

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DARTAGNAN FERNANDES BUZ

**OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

CRICIÚMA

2017

DARTAGNAN FERNANDES BUZ

**OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a. Ma. Débora Ferrazzo

CRICIÚMA

2017

**OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, 29 novembro de 2017.

Orientadora Prof. Ma. Débora Ferrazzo

Prof.

Prof.

Dedico este trabalho ao Senhor Jesus,
para quem são todas as coisas (Rm.
11:36) e à minha mãe, Nilza Fernandes
Buz (*in memoriam*)

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família e a minha orientadora, professora Débora Ferazzo pelo profissionalismo e pelo ser humano generoso que é. Sem a sua solidariedade, incentivo e compreensão este trabalho não seria realizado. Agradeço ainda à Tuani Paim pela precisa ajuda na revisão deste trabalho.

A pior ditadura é a do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer.

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho propõe a análise acerca dos precedentes obrigatórios e suas consequências no sistema de justiça brasileiro. A relevância da pesquisa reside na constatação de que o instituto em análise é a resposta brasileira destinada à resolução da instabilidade das decisões judiciais. Busca-se estudar a origem histórica do *stare decises* e a sua aplicação no sistema da *common law*. Deseja-se analisar também a implantação dos precedentes obrigatórios no sistema de justiça brasileiro a partir da legislação e da prática dos tribunais. Por fim, pretende-se discutir a possibilidade de uma teoria da decisão que se proponha a superar o decisionismo judicial, sendo que a prática evidência que mesmo com a tentativa da utilização dos precedentes obrigatórios, a questão da instabilidade não será resolvida, uma vez que a cultura jurídica precisa passar por mudanças. O método de pesquisa utilizado será o dedutivo, no bojo de uma pesquisa teórica com a utilização de material bibliográfico e documental legal.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente obrigatório. Positivismo Jurídico. Discricionariedade. Hermenêutica jurídica.

ABSTRACT

This paper proposes the analysis of mandatory precedents and its consequences to the Brazilian justice system. The relevance of the research lies in the fact that the institute under analysis is the Brazilian response aimed at solving the instability of judicial decisions. The aim is to study the history of stare decises and its application in common law. We want to analyze the implementation of mandatory precedents in the Brazilian justice system based on the legislation and practice of the courts. By doing so, we intend to discuss the possibility of a decision theory that proposes to overcome judicial decisionism, with the practice being evidence that even with the attempt to use mandatory precedents, the issue of instability will not be solved, since legal culture needs to undergo changes. The research method used will be the deductive, within the scope of a theoretical research with the use of bibliographic material and legal documentary.

KEYWORDS: Stare Decises. Legal Positivism. Discretionary. Legal hermeneutics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ORIGEM HISTÓRICA E TEORIA DO <i>STARE DECISES</i>	12
1.1 O SISTEMA DE JUSTIÇA DO <i>COMMON LAW</i>	12
1.2 AS FONTES DE DIREITO NO SISTEMA <i>COMMON LAW</i>	15
1.3 PRESSUPOSTOS DA DOCTRINA DO <i>STARE DECISES</i>	19
2 CULTURA JURÍDICA E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO BRASIL	23
2.1 REGRA E FONTES DE DIREITO NO SISTEMA <i>CIVIL LAW</i>	26
2.2 AS ESPÉCIES DE PROVIMENTOS VINCULANTES NO BRASIL	30
2.2.1 Aspectos do positivismo jurídico com indeterminação da lei e a unidade do direito	30
2.3 OS PROVIMENTOS VINCULANTES NO BRASIL.....	34
2.4 O SISTEMA DE PRECEDENTES PREVISTO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015.....	35
2.5 CONTROVÉRSIAS NA IMPLANTAÇÃO DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS: A QUESTÃO DA FUNDAMENTAÇÃO	37
3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA E A NECESSIDADE DO CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL	41
3.1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CRISE DA TEORIA DO DIREITO	41
3.2 A NECESSIDADE DA SUPERAÇÃO DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	47
3.3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA CRÍTICA E A TEORIA DO DIREITO.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

Com a introdução do assim chamado sistema de precedentes obrigatórios, efetuada pela Lei 13.105/2015 do Novo Código de Processo Civil, tornou-se imperativo verificar se o respeito ao *stare decises* é compatível com a Constituição Federal de 1988, e, portanto, com o sistema de justiça brasileiro, bem como identificar as condições de possibilidade de sua integração com a ordem democrática vigente de forma harmônica.

Neste sentido, a pesquisa destina-se a analisar se a teoria dos precedentes obrigatórios (oriunda do sistema *common law*) se coaduna com a tradição romano-germânica, cuja principal característica é encontrar na lei a sua principal fonte do Direito e na qual a jurisprudência desempenha meramente a função persuasiva.

Observa-se que a lei em destaque trouxe em seu bojo a quebra desse paradigma, tendo em vista que o direito jurisprudencial ganhou destaque e alçou a condição de fonte do direito. Isso se deve ao fato de que o Código de Processo Civil estabeleceu uma série de provimentos judiciais que servirão de paradigma vinculante às decisões futuras de casos idênticos.

Por esse caminho, a pesquisa explora se a utilização dos precedentes obrigatórios representa um risco à ordem jurídica constitucional, considerando que, nesse contexto, entendimentos jurisprudenciais firmados pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário serão impostos às demais instâncias para serem mecanicamente reproduzidos. Assim, o objetivo é pesquisar sobre os precedentes obrigatórios e verificar quais as possíveis implicações que a implantação deles trará ao sistema jurídico nacional, examinando como a doutrina e parte dos tribunais tem compreendido e aplicado o novo instituto jurídico processual.

A relevância social da presente pesquisa está na constatação de que os precedentes obrigatórios constituem-se numa aposta brasileira para resolução do problema da instabilidade das decisões judiciais, ou seja, trata-se de uma alternativa destinada a garantir maior racionalidade, unidade e integridade ao Direito.

Nesse sentido, faz-se necessário realizar um exame da matéria, tendo em vista que a importação e a implantação irrefletida do *stare decises* poderá acarretar na descaracterização do sistema de justiça e na fragilização da prestação jurisdicional no Brasil, uma vez que uma série de direitos e garantias constitucionais poderão ser ameaçadas.

No primeiro capítulo deste trabalho, será abordado o sistema de direito da *common law* desde as suas raízes históricas, bem como a forma com que o *stare decises* é formado e instrumentalizado no seu sistema de origem. Já no segundo capítulo, a pesquisa buscará conhecer as principais características do sistema de direito ao qual o Brasil está vinculado, ou seja, a *civil law*. Nessa parte, serão analisadas as espécies de provimentos vinculantes em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, além dos principais institutos jurídicos que conformam o assim chamado sistema dos precedentes. Após essas análises, a pesquisa irá propor uma reflexão sobre os pontos controvertidos da implantação do sistema dos precedentes obrigatórios.

Por fim, no terceiro capítulo se fará a reflexão sobre a crise que o Direito enfrenta na atualidade, que, por sua vez, passa pela necessidade de superação do método de interpretação do direito legado pelo positivismo caudatário do paradigma da filosofia da consciência. A polissemia da lei fez com que o positivismo jurídico apostasse na discricionariedade do intérprete para fixar a resposta ao caso concreto, sendo que a consequência desta concepção de método de decisão tem contribuído para a fragmentação da jurisprudência brasileira. A pesquisa se encerra trazendo reflexões sobre a Crítica Hermenêutica do Direito, que desenvolveu uma teoria da decisão jurídica que se propõe a encontrar uma resposta de acordo com a Constituição.

1 ORIGEM HISTÓRICA E TEORIA DO *STARE DECISES*

O *stare decises* é um instituto jurídico oriundo do sistema de direito da *common law*, tradição jurídica cujo traço definidor é ter a jurisprudência como a principal fonte de direito. Por outro lado, o Brasil está vinculado ao sistema de direito da *civil law*, que, por sua vez, encontra na lei o seu ponto gravitacional e tem como base o direito romano.

A partir da constatação de que o instituto jurídico em implantação no país deita origem em um sistema jurídico diverso, faz-se necessária a realização de uma análise histórica que explique o seu desenvolvimento e aplicação na origem. A finalidade é identificar as possíveis consequências dessa inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 O SISTEMA DE JUSTIÇA DO *COMMON LAW*

Hodiernamente, o Ocidente conta com dois grandes sistemas de direito cuja origem histórica delineou seus contornos de forma específica e determinante. O que merece destaque é aquele ao qual o Brasil está vinculado e que compõe a família romano-germânica: o *civil law*, que será oportunamente abordado no segundo capítulo da pesquisa. O outro grande sistema é o da família *common law*, composto pelo direito da Inglaterra os demais influenciados por ele.

Destaca-se que esses dois grandes sistemas são estruturalmente distintos e a compreensão da assimetria existente entre eles só pode ser alcançada a partir do resgate histórico da formação de ambos. Esta é a razão pela qual este tópico abordará a origem histórica e o desenvolvimento da *common law* (o berço do *stare decises*).

O direito inglês possui um perfil tradicional e autônomo, resultante da sua continuidade histórica que não sofreu rupturas ou reconfigurações importantes ao longo do tempo. Neste sentido, não há registro de modificações decorrentes da influência do direito romano, nem de codificações que impactaram decisivamente os direitos da família *civil law*. A formação histórica da *common law* inicia-se no período

compreendido entre a conquista normanda¹ da Inglaterra, em 1066, e a ascensão da dinastia Tudors, em 1485. Segundo David (1998, p. 284), é justamente nesse espaço de tempo que a *common law* desponta como uma alternativa aos costumes locais, tornando-se um direito novo e comum a todo o reino.

No período anterior à conquista normanda, os conflitos sociais eram resolvidos pela aplicação dos costumes locais existentes em todo o território inglês, que até então era subdividido em diversas tribos. Assim, tal evento histórico representou o fim do período tribal e instaurou o feudalismo na Inglaterra. No entanto, o novo modo de produção assumiu contornos diferenciados no país em relação ao restante da Europa. Os conquistadores, ao se depararem com um povo de língua e cultura diferentes, sentiram a necessidade de agruparem-se em torno de um soberano que representasse e garantisse proteção às propriedades e interesses na terra conquistada. Desta forma, não houve na Inglaterra a fragmentação e descentralização do poder de forma tão acentuada como em outros países do continente europeu, considerando a movimentação objetiva de impedir o fortalecimento de senhores feudais que pudessem rivalizar com o poder do rei (DAVID, 1998).

O fortalecimento do soberano foi a base objetiva para o surgimento de um novo direito comum a todo o território: a *common law*, cuja formação e aplicação ficou sob a responsabilidade dos Tribunais Reais². Em sua origem, estes não possuíam a competência universal, limitando-se ao conhecimento de questões ligadas aos interesses do rei como defesa do território, além de questões de ordem tributária. Progressivamente, o rei estendeu seu poder sobre o reino passando a admitir o conhecimento de outras matérias perante seus tribunais. A efetividade na resolução dos conflitos atraía a população de tal forma que, no final da Idade Média, todas as demais instituições que administravam a justiça no reino haviam desaparecido. Conforme David (2000, p. 5), apenas a jurisdição das Cortes Reais,

¹ Em 1066, Guilherme, duque da Normandia, conquista a Inglaterra com a vitória na batalha de Hastings. Declarando querer manter os direitos anglo-saxônicos, importa o feudalismo; mas de fato, os sucessores conseguem manter e desenvolver a sua autoridade real, tanto face aos seus vassallos de origem normanda como aos antigos chefes anglo-saxônicos. (GILISSEN, 1995, p.209)

² São os tribunais responsáveis pela aplicação do direito comum inglês, conhecidos vulgarmente por Tribunais de Westminster, local onde vão se estabelecer a partir do século XIII. Originalmente, eram três tribunais diferentes: Tribunal de Apelação (*Exchequer*), Tribunal de Pleitos Comuns (*Common Pleas*), Tribunal do Rei (*King's Bench*). (DAVID, 1998, p. 286-287)

que desenvolviam e aplicavam o direito comum da Inglaterra, remanesceram no século XV.

Nessa perspectiva, Gilissen (1995, p. 221) assevera que “o *common law* foi realmente criado pelos Tribunais Reais de Westminster”, sendo, portanto, segundo o mesmo autor (1995, p. 208), “um *judge-make-law*, um direito jurisprudencial, elaborado pelos juízes reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciais.”

Por outro lado, ainda que o *common law* já tivesse se tornado o direito comum e as Cortes Reais de Westminster a única jurisdição da Inglaterra, o acesso aos Tribunais Reais não era um direito dos particulares. Afinal, eles dependiam do favor do rei para comparecer em juízo e reclamar a aplicação do direito comum em cada caso concreto. De acordo com David (1998, p. 288), o acesso aos Tribunais se dava por meio da concessão de um *writ* outorgado pela Chancelaria Real ao particular, que, após o pagamento de custas, obtinha a permissão de receber a justiça do rei. Ressalta-se que para cada pretensão jurídica havia um *writ* correspondente, que determinava o rito processual da ação apta a tramitar na Corte Real.

Com a expansão do acesso aos Tribunais Reais, a *common law* passou a desenvolver-se a partir de uma lista pré-determinada de *writ*: para cada demanda, era necessário identificar um *writ* relativo ao caso, algo que tornou o processo mais importante que o direito material. Neste caso, passava a valer a máxima *remedies precedes rights*, implicando no reconhecimento de que a *common law* evoluiu baseada num feixe reduzido de ritos processuais, em detrimento de normas de conteúdo material (GILISSEN, 1995, p. 208).

