

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA-MG - UNIFOR-MG
CURSO DE DIREITO
ANDRÉ LUIZ BASILIO JÚNIOR

APLICABILIDADE DO INSTITUTO DOS PRECEDENTES NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO

FORMIGA-MG

2017

ANDRÉ LUIZ BASILIO JUNIOR

APLICABILIDADE DO INSTITUTO DOS PRECEDENTES NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de
Graduação em Direito do Centro Universitário
– Unifor/MG para obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Linha de Pesquisa: *Direito Processual Civil*,
instituto dos precedentes e sua aplicabilidade.

Orientador: Juliano Vitor Lima.

FORMIGA-MG

2017

B312 Basílio Júnior, André Luiz.
Aplicabilidade do instituto dos precedentes no ordenamento jurídico
Brasileiro / André Luiz Basílio Júnior. – 2017.
45 f.

Orientador: Juliano Vitor Lima.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)-Centro
Universitário de Formiga-UNIFOR, Formiga, 2017.

1. Precedentes. 2. Aplicabilidade. I. Título.

CDD 347

ANDRÉ LUIZ BASÍLIO JÚNIOR

APLICABILIDADE DO INSTITUTO DOS PRECEDENTES NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do UNIFOR - MG, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Juliano Vitor Lima
Orientador

Prof.
UNIFOR-MG

Prof.
UNIFOR-MG

Formiga, ____ de _____ de 2017.

AGRADECIMENTOS

Por trás de um triunfo individual existe uma grande equipe. Nesta etapa vitoriosa da minha vida, em que a emoção dos momentos saudosistas se confunde com a grandeza de missão cumprida, contei com pessoas que acreditaram no meu potencial e me fizeram acreditar que era possível.

Ao grande arquiteto do universo, eterno protetor, dedico minha vida e meu ânimo renovado a cada dia! Á minha mãe Adriana e meu pai André, fonte inesgotável de amor e doação, dedico o que há de melhor em mim. Vocês são o meu maior orgulho! Ao meu irmão Leonardo e Rodrigo exemplo de sabedoria e simplicidade, dedico a minha amizade eterna. A Letícia, amor paciente, agradeço pelo companheirismo e pelo crescimento juntos, sem você nada seria possível, dedico todo o meu amor. Aos meus colegas pela graça de conviver com as diferenças, em especial ao Nilson, Saulo e Welder, grandes amigos que conquistei e que tive a oportunidade de conviver durante esses longos 05 anos, o meu muito obrigado. Aos mestres pelos ensinamentos eternizados, em especial ao Juliano, meu orientador que em todo momento desta árdua jornada esteve sempre à disposição, me auxiliando para que este trabalho se tornasse possível, não tenho palavras para descrever tamanha gratidão; Ao professor Ênio Paulo, um grande amigo que conquistei ao longo deste curso, obrigado por todo o apoio e conhecimento repassado, sem sombra de dúvidas, esta vitória também é sua, e aos demais professores, o meu muito obrigado, sem vocês nada seria possível, pois sabemos que a tarefa não é fácil, mais vocês conseguiram. Minha eterna gratidão!

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objeto o estudo, a partir de pesquisa bibliográfica ampliada, da técnica de aplicação do sistema de precedentes no ordenamento brasileiro, frente a “teoria da integridade” de Ronald Dworkin. O referido trabalho se divide em três capítulos. O primeiro capítulo vem abordando as premissas conceituais acerca do sistema dos precedentes, fazendo menção a evolução histórica, bem como seus pressupostos de aplicabilidade. O segundo capítulo trata do sistema dos precedentes dentro da teoria de Ronald Dworkin, analisando os aspectos de aplicação deste instituto, frente a esta teoria, bem como a análise de como é feita a interpretação por meio do interprete. O terceiro capítulo, por sua vez, remete a crítica do presente trabalho. O ponto principal do referido trabalho, é trazer soluções para os interpretes de como deverá ser analisado o caso concreto, com o apoio na doutrina. Tende-se a demonstrar aos magistrados que a técnica do precedente pode ser aplicada em qualquer caso, desde que seja construída a partir do contraditório entre as partes.

Palavras-Chave: Precedentes. Aplicabilidade.

ABSTRACT

The purpose of this study is to study the technique of applying the system of precedents in the Brazilian order, in the face of Ronald Dworkin 's "theory of integrity". This work is divided into three chapters. The first chapter deals with the conceptual premises about the system of precedents, making reference to historical evolution, as well as its assumptions of applicability. The second chapter deals with the system of precedents within the theory of Ronald Dworkin, analyzing the aspects of application of this institute, in front of this theory, as well as the analysis of how interpretation is done through the interpreter. The third chapter, in turn, refers to the critique of the present work. The main point of this work is to provide solutions for the interpreters of how the concrete case should be analyzed, with the support in the doctrine. It tends to demonstrate to magistrates that the precedent technique can be applied in any case, provided it is constructed from the contradictory between the parties.

Keywords: Precedents. Applicability.

LISTA DE ABREVIATURAS

CPC – Código de Processo Civil

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	PREMISSAS CONCEITUAIS ACERCA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	09
2.1	Evolução Histórica.....	09
2.2	Conceito – Precedentes.....	13
2.3	Distinção entre “Decisão”, “Precedente” e “ <i>Ratio decidendi</i> ”	14
2.3.1	Decisão.....	14
2.3.2	Precedente.....	15
2.3.3	<i>Ratio decidendi</i>	15
2.4	Efeito dos precedentes.....	15
2.5	Técnicas de confronto entre precedentes.....	16
2.5.1	Do “ <i>Distinguishing</i> ”	18
2.6	Técnicas de superação dos precedentes.....	19
3	A HERMENEUTICA JURÍDICA E OS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	22
3.1	Uma Análise Da Teoria De Ronald Dworkin.....	22
3.2	Interpretação do “texto jurídico” a luz do “sistema hermenêutico”	25
4	ANÁLISE CRÍTICA AO SISTEMA DE PRECEDENTE FRENTE A TEORIA DA INTEGRIDADE DO DIREITO.....	29
5	CONCLUSÃO.....	33
	REFERENCIA.....	34

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar e discutir a aplicabilidade dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro em consonância com a “Teoria da Integridade” de Dworkin.

Diante disso, em primeira dimensão será exposto as premissas conceituais acerca dos precedentes, analisando inicialmente a evolução histórica do referido instituto, bem como a sua conceituação terminológica, as definições dos elementos (decisão, precedente e *ratio decidendi*) que tornariam indispensáveis para a compreensão dos leitores, os efeitos que os precedentes trariam para o ordenamento pátrio e às técnicas de confronto e superação do mesmo. Havendo, portanto, a possibilidade de analisar de forma pormenorizada e comparativa em especial, a força com que se dá aos precedentes no sistema da “common law” e da “civil law”, estabelecendo ainda os mecanismos necessários a aplicação do mesmo frente a um caso concreto.

Já no segundo capítulo, será abordado o sistema dos precedentes à luz da hermenêutica jurídica, através de um olhar de como seria a forma correta de aplicação do mesmo, tendo como marco teórico deste presente trabalho, a “Teoria da Integridade” de Ronald Dworkin, que, torna possível demonstrar aos leitores que o “problema” com os precedentes já era previsto a muito tempo e que Dworkin através da análise hermenêutica, possibilita a sua aplicação.

Por fim, o último capítulo tratará da questão relativa a crítica da aplicabilidade do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, frente a teoria de Ronald Dworkin, demonstrando ao leitor, a forma com que o referido autor propõe que o intérprete aplique na sua decisão, frente ao caso concreto “sub judice”.

Desta forma, buscará ao longo deste estudo, apresentar soluções para o tema uma questão, uma vez que o ordenamento ainda não apresenta uma forma coerente de aplicação, conforme se extrai da vasta corrente doutrinária citada ao longo do presente trabalho.

Ressalte-se ainda, que o sistema de precedentes foi inserido no Código de Processo Civil de 2015, em razão de uma expectativa que tal instituto traria consigo uma maior “segurança jurídica” e conseqüentemente uma “harmonização jurisprudencial”.

Em sendo assim, o referido trabalho, fará uma análise sistemática da forma com que é aplicável o sistema dos precedentes, frente a análise hermenêutica jurídica.

2 PREMISSAS CONCEITUAIS ACERCA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

2.1 Evolução Histórica

A discussão acerca dos precedentes judiciais é de grande valia, tanto no campo prático como no teórico, pois o tema em questão vem sendo bastante discutido na doutrina e jurisprudência com relação a sua aplicabilidade. Assim sendo, far-se-á uma digressão histórica acerca da evolução deste sistema no ordenamento pátrio bem como seus reflexos, a fim de compreender melhor o tema em questão.

Cada país ou Estado possui seu conjunto de normas jurídicas para regular a vida em sociedade. Contudo, esses sistemas jurídicos, apesar das peculiaridades próprias, são normalmente agrupados para que se possa ter uma noção didática acerca de suas características, semelhanças e diferenças (NOGUEIRA, 2015).

Dentre esses agrupamentos de sistemas jurídicos, destacam-se as tradições jurídicas do “common law” e “civil law”.

Nesse sentido, Fredie Didier classifica o que é a “common law”, in verbis:

No sistema da *common law* os precedentes judiciais, principalmente aqueles emanados da Corte superior, são dotados de eficácia vinculante não só para a Corte de onde proveio como para os juízos que lhe são hierarquicamente inferiores (DIDIER JR., 2013, p. 438).

Também Nogueira é claro ao dizer que:

O common law reúne sistemas jurídicos com características comuns e essa tradição pode ser definida como a família baseada nos precedentes judiciais (NOGUEIRA, 2015, p. 34).

Já com relação ao sistema da “civil law”, traz-se a lição de Andreia Costa Vieira:

[...] o termo Civil Law refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e por, praticamente, todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma outra grande influência deles – como os países da América Latina. O que todos esses países têm em comum é a influência do Direito Romano, na elaboração de seus códigos, constituições e leis esparsas. É claro que cada qual recebeu grande influência também do direito local, mas é sabido que, em grande parte desses países, principalmente os que são ex-colônias, o direito local cedeu passagem, quase que integralmente, aos princípios do Direito Romano. E, por isso, a expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico. (VIEIRA, 2007, p. 270.)

