (virtudes), na reconstrução da história institucional, na tradição mesma, a resposta correta para o caso (constitucionalmente adequada).

A migração do paradigma da legalidade para o da constitucionalidade traz consigo um dever de fundamentação da decisão judicial para além do livre convencimento. Se a lei só é válida quando conforme a Constituição, de igual monta a decisão judicial só se legitima quando devidamente fundamentada. Mas não se trata de uma justificação qualquer, ao contrário. Os fundamentos exigidos no âmbito da juridicidade (legalidade substancial) pressupõem um esforço hercúleo do juiz para demonstrar, na reconstrução da história institucional do direito em particular, diante dos princípios da comunidade e dos precedentes (como limites hermenêuticos), que a decisão proferida é correta (resposta constitucional).

Percebe-se do que até aqui foi exposto, que a ideia de princípio da legalidade no modelo constitucional engloba, como não poderia deixar de ser, o próprio dever de integridade e coerência quando da tomada de decisão (como também das escolhas do legislador), funcionando o precedente judicial como um freio para eventuais posturas voluntaristas (discricionariedade). Tomar a legalidade como juridicidade, impõe o dever de seguir os

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 336.

²⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. refundida. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 47-48.

²⁶¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes judiciais**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 133.

precedentes judiciais, de não desprezar a doutrina, tampouco a lei, que não é mais vista como plenipotenciária, mas não deve ser desprezada, em absoluto.

Essa releitura do princípio da legalidade não pode ser utilizada para desconsiderar a lei, vale dizer, não se pode deixar de aplicá-la sem um esforço argumentativo inerente ao paradigma da constitucionalidade. A escalada da legalidade formal para a juridicidade não afasta, antes reforça, o dever do juiz de aplicar a lei, não se admitindo que a moral individual do julgador busque corrigi-la. O mínimo que se espera de um juiz no estado constitucional é que ele obedeça à lei e só negue a sua aplicação em casos excepcionais (controle de constitucionalidade difuso ou concentrado).

Insista-se, a distinção entre texto e norma, esta tomada como resultado da interpretação (*applicatio*), não autoriza que o juiz, simplesmente, ignore a lei ou que atribua um sentido qualquer ao texto normativo, longe disso. Tampouco se pode afirmar, como se isso fosse ruim, que aplicar a lei é uma atitude positivista. O pós-positivismo não autoriza o desprezo à lei, tampouco que o juiz diga qualquer coisa sobre qualquer coisa, pois deve buscar o fundamento de validade da sua decisão no contraditório e, principalmente, na sua fundamentação, aqui entendida como uma garantia constitucional.

A superação do paleojuspositivismo, com a prevalência dos direitos fundamentais e dos princípios de justiça não comunga com morais individuais corretivas do Direito, com subjetivismos ou decisionismos de qualquer ordem. A obediência à lei é dever do magistrado, somente lhe sendo lícito afastá-la no exercício legítimo da jurisdição constitucional, é o mínimo que dele se espera dentro do Estado Democrático de Direito.

O princípio da legalidade substancial, a diferença entre texto e norma, entre vigência e validade, não autoriza, simplesmente, o desprezo da lei, como insistentemente está sendo exposto, antes impõe a sua aplicação, dentro dos limites da jurisdição constitucional, o que não significa dizer que o juiz é escravo da lei, como outrora se entendia no paradigma do paleojuspositivismo. Interpretar é aplicar e vice-versa²⁶², mantendo-se a importância da lei na interpretação, só sendo lícito afastar a sua aplicação em cinco hipóteses, todas elas também inseridas no paradigma do constitucionalismo contemporâneo²⁶³.

²⁶² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: São Francisco, 2014.

²⁶³ Lenio Streck afirma que sua Crítica Hermenêutica do Direito está inserida no paradigma do Pós-Positivismo, entretanto, as hipóteses por ele elencadas para que o juiz possa legitimamente deixar de aplicar uma lei podem ser defendidas, igualmente, no paradigma do Positivismo Normativista, não havendo diferença substancial, nesse especial, entre o Positivismo e o Pós-Positivismo. Para uma análise acerca da Crítica Hermenêutica do Direito, consultar: STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, em especial capítulo 1 e 7. Ver também: STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, em especial o capítulo 9 e posfácio.

Lenio Streck aponta que o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses:

- a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;
- b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;
- c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição;
- d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerkklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto, ocorre uma abdução de sentido;
- e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo.²⁶⁴

Depreende-se do trecho acima, que embora o princípio da legalidade, hoje, não possa mais ter como ponto de tensão a lei em sua natureza estritamente formal, não a despreza, mesmo porque ela (a lei) compõe, juntamente com o todo sistêmico do ordenamento jurídico, o bloco de legalidade²⁶⁵ inerente à juridicidade de cariz constitucional. É nessa visão que Paulo Bonavides afirma que “se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito do nosso tempo faz o culto da Constituição”.²⁶⁶

Pensando-se o princípio da legalidade nessa perspectiva de um todo sistêmico, de um bloco de legalidade, nele inserido todo o ordenamento jurídico e os demais princípios constitucionais, notadamente o da igualdade, sem muito esforço é possível legitimar o uso dos precedentes judiciais obrigatórios dentro do sistema constitucional. Se a virtude soberana do Estado Constitucional é a igualdade, o dever que se tem de tratar a todos com mesma consideração e respeito, parece intuitivo que os precedentes judiciais obrigatórios são aptos a fomentar essa igualdade (*treat like cases alike*).

Talvez por isso, por ser manifesto que os precedentes estão na essência mesma do constitucionalismo contemporâneo, grande parte da doutrina que deles cuida no Brasil sequer

²⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 605-606. Defendendo a existência de uma sexta hipótese (deixar de aplicar uma regra em face de um princípio), STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Op. Cit.*, p. 172.

²⁶⁵ BINENBOJN, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalismo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 147.

²⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 362.

faz qualquer análise acerca de eventual necessidade de uma previsão constitucional expressa sobre os precedentes judiciais obrigatórios, ainda que estejamos inseridos na tradição do *civil law* e dentro de um paradigma de legalidade.

Não que a doutrina não se preocupe em buscar legitimar na própria Constituição as razões para se seguir os precedentes, isso é feito a exaustão. Várias razões são apontadas para que os precedentes judiciais sejam seguidos, a sua grande maioria alicerçada nos princípios da segurança jurídica, da igualdade, da razoável duração do processo, a fomentar uma coerência da ordem jurídica (no sentido de integridade), previsibilidade, racionalidade econômica, entre outras.²⁶⁷

Nada obstante as várias razões para se seguir precedentes acima elencadas (de forma meramente exemplificativa), o que se percebe na prática é que os precedentes (ou o que no Brasil vem se entendendo como precedentes) estão se sobrepondo à lei, alcançando um status de superioridade e objetivação que está prestando um desfavor à teoria do precedente judicial e, por consequência lógica, ao próprio Direito.

Tomem-se, por exemplo, as súmulas vinculantes, que vêm sendo utilizadas como uma forma de objetivação do Direito, aplicando-as de forma silogística, sem nenhum cuidado interpretativo. Não passam de enunciados assertóricos, que pretendem abarcar, de antemão, todas as hipóteses de aplicação. São respostas antes das perguntas, numa espécie de antecipação de sentido, uma “tutela antecipada das palavras”.²⁶⁸

Essa objetivação do Direito pelas súmulas, jurisprudências e ementas, para ficar só nestas, demonstra a crise paradigmática que o Brasil atravessa, que ainda envolto no paradigma do paleojuspositivismo, permanece afeto a subsunções e objetivações, do sujeito solipsista que assujeita o objeto. Numa palavra, da consciência de si do pensamento pensante (filosofia da consciência).

Os juízes podem contrariar as leis; se o fizerem caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmulas. Nesse caso, conforme a emenda à Constituição aprovada, não caberá recurso e sim, reclamação [...] ou seja, em *terrae brasilis* a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja contrária à lei e à Constituição.²⁶⁹

²⁶⁷ Por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: RT, 2014. Em especial o capítulo IV.

²⁶⁸ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 75.

²⁶⁹ STRECK, Lênio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÉ, Faya Silveira (Orgs.). **Constituição e democracia**. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 407.

Em se tomando os precedentes judiciais como fórmulas de objetivação do Direito e não como textos (que demandam interpretação), corre-se o risco deles superarem a própria legalidade, vinculando mais do que a própria lei, quando, na verdade, eles deveriam servir de apoio para a interpretação do texto da norma, de limites para a atribuição de sentido, trazendo um ganho hermenêutico para a *applicatio*, exprimindo a moral coletiva da comunidade política na qual o intérprete está inserido, dela não podendo se desvencilhar.

Talvez pela percepção desses problemas na adoção do sistema de precedentes no Brasil, parcela da doutrina²⁷⁰ começa a defender que para que eles possam realmente ser tidos como vinculantes (obrigatórios), haveria necessidade de uma emenda constitucional, nos moldes da Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu as Súmulas Vinculantes e a Repercussão Geral no texto constitucional (embora não lhe tenha atribuído eficácia vinculante), bem como previu a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (CF/88 arts. 103-A e 102, §§ 2º e 3º).

Isso porque, a vinculação pretendida no CPC-15, tomando o precedente como uma norma geral e abstrata, pressupõe, na visão desta corrente doutrinária, autorização constitucional, não havendo espaço para a criação normativa pelo Poder Judiciário (diferente da norma individual e concreta) sem que a constituição autorizasse expressamente, como o fez para as súmulas vinculantes, sob pena de ofensa à separação dos poderes, como também ao princípio da legalidade.

Se se toma o precedente judicial como algo superior à lei e que, apesar disso, vincula para além dela, realmente os aspectos de sua constitucionalidade devem ser analisados com cuidado, não bastando a simples releitura do princípio da legalidade, ou a invocação de outros princípios constitucionais (de forma abstrata), para emprestar-lhes legitimidade. A análise deve ser feita a luz da faticidade (como toda interpretação), apta a demonstrar se realmente os aqueles pronunciamentos judiciais previstos no art. 927 do CPC-15 (e que não são espelhos dos previstos na Constituição), têm legitimidade constitucional para serem tomados como vinculantes. É o que agora se pretende analisar.

3.4 A (in)constitucionalidade da obrigatoriedade dos incisos iii, iv e v do art. 927, do cpc-15: o problema da separação dos poderes e do princípio da legalidade.

²⁷⁰ Por todos, NERY JR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 1157; TUCCI, José Rogério Cruz. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jadelmiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454.

Como parece evidente, a análise acerca da constitucionalidade ou não da eficácia vinculante dos precedentes previstos apenas na lei infraconstitucional, perpassa um enfrentamento da atividade jurisdicional em tempos de pós-positivismo, se ela se limitaria a uma função declarativa ou, ao contrário, autorizaria o juiz a criar o Direito (*judge made law*), no exercício de uma atividade constitutiva.

Na verdade, a discussão vai um pouco mais além, e se circunscreve na análise de se o precedente pode ser tomado como uma norma geral e abstrata, com eficácia vinculante, a exigir autorização constitucional para que o Poder Judiciário crie o Direito, ou se ele deve ser tomado como um texto a ser interpretado no caso concreto, apto a colaborar com a concreção da norma jurídica (*applicatio*), impondo limites à atribuição de sentido a ser dado ao texto normativo na construção da norma jurídica vista como resultado da interpretação.

Importa lembrar, nesta etapa da investigação, que para o presente trabalho só se pode falar de precedente judicial quando houver, na decisão tomada como precedente, um ganho hermenêutico, entendido como a obtenção de um novo sentido; a opção por um específico sentido obtido em função das peculiaridades concretas observadas e que, até então, fugia a uma interpretação realizada segundo a consideração de situações-padrão e comuns de aplicação; ou avanço de sentido não contido aprioristicamente em um texto legislativo ou constitucional.²⁷¹

Percebe-se, pois, que o precedente judicial auxilia na construção da norma jurídica, impondo limites interpretativos à atribuição de sentido a ser dado ao texto normativo. Seguir precedentes não significa, nessa linha argumentativa, criação de Direito, nem mesmo em se tratando de sua eficácia vinculante, porque a vinculação não significa outra coisa senão a obrigatoriedade de tratar os casos iguais isonomicamente, o que torna necessário tomar o Direito como tradição e reconstruir a história institucional daquela comunidade de princípios.

Sobre o tema, com premissas um pouco diferentes das defendidas nesse trabalho, tem-se a lição de Marinoni:

A construção dessa norma jurídica não significa criação de norma individual para regular o caso concreto ou criação de norma geral. A norma jurídica cristalizada mediante a conformação da lei e da legislação ou do balanceamento dos direitos fundamentais pode ser dita uma norma jurídica criada diante das peculiaridades do caso concreto, mas está longe de ser uma simples norma individual voltada a concretizar a norma geral ou mesmo de representar a criação de um direito.²⁷²

É de se perceber, que mesmo em se tratando de precedentes vinculantes, o juiz não detém o mesmo poder do legislador, não podendo se afirmar que os precedentes substituem a

²⁷¹ MOURÃO, Juraci. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 282-283.

²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 93.

lei, ainda que eles tenham sido fruto da afirmação dos direitos fundamentais. Note-se, que não basta ao juiz invocar um precedente vinculante como razão de decidir, pois a ordem constitucional lhe impõe o dever de fundamentar a sua decisão, identificando a similitude dos casos e aplicando o princípio jurídico universalizável (força gravitacional do precedente) que legitima a *ratione decidendi*, donde se extrai o caráter interpretativo dos precedentes judiciais.

A despeito dessa linha argumentativa, vozes se levantam defendendo a tese da inconstitucionalidade dos incisos III, IV e V do art. 927, do CPC-15, aduzindo ser necessário que a Constituição determine expressamente a vinculatividade destes pronunciamentos judiciais, sob risco de ofensa à separação dos poderes e ao princípio da legalidade. Referido argumento parte da premissa, aqui já anunciada, que quando surgiu a súmula vinculante, ela foi instituída por emenda constitucional (EC nº 45/2004).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery têm posicionamento que merece registro:

O texto normativo impõe, imperativamente, aos juízes e tribunais que cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados. Trata-se de comando que considera esses preceitos como *abstratos* e de *caráter geral*, vale dizer, com as mesmas características da *lei*. Resta analisar se o Poder Judiciário tem autorização constitucional para legislar, fora do caso da *Súmula Vinculante do STF*, para o qual a autorização está presente na CF 103-A. Somente no caso da súmula vinculante, o STF tem competência constitucional para estabelecer preceitos de caráter geral. Como se trata de situação excepcional – Poder Judiciário a exercer *função típica* do Poder Legislativo – a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção. *Observar* decisão: a) em RE e REsp repetitivos, b) em incidente de assunção de competência, c) em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), d) entendimento constante da súmula simples do STF em matéria constitucional, e) entendimento constante da súmula do STJ em matéria infraconstitucional (*rectius*: federal) e f) do órgão especial ou do plenário do tribunal a que estejam vinculados os juízes significa que esses preceitos *vinculam* juízes e tribunais, vinculação essa de inconstitucionalidade flagrante. O objetivo almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu o devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado.²⁷³

José Rogério Cruz e Tucci, ao comentar o art. 927 do CPC-15, endossa o entendimento acima transcrito:

Salta aos olhos o lamentável equívoco constante desse dispositivo, uma vez que impõe aos magistrados, de forma cogente – ‘os tribunais observarão’ –, os mencionados precedentes, como se todos aqueles arrolados tivessem uma mesma força vinculante vertical. Daí, em princípio, a inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade. À minguada de uma dogmática própria, o legislador pátrio perdeu uma excelente oportunidade para regulamentar um

²⁷³ NERY JR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 1157.

regime adequado da jurisprudência de nossos tribunais, entre as várias espécies de precedente judicial, a partir da sua natureza, considerando a sua respectiva origem.²⁷⁴

Referidas críticas merecem um olhar mais detido. A primeira premissa lançada e que merece refutação, consiste na afirmação de que somente os pronunciamentos previstos nos incisos I e II do art. 927, do CPC-15 poderiam ser dotados de eficácia vinculante, porque estabelecidos por emenda constitucional, sob pena de ofensa à separação dos poderes e ao princípio da legalidade. Caso fosse verdadeira essa premissa, a previsão dessa força vinculante pela EC nº 45/2004 também seria inconstitucional, pois teria, de igual monta, ferido a legalidade e a separação dos poderes, cláusulas pétreas imutáveis por emenda constitucional, donde se extrairia um paradoxo.