Ainda na esteira da importância que o processo assumiu no direito inglês até o século XIX, David (1998, p. 291) afirma que “a *common law* não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios”.

No decurso dos séculos XIV e XV, a *common law* experimenta uma mudança representada pelo surgimento de uma nova jurisdição e um novo processo, a *equity*. Ela surge da necessidade de superar a incapacidade da *common law* de responder eficientemente os inúmeros litígios, muitas vezes não resolvidos por esbarrarem na limitação do espectro e na rigidez do processo dos *writs*. Nessa nova modalidade jurisdicional, o chanceler decidia os litígios baseado na equidade e não

no direito comum, aplicando um processo escrito (cuja matriz remete ao direito canônico). Na aplicação, a autoridade julgava partindo de princípios do direito romano, como afirma Gilissen (1995, p. 213).

A *common law* continuou com as feições até aqui delineadas, sobrevivendo uma nova época reformista e modernizante apenas no século XIX. As mudanças foram marcadas pelos contornos democráticos e o desenvolvimento singular da legislação, fruto da influência de Bentham. Nesse período, o direito inglês experimentou o afrouxamento das regras rígidas do processo erigidas para contemplar cada tipo de ação. A nova plástica do processo proporcionou aos juristas ingleses uma maior dedicação às regras de direito material, passando a sistematizar as regras substanciais da *common law* (DAVID, 1998).

Outro ponto essencial da reforma foi introduzida pelos *Judicature Acts*, que, por sua vez, unificaram as jurisdições da *common law* e da *equity*. A influência da legislação aumentou consideravelmente, em especial pelo advento do *welfare state*, que exigiu a elaboração de regramentos administrativos destinados a estabelecer normas para a relação entre o cidadão e a administração, na perspectiva de concretização dos direitos sociais. Essa nova configuração social forçou a criação de diversos organismos, responsáveis pela aplicação e interpretação dessa nova legislação (GILISSEN, 1995).

Ainda que sucintamente, foram destacados os principais marcos históricos que forjaram a *common law*, um sistema de direito autônomo, eminentemente jurisprudencial e casuístico. A pesquisa passa agora a analisar as principais características do sistema de direito da *common law*.

1.2 AS FONTES DE DIREITO NO SISTEMA COMMON LAW

Na compreensão de David (1998, p. 332), o sistema *common law* possui quatro fontes de direito que serão abordadas aqui na perspectiva da relevância que cada uma assume nesta estrutura, a saber: a jurisprudência – precedentes, a lei, o costume, além da doutrina e a razão.

A jurisprudência – precedentes

O sistema de direito inglês caracteriza-se por ter um formato jurisprudencial (*case law*), no qual o método de resolução de conflitos volta-se para a análise, estudo e aplicação da jurisprudência. O direito inglês decorrente dos processos da *common law* foi elaborado, historicamente, pelos Tribunais de Westminster e pelo Tribunal da Chancelaria (que por muito tempo atuaram como jurisdição de exceção).

Por essa razão, a concepção de direito dos países filiados à família *common law* está intrinsecamente ligada à jurisprudência e ao contencioso, tendo em vista que o direito inglês se apresenta como um conjunto de regras processuais e materiais produzidas pelas Cortes; elas o consolidaram e aplicaram-no à solução dos litígios (DAVID, 2000, p.3). Neste viés, as normas do direito inglês são produto da atividade dos juízes que estabelecem as regras de direito por meio da resolução de casos concretos.

As normas de direito são essencialmente as regras que se encontram na *ratio decidendi* das decisões preferidas pelos Tribunais Superiores. Tais decisões estarão sempre no nível do caso concreto para a respectiva resolução emitida. Esta é a razão pela qual a atenção do jurista da *common law* sempre se volta para as decisões dos Tribunais Superiores, pois as decisões de grande alcance tomadas por eles criam os precedentes que deverão ser seguidos e estudados no futuro. Afinal, é por meio deles que se chega ao conhecimento do que é, efetivamente, o Direito.

Nunca dissociada do caso concreto, a norma do direito inglês (*legal rule*) não possui o caráter generalizante das normas do sistema da *civil law*, tradição cuja regra de direito está ligada mais à moral do que ao processo, e é formulada pela doutrina ou pelo legislador. Assim, para se conhecer o alcance e atingir a compreensão da regra do precedente da *common law*, é indispensável inteirar-se de todos os elementos constitutivos do caso concreto que lhe deu origem (GILISSEN, 1995).

Desde o século XV, os juízes da *common law* já haviam se profissionalizado, no sentido de que se dedicavam integralmente ao estudo do direito. O caso é que o estudo não se efetivava nas universidades, como acontecia nas demais jurisdições do continente europeu. Os *common lawyers* são, antes de tudo, práticos formados como litigantes (advogados), sendo que era desnecessário ser licenciado em Direito por uma universidade para exercer as funções de um *solicitor, barrister ou judge*. Para os práticos acima referidos, os precedentes (*cases* ou *casos julgados*) sempre foram úteis aos interesses de suas causas. Afinal, ter a chance de lembrar ao

tribunal que antes já se decidiu um caso baseado em determinado sentido, talvez conferisse ao advogado os meios para ganhar o processo. (GELISSEN, 1995).

No que compete à interpretação da lei (*statute law*), aplica-se igualmente a regra do precedente. Esta aplicação encontra respaldo porque as disposições legais acabam sendo rapidamente submersas pelas decisões jurisprudenciais, e a autoridade delas acaba muitas vezes substituindo a autoridade da lei. Em grande medida, a forma com que a lei é aplicada pelo judiciário decepciona o legislador, que verifica que a intenção da lei foi desvirtuada pela aplicação dada pelo tribunal. Esta é a razão pela qual os promotores procuram excluir o controle da lei exercido pelos tribunais, como explicita David (1998, p. 343).

A lei

Outra fonte de direito da *common law* é a lei (*statute, act of parliament*) e as disposições regulamentares para a execução da mesma. Tais disposições são tomadas pela autoridade e são tidas como leis delegadas ou subsidiárias. Para a teoria clássica, a lei consiste numa fonte subsidiária de direito cuja função seria introduzir o aperfeiçoamento do direito jurisprudencial já existente (DAVID, 1998).

Nesta perspectiva, caberia à lei propor corretivos aos princípios estabelecidos previamente pela jurisprudência, limitando-se à fixação de exceções ao direito comum. Ainda na perspectiva da concepção tradicional inglesa acerca da lei, salienta-se que:

O essencial é que a lei, na concepção tradicional inglesa não é considerada como modo de expressão normal do direito. Ela é sempre uma peça estranha no sistema inglês. Os juízes aplicá-las-ão certamente, mas a regra que contém a lei só será definitivamente admitida e plenamente incorporada no direito inglês quando tiver sido aplicada e interpretada pelos tribunais e na forma e na medida em que serão feitas esta aplicação e interpretação. Na Inglaterra citar-se-ão logo que possível, noutros termos, em vez do texto de uma lei, as decisões que terão feito a aplicação desta lei. Só em presença destas decisões o jurista inglês saberá verdadeiramente o significado da lei, porque só então encontrará a regra de direito sob o aspecto que lhe é familiar, o da regra jurisprudencial. (DAVID, 1998, p. 346)

Essa concepção clássica esteve em voga até o século XIX, e, segundo ela, a lei não era considerada apenas aperfeiçoadora da *common law*. É válido apontar que para a própria *common law*, o papel destinado aos juízes era o de interpretar restritivamente em respeito mais a letra do que ao espírito da lei. Entretanto, segundo Gilissen (1995, p. 215), “esta concepção tem perdido força em razão da

crecente atividade dos legisladores ocorrida no século XX na seara social, tendente a assegurar a intervenção do Estado nos domínios econômicos e sociais no *welfare state*”.

Nota-se, portanto, que ainda que a lei tenha adquirido modernamente maior destaque em razão da reforma ocorrida nos últimos 100 anos, o sistema da *common law* continua sendo um sistema de direito essencialmente jurisprudencial, seja porque a jurisprudência continua a orientar setores importantes da sociedade, seja porque os juristas ingleses continuam presos à tradição que impede a lei de assumir a mesma importância que tem no quadro da tradição da *civil law* (DAVID, 1998, p. 347).

O costume

Conforme David (1998, p. 348), o direito inglês nunca foi um direito consuetudinário, sendo que o costume imemorial do reino, sobre o qual a *common law* foi estabelecida, nunca passou de uma grande ficção. É certo que a *common law* valeu-se de alguns costumes locais existentes em outras épocas; entretanto, a constituição da mesma foi resultado da elaboração de um direito jurisprudencial embasado na razão. Sua finalidade era substituir o direito da época anglo-saxônica, fundado sob o costume.

Ainda que o costume tenha sido substituído pela *common law*, sua importância não deve ser subestimada. Em matéria constitucional, por exemplo, há de se considerar as *Conventions of the Constitution*, um tipo de costume não reconhecido como jurídico, mas que domina a vida política da Inglaterra. Outro exemplo da atualidade do costume no direito inglês encontra-se em matéria penal, em especial a instituição do júri. Para isso, em determinados casos e de forma imperativa, o costume obriga o juiz recorrer a fim de formar seu juízo.

A doutrina e a razão

O papel que a razão desempenha nos sistemas de direito é o de propor soluções para litígios quando na matéria inexistia precedente; essa ação pode ser denominada como regra legislativa ou costume aplicável ao caso concreto. O sistema da *common law* é aberto e elaborado pela razão em oposição aos costumes

locais. Na medida em que regras precisas não forem estabelecidas de modo a conferir certeza às relações sociais, os tribunais recorrerão à razão para preencher as lacunas existentes no sistema inglês.

Tanto no sistema da *civil* quanto da *common law*, os princípios gerais de direito formam um arcabouço da razão, destinado a suprimir as lacunas existentes no Direito. Entretanto, há a necessidade de se atentar para o fato de que na tradição jurídica baseada no direito legislativo, o princípio é formulado sob o signo da generalidade, no qual o papel da razão é, além de preencher as lacunas na legislação, interpretar primordialmente a lei. Por outro lado, num sistema jurisprudencial como a *common law*, o papel da razão será diferente em decorrência do caráter casuístico desse sistema. A razão permanece como fonte subsidiária de direito, porém preencherá as lacunas não com a técnica da interpretação da lei (como na *civil law*), mas sim com a técnica da distinção. Para tanto, é preciso o estabelecimento de regras novas, cada vez mais precisas e específicas, e este fato que confere à *common law* o status de sistema aberto de direito, na medida em que novas regras são continuamente elaboradas (DAVID, 1998).

Buscar a solução de razão não é tarefa fácil, nem arbitrária. Para tanto, o direito inglês recorre à doutrina, a fim de aplicar e reconhecer os princípios gerais de direito contidos nas regras já existentes. Essa busca concentra-se na doutrina encontrada nos *obiter dicta* dos juízes e nas decisões judiciais que não possuem caráter de precedente obrigatório.

Por fim, destaca-se que, ainda que na Inglaterra a obra da doutrina tenha sido subestimada em razão do direito ser produto do trabalho prático de juízes e não de professores, há neste país certas obras de doutrina escrita por juízes e que receberam a qualificação de *books of authority*. São as obras de Glanvill, Bracton, Litteton e Coke, tão festejadas pelos tribunais ao ponto de serem consideradas repositórios autorizados do direito de suas épocas, dotados de uma autoridade similar à que a lei tem nos países da *civil law* (DAVID, 1998, p. 349-354).

1.3 PRESSUPOSTOS DA DOCTRINA DO STARE DECISES

Em um sistema de direito jurisprudencial, é imprescindível que as regras estabelecidas pelas decisões judiciais sejam seguidas, uma vez que o desrespeito à jurisprudência representa um risco à certeza e à própria existência da *common law*.

Portanto, a obrigatoriedade de que os juízes respeitem os precedentes (*stare decises*) é um pressuposto lógico deste sistema.

Assim, percebe-se que a preocupação com a coesão da jurisprudência sempre esteve no horizonte do direito inglês, e progressivamente considerou-se que as decisões anteriores eram o ponto de partida para encontrar a solução dos litígios.

No entanto, só a partir da primeira metade do século XIX é que os valores da certeza e segurança receberam maior destaque no sistema da *common law*. Na verdade, foi a tendência legalista do século XIX que conduziu a Inglaterra ao estabelecimento da submissão de uma regra mais estrita, ou seja, a regra do precedente (*rule of precedent*). Isso impôs aos juízes a obrigatoriedade de recorrer às regras judiciais criadas pelos seus predecessores (DAVID, 1998).

Indo ao encontro dessas colocações, Donizzetti (2016) assevera que a doutrina do *stare decises* (forças vinculantes dos precedentes) é relativamente recente na tradição do *common law*, principalmente em razão da conveniência de uniformização das decisões judiciais. Percebe-se, portanto, que o precedente obrigatório decorre da necessidade de exercer maior controle sobre as decisões judiciais, sob o argumento de conferir maior certeza e segurança ao sistema.