O estudo dos precedentes judiciais e da sua valorização no ordenamento jurídico brasileiro passa necessariamente pela análise das tradições jurídicas de “civil law” e “common law”, através de suas principais características e da aproximação entre essas famílias jurídicas.

Isso porque a “teoria dos precedentes”¹ e o “stare decisis”² são atribuídos aos sistemas jurídicos de “common law” e o Brasil é um país filiado à tradição jurídica de “civil law” (MACÊDO, 2015).

Deste feita, importante ressaltar que a Inglaterra e os países cujo modelo jurídico foi inspirado ou influenciado pelo direito inglês, a exemplo dos Estados Unidos, seguem o sistema da “common law”.

Nesse sentido, Marcelo Alves Dias Souza leciona que “além destes países, a doutrina também inclui, como filiados ao common law, a Nova Zelândia, a Austrália e o Canadá, todos ligados à tradição anglo-americana” (SOUZA, 2006, p. 39).

E mais, estima-se que cerca de um terço da população mundial viva sob a tradição da “common law”, ou seja, em um sistema fortemente influenciado pelo direito inglês (MACÊDO, 2015).

Frequentemente, o “common law” é apresentado apenas como um direito não codificado, baseado nos costumes, cuja estrutura jurídica é tipicamente jurisprudencial.

Entretanto, Streck e Abboud esclarecem que “o equívoco desta concepção, ressaltando que, em verdade, boa parte das regras de direito que se aplicam todos os dias na Inglaterra e nos Estados Unidos são regras sancionadas pelo Legislativo ou pelo Executivo” (STRECK *et* ABBOUD, 2006, p.28).

No “common law” não é permitido ao magistrado olvidar a lei. Contudo, não há mera subsunção do caso concreto à lei ou aos enunciados genéricos e abstratos presentes em súmulas e ementas dos tribunais, como ocorre no Brasil.

Nesse sentido, lecionam Streck e Abboud:

No common law, ainda que a decisão judicial demande a aplicação da lei, o juiz não inicia a decisão no caso a partir tão somente do texto legal, ele busca aplicar o precedente ao caso, ou seja, passa investigar nas decisões acumuladas sobre essa questão e quais as principais regras jurídicas a serem extraídas desse acúmulo histórico-normativo-decisional, necessário para solucionar o caso concreto. (STRECK *et* ABBOUND, 2014, P.38).

Nos sistemas jurídicos filiados ao “common law”, a jurisprudência é reconhecida como fonte formal do direito, tal qual a lei, e a norma jurídica extraída das decisões anteriores é preponderante no processo decisório.

¹ O fundamento desta teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações idênticas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os precedentes como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes precedentes, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (precedent in point) de uma corte de hierarquia superior. (TUCCI, 2004, p. 12-13).

² A Suprema Corte do Estado da Califórnia, ao explicar o conceito de “stare decisis”, assim concluiu: “under the doctrine of stare decisis, all tribunals exercising inferior jurisdiction are required to follow decisions of courts exercising superior jurisdiction” (Auto Equity Sales, Inc. v. Superior Court, 57 Cal. 2D 450 1962).

É o que Ronald Dworkin denominou de “romance em cadeia” (chain novel), porquanto os juízes continuam a obra anteriormente escrita pelos magistrados, escrevendo apenas um novo capítulo ao julgar o caso que lhe fora submetido (BARBOSA, 2014).

Diante disso, traz-se a colação o estudo de Ramires no sentido de esclarecer que:

Dworkin ilustra a sua tese de integridade com a imagem de um romance em cadeia (chain novel), em que cada julgador é o escritor de uma parcela ou capítulo de um livro em construção. (...) Neste contexto, cada escritor fica adstrito a criar um texto que seja coerente com o que seus predecessores já escreveram. (...) Como já foi dito mais de uma vez, a continuidade da tradição não implica uma repetição mimética do que foi dito pelos outros anteriormente. Ao inverso, a postura do juiz frente a tradição é a de diálogo, não de submissão (RAMIRES, 2010, p. 98-100).

Resumidamente, pode-se dizer que o Poder Judiciário no “common law” não decide o caso concreto a partir da interpretação da lei sem lançar mão da cadeia de precedentes já existentes (STRECK *et* ABOUD, 2006).

No Brasil, os precedentes são relegados a meros reforços argumentativos utilizados pelos magistrados numa tentativa, muitas vezes frustrada, de cumprir o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CR/88).

Nesse sentido, traz-se á a lição de Marcelo Alves Dias Souza:

Nos sistemas jurídicos de civil law vigora o postulado da legalidade e a lei é exaltada como fonte quase exclusiva do direito, “considerando-se o precedente apenas como interpretação ou esclarecimento, meramente persuasivo, do direito vazado na legislação”. (SOUZA, 2006, p. 17)

Os precedentes surgiram com o objetivo de garantir maior poder ao Judiciário frente a realza na interpretação das leis, decorrendo daí a criatividade judicial.

A propósito, esclarece Streck e Abboud:

A doutrina dos precedentes surgiu, antes de tudo, como uma arma para defender a independência judicial e limitar os poderes do rei, e, num segundo momento, sua *ratio dessendi* passou a ser a de assegurar a previsibilidade das decisões judiciais. (STRECK *et* ABOUD, 2014, p.49).

O reconhecimento do exercício de atividade criativa pelo Poder Judiciário e da importância desta criatividade judicial na limitação do poder arbitrário do governo são decisivos na formação do “common law”. Desenvolveu-se, portanto, a preponderância do precedente como fonte do direito, adotando-o como dado jurídico mais relevante para a tomada de decisões (MACÊDO, 2015.).

O estudo do direito e a formação dos juristas nos países filiados ao “common law” é marcadamente prática e não teórica, pois, não custa repetir, o precedente é reconhecido como fonte formal do direito, ou seja, como o dado jurídico mais relevante no processo decisório. Ao se reconhecer que o direito é produzido primordialmente pelos tribunais, nada mais natural que o ensino jurídico recaia sobre o estudo de casos, diferentemente do que ocorre nos países de “civil law”, em que se prestigia o estudo do direito positivado e da doutrina.

Aliás, a doutrina é bastante tímida nos países filiados ao “common law”, os livros mais populares se limitam a compilar precedentes, com breves comentários, e, enfim, não é comum juízes ingleses e estadunidenses citarem livros doutrinários ou lições professorais, limitando-se a fazerem remissões a precedentes judiciais (MACÊDO, 2015).

Sobre o tema, Streck e Abboud sintetizam:

Desse modo, a forte influência histórica na consolidação do common law, aliada à filosofia embasada no método de análise e síntese que exigiam um exame casuístico para se alcançar as soluções legais, bem como a inexistência de um direito dogmático e científico ministrado em suas universidades, fez com que o common law se estruturasse com base na prática cotidiana do direito, e não a partir de doutrina ou da ciência do direito como ocorreu com o civil law. Ou seja, o common law, ao contrário do civil law não se originou cientificamente (do ponto de vista professoral), mas sim judicialmente, como prática judiciária. (STRECK *et* ABBOUND, 2014, p.42).

No direito inglês, o Poder Judiciário se aliou à luta popular pela limitação do poder do rei, desenvolvendo-se a “criatividade judicial”. Diferentemente, nos países de “civil law” houve, a partir da Revolução Francesa³, a preocupação em limitar a sua função, porquanto historicamente esse poder integrava a aristocracia e reiteradamente decidia contra os cidadãos, favorecendo a realeza (BARBOZA, 2014, p. 70).

Nesse sentido, leciona MACÊDO:

Essa busca por respostas prontas, no civil law, originou a cientificidade no estudo do direito, o desenvolvimento de categorias e conceitos legais e resultou na relevância da produção doutrinária no processo decisório (MACÊDO, 2015, p. 42-43).

Esse movimento de codificação do direito, conforme observa BARROSO teve o Iluminismo⁴ e Jusnaturalismo⁵ como aliados, sendo comumente associado ao Estado liberal:

A técnica de codificação tende a promover a identificação entre Direito e lei. A Escola da Exegese, por sua vez irá impor o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação

³ A Revolução Francesa foi um importante marco na História Moderna da nossa civilização. Significou o fim do sistema absolutista e dos privilégios da nobreza. O povo ganhou mais autonomia e seus direitos sociais passaram a ser respeitados. A vida dos trabalhadores urbanos e rurais melhorou significativamente. Por outro lado, a burguesia conduziu o processo de forma a garantir seu domínio social. As bases de uma sociedade burguesa e capitalista foram estabelecidas durante a revolução. Os ideais políticos (principalmente iluministas) presentes na França antes da Revolução Francesa também influenciaram a independência de alguns países da América Espanhola e o movimento de Inconfidência Mineira no Brasil. (SUA PESQUISA. REVOLUÇÃO FRANCESA. Disponível em: < <https://www.suapesquisa.com/francesa/>>. Acesso em 08 de out. de 2017.

⁴ O Esclarecimento [Aufklärung] significa a saída do homem de sua menoridade auto imposta, da qual o culpado é ele próprio. A menoridade é a incapacidade ou inabilidade de o homem fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo (guia). O homem é o próprio culpado dessa menoridade auto imposta se a sua causa não estiver na ausência de entendimento, mas na ausência de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem. (KANT, 1784, p. 37).

⁵ O jus naturalismo é uma doutrina segundo a qual existe um direito natural (ius naturale) que tem validade em si e é anterior ao direito positivo. Enquanto para o direito positivo só há um direito, que é o estabelecido pelo Estado o jus naturalismo parte do princípio de que os direitos naturais assim o são, ou porque foram estabelecidos e revelados por Deus aos homens (jus naturalismo teológico), ou derivam da própria ideia de que existem leis naturais no universo (jus naturalismo cosmológico), ou constituem leis naturais da vida e cabe ao homem, usando a razão, descobri-las (jus naturalismo racionalista) (FASSÓ, 1998, p.655-656).

pretensamente objetiva e neutra. O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizam a vitória do direito natural, o seu apogeu. (BARROSO, 2013, p.260).