Precedentes, como já salientado diversas vezes, não são normas gerais e abstratas; são, em verdade, meios para a reconstrução da história institucional do direito²⁷⁵, funcionando como limitadores da discricionariedade judicial, pois impõem que os magistrados tratem a todos com mesma consideração e respeito, evitando-se decisões arbitrárias e que não obedeçam aos princípios jurídicos da comunidade política. Precedentes trazem com eles um ganho hermenêutico, que auxilia o juiz na concreção da norma jurídica, não podendo estar para além dela. Sua previsão na lei infraconstitucional, ou até mesmo na Constituição, não é medida que se imponha, porque não se deve confundir a eficácia vinculante de um precedente com abstração e generalidade aos moldes da legislação.

Fossem os precedentes tomados como normas gerais e abstratas, desprovidos de limitação pela juridicidade, aí sim seria possível se falar em ofensa à separação dos poderes e ao princípio da legalidade. Não foi isso que o CPC-15 preceituou, pois vinculou os juízes a partir dos fundamentos determinantes (circunstâncias fáticas e solução jurídica), impondo tratamento igualitário para casos similares (de referência obrigatória). Não há dúvida que a correta concreção do princípio da igualdade legitima a obrigatoriedade prevista no *caput* do art. 927, do CPC-15, não porque a lei determinou, mas pelo imperativo da igualdade substancial e pelo dever de se tratar a todos com mesma consideração e respeito.

Mais que isso! Nem mesmo nas hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 927, do CPC-15, pode-se afirmar que o Poder Judiciário cria o Direito. Na hipótese do inciso I, será analisada a validade da norma perante a Constituição, determinando-se se a norma é válida ou não, caso negativo, a norma será expungida do ordenamento jurídico. Por mais que seja corrente

²⁷⁴ TUCCI, José Rogério Cruz. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jadelmiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454.

²⁷⁵ A questão da originalidade judicial será abordada no último capítulo deste trabalho.

a afirmação que nesse tipo de processo o Poder Judiciário funciona como legislador negativo, parece evidente que se trata de atividade típica do Poder Judiciário, como instância de controle do processo legislativo, a partir da confrontação entre o texto da Constituição e a alegação de inconstitucionalidade.

O mesmo se diga dos casos de controle de constitucionalidade mediante decretação de inconstitucionalidade sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição, onde é exercida atividade tipicamente interpretativa, característica indelével do Poder Judiciário, não havendo o que se falar na criação do Direito ou em atividade legislativa daquele poder. Sem esquecer que não se pode confundir a eficácia *erga omnes* da decisão em controle concentrado de constitucionalidade e o efeito vinculante de que trata o art. 102, § 2º, da CF/88 com o precedente, pois eles são atributos da decisão do caso e não do precedente formado, que será obrigatório para os demais juízes e para o próprio STF (arts. 926 e 927, I, do CPC-15).²⁷⁶

A inclusão da Súmula Vinculante no rol dos pronunciamentos com eficácia vinculante no novo Código de Processo Civil aumenta, inclusive, a garantia do devido processo legal para a elaboração dos enunciados, porque para que haja vinculatividade faz-se necessário a identificação das circunstâncias fáticas que deram origem ao enunciado da súmula, bem como a referência aos precedentes dos quais ela é originária (art. 926, § 2º, do CPC-15), exigindo-se, ainda, a identificação dos fundamentos determinantes e demonstração de que estes se ajustam ao caso sob julgamento (art. 489, § 1º, V, do CPC-15).

Nem mesmo a ideia de que o Código de Processo Civil de 2015 teria equiparado as súmulas vinculantes e as súmulas simples do STF merece ser acolhida. É evidente que a previsão das súmulas simples do STF no rol do art. 927 não criou uma nova súmula vinculante. Primeiro, porque a vinculatividade da súmula vinculante abarca, além do Poder Judiciário, a administração pública, o que não ocorre com a súmula simples, que somente poderá ser tomada pela administração pública como persuasiva. Ademais, como se exige quórum qualificado para a edição de uma súmula vinculante, esta não poderá ser afastada por uma súmula do STF, que é formulada por quórum simples. Há, portanto, razão para a previsão das duas espécies de súmulas no art. 927, do CPC-15, preservando-se a lógica do ordenamento jurídico brasileiro.²⁷⁷

A vinculação dos incisos III, IV e V do art. 927 do CPC é um desdobramento da progressiva recepção do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro, iniciada ainda com as reformas ao CPC de 1973 e com a EC 45/04. Não há inconstitucionalidade porque não há ofensa aos princípios da separação de poderes e da legalidade, uma vez que se vincula apenas aos órgãos do Poder Judiciário e se observa a legalidade por ter sido a vinculação formalmente estabelecida por lei. Trata-

²⁷⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes judiciais**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 368.

²⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 369.

se, na verdade, de uma integração entre as funções exercidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, criar o direito como legislador dentro da moldura da Constituição e reconstruir o direito como juiz dentro do processo de interpretação, sendo que a vinculatividade formal dos precedentes reduz o espaço de discricionariedade dos juízes e ao mesmo tempo garante mais racionalidade, previsibilidade e igualdade no direito.²⁷⁸

Parece evidente que os pronunciamentos previstos no art. 927, incisos III, IV e V, do CPC-15 não encontram qualquer óbice constitucional para que ostentem eficácia vinculante, entretanto não parece que a ausência de ofensa à legalidade esteja na sua previsão legal. A simples previsão legal para a eficácia vinculante de uma decisão judicial para os casos futuros encontraria um obstáculo no conteúdo do princípio da legalidade, porque se atribuiria a um precedente força de lei (abstração e generalidade), o que é vedado pelo art. 5º, II, da Constituição Federal, *data venia*.

Dentro do que vem sendo defendido ao logo deste trabalho, não há qualquer ofensa ao Princípio da Legalidade com a utilização dos precedentes judiciais obrigatórios porque eles têm a função de auxiliar a concreção da norma jurídica, limitando a discricionariedade judicial na atribuição de sentido ao texto normativo, exigindo-se que a interpretação leve em conta a faticidade, devolvendo-se o mundo prático ao Direito. Obrigar que um magistrado reconstrua a história institucional do direito, dialogando com as decisões passadas e limitando a atribuição de sentido àquele da tradição não encontra qualquer óbice constitucional, seja no princípio da legalidade, da separação dos poderes ou qualquer outro.

Antes fomenta o dever que o Poder Judiciário tem de tratar a todos com mesma consideração e respeito, levando os direitos a sério, decidindo por princípios e não por política, tampouco se deixando influenciar por pré-conceitos inautênticos ou pela moral individual corretiva do Direito. Coerência, integridade, estabilidade, previsibilidade e, principalmente, igualdade legitimam a adoção da teoria dos precedentes judiciais no Brasil, não porque o CPC-15 previu expressamente, mas por serem todas virtudes que devem nortear o Poder Judiciário em um país que se diz democrático.

3.5 Da integridade e coerência na adoção dos precedentes judiciais obrigatórios: construindo-se um caminho para a resposta correta.

Diante de tudo que até aqui se analisou, não parece distante a afirmação de que a adoção da teoria dos precedentes judiciais, no Brasil, imprescinde de uma análise do Direito como

²⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 369-370.

integridade (*law as integrity*), nos termos da teoria do direito defendida por Ronald Dworkin, inspiração, ao que parece, do art. 926, do Código de Processo Civil de 2015. Lênio Streck já afirmou, inclusive, que o texto do art. 926 do CPC-15, se deu pelo que ele denomina de “emenda streckiana-dworkiniana” do CPC-15, que culminou, ainda, com a retirada do livre convencimento que constava de quatro dispositivos do projeto do novo código²⁷⁹.

Muito embora não se possa afirmar que a coerência e integridade previstas no art. 926, do CPC-15 demonstrem a adoção pelo novo diploma de uma única corrente jurídico-filosófica, não parece de todo prejudicial tomar algumas das premissas da teoria do direito como integridade de Dworkin²⁸⁰ para se buscar uma adoção democrática dos precedentes judiciais, sempre tendo como alvo a nefasta discricionariedade judicial e tomando os precedentes como limitações a esta subjetividade assujeitadora do objeto em tempos de pós-positivismo.

Na conhecida metáfora do Juiz Hércules²⁸¹, Dworkin utiliza a figura de um juiz imaginário, que a um só tempo tem que utilizar a sua sabedoria e paciência para encontrar a resposta correta (que também deve ser tida como uma metáfora²⁸²) nas suas decisões, levando em conta todos os argumentos relevantes deduzidos pelas partes no processo, jurídicos e fático-probatórios, reconstruindo a história institucional para analisar como os outros juízes decidiram no passado casos análogos, justificando intersubjetivamente a sua decisão²⁸³.

É bom que se diga, para evitar mal entendidos, que os pressupostos da integridade e coerência não tornam o juiz um escravo do passado, embora ele tenha o compromisso moral de observá-lo nas suas razões de decidir. Ao contrário, ao se lançar à reconstrução da história institucional, levando em consideração referidos pressupostos, o juiz Hércules deve sempre ter em mente que ele é parte de uma complexa engrenagem, de um romance escrito por várias mãos (daquele direito em especial), que sempre tem que levar em consideração as decisões passadas, em atenção à coerência, mas a integridade, aqui entendida como um princípio, de que todos têm os mesmos direitos e liberdades, sem quaisquer privilégios ou preconceitos, não permite a

²⁷⁹ STRECK, Lênio. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? In: **Conjur – Consultor Jurídico**. 18.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em 10.08.2015.

²⁸⁰ Em sentido contrário, entendendo essencial se desfazer a conexão com a concepção de integridade de Dworkin, ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes judiciais**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 365.

²⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 182-183. Voltarei a tratar sobre ela no último capítulo deste trabalho, a complementar a concepção do romance em cadeia.

²⁸² Cf. STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**: constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 387/ 394.

²⁸³ Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira) – 2. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

perpetuação de erros ou iniquidades, permitindo a superação do precedente, ainda que para isso se tenha um aumento do ônus argumentativo.²⁸⁴

Percebe-se, pois, que a decisão a ser construída não pertence apenas ao juiz, mas carece de um processo democrático e participativo, afastando-se do protagonismo judicial e abrindo espaço para um policentrismo processual, onde os sujeitos do processo, juntos, constroem a decisão judicial. O juiz tem o dever de levar a sério os argumentos das partes e a tradição daquela sociedade, preservando, ainda, condições para que os próximos juízes, nos casos vindouros, possam melhorar a decisão (daquele direito em especial), abrindo possibilidade para que, no futuro, se possa analisar a correção da decisão pretérita, confirmando ou refutando os argumentos anteriormente lançados, superando-se, assim, o positivismo jurídico pela reintrodução do mundo prático no Direito²⁸⁵.

Essa abertura para o futuro, mas sem perder de vista o passado, é a pedra fundamental de uma teoria dos precedentes judiciais. Num processo democrático, a participação e o diálogo entre os sujeitos processuais, alicerçados num contraditório participativo, limita, sobretudo, eventuais condutas arbitrárias dos magistrados, porquanto a intersubjetividade funcione como um fechamento hermenêutico, impedindo que se parta de um grau zero de sentido e possibilitando que a comunidade política controle a decisão a ser proferida, diante da pré-compreensão existente nesta mesma comunidade.

Evita-se, assim, que se perpetue um pretensão realismo jurídico²⁸⁶. Mais que isso, impede-se que as decisões judiciais dependam das crenças e preconceitos dos juízes ou que eles decidam conforme as suas consciências, ainda que estejam diante dos denominados casos difíceis. Nesse contexto, como dito, integridade e coerência funcionam como freios para a subjetividade assujeitadora e enunciados assertóricos, com pretensão de objetivação, sendo a linguagem condição de possibilidade de qualquer compreensão, num movimento circular inerente a hermenêutica filosófica, que deixa o método para trás.

Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinnegebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico.²⁸⁷

²⁸⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁸⁵ BAHIA, Alexandre Melo Franco. NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio. Precedentes no Novo CPC: É possível uma decisão correta? In: **Justificando**. 08.07.2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta-/>>. Acesso em: 10.08.2015.

²⁸⁶ Sobre Realismo Jurídico como uma corrente filosófica, consultar: HERVADA, Javier. **O que é o direito? a moderna reposta do realismo jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, em especial capítulos 4 e 5.

²⁸⁷ STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 77.

É bem verdade que o Código de Processo Civil de 2015 está longe de caracterizar a superação do método, tampouco se pode enxergar nele uma pureza metodológica. Da leitura mesma dos seus dispositivos, várias teorias foram positivadas, não apenas aquela defendida por Ronald Dworkin e Lenio Streck, mas outras com elas incompatíveis, como é o caso da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy²⁸⁸, fonte inspiradora, ao que parece, do § 2º, do art. 489, do CPC-15, ainda que com algumas diferenças. Fugiria ao escopo deste trabalho um debate mais acirrado sobre esse sincretismo metodológico, mas o registro se faz necessário, não sendo apto, porém, a se sobrepor à análise da integridade e coerência, verdadeiros princípios a nortear a interpretação no novo diploma processual.

Por mais que não se queira vincular o art. 926, do CPC-15 a uma particular teoria da justiça, não se pode perder de vista que a integridade e coerência nele previstas funcionam como uma chave hermenêutica, constringendo o intérprete no momento da aplicação do Direito. Vincula-se o intérprete (juiz): i) à sua própria interpretação do Direito nos casos-precedentes (estabilidade – vinculação horizontal); ii) a um teste de não contradição, conferindo-se o conteúdo da decisão-atual e os conteúdos das decisões anteriores, dos casos precedentes (coerência em sentido estrito – teste de consistência); iii) a um teste de universalização, de verificação de racionalidade e unidade do Direito, de adequabilidade da decisão com a tradição jurídica e com a unidade da Constituição, podendo ser aplicada no caso e depois ser repetida nos casos análogos (coerência em sentido amplo, teste de universalização de razões).²⁸⁹

Mudou-se, pois, o paradigma de racionalização da decisão judicial, pois juízes e tribunais passam a ser menos livres e mais responsáveis (*accountability*) pela interpretação com a adoção da teoria dos precedentes judiciais do que o eram com o paradigma da legalidade. É evidente que não se tem uma teoria de precedentes judiciais obrigatórios sem coerência.

Essa coerência deve ser demonstrada na fundamentação da decisão judicial, quando o juiz terá que racionalmente reconstruir a história institucional do Direito, levando sempre em consideração as decisões do passado (teste de consistência), vinculando-se às suas próprias decisões (estabilidade), demonstrando o que a tradição daquela comunidade, intersubjetivamente, entende como resposta correta para aquele caso em particular (com pretensão de universalização – teste de universalização).

²⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 116-120.

²⁸⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes judiciais**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 365.

Conforme será analisado no capítulo seguinte, adotar os postulados da teoria integrativa de Dworkin não significa – ao menos não necessariamente – uma adesão cega e irrefletida de todos eles. Como será demonstrado, Dworkin construiu sua teoria sobre o Direito alicerçada em algumas metáforas, tais como a metáfora do juiz Hércules, já mencionada rapidamente, bem como as metáforas do romance em cadeia (*chain novel*) e da única resposta correta (*one right answer*), todas elas interligadas entre si.

Aproximar-se da teoria integrativa de Dworkin não quer dizer desconhecer as críticas que ela recebe da comunidade jurídica, tampouco importá-la acriticamente para o sistema jurídico brasileiro. Na verdade, impõe-se que se tenha em mente que o juiz Hércules, o romance em cadeia e a tese da única resposta correta, como já salientado, são metáforas, meios pelas quais o autor procurou demonstrar que juízes devem decidir por princípios e não por política, bem como que não há espaço na democracia para a discricionariedade judicial.

Não me parece exagerado entender que no Brasil juízes não podem decidir conforme as suas consciências, tampouco que não há mais espaço para discricionariedades judiciais ou decisionismos de qualquer ordem. O paradigma atual está calcado na intersubjetividade e não mais na relação sujeito-objeto, que permitia solipsismos e discricionariedades, sem que se desvelassem os limites interpretativos na tradição da comunidade política, notadamente nos denominados casos difíceis.