Uma vez estabelecida a regra do precedente obrigatório, mostra-se necessário analisar a origem e a estrutura da norma do precedente. Para compreender o alcance e significado da regra do precedente (*stare decises*), há que se considerar que, no contexto histórico da *common law*, os precedentes obrigatórios emanam apenas das decisões proferidas por tribunais superiores, isto é, pelo *Supreme Court of Judicature* e pela Câmara dos Lordes, pois na forma como o *stare decises* se difundiu pode converter outras decisões, não necessariamente em precedentes, mas em fontes relevantes.

Cabe destacar, em consonância com David (1998), que a análise da regra do precedente se dá a partir de três dimensões: 1) as decisões tomadas pela Câmara dos Lordes constituem-se como precedentes obrigatórios e, portanto, vinculam a si própria, e todas as demais, às jurisdições; 2) as decisões tomadas pelo *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios que vinculam todas as jurisdições imediatamente inferiores e, salvo em matéria criminal, vincula a si própria; 3) as decisões tomadas pelo *High Court of Justice* impõem-se às jurisdições inferiores e, sem serem rigidamente obrigatórias, geralmente são seguidas pelos órgãos fracionários da própria corte e pelo *Crown Court*.

Entretanto, nem todas as decisões destes órgãos serão seguidas como precedentes. Isso porque a regra do precedente passa a ser obrigatória após a sua publicação, uma vez que todas as decisões são previamente submetidas a uma seleção. Somente aquelas consideradas relevantes e, portanto, precedentes, serão publicadas. Estima-se que apenas 75% dos acórdãos da Câmara dos Lordes, 25% dos acórdãos do *Court of Appeal* e somente 10% das decisões do *High Court of Justice* são publicados anualmente.

Vencida a investigação da origem da regra do precedente cumpre investigar a forma e a estrutura do *stare decises* e compreender o caráter vinculante destas decisões. As decisões judiciais do sistema da *common law* são publicadas de forma sucinta, contendo objetivamente apenas a resolução do litígio: X deve pagar determinado valor a Y, por exemplo. Isso porque os juízes desta tradição estão dispensados de motivar suas decisões, já que veem na obrigação de justificá-las uma agressão à dignidade da magistratura.

Há um aspecto de suma importância que precisa ser destacado: no âmbito dos Tribunais Superiores donde se originam as regras do precedente obrigatório, a forma da decisão assume outro contorno, haja vista que os juízes superiores precisam explicitar as razões da sua decisão. As análises e reflexões apresentadas nos capítulos seguintes demonstrarão que não se trata de mero detalhe, mas do ponto crucial que foi subvertido na adaptação feita no Brasil e com consequências importantes.

É justamente na análise desses comentários que se identifica a regra do precedente; nas *reasons* emitidas pelos juízes, no bojo de suas decisões, pode-se distinguir o suporte necessário da decisão, ou seja, a *ratio decidendi* do julgamento. Por outro lado, verifica-se também o que é o *obiter dictun*, que constitui o argumento judicial que não representa causa eficiente da decisão.

Desta forma, percebe-se que a regra do precedente contida nas razões da decisão é composta pela *ratio decidendi* e pelo *obiter dictun*. Na visão de David (1998, p. 343), a primeira “constitui uma regra jurisprudencial que se incorpora no direito inglês e que deve, a este título, ser seguida no futuro”. O *obiter dictun* não possui força vinculante, mas, segundo o mesmo autor, “é unicamente um valor de persuasão dependente do prestígio do juiz que se pronunciou, da exatidão da sua análise e de um grande número de circunstâncias, variáveis de caso a caso”.

Desta maneira, a regra do precedente se confunde com a *ratio decidendi*, na medida em que constitui uma *generalização das razões* adotadas pelo juiz como *passos necessários e suficientes* para decidir um caso ou as questões acerca dele. Assim, a força vinculante do precedente é a sua razão de decidir a tese jurídica, tendo em vista que sem ela o caso seria resolvido de outra forma (MARINONI, 2016).

Nesse ponto, vale destacar que a *ratio* não se encontra num ponto determinado da estrutura da decisão, pois é “algo que é formado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo” (MARINONI, 2010, P. 222). Cabe ao jurista investigar e distinguir qual é a *ratio decidendi* albergada na decisão, porque essa distinção estabelece algo externo às partes da mesma. Como na maioria das vezes a *ratio* não está declarada explicitamente na sua decisão, identificá-la é tarefa difícil para o jurista. Valendo-se da técnica de distinção, ele busca identificar nos extratos formais da decisão as porções que emergem determinados efeitos, sendo o vinculante o principal deles (MARINONI, 2010, p. 223).

Destaca-se ainda que não existe um conceito que dê conta de explicar o que é a *ratio decidendi*, ou mesmo um método eficiente para identificá-la. No entanto, por ser uma temática relevante, faz-se menção aos testes desenvolvidos por Wambaugh e o método de Goodhart; todavia, eles não serão aprofundados aqui por não contribuírem para a elucidação do objeto da pesquisa.

No entanto, a *ratio decidendi* estará sempre ligada à solução de um caso concreto, considerando que o *stare decises* (ou sistema de precedentes *do common law*) é um sistema de casos (*case law*), como reitera Marinoni (2010, p. 245-248). Assim, é possível compreender que o efeito vinculante do *stare decises* só poderá ser estabelecido no futuro, quando a *ratio decidendi* for identificada à luz de um novo caso concreto. É por isso que, para além de interpretar, o juiz raciocinará por analogia.

Reside neste fato a importância de se visualizar adequadamente a *ratio* dos precedentes anteriores, pois é necessário identificar no íntimo do julgado anterior aquilo que constitui a *ratio decidendi*, de forma a se aplicar corretamente a norma do precedente no caso *sub judice*.

Por não ser fácil definir a *ratio decidendi*, torna-se necessário considerar que a formação do precedente se dá, muitas vezes, de forma paulatina, fenômeno este que pode ser explicado da seguinte forma:

[...]mostrou-se a importância e a necessidade da interpretação da *ratio decidendi* e que os julgadores posteriores podem servir como instrumentos para o seu esclarecimento. Algo diferente ocorre quando, em razão do enfrentamento de outra questão, um julgamento ou julgamentos posteriores agregam conteúdo a *ratio decidendi*, dando-lhe outra conformação. Neste caso não há interpretação da antiga *ratio*, mas formação paulatina da *ratio*, que vai ganhando corpo à medida que os julgamentos vão sendo proferidos. (MARINONI, 2010, p. 249).

Ainda que na tradição da *common law* casos análogos devam ter a mesma solução contida no *stare decises*, a doutrina dos precedentes prevê a possibilidade de afastar a aplicação dos mesmos na hipótese de o caso concreto não guardar identidade com a tese jurídica nela estabelecida. Tal técnica é conhecida como *distinguishing* (distinção), que, segundo Cruz e Tucci (2004, p.174), se configura no método de confronto pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma.

Ressalta-se ainda a técnica da superação do precedente (ou *overruling*), que, segundo o mestre processualista paranaense,

[...] constitui a resposta judicial ao *desgaste da sua congruência social e coerência sistêmica*, quando o precedente carece desses atributos, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decises* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), com o que o precedente deve ser superado. Essa conjugação é tida pela doutrina como norma básica para a superação de precedente (*basic overruling principle*). (MARINONI, 2016, p.661)

Com a visão panorâmica sobre as principais doutrinas que explicam e justificam o *stare decises*, é possível cotejar na origem do instituto e o modo como ele foi introduzido no sistema brasileiro, tarefa sobre a qual a pesquisa se debruçará no item 2.2.

2 CULTURA JURÍDICA E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO BRASIL

O sistema jurídico brasileiro é filiado à escola do *civil law*, que considera a lei como a principal fonte do ordenamento jurídico, sendo o instrumento apto a

solucionar as controvérsias levadas ao conhecimento do Poder Judiciário. Nesta primeira parte do capítulo, será realizado um breve resgate histórico da formação desta tradição jurídica, bem como a apresentação dos elementos que a identificam.

O sistema romano-germânico – *civil law* – iniciou sua formação na Europa Continental a partir do século XIII, quando houve a superação da concepção do direito consuetudinário (concepção essa iniciada no século V com a queda do Império Romano e motivada pelas invasões bárbaras). Com a queda do Império Romano, o poder político pulverizou-se, abrindo espaço para o feudalismo. Na ausência de um poder político centralizado, o que se observa na Europa durante esse período é que o direito romano cede espaço a uma gama de experiências jurídicas de matriz costumeira, originadas nos povos que passaram a dominar o continente. A feudalidade permitiu a miscigenação dos costumes territoriais entre populações romanizadas e os povos bárbaros, resultando, com o tempo, na exclusão do princípio da personalidade da lei (DAVID, 1998).

Com o renascimento das cidades e do comércio no século XII e XIII, a sociedade do ocidente europeu retoma a ideia do direito como único instrumento a garantir a segurança e a ordem, sendo, portanto, indispensável para o progresso. Lança-se, assim, o postulado de que a sociedade civil deve ser baseada no direito. Tal conjectura emerge no bojo do processo de laicização da sociedade europeia continental, que deixou de confundir a religião e a moral com a ordem civil e o direito. Essa separação conferiu uma função própria e a autonomia ao direito, abrindo o caminho para a substituição do arbítrio e anarquismo como forma de resolver conflitos. Daí porque os filósofos e juristas passaram a exigir a formatação de um novo arquétipo de direito, fundado na justiça racional (divorciada do paradigma vigente) e baseado no poder religioso e sobrenatural (DAVID, 1998).

Vale ressaltar que esse processo de formação e difusão do renascimento do direito não esteve associado ao poder político, uma vez que foi constituído por nichos de cultura criados no ocidente europeu. Nesse sentido, David (1998, p. 32) assevera que “o sistema romano-germânico foi fundado sobre uma comunidade de cultura. Ele surgiu e continuou a existir, independente de qualquer intenção política”.

Nessa perspectiva, cabe destacar a função central que a universidade desenvolveu no processo do renascimento do direito. Ela concebeu e elaborou um direito dissociado dos Estados, dando a ele o status de direito erudito e comum a toda Europa.

O direito ensinado nas universidades neste período não se preocupava com a instrumentalização da prática jurídica. Considerado um modelo de organização social essencialmente teórico (ligado à filosofia, à teologia e a religião), o direito por essa visão seria um arcabouço teórico que estabelece, segundo a justiça, um conjunto de normas destinadas a regular o comportamento social dos homens bons e justos. O esforço das universidades consistia em buscar a elaboração de um novo direito fundado na justiça e na razão, apto não apenas a se contrapor ao direito consuetudinário local, mas, sobretudo, a substituí-lo. Com a intenção de superar e se colocar acima da diversidade e da barbárie dos costumes, as universidades europeias retomaram o ensino do direito romano, o que serviu de base e inspiração para a formatação do novo sistema jurídico que eclodia desse processo (DAVID, 1998).

A partir de então, o direito romano estabeleceu-se como a base do ensino em toda a Europa. No entanto, com o tempo surgiram algumas escolas que desenvolveram métodos próprios para o estudo e ensino do direito. Por volta do século XIII, surge a primeira escola (a dos glosadores) que buscava resgatar e explicar o sentido originário das leis romanas.

Já no século XIV, manifestou-se um novo movimento conhecido como pós-glosadores; por meio dele, ocorreu a atualização dos conceitos do direito romano, adaptado às demandas da época. Os juristas desse período já não se preocupavam em encontrar soluções romanas para os conflitos, mas buscavam utilizar os textos do direito romano para introduzir regras adaptadas à sociedade do seu tempo (DAVID, 1998). Com o método escolástico dos séculos XIV e XV, os juristas pós-glosadores procuravam encontrar uma solução justa aos conflitos.

O trabalho desenvolvido pelos professores nas universidades produzia um direito cada vez mais sistematizado. Assim, nos séculos XVII e XVIII, surge a escola do direito natural, que abandona o método escolástico e desenvolve um alto grau de sistematização do direito, fundado numa lógica muito próxima das ciências naturais. É com o surgimento dessa escola que se nega a concepção de uma ordem instituída pela vontade divina e na própria natureza das coisas, buscando a construção de uma nova ordem social fundada no homem.

A escola do direito natural concebe um paradigma de direito como sendo fruto da razão, ao invés de um dado natural. Desta forma, a razão se estabelece como único guia, sendo que o jurista, herdeiro da filosofia iluminista e orientado pelo ideal

universalista, busca proclamar leis universais, imutáveis e comuns a todos os povos em todos os tempos (DAVID, 1998).

Com a escola do direito natural, verifica-se uma renovação da ciência do direito, operada com a posição central que a razão passou a ocupar nesse sistema. Além disso, nota-se a introdução de uma nova função reconhecida pela lei e que pavimentou o caminho para a codificação.

Segundo David (1998), a codificação foi a técnica que permitiu a realização de um direito exposto de forma metódica e sistemática, em tudo harmoniosa com os valores do iluminismo fundador da sociedade moderna, e que, por isso, deve ser aplicado pelos tribunais. Assim, ela contribuiu para a consagração de um modelo de justiça apresentado pelas universidades por seis séculos, cuja excelência racional superou o direito local arcaico e obscurantista. Desenvolveu-se, a partir desta compreensão, a ideia de que o direito das universidades deve transformar-se no direito positivo, estatuído pelo poder soberano esclarecido.