Portanto, percebe-se que a própria origem das tradições jurídicas do “common law” e do “civil law” criaram o ambiente propício para o desenvolvimento da teoria dos precedentes e o apego à lei como expressão única do direito, numa e noutra tradição jurídica, respectivamente.

2.2 Conceito – Precedentes

Analisado a evolução histórica dos precedentes judiciais, o que é fundamental para discorrer-se acerca do tema em questão, necessário se faz pontuar e conceituar a figura deste instituto.

De acordo com Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, o precedente, em sentido amplo:

É a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria, 2015. p. 441).

Dessa forma, precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos idênticos.

Nesse sentido, TUCCI leciona a respeito da Teoria dos Precedentes:

O fundamento desta teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações idênticas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os precedentes como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes precedentes, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (precedent in point) de uma corte de hierarquia superior. (TUCCI, 2014, p.12-13).

O precedente judicial, por este conceito, é contemplado por todos os sistemas jurídicos, sendo que os seus atributos e a sua eficácia é que vão variar a depender dos contornos que lhe serão atribuídos.

E mais, as qualidades extrínsecas deste sistema são as mesmas em qualquer dos institutos adotados, porém o que varia é a função atribuída ao mesmo, uma vez que pode ter força obrigatória ou persuasiva (SOUZA, 2008).

No sistema do Common Law, cuja fonte primordial do direito é a jurisprudência, o precedente judicial é elemento fundamental, possuindo, via de regra, força vinculante.

Nesse sentido, lecionado Tucci:

Essa sistemática hierárquica da vinculação do precedente influi no estilo do julgamento caracterizado pela “auto referência” jurisprudencial, devendo a fundamentação de uma decisão fazer expressa alusão à decisão precedente do próprio órgão ou de tribunal superior. (TUCCI, 2004, p.12).

Diferentemente deste sistema, a civil law atribui força persuasiva a este instituto, uma vez que tem a lei como fonte primária de aplicação.

Nessa esteira, trazer-se a o entendimento de, Luiz Henrique Volpe Camargo, é claro:

Por sua vez, nos países que seguem a linha do civil law os precedentes, tradicionalmente e em regra, apenas orientam (mas não vinculam) o pedido ou o julgamento de casos posteriores sobre a mesma matéria (VOLPE CAMARGO, 2012, p. 553/674).

Portanto, após conceituar o tema em questão, percebe-se a diferença existente na aplicabilidade deste instituto, a depender da sua eficácia vinculante (*binding precedentes*) e de sua eficácia persuasiva (*persuasive precedentes*), uma vez que os precedentes vinculantes já nascem precedentes, o que não acontecem com os persuasivos, uma vez que se tornam precedentes a partir do momento em que são utilizados (NEVES, 2016).

2.3 Distinção entre “Decisão”, “Precedente” e “*Ratio decidendi*”

Passado a evolução histórica, bem como a conceituação do instituto dos precedentes, necessário se faz apresentar a distinção entre alguns elementos indispensáveis para a compreensão do mesmo, conforma será corroborado de forma pormenorizada.

2.3.1 Decisão

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., o termo decisão está relacionado “a um ato final, em que uma possibilidade é escolhida, abandonando-se as demais”. (FERRAZ JR., 2008, p.286).

E acrescenta:

Trata-se de uma resposta que pretende dar uma satisfação imediata e mediata para determinado conflito. A satisfação imediata representa a solução do conflito concretamente considerado. A satisfação mediata diz respeito à compatibilização entre a solução do conflito individual e as expectativas grupais, sociais, políticas, econômicas e jurídicas em níveis globais, de toda a sociedade. (FERRAZ JR., 2008, p.286 - 287).

Pode-se então dizer, que o referido autor aduz que o ato de decidir envolve duas atividades, sendo a primeira na admissão da tutela jurisdicional para a solução de um determinado caso, enquanto na seguinte, se destina a exposição das razões de decidir.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira também enxergam a dualidade da atividade jurisdicional, ao dizer que:

Decisão judicial é ato jurídico formado pela fundamentação e pelo dispositivo. Do dispositivo, é extraída a solução do caso concreto. Da fundamentação, extrai-se o precedente judicial”. (DIDIER JR, 2013, p. 429).

E continua:

Compreendem que a decisão judicial é ato jurídico do qual podem ser extraídas duas normas jurídicas, sendo que essas normas, geral e individual, revelam a dupla atividade do juiz: solução do caso e criação do precedente judicial. (DIDIER JR.2013, p. 429).

Portanto, o instituto da decisão deve ser analisado e considerado com ato jurídico que representa uma norma jurídica, com intuito de solucionar o caso concreto que está subjudice, através de uma norma jurídica construída com base na expectativa jurisdicional e que poderá servir como parâmetro em outros casos.

2.3.2 Precedente

Conforme já conceituado em capítulo próprio, importante é estabelecer a diferença existente entre o referido tema e os institutos da decisão e da “*Ratio decidendi*”, o que será exposto a seguir.

Diferentemente do tema analisado anteriormente, o instituto dos precedentes serve como um instrumento de efetivação da segurança jurídica e da justificação das decisões judiciais, capaz de dar maior celeridade e eficiência a aplicação do direito. (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013).

Portanto, o conceito de precedente vai além da diferenciação com relação à decisão, por exemplo, devendo ser constituído também a partir da consideração dos seus conteúdos, em especial do que o tribunal pontua acerca de uma questão jurídica. (MARINONI, 2011).

2.3.3 *Ratio Decidendi*

Imprescindível o esclarecimento, ainda que de forma genérica, desses institutos em questão, pelo fato de promoverem uma melhor compreensão do que será abordado ao longo do estudo.

Marinoni (2011), ao discorrer sobre os fundamentos determinantes da decisão, define a fundamentação da sentença como o momento em que são enfrentadas as questões de fato e de direito discutidas no caso concreto. Nas palavras do doutrinador:

Aí cabe ao juiz demonstrar o seu raciocínio probatório e a convicção que formou acerca dos fatos, bem como as razões pelas quais acolheu ou não a tese jurídica sustentada pelo autor, ou seja, os motivos pelos quais entendeu que dos fatos evidenciados decorrem, ou não, os efeitos jurídicos pretendidos. (MARINONI, 2011, p. 217)

Assim, a razão de decidir, ou seja, a *ratio decidendi*, deve estar contida na fundamentação da decisão.

De forma objetiva, Didier (2008) pontua que este instituto é a norma geral que embasa um determinado caso concreto, ou seja, ensejaria a uniformização da jurisprudência, em razão da repetição da fundamentação em vários casos, o que poderia ainda culminar com a elaboração de súmulas.

2.4 Efeito dos Precedentes

Conforme já exposto, o precedente é um julgamento que serve como razão para decidir outro, portanto, é natural que a partir do momento em que o mesmo é utilizado este instituto passará a vincular outras decisões, produzindo assim seus efeitos.

Nesse sentido, pelo fato de o precedente judicial ser uma manifestação legal, passa a ser um anexo da decisão do órgão jurisdicional. Portanto, existem países que vangloriam e outros

que desprezam este instituto, o que no caso do Brasil pode-se extrair alguns efeitos (Fredie Didier. 2011).

Nessa esteira, é clara a lição de Alexandre Câmara com relação aos efeitos extraídos dos precedentes, *in verbis*:

- (i) Efeito persuasivo: é um efeito mínimo do precedente, o de convencer o julgador. Nesse sentido, por exemplo, quanto mais elevado hierarquicamente o órgão prolator, maior será sua força persuasiva. É um indício de uma solução razoável e socialmente adequada, podendo ser observado no art. 285-A, do incidente previsto no art. 476 a 479, dos embargos de divergência (art. 546), bem como do recurso especial por dissídio jurisprudencial (art. 105, III, “c” da CR/88);
- (ii) Efeito impeditivo ou obstativo da revisão das decisões: existem precedentes que, se observados, impedem sua discussão através de recurso, como as súmulas do STJ ou do STF (art. 518 §1º do CPC), impedir o reexame necessário (art. 475 §3º do CPC), impedir a revisão da matéria recursal, como se extrai do art. 557 do CPC;
- (iii) Efeito vinculante: alguns precedentes vinculam e, obrigatoriamente, devem ser observados, pois ostentam uma eficácia normativa. No sistema da common law essa é a regra. As súmulas vinculantes, produzidas pelo STF (art. 103-A da CR/88), de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Observe-se que a súmula vinculante determina não só a norma geral do caso concreto, como impedem também o recurso. (CÂMARA, 2008, p. 47-48).

Conforme colacionado, o CPC, atribui eficácia aos precedentes, o que a priori permite classificar seus efeitos em três espécies, sendo eles o efeito persuasivo, impeditivo e vinculante, o que será pormenorizado a seguir.

O precedente com efeito persuasivo pode ser visto nas decisões proferidas pelos magistrados de primeiro grau ou pelos tribunais federais ou estaduais, excluindo a hipótese em que os mesmos reproduzem eficácia vinculante.

Já com relação ao efeito impeditivo, o CPC estabelece algumas hipóteses: sendo a primeira quando o presidente ou vice do tribunal de origem negará seguimento dos recursos extraordinários ou especiais, quando os mesmos não coincidirem com a orientação do respectivo tribunal. Já a segunda hipótese se dará quando o acórdão recorrido determinar a remessa ou reexame da matéria, por o acórdão hostilizado contrariar orientação dos tribunais superior. E, por fim, a terceira hipótese acontecerá quando os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarem seu curso processual normal, uma vez que ao realizar o julgamento, será aplicado a tese sacramentada pelo tribunal superior.

2.5 Técnicas de confronto entre precedentes

Para que o precedente seja adotado, se mostra necessários alguns fatores.

Dessa forma, Marinoni (2011) é preciso quando explica a teoria dos precedentes, como sendo a construção a partir de uma decisão que enfrenta todos os principais argumentos relacionados à questão de direito do caso concreto, além de necessitar de inúmeras decisões

para ser definitivamente delineado. O precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delineia, deixando-a cristalina.