Seguir precedentes significa limitar a discricionariedade, decidir por princípios e não por política. Significa tomar o Direito como tradição, impondo um diálogo com a comunidade e com as decisões do passado. Não significa ser escravo do passado, é bom que fique claro, mas sim um dever de levar os direitos a sério, de tratar todos com mesma consideração e respeito, não havendo qualquer incompatibilidade dessas premissas com o Código de Processo Civil de 2015. Ao contrário, o novo modelo processual participativo parece comungar com essa percepção do Direito e com a limitação da discricionariedade judicial.

Em todo caso, mesmo que se queira afastar a conexão entre o art. 926 do CPC-15 e a concepção de integridade de Dworkin, mesmo assim nenhuma das premissas até aqui defendidas perdem a consistência, ao contrário, se reforçam ainda mais, porque alicerçadas num modelo processual inserido no paradigma do pós-positivismo, que tem na fundamentação da decisão judicial (aqui entendida como uma garantia constitucional), obrigatoriamente atrelada ao contraditório dinâmico (influência e não surpresa), a legitimação do exercício da função jurisdicional.

Há vários doutrinadores²⁹⁰ negando a conexão entre a teoria de justiça de Dworkin e o que preceituado no CPC-15. Auscultem-se, neste sentido, as palavras de Hermes Zaneti Júnior:

A questão, a saber, é se o CPC adotou alguma particular teoria da justiça ou se, ao contrário, pode ser compreendido como uma orientação dogmática para superar eventuais divergências teórico-filosóficas. Nesse sentido, é bom observar que há grande divergência na teoria jurídica e na filosofia jurídica atual sobre a importância dos deveres de consistência/coerência em sentido estrito e integridade/coerência em sentido amplo. A coerência, no sentido amplo (*integridade*, art. 926, *caput*), é um tema central para a teoria do direito hoje. Por isso, é melhor compreender *integridade*, do CPC/2015, em conjunto com o termo coerência em sentido amplo, *desfazendo* a conexão forte com a concepção de *integridade* em Dworkin. A convergência coerência/integridade limita-se a reconhecer o aspecto mais amplo dos conceitos de coerência e integridade, ligados aos princípios jurídicos e a possibilidade de se dar um sentido de conjunto às normas jurídicas (*'hanging together'* e *'making sense'*), a partir da justificação das decisões judiciais em um contexto mais geral de unidade do direito.²⁹¹

Grande parte das críticas dirigidas à adoção da teoria integrativa de Dworkin, está ligada à tese da única resposta correta (*one right answer*), que seria incompatível com a ponderação e com a proporcionalidade prevista no art. 489, § 2º e 8º, do CPC-15²⁹². Não há dúvidas de que os postulados de Dworkin, porque todos construídos para obstar a discricionariedade judicial, não podem ser confundidos com ponderações e sopesamentos, entretanto, parece correto se entender a tese da única resposta correta como a resposta constitucionalmente adequada – já que ela é uma metáfora²⁹³ -, que será obtida levando-se em consideração a necessidade da reconstrução da história institucional, dialogando com as decisões passadas (romance em cadeia), na busca da resposta correta. Nem a única, nem a melhor, mas a resposta adequada à constituição. É isso que se buscará demonstrar no próximo capítulo.

²⁹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual civil**. 10. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. São Paulo: RT, 2015.

²⁹¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes judiciais: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 365-366.

²⁹² *Idem, ibidem*, p. 365-366.

²⁹³ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 387 e ss.

4 PENSANDO O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS TAL QUAL UM ROMANCE EM CADEIA.

4.1 Direito como integridade e os precedentes judiciais.

Diante de tudo que já se demonstrou até aqui, não restam dúvidas de que utilizar precedentes judiciais é mais do que simplesmente reproduzir acriticamente e sem qualquer preocupação interpretativa decisões judiciais do passado. Precedente é texto e como tal deve ser interpretado, não havendo o que se falar, com o seu manejo, de uma objetivação do Direito aos moldes de uma aplicação subsuntiva.

É que a decisão judicial está atrelada, na visão de Dworkin, à doutrina da responsabilidade política dos julgadores. Referida doutrina os impede de tomar decisões que pareçam corretas de forma isolada, mas que não possam fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões consideradas corretas. Não se trata de uma coerência apenas com a decisão judicial precedente, mas, sobretudo, com os princípios que a fundamentaram.²⁹⁴

Não é necessária uma adesão estrita ao passado, mas sim uma coerência com o conjunto de princípios que representa a moralidade política da comunidade, o que resultará em que todos sejam tratados com mesma consideração e respeito nas decisões. É o que Dworkin denomina de força gravitacional dos precedentes.

A força gravitacional do precedente ampliará sua força para além dos novos casos que se situam fora da sua órbita particular. Desta feita, os princípios²⁹⁵ que embasaram a *ratio decidendi* vincularão os casos futuros da mesma forma que esta vinculará, incumbindo ao juiz

²⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 137-138.

²⁹⁵ Sobre o conceito de princípios conferir o terceiro capítulo desta investigação.

“limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”.²⁹⁶

Só terão força gravitacional as decisões baseadas em princípios. As decisões utilitaristas, que se baseiam em argumentos de política não terão qualquer força gravitacional.²⁹⁷ É que o valor da integridade, de tratar os indivíduos com igual consideração e respeito, na prática judicial dos precedentes é possível por meio da ideia do *treat like cases alike*, mas ao mesmo tempo é mais do que isso.

É mais, porque a equidade que se pretende nas decisões não se limita à necessidade de tomar decisões semelhantes em casos semelhantes. Para que a decisão atenda ao valor da integridade, é imperiosa a adoção dos mesmos princípios que fundamentaram decisões semelhantes, o que se impõe pela necessária igualdade da razão (*equality of reason*).²⁹⁸

Pensar o Direito como integridade, é ter em mente que os juízes têm a responsabilidade política de, nos casos difíceis, estender ao povo atual os direitos que estavam implícitos na teoria da moralidade política que melhor justifica o reconhecimento de direitos nas mais relevantes decisões do passado.²⁹⁹ Dito de outro modo, é pensar o Direito dentro da sua historicidade, vinculado à tradição da comunidade política e não na vontade solipsista do tomador de decisão.

Isso não significa que a aplicação do Direito pelos juízes seja neutra ou apolítica, tampouco que eles estão alheios ao processo de criação do Direito, pois, na visão de Dworkin, toda vez que os juízes aplicam o Direito, também o constroem. Para o autor seria inquestionável que os juízes criam novo Direito toda vez que decidem um caso importante, mas essas novas formulações jurídicas representam a “correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito”³⁰⁰, ainda que não tenha sido anteriormente reconhecido.

Não há se confundir tal empresa com a discricionariedade nos termos do convencionalismo ou do positivismo, onde o juiz é livre para “criar” o novo direito no caso de lacunas. O que se busca é a interpretação do melhor Direito como integridade que representa a moralidade política de uma comunidade. O Direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o Direito, pois parte da premissa que

²⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 174-177

²⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 172.

²⁹⁸ WALTERS, Mark D. *Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism*. In: HUSCROFT, Grant (Ed.). *Expounding the constitution: essays in constitutional theory*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 255-256.

²⁹⁹ WALTERS, Mark D. *Legal humanism and law-as-integrity*. In: *Cambridge Law Journal* 67 (2), July 2008, p. 369.

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 9.

só é possível o entendimento do raciocínio jurídico levando-se em consideração que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.³⁰¹

Dworkin rejeita a concepção positivista de que o juiz, nos casos onde inexistente a incidência de uma regra expressa, estaria autorizado, em razão de um poder discricionário, a criar um Direito novo e aplicá-lo retroativamente ao caso.³⁰² Ele parte da premissa que o constitucionalismo contemporâneo superou o modelo de regras, pois por trás de cada uma delas há sempre um princípio que lhe dá fundamento. O Direito como integridade concede, justamente, os meios para um modelo de princípios.

Note-se que o processo de criação do Direito, nesta dimensão, é distinto do positivismo, pois devem os juízes, com criatividade, buscar nos princípios o fundamento para as suas decisões por meio da sua interpretação, construindo o Direito de forma coerente, da melhor maneira possível a adequá-lo, não apenas às decisões do passado, mas também ao presente e ao futuro.³⁰³

Na metáfora do Juiz Hércules, Dworkin propugna que ele (Hércules) deve construir um esquema de princípios abstratos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. Tal justificação deve se dar tanto do ponto de vista vertical quanto horizontal; aquela observando os diferentes extratos de autoridade (controle das decisões tomadas em níveis inferiores); esta, impondo que “os princípios que devem justificar uma decisão em um nível devem ser também consistentes com a justificação oferecida para outras decisões no mesmo nível”.³⁰⁴

Por esta razão, Dworkin entende que existe uma única resposta correta para os casos difíceis e não várias respostas racionalmente possíveis. É bom que se diga, que quando o autor norte-americano defende a tese da única resposta correta, não está afirmando que, do ponto de vista semântico, qualquer juiz chegaria a uma mesma resposta, nem defende que existe uma solução ideal, daí porque já se afirmou alhures neste trabalho que a tese da *one right answer* deve ser tida como uma metáfora, como um compromisso de moralidade política.

[a resposta certa] não é algo dado, mas construído argumentativamente. A sua elaboração sugere a analogia da prática jurídica com o exercício literário,

³⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 271.

³⁰² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin? De que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito & Literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 21.

³⁰³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 252.

³⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 182-183.

consubstanciando a ideia da *chain of law*, a qual construir-se-á no *turning point* para a consideração do direito como um conceito interpretativo.³⁰⁵

Partindo da ideia do Direito como integridade, na busca da coerência das decisões, o autor norte-americano faz uma analogia com a literatura, criando, assim, um gênero literário artificial o qual denomina de romance em cadeia. Essa metáfora exige que cada autor (juiz), ao escrever um novo capítulo, interprete tudo que foi escrito até ali, com a compreensão de que está inserindo um capítulo a esse romance, não começando outro.³⁰⁶

Exige-se, assim, uma avaliação geral da parte que incumbe a cada romancista, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve o romance, que deve ser pensado como único e escrito por um só autor. Nas palavras de Dworkin, “o texto estipula uma restrição severa em nome da identidade: todas as palavras devem ser levadas em consideração e nenhuma pode ser mudada a fim de torná-lo uma obra de arte melhor”.³⁰⁷

Como visto, ainda no início desse trabalho, cada romancista, com exceção daquele que inicia a obra literária, tem uma dupla responsabilidade, de interpretar e criar. Tem o dever, cada um deles, de ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até ali.

Deve decidir como os personagens são ‘realmente’, que motivos o orientam, qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, até que ponto algum recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não outra. Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção, porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas.³⁰⁸

A tarefa, como se percebe, não é fácil. Apenas Hércules teria condições de em todos os casos se desincumbir desse jogo de interpretação e reinterpretação, diante da necessidade de se ler tudo que os juízes escreveram no passado sobre determinado direito, notadamente quando se tratar dos chamados “casos difíceis”³⁰⁹, que ocorrem especialmente na jurisdição constitucional. Denominam-se de casos difíceis aqueles que envolvem direitos fundamentais,

³⁰⁵ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995, p. 68.

³⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 236.

³⁰⁷ *Idem, ibidem*, 223.

³⁰⁸ *Idem, ibidem*, 236-237.

³⁰⁹ Embora Dworkin adote a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, o faz em parâmetros distintos do positivismo de Hart, e sua teoria de justiça pode ser utilizada para ambos os casos. A ênfase dada aos casos difíceis na passagem se deve ao necessário combate à discricionariedade judicial – defendida como a solução dos casos difíceis por Hart -, que se mostra mais visível nos denominados “casos difíceis”. Para uma crítica a teoria dos casos difíceis no positivismo: Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, em especial o capítulo 4. Em sentido oposto, defendendo a discricionariedade judicial na solução dos casos difíceis: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.155.

carecedores de uma regra predefinida, sobretudo porque seu conteúdo envolve questões de moralidade política.

Pensar o Direito como integridade é assumir a responsabilidade política de reconstruir a história institucional do direito, dialogando com o passado, resolvendo o caso presente, abrindo-se para o futuro. A dificuldade que essa empreitada apresenta não desonera o juiz da necessidade de ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas, sobretudo, para “chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um dos nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então”.³¹⁰

Não parece difícil aplicar o romance em cadeia na prática jurídica da tradição do *civil law*, notadamente no Brasil, que de há muito busca aproximação com a família do *common law*, conforme já demonstrado neste trabalho. Referida constatação ganha relevo na jurisdição constitucional, quando se trata de atribuir significado aos princípios e aos direitos fundamentais consagrados explicita ou implicitamente na Constituição.

Nessa dimensão, diferentemente do convencionalismo, em que o juiz teria a discricionariedade para criar um novo direito perante casos difíceis e do pragmatismo que permite que o juiz decida de modo consequencialista para o futuro, pensando no bem coletivo sem qualquer compromisso com o passado, também no *civil law* é possível pensar que os limites para a atuação da jurisdição constitucional, para além do texto escrito na constituição, poderão ser encontrados no direito como integridade.³¹¹

As novas decisões devem ser construídas fundadas em princípios e não em políticas. Os fundamentos de política são mais frágeis, além de estarem inseridos na competência dos poderes políticos. O juiz, Hércules ou não, encontra-se vinculado a um dever geral de coerência com as outras decisões já tomadas e a serem tomadas, o que mais compatibiliza o dever de coerência com os argumentos de princípio, e menos com os argumentos de política.

Embora a doutrina do *stare decisis*, pensada de forma estrita, determina que se julguem os casos semelhantes da mesma maneira, nos casos difíceis impõe-se uma ampliação do princípio do *treat like cases alike*, indo além da simples semelhança ou repetição, decidindo-se de acordo com o Direito como integridade, que é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, aplicando-lhes nos novos casos que se lhe apresentarem, tomando a situação de cada pessoa com justiça e equidade

³¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238.

³¹¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 254.

segundo as mesmas normas, ainda que não sejam consentâneas com as convicções pessoais do juiz.³¹²

A integridade impõe que os juízes, na resolução dos “casos difíceis”, busquem encontrar “em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”³¹³. O juiz deve elaborar uma teoria constitucional e uma teoria política que justifiquem a Constituição na sua integralidade, inclusive os princípios implícitos, devendo verificar, também, qual o sistema político por ela estabelecido.³¹⁴

Não se deve entender a integridade apenas como coerência, conclusão que se poderia chegar de uma leitura apressada da ideia de se tratar casos semelhantes de forma semelhante, isso porque “se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é ao mesmo tempo, mais e menos”.³¹⁵

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.³¹⁶

Como já salientado, o Direito como integridade rechaça a ideia que as manifestações do Direito sejam relatos factuais do convencionalismo, com os olhos voltados para o passado, tampouco seriam programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Para o Direito como integridade as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas, e como tais, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro. “Interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento”.³¹⁷

Os juízes, tendo em vista o princípio judiciário da integridade, têm o dever (*have a duty*) de identificar os direitos e deveres legais acreditando que todos foram criados por um único autor, a comunidade personificada, que, por esta razão, expressa uma concepção coerente de justiça e equidade.³¹⁸ Os juízes devem, ao julgar os casos difíceis, buscar fundamento no conjunto de princípios que forma o Direito como integridade. Em havendo uma nova decisão, há o dever de continuar interpretando o mesmo material que ele afirma ter interpretado com

³¹² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 291.

³¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 181.

³¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 167.

³¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 264.

³¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 264.

³¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 488-489.

³¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 271-272

sucesso. O produto da interpretação passa a ser sua fonte de inspiração na reinterpretação dos princípios que compõem o Direito como integridade.³¹⁹

Nesse exercício de interpretar e reinterpretar, devem ser abstraídos os princípios que justificaram a decisão não só no âmbito do Poder Judiciário, mas também as tomadas no âmbito do Legislativo. Muito embora não possa o juiz utilizar-se de argumentos de política que embasaram a elaboração de uma lei, ele pode verificar, indutivamente, quais os princípios que lhe servem de fundamento. Por trás de regras positivas há sempre princípios que podem ser inferidos.

Percebe-se, pois, que para além de uma integridade judiciária, Dworkin visualiza uma integridade da legislação, que, como dito, é destinada aos que criam Direito por legislação, para que o mantenham coerente quanto aos princípios. Há, deste modo, uma ligação a ser investigada, a concepção do Direito como integridade e o conceito de legalidade. É o que se passa a analisar nas linhas que se seguem.