Com os avanços conquistados pela escola do direito natural, o sistema romano-germânico conheceu seu último grande período: o legislativo. Esse período é marcado pela elaboração de um direito público até então pouco explorado pela experiência da Europa Continental e pela codificação. Nesse sentido, o êxito da elaboração do direito público foi reconhecer que o direito deveria também regular a relação entre os governantes e os governados, ou seja, entre a administração e os particulares.

2.1 REGRA E FONTES DE DIREITO NO SISTEMA *CIVIL LAW*

Primeiramente, no que compete à regra de direito do sistema da *civil law*, pode-se dizer que ela é caracterizada pela generalidade. Nessa tradição, a regra de direito não está preocupada unicamente com a resolução de um caso concreto; não é, portanto, uma regra casuística como na tradição da *common law*.

Na *civil law*, a regra de direito é concebida como uma regra de conduta, válida não apenas para um caso específico, mas destinada a orientar toda a sociedade. Isso porque, nessa tradição, o Direito assume a função de organizador da sociedade, tal como assevera, David:

Esta função atribuída ao direito conforma-se plenamente com a tradição, segundo a qual o direito tem de ser concebido como um modelo de organização social. O caráter ordenador e político, e não estritamente

contencioso do direito, encontra-se confirmado e reforçado na época atual, em que se espera que o direito contribua para criar uma sociedade muito diferente da do passado. (1998, p. 80)

O jurista filiado a este sistema não encontra nas decisões judiciais a regra do direito. Nessa tradição, o jurista encontra a regra muitas vezes recorrendo à doutrina na qual os teóricos elaboram princípios decorrentes reflexões e considerações de justiça, da moral e da política, destinados à aplicação do direito em casos concretos.

É nesse caráter geral e abstrato da regra de direito que se encontra a razão pela qual a codificação é o fundamento do sistema da *civil law*, uma vez que o código sistematiza um conjunto de regras gerais. Por meio delas, a sociedade deduz o modo mais eficaz de resolução dos conflitos. Em razão da generalidade da regra, a aplicação do direito é realizada a partir da técnica da interpretação. Com ela, o jurista deduz a norma que melhor se adequa ao caso em questão.

Já com relação às fontes de direito da *civil law*, David (1998) aponta como sendo a lei, o costume, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais.

A lei

A lei é a principal fonte de direito do sistema romano-germânico. Isso porque nos países da tradição da *civil law* construiu-se a compreensão de que a lei é o melhor instrumento que o direito dispõe para estabelecer a justiça. Em razão da centralidade da lei nesse sistema, Vasconcelos (2012, p. 73) pontua que “o princípio básico presente nas nações que se filiam à família jurídica é o da legalidade, que significa, em breve síntese, a adstrição dos juízes à lei”.

Essa submissão à lei é resultado de um processo histórico iniciado no século XVIII com a Revolução Francesa. Verifica-se que neste período histórico a burguesia, temendo a submissão do sistema de justiça aos remanescentes do Antigo Regime, apostou na codificação como forma de perseguir a previsibilidade, a estabilidade e a segurança jurídica, alcançadas por meio da vinculação irrestrita à lei.

A partir de então, passou a ser disseminada a compreensão de que ao juiz caberia apenas declarar o direito aplicando a lei nos casos concretos; por meio dela se chegaria à certeza e à previsibilidade almejadas. Sobre esse fato histórico, Wambier pontua que:

Trata-se de um movimento social, político e jurídico que ocorreu no final do século XVII. O centro do poder, pela via da revolução sangrenta, se transferiu para o povo. A classe emergente, a burguesia, insatisfeita com o abuso dos poderosos (clero e nobreza), liderou este movimento inspirada nas ideias de Hobbes, Rousseau, Montesquieu: o poder seria dividido a três funções, atribuídas a três órgãos diferentes. Foi nesse momento histórico em que, como numa traição à ideia originária de dividir-se em três as funções ao poder, concebeu-se um Judiciário sem reais poderes, por desconfiança. Concebe-se a figura de um juiz como um ser inanimado, que seria a “boca da lei”. (2008, p.139)

Percebe-se que a limitação do juiz no que se refere à interpretação da lei teve motivação político-ideológica. Sempre esteve na agenda política do poder exercer o controle na aplicação da lei, restringindo a condição do juiz como intérprete dela. Neste sentido, esta pesquisa antecipa a preocupação de que, com o intuito de conferir maior integridade ao sistema jurídico, o sistema de precedentes esconde no seu interior a intenção de controlar a aplicação do direito. Esse controle, exercido por intermédio das cortes superiores, transformou a magistratura brasileira na chamada “boca de precedentes” (BAHIA, 2012). Contudo, essa reflexão será devidamente aprofundada no terceiro capítulo.

Por fim, destaca-se em conformidade com David (1998), que nos países da tradição do *civil law* a lei aparentemente abarca a totalidade da ordem jurídica. Contudo, essa concepção mostra-se equivocada, pois a lei não deve ser considerada unicamente no seu texto, mas sim a partir do trabalho efetivo da doutrina e da interpretação. Por meio deste trabalho, revela-se o poder criador da jurisprudência.

O costume

Em uma sociedade, muitas vezes é necessário observar a conduta habitual do homem para chegar-se ao conhecimento daquilo que é considerado justo pelo corpo social organizado. Nesse sentido o costume é uma fonte de direito construída pela consciência coletiva que estabelece hábitos sociais, cuja perpetuação no tempo confere obrigatoriedade sob pena de reprovação da sociedade. Sobre o tema, leciona Tércio Sampaio Ferraz Junior:

Em suma, o costume, como fonte das normas consuetudinárias, possui em sua estrutura, um elemento substancial- o uso reiterado no tempo – e um elemento relacional – o processo de institucionalização que explica a formação da convicção da obrigatoriedade e que se explicita em procedimento, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores (FERRAZ, 2013, p.233).

Além de regular a sociedade, o costume assume um papel coadjuvante na tradição da *civil law*, atuando como facilitador na compreensão da lei, a fonte primordial deste sistema.

A jurisprudência

A jurisprudência é considerada uma fonte de direito secundária na tradição jurídica abordada nesta parte da pesquisa, estando relacionada à interpretação da lei. A família romano-germânica compreende que a tarefa de criar o direito está reservada ao legislador. Por isso, ela recusa-se muitas vezes a reconhecer-se como criadora da norma de direito, atuando nessa função somente quando há necessidade de preencher as lacunas da lei.

Nesse sentido, a regra criada pela jurisprudência terá um valor persuasivo e não vinculante, como ocorre com a lei. Contudo, há de se registrar que na atualidade a jurisprudência está ganhando espaço e força vinculante, conferidos por alguns provimentos judiciais.

Nos países da *civil law* a jurisprudência se forma a partir de uma organização hierarquizada do Judiciário: nesse cenário, há os juízes de 1ª instância que julgam o processo e uma estrutura superior encarregada de uniformizar as decisões, conferindo, assim, integridade e coerência ao sistema jurídico local (DAVID, 1998).

A doutrina

Entre os séculos XIII e XIX, a doutrina foi a principal fonte do direito do *civil law*, sendo que ela somente perdeu espaço com estabelecimento da supremacia lei. Contudo, salienta-se que, modernamente, a doutrina representa uma fonte importante e expressiva do direito para a família romano-germânica. Nessa tradição, cabe à doutrina formular o vocabulário e as noções de direito ao legislador, bem como estabelecer métodos destinados à descoberta do direito (por meio das técnicas de interpretação da lei) (DAVID, 1998).

Princípios gerais

Os princípios gerais são conceitos de elaboração e aplicação do direito, formulados pelos juristas. Além disso, podem ser considerados como postulados jurídicos encontrados na lei ou fora dela, relacionados ao valores de justiça e equidade representativos da sociedade (DAVID, 1998).

Os princípios atuam não só como elemento apto ao auxílio da aplicação e interpretação do direito, mas promovem além disso a atualização do conceito do que é justo. No decurso do tempo, verificam-se transformações que alteram os valores da sociedade; nesse viés, os princípios gerais permitem que estas mutações axiológicas sejam inseridas na ordem jurídica, reconciliando o direito com o seu tempo.

2.2 AS ESPÉCIES DE PROVIMENTOS VINCULANTES NO BRASIL

Feita a análise da racionalidade da lei que articula os precedentes obrigatórios, em especial no ordenamento jurídico da *common law* (item 1.3), e antes de se realizar a análise do sistema de precedentes que começa a ser implementado no Brasil (itens 2.2 e 2.3), é necessário analisar como os tribunais brasileiros formavam e aplicavam seus precedentes. Porém, para uma melhor compreensão do fenômeno, se fará antes disso o resgate das razões de sua adoção em nosso ordenamento.

2.2.1 Aspectos do positivismo jurídico³ com indeterminação da lei e a unidade do direito

O problema da uniformização das decisões judiciais e unidade do direito é um fenômeno próprio da modernidade, e atinge os dois grandes sistemas de direito do ocidente. No caso da tradição da *civil law*, o fenômeno está relacionado à principal fonte de direito deste sistema: a lei. Essa compreensão remonta sua origem no pensamento jurídico do século XIX, conhecido como escola da exegese, e no positivismo clássico datado do mesmo período.

³ O tema não será aprofundado, tendo em vista que não constitui o objeto da pesquisa, estando com este relacionado. Contudo, remete o leitor à obra "O Positivismo Jurídico" do jurista italiano Norberto Bobbio no qual é realizada análise acurada acerca do tema.

Baseado no dogma da separação dos poderes (formulado por Mostequieu), a classe burguesa construiu a concepção de que a tarefa de formulação do direito caberia ao Estado, sendo que a produção da lei seria agora uma função do Poder Legislativo. É justamente nesse período em que surge a ideia de que direito e lei se confundem. Acreditava-se na onipotência, onipresença e na onisciência do legislador, capaz de editar leis tão gerais e abstratas que abarcariam toda a realidade concreta. Desta forma, o direito estaria encapsulado na lei, que, por sua vez, estaria condensada em códigos.

Com relação a isso, o código de Napoleão, editado em 1803, inaugurou a crença de que o código era um sistema perfeito, caracterizado pela coerência, completude e univocidade de seus termos. Corroborando tal afirmação, Bahia (2012, p. 359-379) explica que “o código surge com a crença de ser obra completa e acabada, sobre a qual não haveria necessidade de interpretação por parte do juiz, pois toda norma possui um sentido verdadeiro, claro e óbvio”. Além disso, os preceitos da escola da exegese ajudaram a difundir a ideia da clareza e completude da norma.

Para o positivismo exegético, a interpretação da lei consistia em buscar a vontade do legislador, restando, portanto, o juiz subordinado aos comandos legais condensados nos códigos (STRECK, 2016). Pelo fato de a lei ter apenas um sentido, ao juiz cabia apenas estabelecer os fatos da causa, subsumindo-os à norma produzida pelo legislador (BUSTAMANTE, 2012). Surge então a figura do juiz inativo, uma vez que deveria curvar-se ante a perfeição da norma; sem poder interpretá-la, ele se limitava a ser apenas o *boca da lei*.

Aos poucos, o formalismo positivista arrefeceu e a crença irrestrita ao dogma da legalidade foi repensada. Isso se deve à constatação de que o ordenamento jurídico é incompleto e que o intérprete deve completá-lo; ficou claro ainda que o direito não está contido apenas na lei. Descobre-se, por essas vias, que texto, norma, lei e direito são coisas distintas.

Entretanto, gradativamente a incapacidade do direito positivo de regular todas as situações foi reconhecida, restando manifestar a incompletude do ordenamento jurídico. Com o positivismo jurídico alemão do século XIX, o juiz passou a desempenhar o papel de integrador do direito, por meio da interpretação da lei. Ele deveria interpretá-la de maneira a sanar as antinomias, completar a lacuna; em suma, caberia ao intérprete dar completude ao direito.

Desde Kelsen (1998) houve a percepção de que lei e norma não se confundem, pois a norma não é a lei, mas sim o sentido que se apreende dela. Em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen desenvolve uma teoria da interpretação jurídica, na qual nega a concepção de que interpretar a lei seja a tentativa de identificar a vontade do legislador, ou seja, nega-se a univocidade da lei. Kelsen (1998) passa a sustentar o pensamento de que a norma guarda em si inúmeras interpretações. O mestre austríaco então concluiu que a norma geral e abstrata também é produzida pelo juiz, que escolhe no universo vasto de possibilidades uma interpretação válida para o caso concreto.

Percebe-se que o contributo de Kelsen (1998) auxiliou na construção do entendimento de que o juiz da *civil law* também cria o direito. No entanto, só com as transformações históricas ocorridas no pós-guerra é que o juiz se viu de fato, como co-criador do Direito. Nesse período, surge o fenômeno do (neo)constitucionalismo que reconciliou o Direito com valores inseridos e princípios de justiça traduzidos nos direitos fundamentais.

Com as Constituições do pós-guerra, o sistema fechado criado pelo positivismo foi superado por um sistema aberto, que buscou reconectar a normatividade com a realidade social. Assim, a Constituição assumiu o centro do ordenamento jurídico, vinculando toda a sociedade e inclusive a lei aos seus princípios de justiça. Sobre essa transformação, os preceitos de Lênio Streck são elucidativos:

O fenômeno do (neo)constitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição “extremamente embedonada” (pervasiva), invasora, *capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário à ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais* (STRECK, 2008, p. 3, grifos no original).