Percebe-se, que o precedente nasce de um caso concreto e, para ser utilizado de parâmetro em outro caso, é necessário que haja a demonstração entre este e aquele. De igual modo, deverá ser levada a questão a norma jurídica sacramentada no precedente, o que é denominada de “*ratio decidendi*”, para que depois possa haver a comparação e uma eventual distinção entre os casos, que carrega o nome de “*distinguish*”.

Pierluigi Chiassoni apresenta as classificações fundamentais com relação à “*ratio decidendi*”, senão vejamos:

Na primeira classificação, *ratio decidendi* pode significar: a) a norma jurídica geral sobre a qual se funda a decisão do caso concreto (perspectiva normativa abstrata); b) a norma jurídica geral contextualizada, usada por um juiz para justificar a decisão de um caso concreto (perspectiva normativa concreta); c) elemento de argumentação criado pelo juiz para motivar a decisão.

Na segunda classificação, *ratio decidendi* pode ser: a) elemento da motivação que é necessário para a decisão de um caso; b) tese jurídica que é suficiente para a decisão de um caso concreto; c) argumentação necessária e suficiente para a decisão; d) norma que constitui, alternativamente, condição não necessária, mas suficiente, ou necessária, mas não suficiente de uma decisão; e) norma que o tribunal tem efetivamente estabelecido ou seguido; f) norma que o tribunal afirma expressamente ou acredita ter estabelecido ou seguido; g) norma tratada explícita ou implicitamente como necessária para a decisão do caso; h) norma que deve ser considerada pelo tribunal para que decida adequadamente a controvérsia; i) norma que, segundo um juiz sucessivo, deveria ter sido estabelecida pelo julgador anterior; j) norma que, segundo um juiz sucessivo, foi, de fato, estabelecida pelo julgador anterior; l) norma que, segundo um juiz sucessivo, deve ser considerada como estabelecida pelo julgador anterior. (CHIASSONI, 2004, p.109)

Para Pierluigi Chiassoni (2004), a *ratio decidendi* é a norma jurídica geral de uma decisão judicial, entendida como precedente.

À definição proposta por Pierluigi Chiassoni, podem ser acrescidos dois dados indicados por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, Rafael Oliveira e José Rogério Cruz e Tucci:

Primeiro, a *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos, a opção hermenêutica ou a tese jurídica que sustentam a solução de determinado caso concreto, sem os quais a norma individual não teria sido formulada daquela maneira. Segundo, a *ratio decidendi* é a norma jurídica geral, que construída por um órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto, pode servir como diretriz no julgamento de demandas semelhantes. (TUCCI, 2004, p.175-176).

Desde modo, do conceito que se extrai acima, fica evidente a dupla função exercida pela “*ratio decidendi*”.

Nesse sentido, Marcelo Alves Dias Souza, é claro:

Isso ocorre em duas hipóteses: quando o julgador aponta mais de uma razão de decidir como fundamento para a norma jurídica individual ou quando a decisão emana de órgão colegiado no bojo da qual existem votos com fundamentos distintos que conduziram à mesma norma jurídica individual. (SOUZA, 2011, p.138).

Desta feita, a “*ratio decidendi*” denominada de “*holding*” no direito norte americano, é o núcleo do precedente, seus fundamentos determinantes, sendo exatamente o que vincula.

E mais, conforme aduz Daniel Amorim (2016), o mais problemático é a classificação deste instituto, uma vez que o conceito da “*ratio decidendi*” não é tranquilo, mesmo em países de muito mais tradição em seu exame do que o Brasil, havendo estudo que aponta o incrível número de 74 formas de encontrar a “*ratio decidendi*”.

Noutro giro, a eficácia do precedente recai sobre a fundamentação, onde o magistrado irá apreciar e resolver as questões de fato e de direito que são postas à sua análise (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009).

Nesse sentido Fredie Didier Jr, é claro:

Embora a fundamentação não fique indiscutível pela coisa julgada [...] o “efeito vinculativo” que se busca retirar de um precedente judicial está relacionado à fundamentação da decisão paradigma; é o que foi decidido na fundamentação que poderá ser vinculativo para outras situações semelhantes; é a norma geral criada na fundamentação que poderá ser “sumulada”, e, portanto, aplicável a outras situações. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 297).

Patrícia Perrone Campos Mello acrescenta que “a eficácia transcendente da fundamentação, portanto, equivale à eficácia vinculante da norma jurídica geral extraída do precedente judicial.” (MELLO. 2012, p.80).

Portanto, esta técnica adotada e conceituada como “*ratio decidendi*”, é vista como sendo a regra sem a qual a decisão não seria mantida, ou seja, torna-se sempre imperioso estabelecer sua distinção diante de um caso concreto, para observar a vinculação ou não do precedente na decisão.

2.5.1 Do “*Distinguishing*”

Eleito a classificação fundamental da “*ratio decidendi*”, passa-se a analisar o conceito de “*distinguishing*”, nos ensinamentos de Fredir Didier:

Nessa linha, fala-se em *distinguishing* quando houver distinção entre o caso concreto em julgamento e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente (DIDIER JR., 2011. p. 402-403).

Nesse sentido, cumpre ressaltar que não há a possibilidade de analisar um precedente sem ao menos realizar, ou seja, utilizar um método de interpretação do mesmo. A priori, até em casos que se utiliza da aplicação das súmulas é necessário ser feita uma comparação para ser se a similitude entre o caso e o parâmetro que se assemelha.

Portanto, fala-se em *distinguishing* quando houver uma distinção entre o caso sub judice e o paradigma, ou seja, quando não há congruência entre os fatos decotados da questão de mérito e os quais serviram como tese jurídica constante do precedente, seja porque não exista uma aproximação entre os mesmos, impossibilitando a aplicação dos precedentes (DIDIER, 2011).

Deste feita, o magistrado percebendo que há distinção entre o caso em tela e o oriundo do precedente, pode restringi-lo, uma vez que existem peculiaridades que impossibilitam a aplicação da tese jurídica (*ratio decidendi*) sacramentada no precedente, tendo o juiz o direito de decidir livremente, ocorrendo neste caso, *restrictive distinguishing*.

Noutro giro, percebendo o magistrado diante do caso concreto que há similitude entre os casos anteriormente decididos, pode assim aplicar a hipótese em questão a solução conferida aos casos retos, por entender ser aplicável, havendo nesta hipótese o “*ampliative distinguishing*”.

Tais técnicas sepultam a ideia de que o magistrado diante de um sistema precedentes se torna um juiz boca de lei. Ao contrário, observa-se que o juiz só ficará inerte caso prefira não exercer a função de motivação, aplicando a lei sistematizadamente, o que infelizmente, vem acontecendo no Brasil, uma vez que o atual ordenamento se utilizou deste instituto para “acabar com a insegurança jurídica”, sem ao menos observar às técnicas de manejos dos precedentes.

Nesse sentido, posiciona-se Lenio Streck:

E já adianto um diagnóstico pessimista: conhecendo o Brasil, há grande chance dessa tese ser vencedora. Teremos um “sistema” de produção de teses abstratas e gerais – em uma imitação da pandectística (ou sua vulgata) – que, embora inconstitucional porque inverterá a disposição dos poderes no tocante à legitimidade de produção do direito, funcionalmente será aceita. E à doutrina restará ser caudatária das teses e dos precedentes. Ou das duas coisas. (STRECK, 2016, p.56).

Assim sendo, o juízo ao pretender uma superação do precedente, não se pode fazer valer de uma distinção inexistente para justificar a não aplicação do precedente obrigatório ao caso concreto, uma vez que é evidente que nesse caso o próprio sistema de precedentes será desvirtuado (NEVES, 2016).

2.6 Técnicas de superação dos precedentes

Analizado a técnica de confronto dos precedentes, necessário se faz pontuar algumas questões relacionadas à técnica de superação do mesmo. Existem basicamente dois institutos, sendo eles o “*overruling*” e “*overriding*”, que deverão ser observados como técnica de manejo dos precedentes.

Nesse sentido trazemos a lição de Didier, Braga e Oliveira “*Overruling*: A técnica de superação do precedente ocorre quando “um precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente”. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 409).

Com efeito, trazemos à baila o ensinamento de Celso Albuquerque Silva, com relação a classificação do *overriding*:

O *overriding*, por sua vez, também é técnica de superação do precedente, na qual a aplicação do precedente é restringida. Embora se relacione com a revogação parcial, tal técnica está muito mais próxima do *distinguishing*. Isso porque o *overriding* consiste na inaplicabilidade do precedente em razão de um novo

entendimento, e não exatamente em sua revogação. Assim, verificada uma nova situação, não envolvida no precedente, e um novo entendimento, a distinção ocorre por meio do *overriding*". (Ibid., p.346-348. Ensina Celso Albuquerque Silva: "Na teoria, o overriding nada mais seria do que um caso de uma revogação parcial de uma doutrina precedente geral, em virtude de uma norma especial superveniente que afastaria de forma limitada, através de uma distinção consistente o âmbito da aplicação da doutrina vinculante. [...] Na prática, porém, quando a corte revoga parcialmente uma doutrina precedente, frequentemente lida com os mesmos tipos de situações que estavam envolvidas nos precedentes. (SILVA, 2010, p.297).

Pois bem, conceituado os temas em questão, abordar-se-á sua aplicabilidade prática, senão vejamos.

O "*overruling*" ocorrerá quando houver uma superação total do precedente, o que é possível de acontecer, sendo esta a linha tênue que diferencia o precedente da "coisa julgada"⁶, uma vez que a mesma se torne indiscutível, podendo ser revista somente por ação rescisória. Já o precedente, por sua vez, pode ser revisto a qualquer momento, embora não acontece com periodicidade.

Nesse sentido, havendo a superação do precedente no caso concreto, é possível que se faça a revisão do mesmo, criando-se um novo precedente, através dos novos argumentos exauridos no caso em tela.

Noutro giro, o "*overruling*" ocorre para que haja uma carga maior na fundamentação da decisão, trazendo consigo argumentos que não foram enfrentados, bem como a necessidade de ultrapassar o precedente.

E mais, este instituto pode ser expresso, que será quando a Corte resolve adotar expressamente uma nova orientação, tornando-se a anterior obsoleta. Pode também ser tácito, que ocorre quando uma orientação adotada é utilizada em paralelo com anterior, o que se denomina "*implied overruling*". (DIDIER, 2011).