4.2 Legislação e integridade: construindo as bases para a adoção dos precedentes judiciais obrigatórios.

Já foi objeto de análise no presente trabalho, que Dworkin entende a integridade desdobrada em dois princípios (judicial e legislativa), que, ao final, se imbricam emprestando ao Direito a necessária noção de integridade enquanto coerência de princípios. É que mesmo em se tratando de legislação, o legislador, que normalmente está adstrito a argumentos de política (*policy*), não pode perder de vista que o Direito como integridade se lhe impõe o dever de agir segundo os princípios da comunidade política, ou seja, há uma necessária vinculação do legislador à moralidade coletiva da comunidade.

O dever de se tratar os membros da comunidade com mesma consideração e respeito não é adstrito ao juiz. O legislador, de igual modo, ao atender à integridade do Direito deve buscar preservar, na tomada de decisões coletivas, os princípios da equidade e justiça, pois mesmo inserido no “fórum de política”, a integridade do Direito lhe impõe que se obtenha resultado moralmente justificáveis. Não uma moral individual, mas a moral coletiva da comunidade política, vez que Direito e moral são cooriginários.

Véase, por ejemplo, que los principios de equidad y justicia, inherentes al Derecho como integridad, no sólo en la esfera jurisdiccional, en el ‘fórum de principios’, sino también en la legislativa, en el ‘fórum de política’, cumplen importante función moralizante, pues se dirigen de modo claro a los legisladores que, así, deben tornar

³¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 273.

las decisiones de los dirigentes políticos sensibles a la comunidad, distribuyendo los recursos materiales y protegiendo las libertades civiles de tal forma que consigan garantizar resultados moralmente justificables. De ahí la necesidad de un control riguroso no solo con relación a las decisiones judiciales, sino en relación con las actividades del Poder legislativo, como sugiere, por ejemplo, Lenio Luiz Streck.³²⁰

Embora Dworkin tenha dado pouca atenção ao que ele mesmo denomina de “princípio da integridade na legislação”³²¹, que tem a função de restringir aquilo que os legisladores e os outros partícipes na criação do Direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar a legislação³²², mantendo-a coerente quanto aos princípios, não parece inútil buscar analisar o referido princípio à luz da sua importância na tradição do *civil law* e da perceptível descrença da comunidade nos legisladores e nas leis por eles elaboradas.

Na verdade, não se busca aqui resgatar uma “dignidade da legislação”, como defende Jeremy Waldron³²³, mesmo porque embora hoje em dia ela esteja, a olhos vistos, numa situação de incredulidade, não é objeto do presente trabalho essa tentativa de dar a legislação o valor que possa merecer, mas sim de compatibilizá-la, caso possível, com os precedentes judiciais, alocando cada uma dessas fontes do Direito nos seus devidos lugares, até para que não haja inversão de papéis incompatível com a Constituição.

Num país inserido na tradição do *civil law*, como o Brasil, que tem na Separação dos Poderes um dos seus fundamentos, cada poder constituído exercendo a sua função e fiscalizando os demais, parece necessário se buscar compatibilizar a legalidade (Estado Democrático de Direito) com a integridade do Direito, mesmo porque, na vertente aqui defendida, só se conseguirá realizar uma leitura moral da Constituição pensado o Direito como coerente quanto aos princípios, limitando-se tanto a função legislativa quanto a jurisdicional pela igual consideração e respeito que se deve ter por todos e cada um dos membros da comunidade política.

A análise da integridade da legislação parte de uma premissa básica aparentemente simples: os argumentos de política não autorizam que se adotem quaisquer políticas, mas somente as que observarem os princípios (morais) como os da equidade, da justiça, da

³²⁰ Veja-se, por exemplo, que os princípios da equidade e justiça, inerentes ao Direito como integridade, não só na esfera jurisdicional, no ‘fórum de princípios’, senão também na legislativa, no ‘fórum de política’, cumprem importante função moralizante, pois se dirigem de modo claro aos legisladores, que, assim, devem tornar as decisões dos dirigentes políticos sensíveis à comunidade, distribuindo os recursos materiais e protegendo as liberdades civis de tal forma que consigam garantir resultados moralmente justificáveis. Daí a necessidade de um controle rigoroso não só com relação às decisões judiciais, senão em relação com as atividades do Poder Legislativo, como sugere, por exemplo, Lenio Luiz Streck. (Tradução livre do autor). HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 118.

³²¹ Talvez por sua obra ter sido produzida tendo como paradigma um país inserido na tradição do *common law*.

³²² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 261.

³²³ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, em especial o capítulo 1.

legalidade, do devido processo legal, etc.³²⁴ Percebe-se, assim, que a vigência e a validade de uma lei são conceitos distintos, pois uma lei pode ser vigente (porque emanada do processo legislativo regular), mas não legítima (inconstitucional) caso não se atenha à necessária integridade do Direito (atenção aos princípios morais insertos na Constituição).

Véase: los principios, de cierto modo, operam como parámetros de las políticas que llevan a la elaboración de las leyes, actuando en el nivel de racionalidad ética sobre todo, sin que no puedan actuar también en los demás. Es aquí que la integridad legislativa, o teoría de la integridad, pasa a actuar en conjunto con la teoría de la legislación, constituyendo importante auxiliar en la limitación de la libertad de conformidad del legislador, en la definición de los fines de los sistemas jurídicos bajo los distintos niveles de racionalidad, y de los ‘valores’ (siempre cuidando las dificultades que la palabra ‘valores’ puede generar) a alcanzarse por ellos.³²⁵

A leitura moral da Constituição, conforme já salientado, não se limita ao âmbito do Poder Judiciário, tem como alvo, também, o Poder Legislativo que não está livre para editar qualquer lei utilizando argumentos de política. O modelo de integridade é oposto ao de liberdade absoluta de conformação, mesmo porque os princípios de justiça, equidade e do devido processo legal operam na atividade legislativa como um freio àquela liberdade, impondo que até mesmo o legislador trate a todos os cidadãos com mesma consideração e respeito.

Nesta perspectiva, Hommerding, firme na concepção de Manuel Atienza, defende que a análise da integridade na legislação perpassa a compreensão e enftretamento dos denominados “níveis de racionalidade”, que ele divide em: i) nível de racionalidade linguístico (R1); ii) nível de racionalidade jurídico-formal (R2); iii) nível de racionalidade pragmático (R3); iv) nível de racionalidade teleológico (R4); e v) nível de racionalidade ético (R5).³²⁶

Em relação a R1, tem-se que uma lei atende ao nível de racionalidade linguístico quando consegue alcançar clareza e precisão, realizando o “valor da comunicação”. Desta feita, pela lei ser clara e precisa, não haveria qualquer ofensa a igualdade, ao menos não *a priori*, tendo em vista que se poderia presumir que todas as pessoas poderiam obter uma melhor compreensão de seu significado e alcance.³²⁷

O nível de racionalidade jurídico-formal (R2) será alcançado quando uma lei consegue alcançar uma sistematicidade apta a lhe emprestar plenitude e coerência, gerando a segurança

³²⁴ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Op. Cit.*, p. 127.

³²⁵ Veja-se: os princípios, de certo modo, operam como parâmetros das políticas que levam à elaboração das leis, atuando no nível de racionalidade ética sobre tudo, sem que não possam atuar também nos demais. É aqui que a integridade legislativa, ou teoria da integridade, passa a atuar em conjunto com a teoria da legislação, constituindo importante auxiliar na limitação da liberdade de conformidade do legislador, na definição dos fins dos sistemas jurídicos sob diferentes níveis de racionalidade, e dos valores (sempre observando as dificuldades que a palavra ‘valores’ pode gerar) a alcançar-se por eles. (Tradução livre do autor). HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 127.

³²⁶ *Idem, ibidem*, p. 127-143.

³²⁷ *Idem, ibidem*,

e a previsibilidade que dela se esperam. Esse nível de racionalidade, por um lado intenta que a técnica legislativa não pode se descuidar da segurança jurídica; por outro, assegurar que a decisão do legislador seja a melhor possível, para isso deve inserir-se harmoniosamente na história jurídica da comunidade, com atenção aos precedentes de relevo e aos materiais normativos existentes, ou seja, deve ser sistematicamente coerente, afastando-se de ambiguidades e contradições.³²⁸

Uma lei para alcançar o nível de racionalidade pragmático (R3) deve conseguir influir no comportamento humano, ou seja, deve ser uma lei que as pessoas cumpram e que, por isso, é eficaz neste sentido. Para que se alcance conformidade com o Direito como integridade, é imperioso que a legislação não seja meramente simbólica, pois se assim o for sua eficácia social será fragmentada, alcançando poucas pessoas, o que contraria, ao fim e ao cabo, a igualdade, afetando, assim, o nível de racionalidade ética (R5).³²⁹

Já o nível de racionalidade teleológico só é atendido se a lei conseguir alcançar o cumprimento de objetivos sociais. Seus “valores” são a eficácia social, a efetividade. Este nível de racionalidade, por vezes, faz com que a lei seja desigual para que possa alcançar o cumprimento da racionalidade, mesmo porque terá que levar em conta as particularidades daqueles a quem afeta. Os legisladores seriam, portanto, portadores de determinados interesses sociais e os destinatários os afetados pela regulação de seus interesses (quotas sociais, por exemplo). Parece intuitivo que esse nível de racionalidade está, também, intimamente ligado ao nível de racionalidade ético.

Finalmente, para que a lei possa alcançar o nível de racionalidade ético (R5) teria que ser comprometida com a ética, valorizando a dignidade da pessoa humana, tendo como finalidade a igualdade, a liberdade e a justiça. Se não cumprir essas finalidades e se não se comprometer com estes valores éticos, a lei fracassa em R5, ou seja, não há o que se falar de sua constitucionalidade. Há uma relação de necessidade entre a racionalidade ética e a constitucionalidade, não se podendo falar de uma sem falar da outra.³³⁰

A racionalidade ética serve ao Direito como integridade porque defende um compromisso do Direito com a moral e a ética que, nos estados constitucionais, vêm consagrados nas Constituições e no Brasil não é diferente. Nas lições de Hommerding:

Si es así, una ley, para poder considerarse en conformidad con el Derecho como integridad, debe ser elaborada bajo un discurso moral que preserve el máximo los valores que presiden el nivel de racionalidad ética, sobremodo la igualdad, porque

³²⁸ *Idem, ibidem*, p. 127-128.

³²⁹ *Idem, ibidem*, p. 128-129.

³³⁰ *Idem, ibidem*, p. 136-137

*el Derecho como integridad, se sabe, determina que los legisladores elaboren la ley tratando con igual consideración y respeto a todos los ciudadanos.*³³¹

É de se perceber, analisando os níveis de racionalidade antes descritos, que eles estão entrelaçados, sendo exercício árduo a análise isolada de cada um deles. Em sendo aceita essa empreitada, é perfeitamente possível que uma lei atenda aos níveis de racionalidade R1-R4, mas esbarre no R5. Será, portanto, uma lei inconstitucional, por não haver atendido à integridade do Direito. A recíproca, no entanto, não é verdadeira. Pode haver uma lei que não atenda aos demais níveis de racionalidade, mas atenda ao nível ético, não sendo correta afirmação de que ela seria, automaticamente, inconstitucional, tampouco seria correto afirmar que a lei só malferiria o nível de racionalidade ética se violasse o nível R5, diante do entrelace entre todos os níveis de racionalidade.³³²

Desta afirmação aparentemente antagônica, extrai-se a ideia de que o problema do Direito é um problema moral e não apenas semântico ou sintático. A tese do Direito como integridade é uma tese de filosofia moral, que objetiva aclarar o problema moral que está presente desde a elaboração das leis e continua de forma mais intensa na sua aplicação. Se é verdade que o pensar o Direito como integridade impõe que os juízes deem boas respostas, preservando a integridade e coerência do Direito, é igualmente verdade que impõe aos legisladores que editem boas leis e que também observem a integridade e coerência do Direito, entendida como coerência de princípios.³³³

Quando se afirma que o problema do Direito é um problema moral, não se está fazendo referência a qualquer moral, mas a moral coletiva da comunidade política. O Constitucionalismo contemporâneo estabeleceu princípios que institucionalizaram a moral por meio dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Tem-se, pois, uma moral normativa, com força deôntica, originalmente vinculada ao Direito.

A institucionalização da moral preserva a autonomia do Direito frente à própria moral, da qual é cooriginário e não dependente. A lei que obedece à racionalidade ética é uma lei jurídica e moral. “*Una teoría competente sobre el Derecho, así, debe ser un ejercicio de una*

³³¹ Se é assim, uma lei, para poder considerar-se em conformidade com o Direito como integridade, deve ser elaborada sob um discurso moral que preserve ao máximo os valores que presidem o nível de racionalidade ética, sobretudo a igualdade, porque o Direito como integridade, é sabido, determina que os legisladores elaborem a lei tratando com igual consideração e respeito a todos os cidadãos. (Tradução livre do autor). *Idem, ibidem*, p. 137.

³³² HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 137.

³³³ *Idem, ibidem*, p. 137.

teoría moral y política normativa”³³⁴, que não cabe só aos juízes, mas, sobretudo, aos legisladores em razão da integridade legislativa do Direito.

Enxergar o Direito como integridade não se limita à repetição de decisões jurídicas do passado irrefletidamente. É mais, é o dever de tratar todos os membros da comunidade política com igual consideração e respeito; é atender à coerência de princípios não apenas nas decisões jurídicas, mas, sobretudo, na atividade legislativa, atentando aos níveis de racionalidade e ao problema moral do Direito. Integridade e coerência são chaves interpretativas do Direito como um todo, não apenas do Direito Processual Civil.

Parece intuitivo que os precedentes judiciais têm muito a contribuir para a solução desse problema moral, ajudando a se realizar a leitura moral da Constituição brasileira. Não apenas na limitação da atribuição de sentido a ser dado ao texto normativo pelo juiz, mas também influenciando na esfera das decisões políticas dos legisladores, que tem o dever de tratar a todos os membros da comunidade política com mesma consideração e respeito, levando em consideração a equidade, a justiça e o devido processo legal, para tanto a história institucional da comunidade age como limitadora da liberdade de conformação do legislador, na qual tem extrema importância os precedentes judiciais, como capítulos da história do Direito.

Assim, Direito como integridade não se limita às decisões judiciais, mas também abarca as decisões coletivas dos legisladores, que tem o dever de reconstruir, de igual modo, a tradição da comunidade política, tendo os princípios como limitadores de sua liberdade de conformação. Os precedentes judiciais, por sua força gravitacional, influenciam diretamente na liberdade de conformação do legislador, que deve sempre levar em consideração os princípios da comunidade política, que, ao fim e ao cabo, podem ser encontrados nas decisões proferidas no passado, ainda que se esteja inserido na tradição do *civil law*.

4.3 Precedentes judiciais e interpretação: um resgate hermenêutico.

Já foi objeto de análise neste trabalho que o conceito de precedente aqui defendido o toma como uma decisão que traga alguma contribuição hermenêutica, facilitando a mediação entre a lei ou a constituição e a realidade social na qual está inserida, fornecendo experiência. Ou seja, nem toda decisão judicial pode ser tomada como precedente, mas apenas a que trazer novas respostas, seja pela obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido

³³⁴ Uma teoria competente sobre o Direito, assim, deve ser um exercício de uma teoria moral e política normativa. (Tradução livre do autor). *Idem, ibidem*, p. 149-150.

específico em detrimento de outros, ou que avance em questões ainda não tratadas em textos legais ou constitucionais.

Do próprio conceito aqui adotado, extrai-se a premissa de que o precedente judicial está inserido no paradigma hermenêutico e agirá como limitador da discricionariedade judicial. Isso implica dizer, que o precedente é igualmente texto e como tal deve ser interpretado, levando-se em consideração, por óbvio, a facticidade, o caso concreto, tanto aquele que deu azo ao surgimento do precedente, quanto no que ele, eventualmente, será tomado como argumento de fundamentação.

Disso se extrai que os precedentes judiciais são úteis para a interpretação do Direito, porque limitam o sentido a ser atribuído ao texto no ato interpretativo. Essa limitação, como já insistentemente tratado, objetiva combater a discricionariedade judicial, impedindo que se atribua qualquer sentido ao texto normativo, diante da pré-compreensão (tradição) da comunidade política, evitando-se, assim, graus zero de sentido.