Todo esse processo resultou na resignificação do princípio da legalidade. A utópica plenipotencialidade da regra até então núcleo do sistema, cedeu lugar ao texto constitucional que trouxe em seu bojo um amplo catálogo de direitos fundamentais, individuais e coletivos, contidos no modelo do Estado Democrático de Direito. Essa mudança de paradigma institucionalizou a moral e o ideal de vida boa no direito, a partir daquilo que se chamou de positivação dos princípios. Passou-se então, de um modelo formal e absenteísta de direito forjado pelo positivismo jurídico,

comprometido apenas com a reprodução da realidade, para um direito potencialmente transformador da sociedade (STRECK, 2008).

Na medida em que diminuiu a liberdade de conformação do legislador em detrimento do crescimento do espaço à justiça constitucional, cresceu a necessidade de se colocar limites ao poder hermenêutico dos juízes. Isso porque, com a tarefa de concretizar direitos fundamentais, juízes e Tribunais começaram a produzir decisões nos mais variados sentidos, ainda que regulassem situações fáticas idênticas, conferindo, assim, instabilidade, insegurança jurídica e quebra do princípio da isonomia (CAMBI, 2013).

Tal situação exigiu a construção de condições para um controle democrático das decisões judiciais, capaz de assegurar a estabilidade e previsibilidade às relações sociais. Sobre isso, cabe afirmar que:

A certeza jurídica decorreria da letra da lei, na medida em que esta possibilitaria ao cidadão segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Porém, com a crise da modernidade, ocorreram profundas transformações na hermenêutica jurídica, sendo inegável nos dias atuais que a atividade de interpretar a lei constitui-se, também, em criação do direito, em construção do sentido da norma. (CAPPELETTI, 1993, p. 20-21)

No Brasil, a elaboração de provimentos judiciais vinculantes surge no bojo dessas transformações e apresenta-se como uma tentativa de dar cabo a chamada jurisprudência lotérica. De acordo com Cambi, ela ocorre quando

[...] a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito. (CAMBI, 2001, p. 2)

No entanto, ainda que a falta de coerência e estabilidade da jurisprudência seja um problema a ser enfrentado pelos juristas brasileiros, é importante atentar para o fato de que a busca por uma uniformização mecânica da interpretação da lei pode representar o retorno ao passado, ao invés de ser um avanço modernizante. Em suas reflexões, Alexandre Bahia faz uma crítica contundente acerca dos provimentos vinculantes:

[...] fazem parte de uma audaciosa aposta: “segurar a interpretação do texto” gerar uniformidade – tanto atual quanto futura – a qualquer custo. Elas são sustentadas por uma (antiga) ideia quanto à clareza do Direito segundo a qual todos os nossos problemas estariam imediatamente resolvidos com a submissão da hipótese fática à hipótese jurídica: a lei e, agora, as Súmulas. (2012, p. 359-379)

Ao encontro dessa mesma ideia e reconhecendo a legitimidade dos defensores dos provimentos vinculantes em promover igualdade perante as decisões judiciais, Lênio Luiz Streck faz a seguinte observação quanto ao equívoco da resposta ao problema:

Limitam-se a pensar que isso é reflexo do caráter indeterminado assumido pelo Direito na medida em que superada a velha suposição tão cara ao positivismo exegético de que lei e Direito seriam a mesma coisa. Assim, como o juiz não se limita a reproduzir sentidos presentes no texto a adoção dos precedentes obrigatórios viria a calhar e seria o modo ideal para promover segurança jurídica e estabilidade das decisões. (2016, p. 379-411)

Ressalta-se que a pesquisa trará a análise crítica dos provimentos vinculantes no capítulo 3; porém, sendo oportuno para introduzir o problema da má compreensão do fenômeno e sua origem, faz-se necessário assentar alguns pontos. Entre eles, o fato de que os provimentos vinculantes não passam da repristinação da escola da exegese, da crença oitocentista na clareza do texto, no poder de tornarem claro o sentido (verdadeiro) da norma e, por serem vinculantes, impedirem qualquer outra interpretação (BAHIA, 2012).

2.3 OS PROVIMENTOS VINCULANTES NO BRASIL

No tópico anterior, verificou-se que no Brasil a adoção de provimentos vinculantes se justificou pela necessidade de se conferir uma maior uniformização das decisões judiciais (visando garantir integridade ao ordenamento jurídico). Dessa forma, a pesquisa trará os provimentos vinculantes que antecederam a sistematização dos precedentes no Brasil.

Em conformidade com Marinoni (2016), os provimentos judiciais anteriores ao Código do Processo Civil brasileiro de 2015 tinham previsão constitucional. A eficácia vinculante está presente nas decisões liminares e nos pronunciamentos finais de acolhimento ou improcedência do pedido de ação direta de constitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade, na arguição de preceito fundamental e na súmula vinculante (BRASIL, 1988; BRASIL, 1999a; BRASIL, 1999b; BRASIL, /2006).

Com o advento da Lei nº. 11.672/2008, constituem-se também como provimentos vinculantes as decisões do Recurso Extraordinário interposto perante o

Supremo Tribunal Federal e o Recurso Especial interposto perante o Superior Tribunal de Justiça em sede de Repetitivos.

2.4 O SISTEMA DE PRECEDENTES PREVISTO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015

O chamado sistema de precedentes inaugurado pela Lei 13.105/2015 que instituiu o novo Código do Processo Civil, tem sua previsão no livro destinado aos Processos nos Tribunais. Assim sendo, o sistema de precedentes é articulado pelos artigos 489, 926 e 927, cuja compreensão sistemática visa conferir a possibilidade de distinção e superação do precedente (art. 489 e 927), além da estabilidade, da integridade e da coerência da jurisprudência (art. 926). Tal compreensão determina ainda quais seriam os provimentos judiciais e a forma dos mesmos.

Nessa perspectiva, e de forma a respaldar as decisões judiciais, o art. 489 do novo Código do Processo Civil trouxe as minúcias do conceito de fundamentação dos atos judiciais:

Art.489 [...]

§ 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.

O dispositivo informa o dever do juiz de fundamentar sua decisão, demonstrando as razões pelas quais está seguindo a orientação consolidada. Consoante com essa ideia, de igual forma o inciso VI aponta que, na hipótese de não seguir o que nele está contido, o magistrado deverá demonstrar que há distinção entre o precedente e o caso concreto (ou ainda que o paradigma foi superado). Neste dispositivo, segundo Donizetti (2016), encontram-se os parâmetros para a prática do *distinguishing* (distinção).

Já com relação à uniformização da jurisprudência, o art. 926 do Código do Processo Civil dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Tal dispositivo expressa a intenção da lei de afastar a possibilidade dos tribunais e seus órgãos fracionários sustentarem decisões contraditórias acerca de uma mesma questão jurídica. Segundo Elpídio

Donizetti (2016, p. 1312), o dever de uniformizar a jurisprudência “demonstra a necessidade de compatibilização entre as decisões proferidas pelos tribunais e o princípio constitucional da segurança jurídica”.

Relacionado a isso, atuam os precedentes obrigatórios. O artigo 927 (incisos de I a IV) do mesmo diploma legal constitui o rol de provimentos de observância obrigatória com o qual a lei articula os entendimentos dos tribunais superiores em todos os níveis. O alvo, nesse caso, é prevenir a fragmentação da jurisprudência.

Os provimentos de que trata o artigo mencionado são: 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.

No que compete aos precedentes e aos julgamentos de improcedência liminar, o código adjetivo ampliou as hipóteses estendendo as possibilidades para as decisões consolidadas dos tribunais:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Envolvendo os precedentes e a possibilidade de reclamação constitucional, o Código do Processo Civil alargou, no art. 988, as hipóteses de cabimento da reclamação: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Da leitura sistemática do art. 988, § 5º, inciso II da mesma lei, é cabível a reclamação ainda na hipótese de garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivo (quando não esgotadas as instâncias ordinárias).

Por fim, sobre a modificação dos precedentes, o código prevê essa possibilidade baseado em alegações com apelos sociais. A superação do precedente poderá ocorrer pelo *overruling*, fazendo com que ele perca a força vinculante e seja substituído. A modificação de um precedente também pode se efetivar pela técnica do *overriding*, que acontece quando o tribunal apenas limita a incidência do precedente em face da edição de regra ou princípio legal. O art. 927, § 3º do Código do Processo Civil, prevê ainda a possibilidade de modulação dos efeitos da superação do precedente (DONIZETTI, 2016).

2.5 CONTROVÉRSIAS NA IMPLANTAÇÃO DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS: A QUESTÃO DA FUNDAMENTAÇÃO

Com o escopo de verificar se a prática jurídica brasileira se coaduna com a práxis que instituiu na tradição originária as técnicas necessárias à implantação do sistema de precedentes, apto a resguardar garantias constitucionais.

Inicialmente é necessário fazer a análise da forma como nossos tribunais formam o precedente, ou seja, chegam a *ratio decidendi*. Quando se verifica a prática dos Tribunais de Cúpula do país (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) e os demais tribunais, percebe-se que estes órgãos não decidem como uma instituição, mas sim, constroem consensos a partir das opiniões individuais de cada um de seus integrantes.

Nas sessões de julgamento, o que se nota, é que, os ministros/desembargadores chegam em plenário com sua decisão previamente pronta, independente do resultado das questões que serão ali abordadas. Isso implica reconhecer, que nesse contexto, é não se tem um motivo determinante, mas vários, pois cada participante da votação, tem suas próprias razões de decidir. A final e ao cabo, não se alcançou a *ratio decidendi*. Nesse sentido, cabe colacionar a fala do Ministro Gilmar Mendes, citado por Barbosa:

“Vale mencionar o comentário do ministro Gilmar Mendes no julgamento da proposta de Súmula vinculante 57, quando tratou da publicação da tese de repercussão geral: “por mais que a gente possa dizer “ah, o fundamento determinante, a *ratio decidendi* deve vincular”, mas nós temos essa dificuldade. **Quer dizer, de fato, o que é fundamento determinante? Especialmente diante da nossa técnica de julgamentos autônomos**” (BARBOSA, 2017,p, 377-401). sem grifo no origina.

Como já analisado, o efeito vinculativo do *stare decises* é a *ratio decidendi*, uma vez que os precedentes foram formados por diversos motivos determinantes, como saber qual deles será aplicado ao caso concreto?

A questão da ausência de linearidade argumentativa e a diversidade de premissas usadas pelos ministros/desembargadores na formação das suas decisões, precisa ser enfrentada, e por isso “devemos cada vez mais problematizar as atuais premissas do funcionamento dos tribunais de modo a viabilizar e aperfeiçoar seu trabalho e a força legítima dos precedentes” (NUNES; BAHIA, 2016, p.944)

Com relação à aplicação dos precedentes já existentes em nossa cultura jurídica, vale ressaltar a constatação de Alexandre Bahia, que estabelece categoricamente a incompatibilidade da técnica de formação de precedentes anglo-saxão com a formação das súmulas vinculantes no Brasil:

[...] falar-se em “aproximação” ou “identidade” de nossa práxis não é plenamente correto pois, *verbi gratia*, o sistema brasileiro de súmulas não pode ser comparado com o sistema anglo-americano de *cases*, pois lá se procura uma identificação discursiva de aspectos entre a causa em exame e o precedente, inclusive nos aspectos fáticos, uma discussão rica. Já nos sistemas de súmulas, de verbetes curtos e objetivos, supostamente estabeleceria uma “aplicação mecânica” por parte do julgador, sem levar em consideração todo o suporte de discussão, mesmo jurídico, que conduziu o tribunal a tomar determinado posicionamento. (BAHIA et al., 2015, p.)

Logo se percebe que a prática judicial adotada até aqui pelos tribunais brasileiros denuncia uma preocupação: sem uma mudança de postura dos aplicadores do direito, veremos uma aplicação mecanicista dos precedentes. Isso seria incompatível com o *stare decises*, uma vez que este exige o cotejamento do caso concreto em análise com aquele que deu origem à *ratio decidendi*. De igual forma, os Tribunais de Cúpula aplicam seus precedentes conforme esclarece Bahia:

Infelizmente, até ao menos a entrada em vigor do CPC-2015, duas posturas são costumeiras no Brasil ao se usar julgados dos tribunais como fundamento para as decisões; (a) a de se repetir mecanicamente ementas e enunciados de súmulas (descontextualizados dos fundamentos determinantes e dos fatos que os formaram), como bases primordiais para as decisões, seguindo uma racionalidade própria das leis, encarando esses trechos dos julgados como “comandos” gerais e abstratos – é dizer,

reprimando, que uma escola da exegese apenas substitua a lei pelos (pseudo) “precedentes” ou (b) de se julgar desprezando as decisões anteriormente proferidas, como se fosse possível analisar novos casos a partir de um marco zero interpretativo; num e noutro caso o juiz discricionariamente despreza os julgados, a doutrina e o próprio caso que está julgando. (BAHIA et al., 2015, p.)