No ordenamento pátrio, ocorrerá somente o "*express overruling*", não se podendo falar em "*implied overruling*", uma vez que o primeiro se refere às súmulas vinculantes, observado o instituto da revisão ou do devido processo legal que rege a mesma, previsto no artigo 103 – A, §2º, do permissivo constitucional, regulamentado pela Lei 11.417/06.

Portanto, quando houver o "*overruling*" de um precedente que já está sacramentado, consolidado, são necessários analisar a possibilidade de sua superação, sob o prisma da boa-fé

⁶ A coisa julgada é qualidade dos efeitos da prestação jurisdicional entregue com o julgamento final da res in judicium deducta, tornando-os imutáveis entre as partes. Com a sentença definitiva não mais sujeita a reexames recursais, a res judicanda se transforma em res judicata, e a vontade concreta da lei, afirmada no julgado, dá ao imperativo jurídico, ali contido, a força e a autoridade de Lex specialis entre os sujeitos da lide que a decisão compôs. (MARQUES, 1999,p.343.)

objetiva⁷, pois a superação do mesmo não deve ter eficácia ex- tunc, para preservar o que já foi decidido.

Já com relação ao “*overriding*”, o mesmo aparece quando um tribunal apenas limita o âmbito de sua aplicação, um respeito a uma regra ou princípio legal, ou seja, poderá haver uma superação parcial, também denominada de derrogação.

Entretanto, não se pode confundir a forma de superação do precedente com o chamado “*reversal*”, pois este acontecerá somente na reforma do julgamento em grau recursal, sendo alterado pelo juiz ad quem o entendimento firmado pelo juiz primevo.

Neste sentido, traz-se o ensinamento de Tiago Asfor Rocha Lima:

Distingue o autor, ainda, o *overruling* do *reversal*. Neste caso, não há propriamente revogação do precedente, mas reforma pelo órgão *ad quem* da decisão prolatada pela instância inferior, a qual aplicou equivocadamente a ordem jurídica ao caso – hipótese que ocorre, no mais das vezes, para adequar o julgamento proferido pelo juízo de primeiro grau aos precedentes emanados pela corte revisora (LIMA, 2013, p. 209).

Dito isso, cumpre registrar, que ambas as técnicas analisadas impedem a fossilização do direito, mantendo-o sempre atualizado.

Portanto, percebe-se que de qualquer forma ou motivo da superação do precedente, somente o próprio tribunal que fixou a tese com eficácia vinculante é que tem competência para superar seu próprio entendimento, sem, entretanto, fazê-lo, ou mesmo se vinculando a tal sinalização, já que ela somente demonstra uma possibilidade de futura superação, que poderá nem vir a ocorrer (NEVES, 2016).

⁷ "A boa-fé guarda em si uma antiga e (hoje) notória distinção entre a chamada boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Aquela, considerada como a concepção na qual o sujeito ignora o caráter ilícito de seu ato, esta, um pouco mais exigente, considera-se como a que não protege o sujeito que opera em virtude de um erro ou de uma situação de ignorância o seu comportamento não é o mais adequado conforme a diligência socialmente exigível". (MARTINS. 2000,p. 16).

3 A HERMENEUTICA JURÍDICA E OS PRECEDENTES JUDICIAIS

Analisado a evolução histórica dos precedentes judiciais, bem como seus conceitos e métodos de aplicação, far-se-á necessário uma interpretação jurídica sob os pilares da hermenêutica jurídica, o que será exposto ao longo deste presente capítulo.

3.1 Uma Análise Da Teoria De Ronald Dworkin

Querer instituir um sistema de precedentes pelo qual uma decisão passada será utilizada para um caso presente ou futuro, exige-se muito cuidado e dedicação dos sujeitos do processo e dos intérpretes deste sistema.

É neste sentido, que se torna indispensável a interpretação da “teoria da integridade”⁸ de Ronald Dworkin, como um modelo a ser estudado para a prática da decisão judicial, ou seja, o método como os juízes interpretam a decisão e os casos jurídicos a eles submetidos, de modo a condensar a estrutura de sua teoria em uma esfera específica de aplicação (PEREIRA, 2007).

E mais, Dworkin procura, com a ideia de integridade, atingir simultaneamente dois propósitos importantes: moldar a atitude do intérprete de maneira a excluir o recurso à discricionariedade e propor uma forma de legitimar a decisão judicial considerando devidamente os princípios legais, morais e políticos - na terminologia por ele empregada, princípios relativos à “justiça”, à “equidade” e ao “devido processo legal”.

Sobre as vantagens da integridade para a sociedade que a considera uma virtude política, Rodolfo Viana Pereira ao citar Dworkin⁹ defende o seguinte:

Uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido de que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. Este não é o único argumento em favor da integridade, ou a única consequência de reconhecê-la que poderia ser valorizada pelos cidadãos. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo. (PEREIRA, 2007, p.136)

Por mais que não a consideremos como um ideal político, a integridade na visão de Dworkin faz parte da nossa moral política coletiva que a comunidade como um todo, e não apenas as autoridades, individualmente consideradas, devam atuar de acordo com “princípios” (PEREIRA, 2007).

⁸ Os juízes devem impor apenas convicções políticas que acreditam, de boafé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade. Naturalmente, os juristas podem, razoavelmente, discordar sobre quando essa condição é satisfeita, e convicções muito diferentes, até mesmo contraditórias podem passar pelo teste. Mas algumas não. Um juiz que aceita esse limite e cujas convicções são marxistas ou anarquistas, ou tiradas de alguma convicção religiosa excêntrica, não pode impor essas convicções à comunidade com o título de Direito, por mais nobres ou iluminadas que acredite que sejam, pois elas não se podem prestar à interpretação geral coerente de que ele necessita (DWORKIN, 2005, p. IX).

⁹ DWORKIN, 2007, p.227.

E é neste sentido, que se percebe que este trabalho de “construção do direito” frente ao caso concreto, não pertence somente ao magistrado, uma vez que deve ser feito em contraditório com ambas as partes.

Desta forma, Dierli Nunes e Alexandre Bahia são claros ao citarem Ronald Dworkin¹⁰:

Se estamos em uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2007), o direito não é apenas um conjunto de decisões (legislativas e/ou judiciais) tomadas no passado (sistema de regras); ao contrário, se concebemos o Direito como um sistema principiológico, permitimos que o sistema possa “expandir-se e contrair-se organicamente (...), sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito” (NUNES *et* BAHIA, Formação e Aplicação do Direito Jurisprudencial: Alguns Dilemas.).

Portanto, a idade de integralidade em Dworkin, exige que o julgador deva tomar as normas e princípios como se eles compusessem um conjunto coerente de princípios, ou seja, mesmo a fonte normativa, não pode ser um dado acabado, mas uma reconstrução a ser levada a cabo pelas partes e o juiz. (NUNES *et* BAHIA, 2013).

Nesse sentido, Rodolfo Viana Pereira é claro:

O ponto central é a ideia de integridade que se baseia em dois pressupostos vinculados: em primeiro lugar, a pressuposição de que a comunidade política está fundada no assentimento a princípios de convivência em comum e, em segundo lugar, que o Direito se faz a partir da reconstrução interpretativa das fontes normativas à luz de tal amálgama de princípio. (PEREIRA, 2007, p. 137).

E acrescenta ao citar Ronald Dworkin¹¹:

Dworkin afirma que uma verdadeira sociedade política existe a partir do reconhecimento de determinados princípios em comum, atinentes a concepções compartilhadas de justiça, equidade e justo processo legal; princípios compartilhados de justiça, equidade e justo processo legal; princípio esses retores da política e do Direito. Recusa, portanto, todas as demais ideias correntes que visam definir diferentemente o modo de ser próprio da comunidade sociopolítica, notadamente as que se fundamentam na imperatividade natural do fato associativo ou na pressuposição de uma negociação contratual, estabelecadora de regras estritas pertinentes aos interesses (geralmente antagônicos) em jogo. (VIANA, 2007, p.138).

Prossegue o autor¹²:

O modelo de princípios satisfaz todas as nossas condições, pelo menos, pelo menos tão bem quanto qualquer modelo poderia fazê-lo numa sociedade moralmente pluralista. Torna específicas as responsabilidades da cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular (...). Faz com que essas responsabilidades sejam inteiramente pessoais: exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou o pior; que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total. (...) sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa. (VIANA, 2007, p.139).

Desta feita, tal entendimento filia-se a tematização do fenômeno jurídico e da própria filosofia do Direito, uma vez que o referido ramo não se reduz as regras estritas, mas se compõe

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.229.

¹¹ DWORKIN, 2007, p.225.

¹² DWORKIN 2007, p.256.

também de princípios advindos deste modo de ser próprio da comunidade política e que se repousa em especial na Constituição da República.

Neste sentido Rodolfo Viana Pereira é claro ao citar Ronald Dworkin¹³:

A exigência de integridade e coerência no julgamento importa considerar o Direito como um todo e não como uma séria desconexa de decisões que possam ser tomadas de modo desvinculado, para com isso requerer que nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios. (VIANA, 2007, p.154-155).

O direito aplicável será, pois, resultado não de uma observação míope de regras restritas a reduzidas hipóteses de incidência, nem de uma utilização frouxa de seus preceitos tendente a prejudicar a segurança jurídica em prol de uma diferida e questionável promessa de bem-estar, mas fruto de uma concepção que presta deferência a segurança jurídica e, lado outro, consagra sua legitimidade.

Nesse sentido, posiciona Maurício Ramires:

Essa, pois, é a falácia da desintegração. No rochedo do outro lado está a falácia da hiperintegração, que devora quem esquece que o todo não é a unidade. O todo da prática é formado de partes distintas, que cobram a sua diferenciação. Há hiperintegração na interpretação quando os fatos de um caso com algumas especificidade e restrição acabam se tornando um parâmetro geral para casos subsequentes que não guardam suficientes padrões de identificação com ele. É como se uma decisão singular inaugurasse uma nova afinação da orquestra, e todo o restante da prática jurídica se modulasse por ele, de forma nem sempre pertinente. (RAMIRES, 2016, p.109).