Pensar uma teoria dos precedentes judiciais, dentro de uma perspectiva hermenêutica, é tomá-los como uma decisão que não é elaborada para resolver casos futuros, mas sim o caso presente (ao menos na *common law* é assim), ou seja, os precedentes judiciais não têm pretensão de abstração e generalidade – daí a súmula vinculante não ser precedente, como já salientado. Caso tivessem seria necessária autorização constitucional para os tribunais, ainda que superiores, criar o Direito e aplicá-lo retroativamente, conforme explicitado no capítulo anterior.

Ocorre que os precedentes judiciais, no Brasil, não estão sendo pensados nos limites acima delineados. Juízes e Tribunais brasileiros, notadamente os de vértice, decidem casos singulares com pretensão de resolver coletivamente um grupo de outros, ou seja, com pretensão generalizante, com os olhos voltados para o futuro. Disso resultam, como também já brevemente analisado, decisões utilitaristas, que são contrárias às premissas do Direito como integridade.

O problema a ser enfrentado é saber se o art. 927 do CPC-15 instituiu um sistema de precedentes vinculantes (os catalogando) ou se ele, forte na premissa do Direito como integridade, pressupõe os precedentes judiciais como vinculativos em essência, diante da necessidade da reconstrução da história institucional do Direito e da necessária limitação da discricionariedade judicial. O problema pode parecer tautológico, mas se analisado com cuidado, não o é.

Haveria, realmente, diferença substancial entre uma decisão proferida em julgamento de recursos repetitivos, ou em repercussão geral, e qualquer outra? Ao que parece, o julgador

decidirá a questão posta no caso em exame (ou casos, em se tratando de recursos repetitivos); eventual influência que o julgamento irradiará será derivação produzida pela comunidade jurídica, não porque o CPC-15 tenha elencado esses julgamentos no rol do art. 927³³⁵.

O *caput* do art. 927 do CPC-15 ao preceituar que os juízes ou tribunais “observarão”, sozinho, não tem o condão de introduzir no Brasil um sistema de precedentes vinculantes³³⁶, tampouco a intenção do órgão julgador acerca da vinculação tem como ser levada em consideração. Na verdade, a intenção do julgador acerca da vinculação é absolutamente irrelevante³³⁷, porque quem tomará o julgamento como precedente é o juiz do caso futuro, que analisará seu maior ou menor campo gravitacional, o que não depende das intenções do julgador quando do julgamento do caso tido como precedente.³³⁸

Não se pretendeu com isso dizer, é bom que fique assentado, que os julgadores não saibam ou não imaginem que sua decisão poderá ser invocada como precedente, máxime aquelas elencadas no referido art. 927 do CPC-15, ou que não tenham qualquer responsabilidade para com isso. Entretanto, há algo a se considerar: ser precedente não significa ser a resposta automática a outras perguntas (casos). Essa diferença se dá em razão da impossibilidade do precedente se autonomizar dos fatos que lhe deram origem, mesmo porque a sua compreensão depende do caso concreto para o qual ele foi a resposta.

Essa não autonomização do precedente independe da vontade do redator do texto (o julgador do caso que pode vir a ser considerado como precedente) em dar uma extensão abstrata e geral ao que redigiu, tampouco sua vontade pode limitar ou impossibilitar o uso futuro que eventualmente se fará da sua produção.³³⁹ Isso se dá porque não é o decisor do caso que lhe atribui o epíteto de precedente, mas sim o juiz do caso futuro que o tomará, levando em consideração a sua força gravitacional, como precedente a ser considerado na decisão a ser proferida no presente.

³³⁵ É de se notar, que há doutrinadores que defendem que o art. 927 do CPC-15 traz um rol do que se pode considerar como precedentes obrigatórios, ainda que esse rol não possa ser considerado exaustivo. “Há um grande fortalecimento da jurisprudência tanto do STF, como do STJ e também dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Militares visto que o texto normativo também faz referência aos precedentes decorrentes da resolução de demandas repetitivas, que também podem ser instaurados nos tribunais inferiores. *No entanto, esse rol de precedentes obrigatórios não deve ser entendido como exaustivo, mas, sim, como exemplificativo.*” PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 166-167. Na mesma linha, defendendo uma hierarquia entre os precedentes obrigatórios previstos no art. 927, do CPC-15, consultar: MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 436-437.

³³⁶ Em sentido contrário, ZANETI JR., Hermes. **O Valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculante**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Em especial os capítulos 3 e 4.

³³⁷ Sobre o precedente judicial como ato-fato jurídico, consultar o capítulo 2, item 2.4 deste trabalho.

³³⁸ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 89-90.

³³⁹ *Idem, ibidem*, p. 90-91.

Das lições de Gadamer extrai-se a ideia de que compreender é um processo de “história efetual”, pois uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar a realidade da história na própria compreensão.³⁴⁰ Seria infrutífero, na visão de Ramires, tentar decidir fora da história, o que envolveria não só a intenção de resolver universalmente todos os casos futuros, quanto a pretensão de decidir numa individualidade absoluta e irrepetível, porque toda decisão judicial está, inevitavelmente, lançada no mundo histórico.³⁴¹

Compreender o precedente como inserido no paradigma hermenêutico da história efetual (da tradição, diria Dworkin), impossibilita que se pense a decisão judicial como algo casuísta, que tem aptidão para decidir apenas um caso e nada mais. Ao contrário, uma decisão, notadamente proferida pelas cortes superiores, não pode ser ignorada; ela está lançada no mundo e faz parte da história. Pode até nem ser seguida (adoção das *rationes decidendi*), em razão da possibilidade de *overruling* por uma decisão futura, mas jamais não ser levada em consideração.

O fundamento de toda uma teoria dos precedentes é o de que o direito rejeita casuísmos, e tende à integração e coerência. Ainda que um julgador histórico tenha pretendido decidir fora da história – produzindo uma decisão com ambição expressa de absoluta individualidade e unicidade, que não tenha história, que não faça época e que fique no presente, sem atravessar o futuro -, sua tarefa será frustrada, porque ele está desde-já-sempre jogado no mundo.³⁴²

O julgador move-se dentro de uma ideia de tradição, não passando de aparência a crença que ele decide de forma livre de uma mediação com essa tradição. Poder-se-ia objetar tal premissa invocando uma pretensa originalidade judicial que entraria em rota colisão com a necessária reconstrução da história institucional do Direito. Para Dworkin, a dita originalidade judicial é inexistente, isso porque os juízes, sempre que fazem novos julgamentos e estabelecem novos entendimentos, devem fazê-lo sobre direitos historicamente preexistentes, ou seja, há sempre uma mediação trazida pela história institucional.³⁴³

As razões de se decidir um caso de determinada maneira tem uma história, com proveniência (no passado) e projeção (no futuro). Se essas mesmas razões recomendarem uma solução semelhante no futuro, a decisão anterior deve ser levada em consideração na resposta ao novo caso. As decisões pretéritas não só podem conferir indícios formais para decisões

³⁴⁰ “Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos sempre sob os efeitos dessa história efetual. Ela determina de antemão o que se nos mostra questionável e se constitui como objeto de investigação. E, cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade, esquecemos praticamente a metade do que realmente é, esquecemos de toda a verdade desse fenômeno”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 397.

³⁴¹ RAMIRES, Maurício. *Op. Cit.*, p. 91.

³⁴² *Idem, ibidem*, p. 93.

³⁴³ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, p. 87.

futuras, como elas não podem deixar de fazê-lo uma vez que ganhem alguma dimensão de influência principiológica.³⁴⁴

Como dito no início desse tópico, o valor hermenêutico do precedente judicial vem da constatação de que não há grau zero na interpretação.³⁴⁵ A resposta a um caso concreto não é uma “primeira palavra”, que se dá no vazio. Toda a interpretação está inserida no mundo histórico. O intérprete não pode atribuir sentidos aleatoriamente, como se não houvesse um caminho a seguir, como se a história se iniciasse e terminasse com suas palavras.

Na verdade, é na interpretação que o “mundo se dá” para o intérprete. Entretanto, adverte Streck, “o mundo não lhe é dado primeiramente como um conjunto de objetos, com os quais, num segundo momento, se relacionaria, ao atribuir-lhe os seus significados e funções”.³⁴⁶ O mundo já vem com um significado e está inserido em uma totalidade de significados de que o intérprete já dispõe, ou seja, os seus pré-juízos que forma a sua pré-compreensão. São os pré-juízos que guiam o intérprete na descoberta das coisas.³⁴⁷

Não é porque é o intérprete que atribui sentido ao texto, que ele está autorizado a dizer qualquer coisa sobre o texto, partindo de opiniões e preferências pessoais. Na visão de Gadamer, a compreensão se dá quando algo interpela o intérprete, não se lhe autorizando a usar uma oportunidade de fala apenas para reproduzir uma impressão pessoal, pois isso não seria compreender o caso posto em exame.³⁴⁸ A primeira de todas as condições hermenêuticas é a noção de que, para compreender alguma coisa, é necessária a disposição de “ter que se haver com essa mesma coisa”.³⁴⁹

O intérprete está atrelado à tradição, não no sentido de coerção do passado e do irrevogável, mas sim no de transmitir, de dialogar com aquilo que já foi. Assim, a dignidade da experiência hermenêutica consiste em que “não estamos simplesmente nos subordinando a algo já conhecido, mas o que se encontra na tradição é algo que nos fala”.³⁵⁰ É a tradição, portanto, que permite uma mediação entre o intérprete e a realidade.

Retomando a ideia de Direito como integridade, os pontos de contato entre a doutrina de Dworkin e Gadamer são manifestos. Pensar o Direito como integridade, como

³⁴⁴ RAMIRES, Maurício. *Op. Cit.*, p. 95.

³⁴⁵ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Em especial o capítulo 5.

³⁴⁶ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 196.

³⁴⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95.

³⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 404.

³⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 390.

³⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 629

insistentemente tratado no presente trabalho, pressupõe o dever de se tratar a todos os cidadãos com mesma consideração e respeito, pois o Direito está estruturado em uma base coesa de princípios, obrigando os juízes a aplicá-los de maneira coerente nos casos sob julgamento.

É mais! É se ter em mente que cada juiz faz parte de uma complexa engrenagem, de um empreendimento literário coletivo, e deve tomar para si a responsabilidade de dar continuidade ao romance, escrevendo mais um capítulo da obra coletiva, não sem antes reler tudo que os outros autores escreveram no passado, com o fim de lhe emprestar coerência e integridade, criando, assim, um romance único e coeso que seja o melhor possível. Cada escritor fica adstrito a criar um texto que seja coerente (em princípios) com o que seus predecessores já escreveram.

Decidir casos com base em precedentes é um imperativo do Direito como integridade. Os precedentes ganham, assim, o *status* de indícios formais para guiar a interpretação de um julgador sobre o que constitua o Direito em sua integridade. Embora uma decisão passada não seja constituída para responder a outras perguntas que não a sua própria, adverte Streck que ela “pode/deve ser utilizada no processo de integração do Direito, para, enquanto pré-compreensão, servir de indicativo formal para a conformação da próxima resposta”.³⁵¹

Nesta perspectiva, a tradição deve ser entendida como um diálogo com o passado, buscando-se os princípios morais da comunidade política que devem ser aplicados de igual modo nos casos semelhantes no futuro, não como uma repetição mimética de decisões pretéritas, mas como um imperativo da igualdade, da justiça e do devido processo legal. Os princípios inerentes à força gravitacional dos precedentes, ou seja, aqueles princípios que deram lastro à *ratio decidendi* devem ser igualmente aplicados nos casos semelhantes havidos no futuro, não porque o passado assim obrigue, mas pelo dever de o Estado tratar a todos com mesma consideração e respeito.

Com efeito, os precedentes judiciais podem contribuir muito para a descoberta de boas respostas em Direito, fugindo-se da perigosa premissa de que inexistem formas para distingui-las das más. O que não se pode admitir, em verdade, são as respostas antes das perguntas, daí a necessidade de se estudar os precedentes judiciais tendo em vista a primazia da pergunta, dentro do jogo dialético de perguntas e respostas. É o que se buscará demonstrar no tópico seguinte.

4.4 Interpretando os precedentes judiciais: a lógica dialética da pergunta e da resposta.

³⁵¹ STRECK, Lenio. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica** – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre, 2006, p. 163.

Restou assentado, ao longo desta investigação, que entender o Direito como integridade, como coerente em relação aos princípios, impõe, também, a aceitação da tese da “única resposta correta” (*one right answer*). Não é demais lembrar, que no paradigma do constitucionalismo contemporâneo a resposta correta não pode ser aquela que contraria os direitos fundamentais e os princípios de justiça institucionalizados na Constituição. A moral coletiva da comunidade política recebeu *status* de norma jurídica, a impor uma leitura moral tanto da Constituição quanto das regras infraconstitucionais.

A principal característica da tese sobre a única resposta correta é a de que ela é contraintuitiva. É certo que as sociedades complexas são moral e axiologicamente pluralistas, o que, num primeiro momento, poderia enfraquecer a ideia de que haja verdades exclusivas sobre questões deontológicas, máxime diante da necessidade da já mencionada leitura moral. O próprio Dworkin reconhece que em um mundo no qual homens e mulheres divergem tanto sobre tantas coisas, pode parecer tolo e arrogante pensar que exista uma única resposta correta em cada controvérsia.³⁵²

Isso não quer dizer que sejam possíveis várias respostas corretas sobre um mesmo caso, bastando para isso a modificação do julgador. As decisões jurídicas devem sempre ser baseadas na correção de uma solução em vez de outra, jamais na vontade daquele que decide o caso concreto. Como dito, as respostas corretas não estão prontas e disponíveis em uma caixa-forte, ao contrário, elas estão atreladas à responsabilidade política do julgador em descobrir os direitos relativos às partes. Descobrir os direitos não se confunde com inventá-los, ainda que se esteja diante de uma pretensa originalidade judicial.

Para Dworkin, embora não se possa negar que o juiz tenha poder discricionário em um sentido fraco, pois os padrões que lhe incumbem aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, exigindo o uso da capacidade de julgar, ou ainda, porque quando profere uma decisão em última instância aquela não pode ser mais revista ou cancelada por nenhum outro juiz ou tribunal, não significa dizer que ele tenha poder discricionário em um sentido forte, que não esteja atrelado a padrões de bom senso e equidade.³⁵³

³⁵² DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, p. 279.

³⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 53. Essa visão de poder discricionário em sentido forte que Dworkin combate em sua obra, objetiva eliminar a crença de que quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei, ou seja, que padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõe obrigações a estes. Em sentido contrário, Hart afirma que quando o poder discricionário do juiz está em jogo, não se pode mais dizer que ele esteja vinculado a padrões, devendo-se falar dos padrões que ele tipicamente emprega. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 155.

A tese da única resposta correta está alicerçada na ideia de padrões (princípios) que devem os juízes empregar no julgamento do caso concreto, com bom senso e equidade, não possuindo o decisor poder discricionário em sentido forte para escolher a decisão a ser proferida, sem quaisquer amarras nos princípios de justiça e na igualdade. Em verdade, quando Dworkin se propõe a discutir a doutrina positivista do poder discricionário, o faz contra o sentido forte antes noticiado, não negando a possibilidade dos dois sentidos fracos acima descritos.³⁵⁴

Não se está afirmando que a doutrina de Dworkin não mereceu críticas contundentes. Joseph Raz escreveu um ensaio onde objetivou refutar aqueles argumentos, chegando a afirmar que a teoria de Dworkin está inserida, sem grandes novidades, na própria doutrina positivista de H. L. A. Hart.³⁵⁵ Não apenas Raz, mas o próprio Hart, alvo das críticas de Dworkin, infirma em seus escritos a ideia de uma única resposta correta, defendendo “uma resposta que seja um compromisso razoável entre muitos interesses conflitantes”.³⁵⁶

Entre nós, Eros Grau rechaça a tese da única resposta correta, por entender que interpretação é uma prudência, atuando o intérprete pela lógica da preferência:

O intérprete, então, atua segundo a lógica da preferência, e não conforme a lógica da consequência [Comparato 1979:127]: a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada [Larenz 1983:86]. A norma não é objeto de demonstração, mas de justificação. Por isso, a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito; no direito há apenas o aceitável (justificável). O sentido justo comporta sempre mais de uma solução, nenhuma exata [Heller 1977:241].³⁵⁷

Apesar das relevantes críticas, a legitimidade da decisão jurídica não parece estar no seu resultado, mas sim na resposta aos argumentos das partes interessadas. Elas, as decisões, devem ser construídas em conjunto com os interessados no seu resultado, diante do Direito, que deve ser garantido pelo Estado, de que eles participem do processo de resolução das questões que os atingem.³⁵⁸ Deve, pois, o órgão julgador levar a sério os argumentos das partes e com eles dialogar, deixando-se influenciar pelo diálogo travado com os interessados na decisão a ser proferida e não decidir solipsisticamente, sob os auspícios do vetusto princípio do livre convencimento motivado ou do brocardo *iura novit curia*.

³⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 56.

³⁵⁵ RAZ, Joseph. *Legal principles and the limits of law*, 81 Yale L. J. 823 (1972).

³⁵⁶ HART, H. L. A. *Op. Cit.*, p. 145.

³⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 62-63. No mesmo sentido, com fundamentos diferentes: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, em especial o capítulo 6.

³⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, p. 280.

Mas como encontrar a resposta correta para o caso? A primeira premissa defendida por Dworkin é a de que, na busca da resposta correta para o caso, o julgador tem que ter em mente que ele não poderá tomar a decisão com base em suas convicções pessoais (“*the referee is not free to give effect to his background convictions on deciding this hard case*”); segundo, as partes têm o direito de que o juiz lhes conceda o melhor julgamento possível acerca de quais são os seus direitos.³⁵⁹

A resposta correta diz respeito a uma tarefa prática de se fazer perguntas ao caso e ao Direito e de respondê-las da melhor maneira possível, que deve ser adequada à Constituição e à totalidade da prática jurídica. Uma decisão judicial não é legítima por estar fundamentada em uma qualquer motivação, em boas razões para sustentá-la; para que uma decisão esteja legitimamente fundamentada deve considerar todas as razões e apresentar a melhor resolução das razões apresentadas. E, com Ramires, “só se pode chegar a respostas corretas (ou melhores possíveis) fazendo perguntas também corretas (e melhores possíveis)”.³⁶⁰

Em Verdade e Método, Gadamer sustenta a ideia da primazia hermenêutica da pergunta sobre a resposta.³⁶¹ Essa primazia seria a base de todo o saber, porque a compreensão depende das perguntas formuladas, que, essencialmente, têm que ter um sentido, ou seja, um ponto de orientação. O sentido da pergunta é a única direção que a resposta pode adotar se quiser ter sentido e ser pertinente: “uma pergunta sem horizonte acaba no vazio”.³⁶² Isso não significa dizer, enfatiza o filósofo, que perguntar seja mais fácil do que responder, até porque “para perguntar, é preciso querer saber, isto é, saber que não se sabe”.³⁶³

Gadamer percebeu que as perguntas determinam (ou devem determinar) as respostas. Ocorre que “não há método que ensine a perguntar, a ver o que se deve questionar”³⁶⁴. Isso porque “todo perguntar e todo querer saber pressupõe um saber que não se sabe. Mas o que conduz a uma pergunta determinada é um não saber determinado”.³⁶⁵ Para compreender a lógica hermenêutica da pergunta e resposta é preciso primeiro estabelecer o que é perguntar.³⁶⁶

Partindo-se da ideia de que a lógica da pergunta e da resposta pressupõe um “saber que não se sabe”, não seria legítima a decisão judicial que busca no ordenamento e na prática

³⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 103-104.

³⁶⁰ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 121.

³⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 473.

³⁶² *Idem, ibidem*, p. 475.

³⁶³ *Idem, ibidem*, p. 474.

³⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 477.

³⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 477.

³⁶⁶ RAMIRES, Maurício. *Op. Cit.*, p. 122.

jurídica a fundamentação para uma resposta pré-dada, para confirmar uma impressão *a priori*, sem que antes o julgador tenha dialogado com as partes e por elas se deixado influenciar. Em assim agindo o julgador não atende a primazia da pergunta, porque a resposta vem antes, sem qualquer direcionamento pelo caso concreto.

Essa primazia é a base para o conceito do saber. Saber quer dizer sempre e concomitantemente ir ao encontro dos opostos. Sua superioridade frente à atitude preventiva de deixar-se levar pela opinião consiste em saber pensar possibilidades como possibilidades. O saber é fundamentalmente dialético. Somente pode possuir saber aquele que tem perguntas, mas as perguntas implicam sempre a oposição do sim e do não, do assim e do diverso.³⁶⁷

Não raras vezes na prática jurídica o interessado (que pode ser o advogado da parte ou o próprio juiz) tem uma opinião preconcebida a respeito do caso e procura nos repositórios de jurisprudência “ementas” que confirmem a sua tese - mesmo que descontextualizadas e em nada semelhantes ao caso sob julgamento -, descartando aquelas que não se adéquam aos seus propósitos. Inexiste pergunta quando se faz essa pesquisa com antecipação de resultados. Não há qualquer preocupação com a compreensão do caso, apenas busca-se a confirmação para a resposta que já está pronta.³⁶⁸

Gadamer sustenta que a verdadeira pergunta sempre tem uma abertura, não possuindo uma resposta fixa:

Perguntar quer dizer colocar em aberto. A abertura daquilo sobre o que se pergunta consiste no fato de não possuir uma resposta fixa. Aquilo que se interroga deve permanecer em suspenso na espera da sentença que fixa e decide. O sentido do perguntar consiste em colocar em aberto aquilo sobre o que se pergunta, em sua questionabilidade. Ele tem que ser colocado em suspenso de maneira que se equilibrem o pró e o contra. O sentido de qualquer pergunta só se realiza na passagem por essa suspensão, onde se converte numa pergunta aberta. Toda verdadeira pergunta requer essa abertura, e quando essa falta, ela é, no fundo, uma pergunta aparente que não tem o sentido autêntico de pergunta.³⁶⁹

Disso se extrai que mesmo que um juiz não aprove determinado precedente, seu julgamento, mesmo assim, deve ser por ele afetado³⁷⁰. A lógica da pergunta e da resposta exige a formulação de perguntas ao caso sob julgamento e também aos precedentes, só assim poder-se-á falar em respostas corretas. Tem-se que compreender o texto, insista-se, a partir da situação concreta na qual ele foi produzido e em se tratando de precedente judicial (texto) essa situação

³⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 477.

³⁶⁸ É o que Taruffo denomina de *Conformatio bias* na motivação da sentença, que consiste numa “distorção do raciocínio pela qual, individualizada a priori uma versão dos fatos, tende-se a ter em conta somente aquilo que a confirma e a negligenciar tudo o que a contradiz”. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza*. In: **Revista de Direito Processual Civil Genesis**, Curitiba, n. 31, 2004, p. 336-337.

³⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 474.

³⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, p. 89.

concreta nada mais é do que o caso para o qual a decisão foi prolatada. “A descoberta dessa situação concreta tem a forma de pergunta”.³⁷¹

Na análise de um precedente, o julgador ao se questionar acerca da sua “aplicabilidade” ao caso presente, tem diante de si apenas um *texto*. Os fatos já ocorreram; a decisão já foi prolatada e em grande parte dos casos cumprida ou executada; os autos do processo original já foram arquivados. O que resta é texto, nada mais. Só que este texto não é a resposta automática do caso presente, “pois uma resposta a uma pergunta jamais é a resposta de outra pergunta”.³⁷²

Deve o juiz, portanto, ao analisar se o precedente é “aplicável” ao caso sob julgamento descobrir a pergunta para qual aquele precedente (texto) foi a resposta. Uma decisão judicial é proferida tendo destinatários específicos (as partes e os interessados), ou seja, ela é proferida para a resolução de um caso concreto, mas quando invocada como precedente alcança um sem número de destinatários. Não deve o intérprete tentar, por simulação mental, se deslocar para o lugar do destinatário original.³⁷³

Não se deve, pois, tomar a decisão precedente como uma norma geral e abstrata a ser aplicada pelo método subsuntivo, ao contrário, o precedente, como texto, deve ser compreendido levando-se em consideração as situações para as quais ele foi prolatado. Vale dizer, é preciso questionar os seus sentidos. Tal questionamento, nem de longe, autoriza uma liberdade interpretativa, pois a decisão só existe em seu texto, não se admitindo que o intérprete despreze a pré-compreensão da comunidade jurídica quando da atribuição de sentido ao texto. Não há grau zero na interpretação, insista-se.

Deve-se perguntar ao precedente: o que realmente ficou decidido no caso pretérito? A resposta a essa pergunta deve levar em consideração todo o quadro fático e jurídico do caso precedente, não apenas parcelas da decisão, tais como a ementa ou apenas a parte dispositiva do julgado. Isso porque, conforme defendido nesse trabalho, o precedente vai além da sua *ratio decidendi*, pois os princípios que a fundamentaram devem ser observados nos casos futuros. Isso consiste, como dito, na força gravitacional do precedente, forte na premissa de que todos devem ser tratados com mesma consideração e respeito.

Entretanto, na dialética da pergunta e da resposta só a pergunta ao precedente não é suficiente. Tem-se que se perguntar, também, ao caso presente, sobre seus limites e especificidades, obtendo-se, com isso, as necessárias identificações e distinções. É preciso ter

³⁷¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 125.

³⁷² *Idem, ibidem*, p. 125. Consultar também GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, segunda parte item 2.3.3.

³⁷³ RAMIRES, Maurício. *Op. Cit.*, p. 125-126.

cuidado, porém, para não hiperintegrar³⁷⁴ o Direito, utilizando um precedente para além dos seus fatos e que extrapole o limite do seu campo gravitacional.

O risco da hiperintegração vem acompanhado do da desintegração ou fragmentação, esta consiste na desvinculação arbitrária de um caso perante a totalidade da prática jurídica, comprometendo severamente a exigência de igualdade de consideração. “Desintegrar é ignorar que as partes estão conectadas em um todo”.³⁷⁵ Hiperintegração e desintegração malferem a visão do Direito como integridade porque “para se obter respostas corretas em Direito, é necessário se fazer as perguntas corretas em cada caso”.³⁷⁶

A pergunta correta deve levar em consideração que as distinções e particularidades do caso exigem respostas individualizadas. A integridade do Direito não se confunde com passividade para com as práticas estabelecidas, nem com o desprezo às exigências distintivas dos casos, em absoluto. Integridade e coerência pressupõem mesma consideração e respeito, igualdade substancial frente à comunidade de princípios, numa dinâmica de perguntas e respostas (interpretação e reinterpretação).

Nas palavras de Tribe e Dorf, os tribunais agiriam bem ao evitar, na aplicação de precedentes, a afoiteza das soluções por varredura geral; é preferível que andem devagar, com ‘cuidado e humildade’, mediante um método de ‘formulação e reformulação caso a caso’ (*‘case-by-case fomulation and reformulation’*). Isso porque há, enfim, uma tensão dialética fundamental entre as constatações de que: (a) o caso individual não é o primeiro e último; e (b) não se pode resolver todos os casos com a mesma regra, trabalhando por atacado ou amostragem. A resolução dessa dialética se dá sempre na interpretação, na fusão de horizontes entre as exigências das especificidades dos casos e o imperativo de coerência e integridade do Direito, agora consagrado na legislação processual.³⁷⁷

Não por outro motivo o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 489, § 1º, preceitua que não se considera fundamentada qualquer decisão que: a) se limite a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e b) deixar de seguir

³⁷⁴ “[há] o risco da hiperintegração, quando se tenta tratar casos distintos como objetos de uma mesma regra geral, ignorando que, embora deva ser íntegro e o coerente, o Direito é também distinção e diferenciação. [...] Hiperintegrar é esquecer que o todo é composto de partes”. MOTTA, Francisco Borges; RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade. In: STRECK, Lenio; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 106.

³⁷⁵ MOTTA, Francisco Borges; RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade. In: STRECK, Lenio; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 106.

³⁷⁶ RAMIRES, Maurício. *Op. Cit.*, p. 130.

³⁷⁷ MOTTA, Francisco Borges; RAMIRES, Maurício. *Op. Cit.*, p. 107-108.

enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.³⁷⁸

Para se tomar o precedente como fundamento da decisão judicial, levando-se em consideração a imposição de se tratar a todos com mesma consideração e respeito, tem-se que ter em mente que o Estado está apreciando um determinado caso concreto, que tem perguntas próprias, que devem receber respostas adequadas. A decisão precedente é a resposta para outras perguntas, que podem coincidir ou não com aquelas que serão respondidas no caso presente. Disso se extrai a exigência de se comparar os casos, identificando suas semelhas e distinções, para que se possa adotar a *ratio decidendi* do precedente (ou os princípios que a fundamentam) ou rechaçá-la no caso sob julgamento.

Trabalhar com precedentes judiciais é levar a sério a facticidade. É assumir o compromisso de analisar detidamente os fatos da causa e compará-los com aqueles outros que foram enfrentados na decisão precedente. Como já foi abordado no segundo capítulo deste trabalho, a *ratio decidendi* pode ser decomposta, analiticamente, em três elementos: i) a indicação dos fatos relevantes (*statemente of material facts*); ii) raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e iii) o juízo decisório (*judgement*).³⁷⁹

Percebe-se, pois, que compõem a *ratio decidendi* não apenas o raciocínio lógico-jurídico da decisão ou somente o juízo decisório. A *ratio decidendi* é composta, necessariamente, com a indicação dos fatos relevantes da causa, que deverão, sempre, ser levados em consideração quando da análise da similitude do caso presente com aquele onde se elaborou o precedente judicial.

Esse método de comparação, procurando distinções e similitudes, está intimamente ligado ao conceito de Direito como integridade e o dever de tratar a todos com mesma consideração e respeito. O julgador, na análise do caso concreto que se encontra sob julgamento, tem o dever de estender ao caso os mesmos princípios jurídicos que foram utilizados em casos semelhantes (*treat like cases alike*), mas, de igual modo, não pode estendê-los se houver distinções suficientes que indiquem que aqueles mesmos princípios não se

³⁷⁸ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

³⁷⁹ TUCCI, Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 175.

adequam à resposta correta a ser dada ao caso. Tudo depende, como observado, das perguntas que foram formuladas em cada um dos casos. Não há, decerto, respostas antes das perguntas.

Não se pode pensar a “aplicação” de um precedente judicial pelo método subsuntivo, acoplando o seu texto como uma resposta *a priori* do caso sob julgamento. Deve-se perguntar ao caso presente se as repostas corretas às suas perguntas estão inseridas do campo gravitacional de determinado precedente, nos princípios jurídicos que lhe fundamentam. Buscar esse princípio como pergunta não é tratar o precedente como conceito passível de exceções. A pergunta pelo princípio tem um sentido e não tem uma resposta antes que ela seja corretamente formulada.

Aparentemente, a característica mais importante da abordagem dos casos judiciais a partir de perguntas está no fato de que elas (as perguntas) só podem ser formuladas quando os casos (precedente e presente) já estão postos. Não é possível dar respostas a perguntas ainda não formuladas. Similitudes (ou diferenças), enquanto padrões de identificação entre casos dependem, por óbvio, que os casos existam em sua concretude (ainda que seja possível se pensar em casos fictícios com finalidade eminentemente didática).³⁸⁰

A ideia de que cada caso deve ser levado a sério, decidido dentro das suas idiossincrasias, não autoriza, como já salientado, que decisões *ad hoc* sejam proferidas, sem levar em consideração o Direito como integridade. Deve haver entre os casos uma relação dialética de parametricidade; distinções só podem ser feitas quando haja diferença. Se em um caso subsequente o princípio aplicado no precedente indicar a adequação de uma solução semelhante, decerto a solução semelhante deve ser adotada. Não pela simples coerência com a decisão, mas pela coerência de princípios, ou seja, pela integridade do Direito.

O sistema jurídico brasileiro não é o da *common law*, e por isso não se pode simplesmente trocar a interpretação do ‘direito da legislação’ pelo ‘direito da judicatura’. Muito embora o julgador não possa deixar de ser afetado por uma linha de precedentes (e isso significa que essa linha de precedentes relevantes deve constar do horizonte de sua decisão), o seu compromisso com a ordem constitucional não pode ser mitigado pelo eventual alheamento dessa ordem por seus antecessores ou contemporâneos de superior instância. No fim, o que resta é o que Swift instituiu já no século XVIII: os precedentes não desculpam o juiz.³⁸¹

Desse modo, não parece desarrazoado defender a ideia, partindo-se das premissas de Dworkin, que os precedentes judiciais corroboram a possibilidade de se encontrar respostas corretas em Direito, seja porque limitam a discricionariedade judicial em sentido forte, diminuindo a possibilidade de decisões solipsistas; seja pelo dever de tomar os princípios do

³⁸⁰ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 140.

³⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 145-146.

caso precedente numa relação de parametricidade com casos semelhantes, que comportem a adoção daqueles mesmos princípios.

Essa necessidade de dialogar com o passado, como dito, pressupõe entender o Direito como integridade dentro de uma tradição, buscando os valores da comunidade política que, no Brasil, diante da sua filiação ao *civil law*, hoje encontram-se institucionalizados na Constituição Federal. Os valores (morais) da comunidade, diante da sua institucionalização constitucional, deixam de ser apenas morais e passam a ser jurídicos (deontológicos) e indicam a condição de possibilidade de toda e qualquer tomada de decisão (judicial ou legislativa).

Há, então, uma última coisa a ser investigada neste trabalho: a adequação do sistema de precedentes judiciais à Constituição Federal. Ou seja, como interpretar os precedentes de forma a adequá-los à Constituição e aos Princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes? O problema já foi abordado algumas vezes ao longo desse estudo, e parece encontrar resposta no Direito como integridade e na metáfora do romance em cadeia.

4.5 Precedente judicial e sua (in)compatibilidade com o princípio da legalidade: escrevendo mais um capítulo do romance.

Entender o Direito como integridade, como já salientado, não apenas envolve uma compreensão da decisão judicial como coerente em relação aos princípios, tampouco se limita à reprodução de decisões judiciais do passado de forma acrítica, sem levar em consideração os casos concretos (pretérito e presente), formulando as perguntas adequadas e analisando se as respostas obtidas no caso passado também seriam as melhores a serem dadas no caso sob julgamento.

Há, sobretudo, um dever de dialogar com as decisões proferidas no passado, buscando-se a tradição da comunidade jurídica. Esse dever que o juiz tem de ler tudo que foi produzido no passado para entender a produção coletiva dos demais juízes, que vai além de uma reprodução mimética de decisões judiciais, decerto contribui na busca da resposta correta para o caso sob julgamento, porque limita a discricionariedade judicial (em sentido forte), que ficará atrelada àquelas decisões quando da atribuição de sentido ao texto normativo. É a ideia da ausência de grau zero de sentido, ainda que se esteja diante de um caso difícil e pretensamente original.

O dever que o juiz tem de tratar a todos os membros da comunidade jurídica com a mesma consideração e respeito, aplicando em casos semelhantes os mesmos princípios jurídicos utilizados no passado (*treat like cases alike*) – e que estão por trás da *ratio decidendi*

(força gravitacional dos precedentes) -, é a base da integridade judicial. Tem-se que agir, sempre, com uma coerência de princípios, o que não significa dizer que o rumo da história de um direito não possa ser mudado ocasionalmente em razão dessa mesma integridade.

A coerência exigida ao se pensar no uso de precedentes judiciais não impede que ela (a coerência) faça com que precedentes judiciais errados sejam perpetuados, mesmo porque, não se duvida que haja coerência no erro. Ocorre que essa repetição de decisões erradas iria de encontro à necessidade de integridade do Direito, daí ser possível, mesmo pensando-se dentro da teoria do romance em cadeia, mudar o rumo da história, modificar-se uma decisão equivocada (*overruling*), mas para isso se impõe um ônus argumentativo redobrado e um diálogo franco com as decisões passadas.

Levar as decisões pretéritas a sério - o que está na essência de uma teoria dos precedentes judiciais -, é um dever do juiz quando vai escrever mais um capítulo do romance. Não se pode perder de vista que embora os capítulos sejam escritos por vários autores, eles devem se portar dentro de uma unidade, de uma coerência com o que já foi escrito no passado, interpretando e reinterpretando os capítulos já escritos, para dar sua contribuição, que virá a ser, posteriormente, referendada (ou não) pelo próximo autor desse complexo empreendimento coletivo.

Infelizmente, esse dever de interpretação e reinterpretação (perguntas e respostas) das decisões passadas nem sempre é levado com consideração na prática jurídica brasileira. É lugar comum que as próprias cortes ditas de “vértice” não se atenham aos seus próprios julgados, sem qualquer preocupação com a coerência de suas decisões, naquilo que já se denominou por aqui de desintegração (fragmentação) do Direito, proferindo decisões *ad hoc*, sem qualquer compromisso com seus próprios precedentes.

Para se ter uma ideia desse modo de agir das Cortes Superiores no Brasil, tem-se o importantíssimo julgamento levado a efeito no HC 126.292³⁸², da relatoria do Ministro Teori Zavascki, onde o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que seria possível a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vale dizer, quando ainda pendentes eventuais recursos excepcionais (Recurso Extraordinário ou Recurso Especial).

Não se pretende discutir no presente trabalho o acerto ou erro da decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, até porque fugiria do objeto de investigação, mas como essa decisão, e várias outras proferidas após fevereiro de 2016, demonstram o estado da arte dos precedentes judiciais no Brasil e a ausência da vinculação horizontal dos precedentes para as cortes que os

³⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP - São Paulo. Relator Min. Teori Zavascki. Acórdão, 17.02.2016. DJE 16.05.2016.

“editaram”, no caso, o próprio Supremo Tribunal Federal, a corte de maior hierarquia dentro do organograma do Poder Judiciário brasileiro.

O principal problema da decisão proferida no referido HC 126.292, é que o Supremo Tribunal Federal, desde o ano de 2009, em decisão proferida no HC 84.078/MG³⁸³, de relatoria do Ministro Eros Grau, tinha o entendimento que o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, ao consagrar o Princípio da Presunção da Inocência, não permitia a execução provisória da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal, por entender que essa execução anteciparia o juízo de culpa, o que violaria a Constituição Federal.

Partindo-se desse entendimento do Supremo Tribunal Federal, o parlamento brasileiro, talvez atendendo à necessidade da integridade na legislação, que também tem limite nos princípios constitucionais e na leitura moral da constituição, já abordados alhures, modificou o art. 283 do Código de Processo Penal, adequando o texto normativo ao que havia decidido o Tribunal Constitucional. Passou-se da seara dos precedentes judiciais, para uma regra expressa prevista na legislação processual penal.

Voltemos ao HC 126.292. Poderia parecer normal o Supremo Tribunal Federal dar uma guinada de 180 graus na sua jurisprudência e modificar o entendimento consolidado no ano de 2009, no já referido HC 84.078/MG, porque, como insistentemente defendido ao longo desse trabalho, a coerência não significa ser escravo das decisões pretéritas, sendo perfeitamente possível ao tribunal superar um precedente judicial que não mais se adéque à integridade do Direito, ou seja, poderia a Corte Constitucional realizar um *overruling* (superação) acerca da sua decisão anterior.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em verdade, não realizou nenhum *overruling* acerca daquela decisão de 2009, e assim não agiu porque não enfrentou os argumentos constantes naquela decisão. Não houve qualquer explicação do tribunal do porque modificou seu entendimento anterior, explicando as razões legais ou com base em que prognose modificou o seu entendimento tradicional. Para que se tenha um autêntico *overruling* o caso provocador tem que ter o condão de provocar a reviravolta no precedente. Não parece, contudo, que seja o caso do HC 126.292, que sequer analisou a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

Na verdade, grande parte dos argumentos lançados nos votos da maioria vencedora foram argumentos políticos, crenças individuais dos ministros, de que aguardar o trânsito em julgado contribui com a morosidade do Poder Judiciário, bem como com a falta de efetividade

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078/MG - Minas Gerais. Relator: Min. Eros Grau. Acórdão, 05.02.2009. DJE 25.02.2010.

do sistema penal ou que execução provisória seria mais eficaz no combate ao crime. Afirmou-se até que esperar o trânsito em julgado seria esquecer do direito fundamental da sociedade.

Houve, por certo, argumentos jurídicos acerca dos efeitos que os recursos excepcionais ostentam, bem como sobre as matérias que podem ser revistas pelas cortes superiores, mas que não dialogaram com as decisões passadas, tampouco enfrentaram a constitucionalidade do referido art. 283, do Código de Processo Penal. É certo que mesmo o *orverruling* exige razões consistentes com os princípios constitucionais.

Em razão disso, já no HC 135.100/MG³⁸⁴, da relatoria do Ministro Celso de Mello, aquele entendimento obtido no plenário do Supremo Tribunal Federal foi desprezado, tendo o decano da Corte Constitucional – que foi vencido no HC 126.292 – concedido a ordem para a soltura de um paciente preso, em execução provisória da condenação, antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória. Não houve a esperada eficácia horizontal do precedente do plenário, talvez pela já salientada fundamentação em argumentos de política e não de princípios ou pela pequena maioria que se obteve naquele julgamento.

O Supremo Tribunal Federal estava dividido e não seguia seu próprio precedente, chegando a se afirmar que como a decisão foi proferida em um *habeas corpus* não teria força vinculante. Foram então ajuizadas duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC 43 do PEN e a ADC 44, da OAB), que cobraram, inclusive, que a Corte Constitucional declarasse a constitucionalidade espelhada do art. 283, do Código de Processo Penal, a autoridade do Direito e limites interpretativos.

No julgamento da medida cautelar nas referidas ações declaratórias, o pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria apertada (7x4), negou a medida cautelar, mantendo o entendimento consagrado no HC 126.292, ou seja, que é desnecessário esperar o trânsito em julgado da condenação penal para o cumprimento da pena de prisão, embora não tenha enfrentado o mérito acerca da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

Mesmo antes de julgar o mérito da ADC 43 e ADC 44, o Supremo Tribunal Federal, em decisão tomada em sede de Plenário Virtual, reconheceu a repercussão geral de um recurso extraordinário com agravo e julgou o seu mérito³⁸⁵, reafirmando o entendimento anterior acerca da possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 135100 MC/DF - Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática, 01.07.2016. DJE 04.07.2016.

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 964246 RG/SP - São Paulo. Relator Min. Teori Zavascki. Acórdão, 10.11.2016. DJE 24.11.2016.

Na realidade foram três votações virtuais: uma que definiu haver questão constitucional; outra sobre a repercussão geral da matéria e a terceira para analisar o mérito do agravo em recurso extraordinário. As duas primeiras foram unânimes, e a terceira, como de se esperar, por maioria. Ficaram vencidos os ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. A ministra Rosa Weber não se manifestou, logo, por ser plenário virtual, presume-se que acompanhou o relator, ministro Teori Zavascki.

Ocorre que apesar de reconhecida a repercussão geral em sede de plenário virtual, com consequente julgamento do mérito do agravo em recurso extraordinário como se fosse o próprio recurso inadmitido, o que faria a decisão ser considerada vinculante para o próprio Supremo Tribunal Federal³⁸⁶, pouquíssimo tempo depois, no dia 16 de novembro de 2016, o ministro Marco Aurélio, no julgamento do HC 138.337³⁸⁷, deferiu liminar para suspender a execução provisória de um título condenatório (decisão penal condenatória).

Chama a atenção, para aquilo que se busca demonstrar neste trabalho, trecho da fundamentação da decisão liminar proferida pelo ministro Marco Aurélio:

Ao tomar posse neste Tribunal, há 26 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por seis votos a quatro, e o seria, presumo, por seis votos a cinco, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d'alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – segundo a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana.

O ministro Marco Aurélio, invocando a sua consciência, decidiu contrário ao entendimento adotado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, ainda que por maioria apertada³⁸⁸, acerca da execução provisória da decisão penal condenatória antes de seu trânsito em julgado. Parece evidente que esse tipo de decisão isolada - sem adentrar ao mérito de seu acerto ou desacerto – deveria ter enfrentando de forma detida o entendimento anterior, ainda

³⁸⁶ Não vai aqui ser discutido se se poderia ou não decidir o mérito do agravo e do próprio recurso extraordinário em sede de plenário virtual, muito embora pareça estranho que o Supremo Tribunal Federal tenha usado o plenário virtual em julgamento de tamanha envergadura.

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 138337 MC/SP - São Paulo. Relator Min. Marco Aurélio. Decisão Monocrática, 16.11.2016. DJE 18.11.2016.

³⁸⁸ Sobre o problema das decisões dos tribunais superiores no Brasil consultar o capítulo 2, item 2.5.

que fosse para concluir que argumentos de política não possuem qualquer força gravitacional, conforme analisado.

Por mais que o ministro não concordasse com a decisão proferida pelo plenário da Corte Constitucional não poderia dela se desvencilhar sem que demonstrasse a distinção do caso sob julgamento e a decisão precedente (reafirmada em sede de repercussão geral), o que não fez. Limitou-se em afirmar que não haveria vinculação da decisão proferida no HC 126.292 e confirmada na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 964.246, mas não disse o motivo da não vinculação. Nenhuma linha foi escrita objetivando demonstrar eventuais distinções a legitimar tratar desigualmente casos aparentemente semelhantes, tampouco se discutiu na decisão os argumentos de política lançados no entendimento anterior.

Os casos poderiam até ter distinções aptas a legitimar não se seguir o entendimento anterior acerca da execução provisória da pena de prisão, mas o ministro relator não se esforçou para demonstrar essas diferenças. É bem verdade que não ignorou a existência da decisão precedente, mas não a reinterpreto ou fez perguntas diferentes para obter resultados diferentes (ainda que assim pudesse falsear uma distinção inexistente), simplesmente invocou sua subjetividade e não seguiu o entendimento do plenário da Corte da qual é vice-decano.

Não se está afirmando com isso que a decisão proferida no HC 126.292 e reafirmada na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 964.246 esteja correta, longe disso. Tampouco que quando da guinada do entendimento do Supremo Tribunal Federal em razão do julgamento do HC 126.292 se tenha procedido de forma correta o *overruling* do entendimento anterior, muito pelo contrário.

Como já afirmado, o plenário da Corte Constitucional no julgamento do HC 126.292 sequer trouxe as razões principiológicas para a mudança do entendimento do tribunal, o que torna aquele entendimento não consentâneo com a integridade do Direito, com o dever de tratar a todos com mesma consideração e respeito. O mesmo se diga da reafirmação daquele entendimento consagrado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 964.246, que se limitou a repetir os mesmos argumentos lançados quando do julgamento havido em fevereiro de 2016, sem qualquer preocupação de demonstrar, com argumentos de princípios e não de política, os motivos da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Esse caso, e sua evolução no Supremo Tribunal Federal, demonstram a dificuldade de se pensar os precedentes judiciais no Brasil. Não se tem uma cultura de se seguir precedentes, tampouco de fundamentar de forma analítica a decisão judicial a ser proferida – não por outro motivo as exigências dos §§ 1º e 2º do art. 489 do CPC-15-, impondo a necessidade de se levar

o caso a sério ao se invocar um precedente judicial como reforço argumentativo na tomada de decisão.

A integridade do Direito, nas suas duas concepções, judicial e legislativa, impõe que a comunidade política seja regida por princípios, que diante da constitucionalização dos direitos fundamentais, têm hoje natureza normativa, não podendo deles se desvencilhar nem o juiz, tampouco o legislador. Não por outro motivo, ao que parece, o legislador seguiu o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal e editou o art. 283 do Código de Processo Penal. É a integridade funcionando em seu duplo aspecto, a legitimar uma comunidade de princípios, alicerçada na coerência desses mesmos princípios.

O Direito como integridade significa coerência do ponto de vista da interpretação lógica das decisões e da construção histórica e relação com elas; embora a integridade proposta por Dworkin não tenha sentido de completude no texto escrito, ela se mostra presente ao se considerar o direito estabelecido também nas decisões judiciais e nos princípios implícitos dela decorrentes. Decidir com base em princípios significa decidir com base nos mesmos princípios, estejam eles a favor ou contra as convicções políticas de seus julgadores.³⁸⁹

Na decisão do HC 126.292 as diferentes fundamentações dos Ministros dificultam, sobretudo, a identificação da *ratio decidendi* do julgado, mesmo porque, como já observado, no Brasil não há um debate entre os ministros para um posicionamento uníssono da Corte. Há, em verdade, uma junção de opiniões que ao final formarão o acórdão, sem que para isso cada ministro tenha que se filiar aos argumentos da maioria vencedora. De igual modo, não se consegue identificar os princípios que fundamentaram a decisão, de modo a permitir não só a vinculação futura da *ratio decidendi*, mas a própria força gravitacional do precedente.