No Brasil impera a compreensão de que uma subsunção resolveria a aplicação do precedente. Tal concepção está equivocada, pois decidir com base em precedentes não é fazer um juízo prévio de semelhança entre duas situações de fato distintas e, a posteriori, atribuir a mesma solução jurídica. Em outras palavras:

“o precedente não vale por si só. Mais os precedentes não devem ser aplicados de forma dedutiva/substantiva, como se fossem uma premissa maior. (...) Para o precedente ser aplicado, deve estar fundamentado num contexto, sem a dispensa de um profundo exame acerca das peculiaridades do caso que o gerou. Logo, a fundamentação de um princípio através do uso da jurisprudência, em nosso sistema, não dispensa o que é mais caro para a *commom law* – a justificação acerca da similitude do caso que está servindo como *holdind*” (STRECK, 2005, p. 172)

Além da preocupação com aplicação subsuntiva dos precedentes, que acabaria por eliminar o caso concreto para que possa se amoldar ao precedente, é necessário refletir sobre a forma com que nossos tribunais fundamentam suas decisões. Tal fato é importante, pois como pontuado por Streck, num julgamento utilizando um precedente, a justificativa da decisão é imperecível.

Como já demonstrado alhures, o novo Código do Processo Civil estabeleceu uma série de elementos que devem ser observados pelos juízes na fundamentação das suas decisões. Contudo, conforme se verifica dos julgados a seguir colacionados tal mandamento não tem sido observado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. Argumenta-se que as questões levantadas no agravo denegado, capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada monocraticamente, não foram analisadas pelo acórdão embargado (art. 489 do CPC/2015).

Entende-se, ainda, que o art. 1.021, § 3º, do CPC/2015 veda ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

3. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior

Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. 4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg nos EREsp 1483155/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/06/2016, DJe 03/08/2016) sem grifo no original

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. OFENSA AO ART. 489 DO CPC/2015. AUSENTE. HONORÁRIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - O art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 impõe a necessidade de enfrentamento dos argumentos que possuam aptidão, em tese, **para infirmar a fundamentação do julgado, não estando o julgador obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Precedentes.**

III - In casu, rever o entendimento do Tribunal de origem, o qual consignou que, em virtude de o contribuinte ter decaído de parte mínima do pedido, o município réu deve arcar com os honorários advocatícios em 10% sobre o valor dado à causa, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

IV - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1662345/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017) sem grifo no original

Desta forma fica demonstrado que é necessária a mudança de postura do tribunais a fim de que se construa uma racionalidade na instrumentalização daquilo que se tem chamado de sistema de precedentes.

3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA E A NECESSIDADE DO CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL

No presente capítulo a pesquisa abordará a crise do direito em tempos do neoconstitucionalismo, especialmente no que tange à equivocidade da interpretação do direito. Será feita a abordagem do fenômeno da discricionariedade judicial e sua vinculação com a filosofia da consciência, e por fim, se trará uma alternativa para a formação de uma teoria da decisão e de uma resposta adequada a constituição, a partir do aporte teórico da Crítica Hermenêutica do Direito.

3.1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CRISE DA TEORIA DO DIREITO

A teoria jurídica contemporânea enfrenta o problema metodológico representado por uma tríplice questão: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (inexorabilidade da) indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição (STRECK, 2008, p. 1).

Esse fenômeno é verificado a partir do pós-guerra com o surgimento do Estado Democrático de Direito, em cujo bolo desenvolveu-se a constitucionalização do Direito (ou o neoconstitucionalismo), que proporcionou o surgimento de ordenamentos constitucionalizados a partir de uma característica especial. Nas palavras de Lênio Streck (2008, p. 3), trata-se da “existência de uma Constituição extremamente embebedora (pervasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário à ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais”.

Nesse contexto, verifica-se o deslocamento do polo de tensão entre os poderes de Estado na direção da jurisdição (constitucional), uma vez presente a impossibilidade do legislativo (a lei) de conseguir antever todas as hipóteses de aplicação do direito. Assim, na medida em que aumentaram as demandas por direitos fundamentais, e, considerando que o constitucionalismo a partir de preceitos e princípios invadiu o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresceu a necessidade de se colocar limites ao poder

interpretativo dos juízes. A partir do pós-guerra, diversas teorias jusfilosóficas tinham e ainda tem como objetivo buscar respostas para o dilema de como construir um discurso capaz de dar conta da complexidade de conferir efetividade à Constituição e unidade ao Direito.

Toda essa problemática passa pela discussão da interpretação do direito. Na concepção dogmática, a interpretação jurídica é um processo de atribuição de sentido aos enunciados jurídicos normativos, cuja finalidade é entender o sentido objetivo que os textos possuem, aplicando os métodos de interpretação (gramatical, sistemático, teleológico (histórico) e teleológico-objetivo). Com isso, se “descobrirá” a vontade do autor da norma plasmada no texto da lei; a interpretação seria, portanto, a busca pela *mens legislatoris* (a intenção ou o espírito do legislador) ou a *mens legis* (a intenção ou espírito da lei), em conformidade com Dimoulis (2014).

Encontrado o sentido da norma (a *mens legislatoris* ou a *mens legis*), ela é aplicada por meio do processo de subsunção dedutiva, ou seja, o aplicador busca primeiro a norma e, depois de localizá-la no ordenamento jurídico, realiza a aplicação no caso concreto. Parte-se, pois, do geral (a norma) para o individual, que seria o caso concreto (DIMOULIS, 2014). Assim, o intérprete, com o auxílio dos métodos interpretativos, alcançaria o sentido objetivo e único da norma, traduzido pela vontade do legislador ou pela vontade da lei. A partir da premissa de que há um sentido objetivo na norma, concluiu-se pela existência de uma única resposta correta para cada caso concreto.

No entanto, ainda que os teóricos desenvolvam métodos para instrumentalizar a aplicação do direito, a ciência jurídica sempre reconheceu a dificuldade do exercício do ato interpretativo. Há muito se reconhece que as palavras possuem uma pluralidade de significações; portanto, o sentido da norma não é unívoco, algo que possibilita ao seu aplicador encontrar vários significados para a mesma lei. Assim, a indeterminação do direito levou à conclusão de que não haveria uma única resposta correta para a resolução do caso concreto, pois o sentido da norma é sempre aberto. Então, o ato interpretativo dogmático se vê aprisionado entre a necessidade de determinar objetivamente os pontos de partida e a possibilidade objetiva de, ao final, sempre se encontrarem diversos sentidos. (FERRAZ JR., 2015)

Diante desse impasse, Kelsen partindo da visão pessimista de que a lei aplicada ao caso concreto não poderia fornecer apenas uma única solução correta

(ajustada) ao caso concreto, apostou na vontade do intérprete para fixar o sentido da norma individual, ou seja, da decisão judicial. Daí porque, para ele, a interpretação é um *ato de vontade* do juiz:

[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação do conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do **Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva [...] Através deste ato de vontade, se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação**, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. (KELSEN, 1998, p. 394, sem grifo no original)

Assim, fica evidente que a discricionariedade do juiz é que deve resolver o impasse da indeterminação da norma, sendo que o ato de decidir, para Kelsen (1998), é ‘produto de um ato de vontade; trata-se, pois, de um “eu quero” e não de um “eu sei”’ (FERRAZ JR., 2015).

Os fatos históricos ocorridos no século XX mostram que as concepções do positivismo-normativista precisaram ser superadas, em especial no que tange ao estrito legalismo que afastou a vida prática (a política) do Direito. Assim, seguindo o curso da história, surge o neoconstitucionalismo com a proposta teórico-jurídica e político-filosófica para superação do paradigma positivista.

É válido explicitar que a teoria neoconstitucional surgiu na metade do século XX, propondo a revalorização do direito e a expansão, ambos a nível constitucional. Contudo, por não haver superação do modelo positivista de interpretação e a aplicação do direito fundado na discricionariedade do juiz, desencadeou-se um fenômeno prejudicial ao estado Democrático de Direito, como se demonstrará no decorrer da análise.

Segundo Barroso (2014), o neoconstitucionalismo (novo direito constitucional) é identificado por um conjunto de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, entre os quais se destacam:

- (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das duas décadas finais do século XX;
- (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma dogmática interpretação do Direito. (BARROSO, 2012, p. 201)

Em consonância com os apontamentos de Barroso (2014), percebe-se que os elementos centrais das ideias neoconstitucionalistas trouxeram avanços no campo

da efetivação dos direitos fundamentais; sobretudo, houve uma contribuição para a sedimentação da ideia da supremacia da Constituição. Entretanto, na análise dos pressupostos do marco teórico e filosófico descrito por Barroso (2012), conclui-se que o neoconstitucionalismo, ao apostar no protagonismo judicial, colaborou para debilitar a democracia e corromper o texto constitucional.

Ainda conforme Barroso (2012), é correto afirmar que o marco teórico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo, uma vez que se traduz numa tentativa de condensar o jusnaturalismo e o positivismo. Para Barroso (2012, p.192) “a quadra atual é assinalada pela superação - ou, talvez, sublimação - dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupados pelo rótulo de pós-positivismo”. Com relação aos objetivos do pós-positivismo, o estudioso citado postula que o pós-positivismo procura realizar uma leitura moral do Direito, sem, contudo, permitir excesso judicial:

[...] busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. (BARROSO, 2012, p.192-193)

Todavia, quando passa a explicar o marco teórico correspondente à nova interpretação constitucional, Barroso (2012) demonstra que o neoconstitucionalismo apostou no protagonismo judicial como instrumento de determinação dos valores de justiça, efetivando a leitura moral do Direito:

(i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução do problema jurídico nem sempre se encontra correlato abstrato no texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, de fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas a função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, **completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.** (BARROSO, 2012, p.198, sem grifo no original)

Ainda sobre a atribuição das funções do intérprete, Luiz Roberto Barroso complementa:

O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. *supra*). Princípios não são, como regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por determinados meios. **A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de**

discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance. (BARROSO, 2012, p. 199, sem grifo no original)

Em face desse dilema, Barroso (2012) demonstra que diante da insuficiência/limitação das regras, ou em face dos “casos difíceis”, ou ainda ante a pluralidade de regras ou dos sentidos delas, o neopositivismo outorgou ao juiz o poder de fazer a melhor escolha. Dito de outro modo, o neopositivismo continua delegando ao arbítrio/discricionariedade do intérprete a possibilidade de resolver os casos sob sua jurisdição.

Percebe-se, portanto, que, ao contrário do que sustenta, o neopositivismo (no que concerne à interpretação e aplicação do direito) não ultrapassou o positivismo jurídico. Como já posto, teóricos como Kelsen (1998) entendem que “decidir” nada mais é do que um ato de vontade do intérprete, que, diante de múltiplas possibilidades de sentido da norma, escolhe a que melhor lhe convém. A consequência imediata da discricionariedade judicial preservada no seio do neoconstitucionalismo (a instabilidade das decisões judiciais) pode ser vista também como uma espécie de jurisprudência lotérica, proposta por Eduardo Cambi (2001).

Destarte, não será com a produção de *standards* antecipadores de sentido, que pretende abarcar todas as hipóteses de aplicação de cada texto jurídico (os precedentes - verbetes, enunciados e súmulas vinculantes, etc.), que se resolverá o problema da liberdade interpretativa que permite a cada juiz decidir conforme a sua vontade.

Da forma como estão sendo compreendidos pela dogmática jurídica brasileira, os precedentes encarnam uma instância controladora de sentidos, metafisicamente falando; por meio deles, acredita-se que é possível lidar com os conceitos sem coisas (caso concreto). A coerência e a instabilidade das decisões não serão alcançadas através da delegação em favor das instâncias superiores, como propõe parte da doutrina que compreende os precedentes como a solução do caos interpretativo.

Nesse sentido, Mitidieiro (2013, p. 28 e 66) entende que a função do precedente é “reduzir o âmbito da equivocidade inerente ao Direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade”, sendo que o papel das Cortes de Precedente é “dar

unidade ao Direito mediante a sua adequada interpretação a partir do julgamento de casos a ela apresentados.”

Ressalta-se que a proposta dos precedentes brasileiros em nada se parece com o *stare decises* da *common law*. Isso porque, como se percebe, os precedentes brasileiros são, em última análise, uma aposta de uniformizar a interpretação da lei a partir da fixação da tese jurídica pelos Tribunais Superiores. Trata-se de uma tentativa de facilitar a aplicação do Direito por meio da redução da complexidade dos casos diante do paradigma. Por outro lado, depois de fixada a tese, o precedente brasileiro já é considerado assim desde a sua formação. Ocorre que o *stare decises* cria complexidades sendo o ponto de partida para o alcance da decisão; para além disso, as decisões dos Tribunais Superiores da *common law* não surgem vinculante, uma vez que o precedente só será formado com o tempo e com a identificação progressiva da *ratio decidendi*.

Nas palavras de Abboud, significa dizer que “ontologicamente, o precedente constitui decisão judicial proferida para solucionar um caso concreto, ele nunca pode pretender nascer desde sempre como precedente” (2012, p. 514). Ainda com Abboud, se percebe que os precedentes não nascem precedentes:

O Tribunal Superior ao julgar um *leading case* não pode determinar que ele tenha valor de precedente judicial, somente se, historicamente, ele for utilizado na argumentação das partes na fundamentação de novas decisões judiciais é que ele começará a ganhar o status de precedente (ABBOUD, 2012, p. 514).

É necessário salientar ainda que os precedentes brasileiros estão sendo formados com a pretensão de serem conceitos abstratos e universais próprios da metafísica, com o agravante de que são criados a partir de uma institucionalização de subjetivismos. Forma-se, então, um círculo vicioso: primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades, circunstâncias que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado, fragmentado; em seguida, para controlar esses casos, busca-se construir conceitos abstratos com pretensões de universalização, como se fosse possível uma norma jurídica abarcar todas as hipóteses (futuras) de aplicação. Ora, como os precedentes são textos e o positivismo interpreta texto sem coisa (caso concreto), a vinculação a eles será dificultosa, pois, em face da liberdade de interpretação do juiz, se achará uma forma de burlar o precedente, reabrindo todo o caos da jurisprudência lotérica (STRECK, 2008).