É assim que uma decisão judicial deve ser sempre um encontro dialético dos pré-juízos do intérprete com a tradição e a alteridade.

Lênio Streck é claro ao citar Ronald Dworkin¹⁴:

No sentido de que se deve evitar a armadilha – em que têm caído tantos professores de direito – da opinião falaciosa de que, como não existem nenhuma fórmula para distinguir boas e más decisões e como juristas e juízes certamente divergirão em um dado caso complexo, nenhum argumento é melhor do que o outro, o que faz do raciocínio jurídico uma perda de tempo. (STRECK, 2006, p.157-158).

A importância fundamental é que, com essa noção de coerência, Dworkin afasta-se da concepção de princípios como mandados de otimização, associados a uma natureza gradual, mas reafirma a natureza destes como mandados deontológicos, ou seja, dotados de uma natureza binária: aplicam-se ou não ao caso concreto, inexistindo qualquer relação de hierarquia – de preferência condicionada – entre eles.

Rodolfo Viana Pereira é claro neste sentido:

Para Dworkin, as regras aplicam-se de maneira disjuntiva (“ou tudo ou nada”) e, portanto, regulam a própria hipótese de sua aplicação, ao passo que os princípios, ao contrário, não podem estabelecer as suas condições de aplicabilidade, eis que enunciam apenas uma razão em determinada direção, sem exigir uma decisão concreta. (PEREIRA, 2007, p. 156).

¹³ DWORKIN, 2007, p. 203- 261.

¹⁴ DWORKIN, 2003, p.203 e segs.

Noutro giro, a função do operador do Direito é examinar, dentre outras tantas fontes normativas que regem o caso em banda, para que haja uma estrutura correta em que se alinhe as regras e princípios jurídicos de modo a apresentar um modelo ideal de comunidade política, com o intuito de fazer justiça.

Na mesma linha, Rodolfo Viana ao citar Friedrich Muller¹⁵, estabelece o que é norma, senão vejamos:

A norma não se identifica com o texto do preceito jurídico, mas é o resultado de um processo de concretização, metodologicamente estruturado, em que atuam outros elementos definidores da normatividade, notadamente, as circunstâncias fáticas relacionadas ao caso concreto. (PEREIRA, 2007, p.166).

Portanto, pode-se concluir que Dworkin ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição do julgador um leque de possibilidades para a elaboração de respostas coerentes com o direito positivo, fato que, de certa forma, amplia a discricionariedade do magistrado em harmonizar sua decisão com o conjunto fático e probatório existente a luz do caso concreto.

3.2 Interpretação do “texto jurídico” a luz do “sistema hermenêutico”

Analisado a teoria de Ronald Dworkin, far-se-á necessário uma compreensão acerca do modo interpretativo vigente no cotidiano dos juristas, o que será exposto ao longo do presente capítulo.

Assim, Aníbal Bruno, ressalta que “interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido, sendo que, quando a lei é clara (*in claris non fit* interpretativo), a interpretação é instantânea”. (BRUNO, 1967, p. 198).

Na mesma linha, Paulo Nader, entende que “interpretar a lei é fixar o sentido de uma norma e descobrir a sua finalidade, pondo a descoberto os valores consagrados pelo legislador. (NADER, 1995, p.306).

Já para Cruz ao citar Dworkin¹⁶:

As formas de interpretação podem ser classificadas em três espécies: a conversacional, a científica e a criativa. De acordo com a primeira, para se descobrir o significado do que outra pessoa disse, é indispensável a análise dos sons ou de signos gráficos que ela faz. Tal espécie é intencional, no sentido de que o intérprete se esforça para desvendar os motivos e as intenções do orador. A segunda se voltaria para a descrição do princípio da causalidade nos eventos naturais. Já a interpretação criativa se propõe à análise de um objeto, não sendo adstrita à elucidação da vontade do autor do objeto interpretado, mas deve ela mesma pôr em prática uma intenção, qual seja, a do intérprete. (CRUZ, 2003, p. 29).

Na mesma linha:

Nos diz que a interpretação criativa de Dworkin se aproximaria do conceito de fusão de horizontes de Hans-Georg Gadamer. Segundo Gadamer, o significado de um texto resulta de uma experiência dialógica que ocorre quando o horizonte de significados e

¹⁵ MULLER. 1996.

¹⁶ DWORKIN, 1996, p.29

suposições históricas no intérprete se funde com o horizonte dentro do qual o próprio texto está situado, chegando a uma compreensão do texto situado na compreensão do intérprete. Isso quer dizer que, no redespertar do sentido do texto já se encontram sempre implicados os pensamentos próprios do intérprete, de modo que o próprio horizonte do intérprete é determinante na compreensão do texto. Compreender é um processo onde o intérprete se incluem e onde ocorre essa fusão de horizontes, sendo esse compreender e interpretar um processo produtivo. (CRUZ, 2003, p. 30).

Nesse sentido, é possível perceber a busca do verdadeiro sentido da norma e na revelação que deve ser feita pelo intérprete, a presença da dicotomia sujeito- objeto, em que a linguagem é um “*tertius*” apto a buscar a “verdades silentes”. (STRECK, 2011).

O Ministro Barroso é claro neste sentido, *in verbis*:

Ponta que na dogmática contemporânea não há cisão entre interpretação e aplicação, pois a atribuição de sentidos se faz em conexão com os fatos relevantes e a realidade subjacente, de modo que a norma jurídica não é o objeto da interpretação, mas seu produto final. Tratando da interpretação constitucional, o autor expõe que o intérprete desempenha uma atuação criativa, que o intérprete, em alguns casos (*hard cases*), tem papel de destaque, pois sua pré-compreensão do mundo, do Direito e da realidade imediata irá afetar o modo como ele irá apreender os valores da comunidade e solucionar o caso. (BARROSO, 2009, p. 270-287).

E acrescenta:

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, nem sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incida. (BARROSO, 2009, p. 307).

Desta feita, é evidente que nos dias atuais o papel do sistema normativo sofreu uma enorme mudança, uma vez que o problema a ser resolvido é do interprete, pois, a norma não mais se confunde com o texto legislativo, sendo a conclusão construída frente aos fatos narrados no caso, ficando sujeito a interpretação e apreciação do intérprete da norma, o que supera a visão mecanicista fruto do positivismo.

Tal concepção ainda é dominante na doutrina brasileira.

Não discordante é a posição de José Eduardo Soares de Melo, que sustenta que “todo e qualquer aplicador do Direito deve sempre, descobrir o real sentido da regra jurídica, apreender o seu significado e extensão”. (MELO, 1994, p.161).

Embora chame a atenção para o fato de que o “juiz julga segundo a lei, não julga a lei” (STRECK, 2011), Ronaldo Poletti é claro neste sentido:

Rende-se para a relevante circunstância de que, por mais que o jurista busque a expressão clara de uma linguagem precisa e que o formulador da norma a manifeste de forma escoreita, sempre haverá dúvidas e necessidades de interpretar, até porque o direito é um conjunto integrado de normas e de institutos. Não prescindem eles de uma interpretação, como já foi o dito, para sua aplicação. Na verdade, o direito é também uma arte e os juristas são artistas que o interpretam. (POLETTI, 1994, p. 287 e segs).

Desta forma, apesar das críticas doutrinárias que podem ser feitas a esta interpretação hermenêutica, tem-se observado que a interpretação de um texto é sempre necessária, rejeitando

a tese da “interpretação conforme a hermenêutica” ao vetusto brocardo “*in claris cessat interpretatio*”.

No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira, diz que:

Toda lei está sujeita a interpretação. Toda norma jurídica tem de ser interpretada, porque o direito objetivo, qualquer que seja a sua roupagem exterior, exige que seja entendido para ser aplicado, e neste entendimento vem consignada a sua interpretação. (PEREIRA, 1961, p.148).

Mas é um erro vulgar pensar que os pré-juízos- assim como a afirmação de que “o intérprete sempre atribui sentido ao texto” – habilitem alguém a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, a partir de suas opiniões e preferências pessoais. A consciência do intérprete não é dona do que chega a ele. A compreensão se dá quando algo interpela o intérprete: utilizar uma oportunidade de fala apenas para reproduzir uma impressão pessoal não é compreender o caso posto em exame. Compreender exige um horizonte, e alcançar um horizonte requer esforço pessoal, para impedir uma assimilação precipitada por uma expectativa de sentido (RAMIRES, 2012).

Neste sentido, Maurício Ramires é claro ao citar Gadamer¹⁷:

Existe uma tensão evidente entre os textos e os “preceitos que trazemos conosco”. Diz Gadamer que “A tarefa hermenêutica consiste em não dissimular essa tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente. Isso implica a suspensão da validade dos pré-juízos, provocando-os. Este é o momento do encontro com a tradição, e, pois, com a alteridade. Esta é a condição hermenêutica suprema”. (RAMIRES, 2012, p.96).

Assim, há um ponto de contato fundamental entre Gadamer e Dworkin no que se refere à necessidade de integração do direito, preocupação que é compartilhada também por Stribe e por Streck. (RAMIRES, 2012).

Deste modo, a hermenêutica é um poderoso remédio contra teorias que pretendam reivindicar um protagonismo “solipsista” do Poder Judiciário. (STRECK. 2011).

A propósito leciona Maurício Ramires:

Os tempos, entretanto, são outros. O descrédito em que caiu qualquer tipo de pré-juízo derivado da autoridade, tornando universal e radical, acaba se tornando um empecilho para a realização da Constituição. A reabilitação do valor da autoridade é tarefa urgente. E ela começa pela constatação de que essa “liberdade” postulada pelo subjetivismo é, na verdade, uma impossibilidade. (RAMIRES, 2012, p. 101).

Assim, a construção do direito coerentemente aplicável ao caso, nasce a luz do procedimento argumentativo e racionalmente controlável, uma vez que não se identifica apenas como simples forma de aplicação, mas como processo de argumentação, conforme Dworkin já defendia.

Portanto, é preciso dizer que essa obrigação de oferecer os motivos da interpretação – explicitando o compreendido- não é atendida a partir do momento em que se consegue colocar

¹⁷ GADAMER, 2004, p. 390 e segs.

o sentido ventilado na decisão, no contexto da história institucional do direito, mas sim quando o interprete analisa o caso concreto e profere seu pré-juízo em razão do que foi analisado.