E aí a dúvida retorna: como compatibilizar esse modo de se pensar os precedentes judiciais e a resposta adequada à Constituição? Ou dito de outro modo: como pensar um modo de se seguir precedentes sem que com isso haja uma ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes e à Legalidade? Ao longo desse trabalho se buscou trilhar o caminho para essa resposta, que parece estar em pensar o Direito como integridade, na comunidade de princípios, no dever de se tratar a todos com mesma consideração e respeito.

A decisão judicial não pode ser pensada como um ato de escolha. Ela é, sim, um ato de responsabilidade política do tomador de decisão. Tem ele a responsabilidade de dialogar com os princípios morais da comunidade política, com as decisões proferidas no passado, mas sem perder de vista que a nova decisão a dar continuidade ao romance deve se abrir para o futuro,

³⁸⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 270-271.

para que a decisão seja ou não confirmada pelos demais romancistas ao longo da história, numa autêntica fusão de horizontes, que está sempre em movimento.

Não parece precipitado, nesse momento da investigação, afirmar que seguir precedentes está na base do Estado Democrático de Direito. É, na verdade, uma exigência do Estado Constitucional, tratar a todos com uma igualdade substancial, sem decisões voluntaristas, sem graus zero de sentido, mas, principalmente, sem respostas antes das perguntas. Não se usa precedentes por subsunção. Com eles não se objetiva o Direito, ao contrário, exige-se uma lógica dialética de perguntas e respostas, cada caso merecendo ser tratado com mesma consideração e respeito que o caso precedente o foi, tendo por base os mesmos princípios que legitimaram a decisão pretérita em caso de semelhança.

A separação dos poderes não infirma se pensar os precedentes como texto, como ganhos hermenêuticos para reforçar os argumentos de princípios que devem estar por trás de qualquer decisão judicial, que em tempos de constitucionalismo contemporâneo, sempre consistirão num controle de constitucionalidade, diante da diferença entre texto e norma, vigência e validade. Não há grau zero na interpretação, seja a tradição, a pré-compreensão, o estar inserido na sociedade, faz com que no paradigma constitucional de agora não se possa mais pensar em decisões incoerentes em princípio e que não tratem os casos semelhantes com a virtude da igualdade.

Os precedentes judiciais, ao menos no Brasil, com a atual ordem Constitucional não autorizam que os juízes, nem mesmo os da Corte Suprema, criem o Direito e o apliquem de forma retroativa, como normas gerais e abstratas, que serão subsumidas aos demais casos presentes e futuros, por mero acoplamento. Pensar precedentes dessa maneira, decerto esbarrará numa flagrante inconstitucionalidade, porque todo poder emana do povo e os poderes da república não são legislativo, executivo e judiciário à toa, essa ordem tem e faz sentido.

O mesmo se diga da legalidade, que está atrelada, na sua nova roupagem, à integridade do Direito, que tem nos precedentes uma de suas bases estruturais. Até mesmo a edição de novas leis tem limites nos princípios da comunidade política, estes que estão positivados na Constituição e são reafirmados nas decisões judiciais que ajudam a escrever a história do Direito de cada nação, e no Brasil não é diferente, não sendo necessário negar a tradição do *civil law* para que não haja qualquer conflito com a legalidade.

Não se está trocando as leis pelos precedentes, longe disso. O que se pretende com a adoção de uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil é limitar a discricionariedade judicial, impondo limites interpretativos aos textos normativos, ao menos no conceito de precedentes que vem sendo defendido ao longo do presente trabalho, como aquela decisão que traga alguma

contribuição hermenêutica, facilitando a mediação entre a lei ou a Constituição e a realidade social na qual está inserida, fornecendo experiência.

Precedentes devem ser pensados como essa ponte entre a lei, a Constituição e a realidade social, e não como normas gerais e abstratas a serem subsumidas aos casos concretos, como se lei fossem, numa objetivação do Direito que não possuiu sustentação constitucional. Para se pensar em precedentes normativos vinculantes, ao que parece, seria necessária sim autorização constitucional, nos moldes do que foi realizado para as súmulas vinculantes, instituídas pela Emenda Constitucional 45, como já analisado.

As decisões judiciais tidas como precedentes não podem ser pensadas como leis, com abstração e generalidade típicas dos textos legislativos, pois elas não são proferidas para decidir casos futuros, ao contrário, são proferidas para decidir o caso concreto sob julgamento. Não é o tribunal prolator da decisão que afirma que ela será tomada, no futuro, como um precedente judicial, tampouco é ele que identifica o que seria *ratio decidendi* e *obiter dicta* do precedente. Isso é função do juiz do caso futuro, levando sempre em consideração a força gravitacional do precedente, para que possa tratar os casos semelhantes de forma semelhante.

Os dois princípios estruturantes da democracia constitucional: i) a igual consideração (*equal concern*); e ii) autogoverno (*self-government*), decorrentes da concepção da dignidade humana na teoria integrativa, não deixam dúvidas acerca da constitucionalidade de se pensar a adoção de precedentes judiciais vinculantes, isso sem qualquer necessidade de uma previsão infraconstitucional como as dos artigos 926 e 927 do CPC-15, que mais valem pelo seu simbolismo do que para emprestar legitimidade aos precedentes judiciais obrigatórios.

Assim, os precedentes assumem posição cimeira na busca de respostas corretas ao caso sob julgamento (respostas adequadas à Constituição), impondo a observação dos princípios de justiça e equidade que estão na base da coerência e da integridade do Direito, com a exigência que casos iguais sejam julgados de forma igual (*equal concern and respect*), para tanto se impõe que os julgadores busquem os padrões existentes na moralidade coletiva da comunidade, para com eles dialogar e entender a tradição daquele direito, num complexo empreendimento coletivo, em um romance escrito por vários autores, mas coerente em princípios.

CONCLUSÃO

A presente investigação buscou analisar os precedentes judiciais obrigatórios dentro do paradigma da teoria integrativa de Ronald Dworkin (*law as integrity*), mas não se limitou a ela. Demonstrou-se que o precedente judicial está na base do Estado Democrático de Direito e deve ser entendido dentro do princípio da igual consideração e respeito (*equal concern and respect*), que impõe que na tomada de decisão o Poder Público adote razões iguais (*equality of reason*) no julgamento de casos semelhantes.

Nesta perspectiva, buscou-se demonstrar que o precedente judicial funciona como um limitador da discricionariedade judicial em sentido forte, porque obriga que o tomador de decisão tenha que dialogar com as decisões passadas, levando-as sempre em consideração, na

busca de entender o que os juízes anteriores produziram coletivamente, o que o vinculará para a decisão do caso presente, ainda que seja para demonstrar que os casos são diferentes e que aquele precedente a ele não se aplica.

Abandonando a ideia de escolha entre várias decisões racionalmente possíveis, defendeu-se a premissa da resposta adequada à Constituição, nem a única nem a melhor, mas “a resposta do caso”. Para tanto, seguiu-se os postulados da Teoria do Romance em Cadeia (*chain novel*), bem como do juiz Hércules, tudo a demonstrar que a decisão judicial não é um ato de escolha do magistrado, mas sim um ato de responsabilidade política (*accountability judicial*).

Foi-se além. Analisaram-se os precedentes judiciais dentro do jogo dialético da pergunta e da resposta. Precedente não é a resposta para qualquer caso, mas a resposta para o caso para o qual a decisão foi proferida. Se as mesmas razões poderão ser adotadas nos demais casos análogos, somente o futuro dirá, porque o precedente somente é reconhecido como tal pelo juiz do caso futuro, que analisando as *rationes decidendi* poderá entender que elas devem ser adotadas no caso sob julgamento (*treat like cases alike*), pouco importando a vontade do órgão que proferiu a decisão a ser tomada como precedente.

Os precedentes judiciais não autorizam que os juízes criem o Direito e o apliquem retroativamente, como se normas gerais e abstratas fossem, a serem aplicados de maneira silogística aos demais casos presentes e futuros. Seria inconstitucional se pensar os precedentes desta forma, tendo em vista os princípios constitucionais da Separação dos Poderes e da Legalidade, fazendo-se necessária uma autorização Constitucional para toma-los como normas vinculantes neste sentido.

Tem-se que ter cuidado para não se trocar as leis pelos precedentes judiciais. Estes não podem ser vistos como normas gerais e abstratas a serem aplicados de maneira subsuntiva, mas sim como uma ponte entre a lei, a Constituição e a realidade social, contribuindo hermeneuticamente com a atribuição de sentido ao texto normativo, fornecendo experiência. Foi nesta perspectiva que se desenvolveu o trabalho, não tomando qualquer decisão como precedente, tampouco apenas as elencadas no art. 927 do CPC-15, mas todas aquelas que tenham força gravitacional suficiente para impor que as mesmas razões sejam adotadas nos casos análogos.

Não é dado ao intérprete dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa; não há grau zero de sentido. Os precedentes judiciais devem ser tomados como limitadores de decisionismos e arbitrariedades, não como normas gerais e abstratas a serem acopladas por subsunção aos demais casos análogos. Tampouco podem ostentar força gravitacional as decisões

fundamentadas em argumentos de política e não em argumentos de princípio, sob pena de se subverter a ordem das coisas, passando o Poder Judiciário com argumentos de política e não com argumentos de princípio.

A teoria dos precedentes judiciais obrigatórios, dentro dos postulados do Direito como integridade, nada tem de inconstitucional, tampouco necessitaria de uma autorização legal ou constitucional para ser adotada no Brasil. Tratar a todos com mesma consideração e respeito é um imperativo do Estado Constitucional, alicerçado na virtude da igualdade, da justiça e do devido processo legal adjetivo. Até mesmo os legisladores estão vinculados às premissas do Direito como integridade, porque devem obediência aos valores da comunidade política, que por aqui estão positivados na Constituição Federal, não possuindo uma liberdade de conformação desvincilhada da moralidade política da comunidade que representam.

Os precedentes judiciais têm função de destaque na busca de respostas corretas em Direito, pois impõem, para além de uma simples repetição de decisões passadas, a observação dos princípios de justiça e equidade, tratando cada caso em suas especificidades e não como apenas mais um a ser acoplada uma tese jurídica qualquer. Não se quer dizer com isso, contudo, que se razões de equidade impuseram a adoção das mesmas razões em casos semelhantes é lícito ao julgador utilizar outras como razões de decidir, sem que demonstre qualquer diferença digna de não ser atraída pela força gravitacional da decisão precedente.

Com efeito, adotar precedentes não se limita a uma reprodução irrefletida de decisões passadas, é mais do que isso e, por vezes, menos. Pensar o Direito como integridade é adotar coerentemente os mesmos princípios que foram utilizados nas decisões de casos semelhantes, mas na correta proporção, sendo perfeitamente possível se mudar o rumo da história quando na busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais ao sistema como um todo. Nisto consiste a coerência de princípios, a legitimar um novo caminho a ser percorrido pelo romance em cadeia, fundindo-se os horizontes do passado, do presente e do futuro.

REFERÊNCIAS

1. LIVROS

AARNIO, Aulis. *Lo racional como lo razonable: um tratado sobre la justificación jurídica*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica - pensamento formal e argumentação**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Q. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3. impressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BINENBOJN, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalismo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 6. ed. St. Paul, USA: West Publishing, 1990.

BLACK, Henry Campbell. **Handbook on the law of judicial precedents or the science of case law**. St. Paul: West Publishing Company, 1912.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.

COSTA, Judith Martins. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Trad. M.. Angélica Pulido. Barcelona: Marcial Pons, 2012.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAVID, Renê. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual civil**. 10. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

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

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Mass./London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: teoria e prática da igualdade**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira) – 2. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESSER, Josef. *Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**. Teoria del garantismo penale. 8ª ed. Roma/Bari; Laterza, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GILLISSEN, John. **Introdução histórica do direito**. 2. ed. Trad. Antonio M. Espanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. refundida. São Paulo: Malheiros, 2014.
- HART, Hebert L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- HART, Herbet. L. A. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- HERVADA, Javier. **O que é o direito? a moderna resposta do realismo jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins fontes, 2003.
- KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. 2. ed. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010.
- LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus**. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LUNELLI, Guilherme. **Direito sumular e fundamentação decisória no CPC/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.
- MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: RT, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. São Paulo: RT, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. México: FCE, 1989.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: RT, 2013..

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOURÃO, Juraci. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

NERY JR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOGUEIRA, Pedro Henrique P. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, ANO

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PECZENIK, Aleksander. *A theory of legal doctrine*. Ratio Juris 14-1, 2001.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ**. São Paulo: RT, 2014.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, s/a.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.

RAZ, Joseph. *Legal principles and the limits of law*, 81 Yale L. J. 823 (1972).

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego**: um examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida. Trad, Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1. ed. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TERÁN, Juan Manuel. **Filosofía del derecho**. 14. ed. Mexico: Porrúa, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VICENTE, Dario Moura. **Direito comparado**. Coimbra: Almedina.

VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mvndi IBET, 2003, v.1.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 266. A conformidade à Constituição, por esta possuir posição cimeira no sistema jurídico, diz respeito ao mencionado fundamento de validade.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes judiciais**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 201

2. ARTIGOS

ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios y razón práctica*. In: **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 5. 1988.

ALPA, Guido. *La creatività dela giurisprudenza*. In: **Diritto e processo. Studi in memória di Alessandro Giuliani**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, n.º. 3.

BAHIA, Alexandre Melo Franco. NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio. Precedentes no Novo CPC: É possível uma decisão correta? In: **Justificando**. 08.07.2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta-/>>. Acesso em: 10.08.2015.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/123506667017_4218181901.pdf>. Acesso em: 17 jan 2016.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 142, abr/jun 1999.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. In: **Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 108.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentalis*. In: FERRAJOLI, Luigi et. al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

MACCORMICK, Niel. *Dworkin as pre-Benthamite*. In: **The Philosophical Review** LXXXVII-4.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. In: **Revista de direito do consumidor**, n. 50, ano 13, abril-junho 2004, Revista dos Tribunais.

MOTTA, Francisco Borges; RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade. In: STRECK, Lenio; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NARDELI, Paulo Renato Gonzalez. **Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/5580/1/Clausulas-Gerais-E-Conceitos-Juridicos-Indeterminados-analise-Comparativa-Breve/pagina1.html#ixzz12RqmS1qC>>. Acesso em: 15.11.2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: **Revista da Ajuris**. Porto Alegre. n. 104, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin? De que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito & Literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz, et al. **A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em 18 jan 2016.

SIMPSON, A. W. B. *The common law and legal theory*. In: HORDER, Jeremy (ed.). *Oxford essays in jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? In: **Revista NEJ – Eletrônica**, Vol. 15 – n. 1, p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periodicos. acesso em: 24.10.2013.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? In: **Conjur – Consultor Jurídico**. 18.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em 10.08.2015.

STRECK, Lênio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÉ, Faya Silveira (Orgs.). **Constituição e democracia**. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica** – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre, 2006.

TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*. In: **Processo civil comparado: ensaios**. Apresentação e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. *Dimensiones del precedente judicial*. In: *Paginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, n.33.

TARUFFO, Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* Anno XLVIII.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza*. In: **Revista de Direito Processual Civil Genesis**, Curitiba, n. 31, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jadelmiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

WALTERS, Mark D. *Legal humanism and law-as-integrity*. In: *Cambridge Law Journal* 67 (2), July 2008.

WALTERS, Mark D. *Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism*. In: HUSCROFT, Grant (Ed.). **Expounding the constitution: essays in constitutional theory**. New York: Cambridge University Press, 2008.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. A função das súmulas do supremo tribunal federal em face da teoria geral do direito. In: **Revista de processo**, v. 10, n. 40, p. 224-235, out-dez, 1985.

3. DOCUMENTOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 964246 RG/SP - São Paulo. Relator Min. Teori Zavascki. Acórdão, 10.11.2016. DJE 24.11.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP - São Paulo. Relator Min. Teori Zavascki. Acórdão, 17.02.2016. DJE 16.05.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078/MG - Minas Gerais. Relator: Min. Eros Grau. Acórdão, 05.02.2009. DJE 25.02.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 138337 MC/SP - São Paulo. Relator Min. Marco Aurélio. Decisão Monocrática, 16.11.2016. DJE 18.11.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 135100 MC/DF - Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática, 01.07.2016. DJE 04.07.2016.