Portanto, não é com a reprodução das posições dos Tribunais, que elaboram um *standard*, que se resolverá a multiplicidade de demandas e a instabilidade das decisões. Ou seja, se são as múltiplas respostas e a discricionariedade (ausência de controle das decisões judiciais) que gera o caos no sistema jurídico, e portanto, a resposta para o impasse está para além do positivismo corolário da filosofia da consciência que opera no esquema “sujeito-objeto” (STRECK, 2013).

3.2 A NECESSIDADE DA SUPERAÇÃO DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

O neoconstitucionalismo apresenta uma contradição: se expressa como um movimento teórico destinado a lidar com o “novo”, mas se propõe a realizar o direito à sombra do protagonismo judicial, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência e da subsunção ao esquema sujeito-objeto no sentido das coisas. Assim, apesar do rótulo de “novo”, mostra-se um requeamento de velhas teorias interpretativas.

O elemento da discricionariedade é uma das principais características do positivismo de Hans Kelsen, como já visto. Considerando, portanto, a sustentação de que a lei não carrega o direito, a dificuldade que se coloca é descobrir de que maneira se deve suplantar a realidade jurídica posta diante desse fenômeno. A resposta se encontra na superação da crise dos paradigmas e da filosofia da consciência (KREMER, PARAGUASSU, 2017). Não é possível verificar e esgotar todos os pressupostos da filosofia da consciência ou metafísica ocidental (sendo que esse sequer é o objetivo da pesquisa); existe a possibilidade de apenas situá-la no debate da discricionariedade, e nisso reside a discussão deste tópico.

A filosofia da consciência (ou metafísica ocidental) inicia no mundo grego clássico com Sócrates, Platão e Aristóteles; também adentra na Idade Média com os neoplatônicos Santo Agostinho e São Thomas de Aquino, chegando à Modernidade com Descartes, Spinoza, Leibniz, Kant, Fichte, Scheillig e Hegel. Aristóteles, por sua vez, considerava que havia uma essência em todas as coisas que poderia ser conhecida por meio do pensamento, que capta as propriedades internas que constituem e caracterizam o ser. Ao se dedicar à metafísica (Filosofia Primeira), Aristóteles descobriu que existem diferentes essências: há a essência física (ou

natural) e a essência do homem que compartilha o mundo natural (a natureza) com as coisas (mas que com ela não se confunde porque lhe é superior).

Assim, porque há dicotomia entre o homem (sujeito cognocente) e a natureza (mundo cognoscível), é possível ao homem se colocar diante do objeto (natureza) e, através do pensamento, captar (conhecer) a essência (verdade) ou os princípios universais de toda e qualquer realidade. Nessa perspectiva, o conhecimento verdadeiro consiste na apreensão da essência imutável das coisas, o que depois é comunicado pela linguagem por meio dos conceitos universais (STRECK, 1999).

No entanto, a metafísica clássica é superada pela modernidade com o pensamento de Kant, que entendia que o ponto de partida da metafísica é a compreensão de que existe uma realidade em si, que pode ser conhecida pela razão do sujeito. Isso resulta na compreensão de que, a partir da metafísica, as ideias produzidas pela nossa razão correspondem exatamente a uma realidade externa, que existe em si e por si mesma. Para Kant, o sentido das coisas estava no nível da consciência (na razão) do sujeito, e não nas coisas, como propôs Aristóteles. Daí porque a metafísica é compreendida como idealismo, na medida em que a realidade é estruturada pelas ideias (conceitos) produzidas pelo sujeito (pensamento) (CHAUÍ, 2002).

É necessário ressaltar que houve a ruptura entre a filosofia da consciência e a virada linguística, operada no século XX com a Hermenêutica Filosófica⁴. Com ela, o conhecimento se transfere para a linguagem no campo da filosofia, demonstrando que o sentido está na linguagem e não na consciência do ser pensante, conforme propunha a metafísica.

Grosso modo, a Hermenêutica Filosófica parte da ideia de que não existe um mundo em si que independa da linguagem, pois somente temos o mundo nela; é na linguagem que as coisas e as entidades se manifestam em seu ser. Assim, a linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento. Para esse pensamento, a linguagem é a totalidade e a abertura para o mundo: é por ela

⁴ A Hermenêutica Filosófica ou viragem ontológica (*linguistic turn*) é o nome que recebeu a mudança no pensamento filosófico com Martin Heidegger e sua obra *Ser e Tempo*. Foi com Heidegger que o pensamento filosófico passou a se preocupar com o sentido do ser, e a partir do qual a linguagem humana deixou de ser compreendida como um entreposto cognitivo, e sim numa dimensão categorizadora. É necessário destacar ainda a contribuição do filósofo Hans-Georg Gadamer que, com suas obras, em especial *Verdade e Método*, contribuiu para o desenvolvimento da Filosofia Hermenêutica, tendo repercussão no meio jurídico.

(e somente por ela) que podemos ter mundo e chegar à linguagem. Sem linguagem não há mundo enquanto mundo, tendo em vista que não há coisa alguma onde falta a palavra; ou seja, é a palavra que proporciona o ser à coisa. Sem a palavra, sem a linguagem, portanto, não há existência. Não se fala sobre aquilo que se vê, mas sim o contrário: se vê o que se fala sobre as coisas (STRECK, 1999).

A Hermenêutica Filosófica demonstra então que o sentido não está na essência das coisas e nem na consciência do sujeito. O sentido das coisas, do mundo, é atribuído pelo homem, sendo que só pela linguagem é que haverá mundo. O mundo e as coisas somente serão (mundo e coisas) se forem interpretados como tais. Assim, conceber a linguagem como totalidade é entender que não há mundo sem a mediação do significado, representando então, a ruptura com a concepção de que há um sujeito cognocente apreendendo um objeto, mediante um instrumento chamado linguagem.

Tal compreensão revela que não se tem acesso aos objetos assim como eles são, mas sempre de um ponto de vista a partir de certa clivagem. Passa-se, enfim, da essência para a significação, instância na qual o importante e decisivo não está em saber o que são as coisas em si, mas saber o que se diz quando se fala delas, o que se quer dizer ou que significado tem as expressões linguísticas (a linguagem) com as quais se manifesta e se comunica esse dizer às coisas (STRECK, 1999).

De uma forma mais sintética, é possível dizer que mais do que uma guinada linguística, o que ocorreu foi um giro ontológico pela introdução do ser-no-mundo na compreensão. Assim, se a filosofia passou a ser compreendida como hermenêutica, a hermenêutica passou a ser compreendida como filosofia (STRECK, 2008). A introdução do ser-no-mundo resultou numa nova concepção da constituição do sentido, com a qual ele não pode mais ser pensado como algo que uma consciência produz independente de um processo de comunicação. Deve-se compreender o sentido como algo que nós, enquanto participantes de uma práxis real e de comunidades linguísticas, sempre comunicamos reciprocamente.

Em outras palavras, o ponto de referência de toda a hermenêutica filosófica não é o sujeito isolado ou a consciência do indivíduo, mas a comunidade de sujeitos em interação. Isso significa que não há sentido escondido nas coisas que pode ser alcançado de forma essencialista; porém, não há um sentido imanente ou inerente como uma espécie de elo (fundado/fundante), que liga o significante ao significado como um objeto buscado através de um processo interpretativo-objetivante pelo

sujeito cognoscente. O que existe é o “sujeito interpretante” inserido em um mundo linguisticamente construído, de onde é impossível alcançar a compreensão desligada da tradição (STRECK, 1999).

Na tradição (a vida prática, cotidiana), há sempre uma pré-compreensão que nos antecipa a compreensão do sentido do objeto. Nesse sentido, quando se fala, por exemplo, em Constituição, já se tem uma noção do significado de tal palavra, herdado da tradição. Não se parte de um grau zero de compreensão, pois, na intersubjetividade, os sentidos já foram construídos na práxis social. Os pré-juízos que conformam a pré-compreensão jamais são arbitrários, pois não são inventados: eles proporcionam orientação no emaranhado da tradição. Logo, não depende da discricionariedade do intérprete e tampouco de um “controle do método”; o intérprete não domina a tradição. Os sentidos que ele atribuirá ao texto não dependem da sua vontade, por mais que assim queiram os adeptos do esquema (metafísico) representacional do sujeito-objeto.

No entanto, mesmo com essas mudanças na teoria do conhecimento, ainda vigora na dogmática jurídica o paradigma da filosofia da consciência baseada no esquema sujeito-objeto. Nele, o sujeito-observador está situado frente a um mundo que por ele será objetificado e descrito a partir do seu pensamento. O jurista não se considera já e sempre no mundo; considera-se como estando-em-frente-a-esse-mundo, o qual ele pode conhecer utilizando-se do instrumento (terceira coisa) que é a linguagem (STRECK, 1999).

É justamente aqui que repousa a origem da discricionariedade do juiz e da máxima de que ele está autorizado a decidir conforme a sua consciência. Partindo disso, o magistrado atribui de forma arbitrária qualquer sentido ao texto, resultando em decisões em diferentes sentidos, ainda que aplicando a mesma norma jurídica.

Tal compreensão se verifica na prática, a partir da forma como se compreende os métodos de interpretação da lei. Como visto, acredita-se ainda que a lei possui em si mesma um sentido (uma essência) que poderá ser a vontade do legislador ou a vontade da própria lei. Assim, ao deparar-se com o texto de lei, o jurista se coloca na condição daquele que vai descobrir um sentido imanente situado no próprio texto (que será encontrado a partir da sua consciência isolada).

Ocorre que o sentido não está nos textos; com a Hermenêutica Filosófica, compreende-se que o sentido das coisas encontra-se no mundo da linguagem e o significado é encontrado e produzido no contexto do compartilhamento e da

intersubjetividade. Por isso, a decisão judicial não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete que julga conforme a sua consciência, como se a realidade fosse resultado da sua representação subjetiva (STRECK, 2013).

É necessário ressaltar que não há sentido escondido na norma/texto que possa ser alcançado de forma essencialista, pois a norma é (sempre) produto da interpretação do texto; o intérprete sempre atribui sentido (*sinngebung*) e ele. Contudo, nem de longe pode significar a possibilidade desse – o intérprete – poder “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem existência autônoma). O texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismos (STRECK, 2008).

É necessário, então, levar o texto a sério, deixar que ele diga algo como um evento que não produz “realidades virtuais”. Textos não são meros enunciados linguísticos, conceitos metafísicos que não dizem respeito a algo (algo como algo). Eles são importantes para o direito, na medida em que não há norma sem texto. É por isso que o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da facticidade. Reside aqui a impossibilidade da cisão da questão de direito e da questão de fato (STRECK, 2008).

Nesse sentido, é necessário destacar que somente à luz do caso concreto é que se poderá interpretar o direito. Aqui tem lugar outra incongruência em relação aos precedentes brasileiros, quando sopesados com o *stare decises* da *common law*: nesta tradição, o *stare decises* não é compreendido fora do contexto do caso concreto. Contudo, os precedentes brasileiros formam teses, ou seja, estabelecem *standards* conceituais universalizantes; além disso, precisam eliminar as situações concretas com o escopo de tornarem-se aptos à prática de raciocínios subsuntivos-dedutivos, passando, desse modo, a serem abarcadas pelos referidos conceitos. Ou seja, uma vez “eliminada/abstraída” a situação concreta, tem-se o terreno fértil para o exercício daquilo que é o cerne do positivismo: a discricionariedade interpretativa e a conseqüente multiplicidade de respostas (STRECK, 2008).

Neste sentido Bahia (2012), chama atenção, inclusive, que com a aplicação do precedente não se terá mais julgamento de casos, e sim de temas, pois o julgador para aplicá-lo terá que se abstrair das particularidades do caso (provas e discussões do caso) e, ao tratá-lo como o tema relacionado, aplicá-lo.

Após a formação dos precedentes, se fará a adequabilidade, que nada mais faz do que pretender acoplar universalizações a “coisas particulares”. É como se um ente (o “fato concreto”) pudesse existir sem o ser (sentido). Logo, o precedente brasileiro será uma capa de sentido acoplada a casos concretos de maneira arbitrária, tendo em vista que a facticidade do caso não foi analisada pelo tribunal. É, pois, um conceito sem coisa que irá produzir uma unidade artificial ao direito. Portanto, é necessário controlar o poder discricionário dos juízes. Em outras palavras, não se pode mais admitir que a atribuição de sentido continue atribuída ao individualismo do sujeito que elabora o seu próprio objeto do conhecimento.

É importante ressaltar aqui que a decisão judicial não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete (que estaria julgando conforme a sua consciência), como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva. As decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, ou seja, da consciência do juiz. A sociedade não pode depender da opinião pessoal que juízes e promotores têm sobre as leis, pois elas são produtos da intersubjetividade, e não da opinião do indivíduo isolado (STRECK, 2013).