4 ANÁLISE CRÍTICA AO SISTEMA DE PRECEDENTE FRENTE A TEORIA DA INTEGRIDADE DO DIREITO

Querer instituir um sistema pelo qual uma decisão passada será utilizada para um caso presente exige muito cuidado e dedicação dos sujeitos do processo e dos intérpretes do sistema. A reivindicação de um caso necessita discussão sobre a “*ratio decidendi*” levantada por quem cita o precedente – tendo em conta que a mera citação de uma Ementa (ou de um Enunciado de Súmula) não constitui trabalhar com casos. Há que se fazer uma reconstrução dos fatos e fundamentos do caso passado comparando-o com o presente para perceber se é coerente (Dworkin) aplicar-se o entendimento anterior.

Esse trabalho não pertence ao juiz isoladamente, mas deve ser feito em contraditório com as partes. “Precedentes judiciais” são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação”. (BUSTAMENTE, 2012, p.259).

Assim, quando se diz que o juiz tem uma obrigação de respeitar a integridade e a coerência do direito, não significa que ele deve ser “boca da jurisprudência”. Menos ainda se quer dizer que lhe bastará, para resolver um caso, repetir ementas e trechos de julgados anteriores, como se só lhe fosse exigido seguir uma “corrente jurisprudencial”. A integridade não traz semelhantes facilidade e, ao contrário, traduz-se em ônus adicional. (RAMIRES, 2012).

Nesse sentido, leciona Maurício Ramires:

Para começar, o respeito a integridade do direito impede o juiz de colar precedentes isolados em sua fundamentação, baseando-se unicamente neles para a solução do caso. A pesquisa pelos precedentes deve dar ao juiz um quadro da totalidade da prática jurídica estabelecida até então. O intérprete não pode se contentar com o que os julgadores pretéritos disseram, mas com o que eles fizeram coletivamente. “Fitting what judges did is more importante than fitting what they said”, diz Dworkin. É a obra coletiva de que forma a tradição, com a qual o intérprete está obrigado a lidar e dialogar. (RAMIRES, 2012, p.104-105).

Isso quer dizer que, de um lado, uma decisão judicial deve ser coerente com o todo da prática jurídica, porque o direito rejeita os casuísmos típicos da política. Mas, de outro lado, as distinções e particularidades dos casos exigem respostas individualizadas.

Assim, pensar que o uso de súmulas e similares poupará o julgador do trabalho hermenêutico é tão inocente quanto a crença dos exegetas de que a lei, sendo geral e abstrata e uma vez positivada num texto, proporcionaria igual sucesso.

A propósito, destaca Thomas Bustamante, *in verbis*:

Do que adiantam súmulas, repercussão geral, etc. se os Tribunais, principalmente os Superiores (que têm na estabilização de interpretação do Direito uma de suas principais funções), não observarem, em inúmeras situações, a necessidade de coerência e, portanto, de “universalizabilidade” de suas decisões (BUSTAMANTE, 2012. p. 268).

Neste sentido é a lição de Edward Re:

Em sentido semelhante, Edward Re toma como natural a ideia de que essa ação do juiz significa contribuir para o desenvolvimento de um direito que jamais se toma como uma “decisão do passado” (como talvez alguns pensem, ao julgarem a prática do *stare decisis*), mas que está sempre em construção. (RE, 1994, p. 8).

Dessa forma, cada parte pode pleitear diferentes pretensões, baseadas em normas que o magistrado analisará, a partir do contraditório formado, de modo a observar se elas são aplicáveis “em tese” (*prima facie*) ao caso, procedimento que denomina de “discurso de justificação”, que se torna um método de eliminar, por exemplo, normas inconstitucionais ou precedentes não aplicáveis ao caso concreto. (GÜNTHER, 2000).

Esse fato, entretanto, não pode ser entendido como uma proibição de interpretar ou, tampouco, como uma tentativa de tornar o Poder Judiciário um “poder menor”. Na verdade, se trata exatamente do contrário, uma vez que a hermenêutica jurídica possibilita aos participantes, meios para questionar a motivação das decisões de modo a gerar, nessas mesmas motivações, um grau muito mais elevado de discussão acerca do tema tratado. (STRECK; 2016).

O trabalho com precedentes, de um lado, possibilita o reaproveitamento de razões já testadas e aplicadas no passado. De outro, envolve um trabalho árduo de reconstrução de qual “*ratio decidendi*” está ali presente se a mesma é relevante para o caso atual. Esse trabalho é ainda maior quando se trata de querer aplicar um enunciado de súmula, pois o mesmo só pode fazer sentido se repassados os casos que lhe deram origem, para, aí, então, comparar-se com o caso a ser julgado (NUNES *et* BAHIA, 2013).

Assim sendo, a ideia de uma interpretação constitutiva¹⁸ do direito, como referência a Dworkin, são fatores que se tornam extremamente importante para que as Cortes possam lidar com a aplicação do Direito dentro do sistema dos precedentes.

Portanto, os magistrados deveram individualizar os casos concretos, fazendo sua análise de forma pormenorizada, para então utilizar desse instituto, e não sua aplicação de forma sistêmica, ignorando as peculiaridades.

E mais, se um caso foi decidido como foi, ele o foi por alguma razão, e esta razão tem história: tem proveniência e projeção. Se essa mesma razão recomendar uma solução

¹⁸ Dworkin acredita que toda interpretação do direito é uma interpretação construtivista, no sentido de permitir uma atuação “criativa dos juízes” para decidir os casos concretos como forma de atualização do próprio ordenamento, não poderá desconsiderar as regras o ordenamento em si e nem as interpretações que os outros juízes deram a casos semelhantes, sob pena de a “obra” apresentar-se fragmentada, ou seja, sem coerência: “Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. DWORKIN, 2005. p. 237-238.

semelhante em um caso futuro, a decisão anterior será um indício formal da resposta ao novo caso. (RAMIRES, 2012).

Nesse sentido, Maurício Ramires ao citar Ronald Dworkin¹⁹ preleciona que:

As práticas de precedentes não supõem que as rationales que recomendam decisões judiciais possam ser servidas em pedacinhos dessa maneira. Se é reconhecido que um precedente em particular é justificado por uma razão particular, se aquela razão também recomendaria um resultado particular no caso em exame; se a decisão anterior não foi rejeitada como errada ou, de alguma outra maneira, tida como matéria de arrependimento institucional; então aquela decisão deve ser obtida no caso posterior (RAMIRES, 2012, p.94).

Desta feita, é evidente que o fundamento hermenêutico de uma teoria de precedentes inicia justamente no seu papel de salvaguarda da tradição, da coerência e da integralidade do direito, a despeito das tentativas de fragmentação e dos casuísmos. (RAMIRES, 2012).

Neste contexto, fica claro a tentativa de valorização deste instituto, como forma de solucionar casos semelhantes, ignorando a possibilidade de as Cortes terem seu entendimento já superado, porém ainda aplicado.

Ademais, o que se tem em mente é que após os avanços da ciência jurídica, não se pode admitir que o Judiciário se feche, de forma que apenas julgue singularmente e consequentemente crie uma maneira de exterminar demandas idênticas.

Segundo a melhor doutrina, Lenio Streck:

Corremos sério risco de arruinar o Estado do Direito pela institucionalização jurisprudencial de um realismo jurídico “à brasileira”, *dedicado a proclamar a verdade de proposições jurídicas pela mera referência ao fato de terem sido proferidas por órgãos do Poder Judiciário* (“O direito é aquilo que os Tribunais dizem que o direito é”), e não à luz de normas jurídicas previamente elaboradas pelo Poder Legislativo. (STRECK, 2016)

E mais, a ideia central dos precedentes é manter de forma estável a jurisprudência dos tribunais superiores, e não nos tornar um escravo deste instituto, seguindo a ferro e fogo o entendimento, ora predominante.

A propósito, Maurício Ramires é claro do citar Ronald Dworkin²⁰:

Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos juízes de estilos e filosofias judiciais e políticos diferentes, em períodos nos quais as ortodoxias procedimentais e as convenções judiciais eram diversas. Cada juiz deve considerar-se, ao decidir o novo casos diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é sua função continuar essa história no futuro por meio do que faz agora. Ele deve interpretar o que acontecer antes porque tem a responsabilidade de avançar o empreendimento que tem em mãos, ao invés de guinar em uma nova direção apenas sua. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então. (RAMIRES, 2012, p.99).

¹⁹ DWORKIN, 2007, p.115.

²⁰ DWORKIN, 2007, p.159.

Portanto, juiz não constrói leis, não produz direito, e nem mesmo o STF ou o STJ produzem. Mas isso não significa dizer que os juízes ou tribunais não realizem ato de interpretação na aplicação do Direito.

Neste sentido, posiciona Maurício Ramires ao citar Ronald Dworkin:

O direito só poderá ter pretensão á integridade quando for reconhecido pelos juristas a autoridade do legado da tradição. É um legado que não cobra obediência, mas diálogo. Exige, sim, a abertura para a possibilidade de que o outro tenha uma visão mais acertada. A tradição pode ser uma fonte de pré-juízos autênticos. (RAMIRES, 2012, p.102).

E continua Maurício Ramires ao citar Clarendon Press²¹:

É assim que, para reconhecer padrões de identificação entre casos, o intérprete não pode se fiar em métodos ou técnicas: ele se vale da estrutura da linguagem. No mundo jurídica, ninguém confunde carros e cães, nem as responsabilidades de quem passeia com um cachorro com as de quem dirige um automóvel. O intérprete está já-sempre em um mundo que faz essas equiparações e distinções, que nunca poderão ser exaustivamente determinadas, como se existissem sentidos pré-dados que simplesmente as acoplassem a cada nova hipótese. (RAMIRES, 2012, p.77-78).

Em sendo assim, a compreensão e a explicitação do sentido de um texto exigem uma compreensão anterior. Um precedente, como lei, é um texto jurídico que não contém normas, que lhe possam ser extraídas. O precedente, como precedente, é inacessível: ele não carrega, por si mesmo, todas as suas hipóteses de aplicação (RAMIRES, 2012).

Desta forma, os precedentes vêm ao auxílio do intérprete, por isso é que o devem se ver livres das conceitualizações, dos abstracionismos, dos voluntarianismos e dos mecanismos de eficientização, fenômenos estes estranhos a “teoria da integridade” de Ronald Dworkin.

²¹ CLARENDON PRESS, 1994, p. 135.

5 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, buscou-se analisar os principais pontos em relação ao sistema dos precedentes, em especial a forma com que são aplicados no ordenamento jurídico brasileiro. Como se pode notar, estamos muito longe de perceber a verdadeira importância do Direito Jurisprudencial em nosso país.

E o que mais preocupa é que muitos daqueles que se encontram ligados á tendência de padronização decisória se seduzam com o argumento simplista de que “isso resolverá” o problema da litigiosidade repetitiva entre nós, sem que antes se problematize e se consolidem fundamentos consistentes de uma teoria de aplicação dos precedentes adequadas ao direito brasileiro.

E isso torna a tarefa de todos os envolvidos mais séria, especialmente quando se percebe toda a potencialidade e importância que o processo e a Jurisdição, constitucionalizados em bases normativas consistentes, vêm auferindo ao longo desses 29 anos pós – Constituição de 1988.

Portanto, não se pode reduzir o discurso do Direito Jurisprudencial a uma pauta de isonomia forçada a qualquer custo para geração de uma eficiência quantitativa, uma vez que como se afirmou ao longo do presente trabalho, precedente são princípios da discussão e aplicação do direito, ou seja, eles não podem ser formados com superficialidade e aplicados mecanicamente, como já previa Ronald Dworkin.

Desta feita, o intuito do referido trabalho foi no sentido de mostrar que o intérprete necessita aplicar o contraditório como garantia de influência e processo constitucional na formação dos precedentes, pois o nascedouro do mesmo seria a partir da “argumentação” entre as partes, uma vez que nenhum sistema consegue prever todas as hipóteses de precedentes.

E, por fim, a de se perceber que a “teoria da integridade” da Ronald Dworkin, traz de forma brilhante a correta técnica de aplicação deste instituto, ora comentado ao longo do presente trabalho, uma vez que Dworkin ressalta que o precedente tem que ser criado em comboio com as partes, fruto da “linguagem” estabelecida entre as partes.

REFERÊNCIAS

Archives De Philosophie Du Droit, Paris, Tome 37, P. 269-312, 1992.

Auto Equity Sales, Inc. V. **Superior Court**, [57 Cal. 2d. 450](#), 1962.

BARBOZA, Estefânia Maria De Queiroz. **Precedentes Judiciais E Segurança Jurídica: Fundamentos E Possibilidades Para A Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos E Filosóficos Do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Disponível Em: <[Http://Www.Amprs.Com.Br/Public/Arquivos/Revista_Artigo/Arquivo_1274904418.Pdf](http://Www.Amprs.Com.Br/Public/Arquivos/Revista_Artigo/Arquivo_1274904418.Pdf)> Acesso Em: 02.Out. 2017.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso De Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais E A Construção Do Novo Modelo**. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 2015.

Brasil. Constituição (1988). **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Brasília, Df: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. P.292.

BRUNO, Anibal, **Direito Penal**. Tomo I.3. Ed. Rio De Janeiro: Forense, 1967, P. 198

BUSTAMANTE, Thomas Da Rosa De. **Teoria Do Precedente Judicial: A Justificação E A Aplicação**

BUSTAMANTE, Thomas Da Rosa De. **Teoria Do Precedente Judicial: A Justificação E A Aplicação De Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas, **Lições De Direito Processual Civil**. V. 3. 15. Ed. Rev. E Atual., Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro De; Gonçalves, Eduardo Da Silva. **A Aplicação Da Common Law No Brasil: Diferenças E Afinidades**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, Xv, N. 100, Maio 2012. Disponível Em: <[Http://Www.Ambito-Juridico.Com.Br/Site/?N_Link=Revista_Artigos_Leitura&Artigo_Id=11647](http://Www.Ambito-Juridico.Com.Br/Site/?N_Link=Revista_Artigos_Leitura&Artigo_Id=11647)>. Acesso Em Out 2017.

CAVALCANTI, José Paulo. **Interpretação E Clareza Da Lei**, Recife: Editora Fasa, 1995, P.6

CHIASSONI, Pierluigi. **Il Precedente Giudiziale: Tre Esercizi Di Disincanto**. Disponível Em [Http://Www.Giuri.Unige.It/Intro/Dipist/Digita/Filo/Testi/Analisi_2004/07chiassoni.Pdf](http://Www.Giuri.Unige.It/Intro/Dipist/Digita/Filo/Testi/Analisi_2004/07chiassoni.Pdf)> Acesso Em 16.Out.2017.

CRUZ, Álvaro Ricardo De Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JR, Fredie. **Curso De Direito Processual Civil: Teoria De Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada E Antecipação Dos Efeitos Da Tutela**. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga E Rafael Alexandre De Oliveira – 10 Ed. Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015, p. 441.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso De Direito Processual Civil**. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013, P.438.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Editorial 49, 23/09/2008. Disponível Em: . Acesso Em 05. Out. 2017.

DINIZ, Maria Helena, **Compendio De Introdução A Ciencia Do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1993, P. 384 E Segs.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio De Introdução À Ciência Do Direito**. 20.Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 283

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução Ao Estudo Do Direito – Técnica, Decisão E Dominação**. 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008. (Cap. 6.1 E 6.2)

GRECO, Leonardo. **Instituições De Processo Civil**, V. I. Rio De Janeiro: Forense, 2010, P. 3.

GÜNTHER, Klaus. **Justification Et Application Universalistes De La Norme En Droit Et En Morale**.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. P.252.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Civis No Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACÊDO, Lucas Buril De. **Precedentes Judiciais E O Direito Processual Civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2.Ed. Rev. E Atual. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2011.P.27.

MARQUES, José Frederico. **Instituições De Direito Processual Civil**. Campinas: Milenium, 1999, P. 343.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé No Direito Privado: Sistema E Tópica No Processo Obrigacional**. 1. Ed. São Paulo : Revista Dos Tribunais, 2000.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O Desenvolvimento Judicial Do Direito No [Constitucionalismo](#) Contemporâneo**. Rio De Janeiro: Renovar, 2008.

MELO, José Eduardo Soares. **Interpretação E Integração Da Legislação Tributária**. São Paulo, Saraiva, 1994, P.161

NADER, Paulo. **Introdução Ao Estudo Do Direito**. 12 Ed. Rio De Janeiro: Forense,1995.

NADER, Paulo. **Introdução Ao Estudo Do Direito**. 12ed. Rio De Janeiro: Forense, 1995, P.306

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código De Processo Civil - Lei 13105/2015**. 2. Ed. Rio De Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes Vinculantes No Direito Comparado E Brasileiro**. 2ª Ed., Rev. Ampl. E Atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p.34.

NUNES, Dierle; Lacerda, Rafaela; Miranda, Newton Rodrigues. **O Uso Do Precedente Judicial Na Prática Judiciária Brasileira: Uma Perspectiva Crítica.** Rev. Fac. Direito Ufmg, Belo Horizonte, N. 62, P. 179-208, Jan/Jun 2013.

PEREIRA, Caio Mario Da Silva, **Instituição De Direito Civil**, Vol. I Rio De Janeiro, Editora Forense, 1961, P.148.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica E Constitucional.** Belo Horizonte. Del Rey. 2007.

POLETTI, Ronaldo, **Introdução Ao Direito.** 2 Ed. São Paulo, Saraiva, 1994, P.287 E Segs.

RAMIRES, Maurício. **Crítica À Aplicação De Precedentes No Direito Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria Do Advogado Editora, 2010.

RAMIRES, Maurício. **Crítica À Aplicação De Precedentes No Direito Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2010, P.68.

RE, Edward D. **Stare Decisis.** Revista Dos Tribunais, São Paulo, Ano 83, V. 702, Abril 1994, P. 7-13.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares De Direito.** 27.Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 140.

Rev. Tst, Brasília, Vol. 79, No 2, Abr/Jun 2013 Dierli Nunes E Alexandre Bahia.

SILVA, Celso Albuquerque. **Do Efeito Vinculante: Sua Legitimação E Aplicação.** Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2010, P.297.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do Precedente Judicial À Súmula Vinculante.** Curitiba: Juruá, 2006, p.39.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O Que É Isto – O Precedente Judicial E As Súmulas Vinculantes?** 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2014.

STRECK, LENIO. **Hermenêutica Jurídica E (M) Crise, Uma Exploração Hermenêutica Da Construção Do Direito.** 10 Ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2011.

STRECK. Lenio . **Hermeutica Jurídica E (M) Crise, Uma Exploração Hermenêutica Da Construção Do Direito.** 10 Ed. Livraria Do Advogado. 2016. P 297

STRECK. Lenio. Conjur. Senso Incomum. **Crítica Aos Sistema Dos Precedentes.** Disponível Em <Www.Conjur.Com.Br/DI/Anexo-Senso-Incomum.Pdf> Acesso Em: 16 De Out. De 2017.

STRECK. Lenio. Conjur. Senso Incomum. **Por Que Commonlistas Brasileiros Querem Proibir Juízes De Interpretar?** Disponível Em <Www.Conjur.Com.Br/2016-Set-22/Senso-Incomum-Commonlistas-Brasileiros-Proibir-Juizes-Interpretar> Acesso Em: 26 De Set. De 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz E. **Precedente Judicial Como Fonte Do Direito.** São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz. **A Motivação Da Sentença No Processo Civil.** São Paulo. Saraiva, 1987, P.123.

VAZ, V. A.; CAMPOS, A. de. F. C.; RIBEIRO, R. C. R.; FREITAS, R. G. S. **Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos**. 6. ed. Formiga: Ed do UNIFOR-MG. 2016.
Vieira, Andréia Costa. Civil Law E Common Law: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007, p.270.

VOLPE .Camargo, Luiz Henrique. **A Força Dos Precedentes No Moderno Processo Civil Brasileiro**. In Direito Jurisprudencial. Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: Rt, 2012, P. 553/674.