Em pleno Estado Democrático de Direito, não cabe mais delegar ao juiz o poder discricionário de decidir conforme sua vontade, tampouco ter o poder de preencher o conceito das assim chamadas “cláusulas gerais”, ou ainda usar da ponderação para a “escolha” do princípio que será utilizado para a resolução do problema pela textura aberta da norma. Tal fato é antidemocrático, e, portanto, incompatível com a Constituição. Levado ao extremo, a lei aprovada democraticamente será substituída pelo que pensa o juiz sobre a lei. Dar respostas a uma questão relacionada à democracia, à produção democrática da lei e às condições de possibilidade do controle das decisões judiciais em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não deixa espaço para que “a convicção pessoal do juiz” seja o critério para resolver as indeterminações da lei (STRECK, 2013).

É preciso, pois, controlar as decisões judiciais de maneira que a estabilidade e coerência do direito sejam atingidas a partir da possibilidade de respostas adequadas à Constituição. Para tanto, a Crítica Hermenêutica do Direito pode apresentar uma alternativa para essa contingência.

3.3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA CRÍTICA E A TEORIA DO DIREITO

No decorrer da pesquisa, verificou-se que a adoção dos precedentes obrigatórios será incapaz de resolver o problema da indefinição do direito, que se manifesta na prática judiciária brasileira por meio da incoerência da jurisprudência nacional. Isso porque a resposta ao problema posto passa pela superação dos paradigmas filosóficos que sustentam a discricionariedade judicial (filosofia da consciência e o positivismo), bem como pela discussão acerca das questões de uma teoria da interpretação e da decisão judicial.

Com o intuito de propor uma discussão qualificada sobre a indefinição do direito que supera as respostas simplistas e apressadas ao problema (como a adoção de procedimentos vinculatórios), a pesquisa traz a colação da tese da Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida no Brasil por Lênio Luiz Streck e que serviu de base teórica para o presente capítulo. Ressalta-se que não há aqui a pretensão de aprofundar os pressupostos teóricos da referida tese, posto os limites metodológicos desta pesquisa e a falta de amadurecimento teórico sobre o tema impossibilitam de se fazer uma abordagem mais detida. Contudo, a proposta defendida por Streck será abordada em linhas gerais; a partir da mixagem teórica entre a Hermenêutica Filosófica e a teoria integrativa de Ronald Dworkin, é possível alcançar uma resposta constitucionalmente adequada para cada caso.

Para começar, Lênio Streck (2008) explica que a Nova Crítica do Direito (Crítica Hermenêutica do Direito) está fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental por meio de uma análise fenomenológica. Trata-se do desvelamento (*unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (*Heidegger*): o exercício da transcendência no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e que somos aquilo que nos tornamos através da tradição. São os pré-juízos que abarcam a facticidade e a historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento; aqui, o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico).

É, portanto, uma análise antimetafísica, porque, a partir da viragem linguística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando à condição de possibilidade. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (*auslegung*) e passa a ser

produtivo (*sinngebung*), considerando que é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, isto é: quem diz o ser deve primeiro escutar a linguagem. A compreensão e explicitação do ser já exige uma compreensão anterior (STRECK, 2008).

Segundo Lênio Streck (2008), a matriz hermenêutica procura superar o esquema sujeito-objeto, superação essa representada pela busca da filosofia de um fundamento do conhecimento, a partir do discurso em que impera a ideia de juízo. Enquanto a dogmática jurídica tenta explicar o direito partindo da ideia de que o ser (o sentido) é um ente (como se o conceito de coisa julgada fosse um ente apreensível como tal), uma análise hermenêutica pretende mostrar que há uma clivagem entre nós e o mundo, porque nunca se atinge o mundo dos objetos de maneira direta, mas sempre pelo discurso. Por isso, é a hermenêutica que melhor propiciará as condições para encontrar respostas corretas no direito.

Assim, a hermenêutica jurídica pode ser compreendida como uma proposta de descrever as condições reais do intérprete, e não uma oferta de critérios ou métodos científicos. Esse intérprete é um sujeito integrado em um meio cultural e em uma tradição, fora da qual é inimaginável ter acesso a um texto determinado. Essa compreensão ganha relevo para o direito, na medida em que a interpretação é uma nova leitura das normas jurídicas e que cada caso será uma nova aplicação. Dessa forma, é como se o direito recobrasse o seu vigor cada vez que é cumprido ou aplicado.

Partindo dessas premissas, a Crítica Hermenêutica do Direito compreende que há a possibilidade de se alcançar a resposta adequada à Constituição, que, segundo STRECK (2008, p.188), se dará “pela reconstrução principiológica do caso, da coerência e da integridade do direito”.

Assim, a resposta adequada à Constituição passa pela reconstrução integrativa do direito aplicável ao caso, que deve levar em conta a interpretação coerente das regras, princípios e decisões judiciais preexistentes no cotidiano das práticas judiciárias. Nessa perspectiva, a interpretação do direito é um ato de integração: o sentido adequado se obtém a partir das decisões concretas e coerentes, frutos da integração com a tradição jurídica na qual se encontra o intérprete.

O juiz na sua atividade não pode se considerar isolado e decidir conforme a sua consciência. Ele está inserido num processo construtivo do direito, no qual no da continuidade no presente. Nesse ponto a lição de Dworkin é elucidativa:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que os outros juizes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que os juizes *fizeram* coletivamente, da maneira como cada uma de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. (...) Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar a história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu ates porque tem a responsabilidade de levar a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção (DWORKIN, 2000, p. 238). Grifo no original

As condições histórico-concretas (a tradição) traduzem-se na coerência e integridade no âmbito do direito e impõem os limites de decisão ao intérprete. Há um rompimento, portanto, da liberdade do juiz de julgar conforme a sua consciência. A tradição será a pré-compreensão constituída do modo prático do ser, ou seja, a integridade e a coerência. A integridade do direito será, portanto, a condição de possibilidade de interpretação dele.

É na integridade ou tradição do direito que se encontrará a pré-compreensão do texto a ser aplicado no concreto. Isso significa reconhecer que não haverá espaço para a discricionariedade do juiz, posto que a tradição não depende da vontade do intérprete. Trata-se de um existencial construído na intersubjetividade que antecipa os sentidos, sendo que a interpretação consiste em explicitar a compreensão, obrigando o juiz a fundamentar a sua decisão. Neste sentido,

É a explicitação do compreendido que terá esse papel de trazer a lume o “lado epistemológico” da hermenêutica. Afinal, como diz Gadamer, interpretar é explicitar o compreendido. (...) A superação da relatividade das propostas normativas se alcança no plano da justificação, segundo as regras do êxito do empreendimento jurídico, e não a partir de um ponto de vista externo ou metafísico que assegure a verdade das proposições normativas. (STRECK, 2008, p. 241)

É na dinâmica de considerar a construção do direito (integridade) que se confere a coerência dele, ou seja: as decisões tomadas no passado servirão de apoio para a resolução do caso atual. Daí porque integridade e coerência são requisitos institucionais da prática jurídica. Nesse sentido, Dworkin se posiciona:

[...] 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 de fidelidade aos princípios

concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (...).
(DWORKIN, 1999, p. 262)

No Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que o juiz lance mão (exclusivamente) de seus princípios de conduta pessoal, sua própria visão de mundo, etc., para concretizar a decisão. Neste sentido, importa constatar que o constitucionalismo moderno institucionalizou a moral no texto constitucional, plasmando-se nos princípios. Desta forma, entende-se que o juiz deve buscar os valores socialmente aceitos no *locus* privilegiado da interpretação (que é a Constituição), e não no seu código particular de princípios morais.

Assim, quanto mais uma solução se apresentar a partir dessa “conduta interpretativa”, o juiz deverá optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política (constituição), melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade. Aquela que melhor representar o direito histórico e vigente deve ser a resposta correta para o caso concreto. Isso deve se dar a partir do local privilegiado da situação concreta: o juiz de primeiro grau e a justificação/fundamentação exaustiva explicitarão a resposta dada ao problema (STRECK, 2008).

Assim, a resposta adequada à Constituição deve ser justificada explicitando-se os motivos e as razões jurídicas da decisão. A justificação é, pois, o limite mais importante das decisões judiciais, tendo em vista que é a partir dela que se poderá verificar o que foi dito pelo juiz. É na explicitação da sua compreensão do caso concreto que o juiz deverá detalhar os motivos que lhe conduziram a eleger uma solução determinada para a situação.

A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições e colocando à lume a fundamentação jurídica que, ao final e ao cabo, legitimará a decisão no plano que se entende ser a responsabilidade do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2008).

É nesse espaço decisório que se dará o controle do poder judicial, pois será na análise da fundamentação da decisão que se verificará se o juiz reconstruiu principiologicamente o direito, se analisou todas as nuances do caso concreto e se considerou toda a construção do direito efetivada até o determinado momento.

Cabe ressaltar que, em que pese o Novo Código do Processo Civil ter se detido em explicitar objetivamente o que se considera uma decisão fundamentada,

os tribunais permanecem ignorando o dever de fundamentação, conforme já demonstrado no capítulo 2 dessa pesquisa.

Importa ressaltar que, na perspectiva de os precedentes obrigatórios construídos no Brasil serem colocados como um modelo decisivo, concebido como uma regra geral que será aplicada pela subsunção, verifica-se que o caso concreto desaparecerá, posto que um postulado universalizante é incapaz de abarcar todas as hipóteses concretas. Percebe-se, portanto, que no afã de se resolver a questão da incoerência da jurisprudência e conferir maior celeridade ao judiciário na resolução das demandas de massa, há um sacrifício das especificidades do caso concreto, único e irrepetível; como tal, não pode ser enquadrado em hipóteses gerais. Para Lênio Streck, o caso concreto virou um álibi que justifica qualquer decisão:

No sistema jurídico brasileiro, o “caso concreto” passou a servir de álibi para qualquer decisão, proferida segundo a subjetividade (vontade) do juiz ou do tribunal. Não é possível enquadrar casos absolutamente diferente entre si em uma mesma regra, mas no Brasil a ementa transformou-se em uma super-regra, um conceito universal, que “conteria todas as hipóteses de insignificâncias”. (STRECK, 2008, p.230-231)

Além disso, é necessário consignar que o *stare decises* da *common law* só é operacionalizável a partir da sua fundamentação. Para essa tradição, a decisão precisa ser devidamente fundamentada, tendo em vista que é só a partir da de tal ato que se poderá chegar a *ratio decidendi*, a razão da decisão e a causa vinculativa do verdadeiro precedente. Reitera-se que no *stare decises* o caso concreto está sempre na perspectiva do juiz, pois é isso que determina a aplicação ou não do precedente.

No Brasil, ignora-se este fato, pois o caso concreto fica escondido atrás da tese jurídica firmada, da qual não se sabe a justificativa; isso impossibilita a realização da comparação entre o caso atual e o paradigma. Reitera-se, o direito só pode ser aplicado à luz do caso concreto. O sentido da norma será atribuído sempre a partir do caso concreto!

A fundamentação da decisão tem sido negligenciada no Brasil, pois parte-se da compreensão de que o poder vinculante do precedente não reside no seu conteúdo, nem vem da qualidade da sua fundamentação, mas da autoridade que o emitiu. Isso porque, a doutrina tem entendido que a força vinculante do precedente é a fonte da qual emana a decisão, ou seja, os Tribunais Superiores, dos Tribunais de

Justiça e dos Tribunais Regionais Federais . Posto de outra forma, só há “precedente” porque o Tribunal Superior proferiu tal decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa teve como objeto de análise a introdução do chamado sistema de precedentes obrigatórios, efetuada pelo Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei 13.105/2015), e suas possíveis consequências no sistema de justiça nacional.

No desenrolar do trabalho, demarcou-se que o *stare decises* é um instituto jurídico típico do sistema de direito da *common law*. Essa tradição possui um direito eminentemente jurisprudencial, no qual as decisões judiciais pretéritas servem de parâmetro para resolução dos casos subsequentes. Ao longo da pesquisa, descobriu-se que os precedentes ganharam força vinculante apenas no século XX, resultado da onda legalista que promoveu reformas estruturais no Judiciário Inglês.

Já no sistema de justiça brasileiro, a jurisprudência desempenha papel secundário, sendo que a principal fonte de direito é a lei. Contudo, verificou-se que gradativamente o país passou a conferir maior importância à jurisprudência. Nos últimos anos, o Brasil incorporou diversos provimentos judiciais vinculantes, destinados basicamente a resolver a questão dos julgamentos das demandas de massa. Todavia, a implantação do *stare decises* teve como escopo conferir estabilidade, uniformidade e coerência à jurisprudência nacional, que carecia de maior racionalidade nas decisões judiciais.

A pesquisa identificou que os precedentes obrigatórios aqui implantados não guardam semelhança com o *stare decises* da *common law*. Isso porque nesta tradição, a formação do precedente está intrinsecamente ligada ao caso concreto analisado individualmente à luz do precedente. Percebeu-se ainda que nem todas as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores da *common law* são de fato precedentes, pois a força vinculante só se manifesta no decurso do tempo, quando, em face de outros casos concretos, se identifica a aptidão do caso pretérito de gerar efeitos futuros.

No entanto, no Brasil verifica-se profunda distorção no instituto, pois os precedentes fixados pelos Tribunais Superiores são aplicados de forma mecânica, desconsiderando, portanto, o caso concreto. Constatou-se ainda, que, no mais das vezes, os casos que deram respaldo à formação do precedente em nada guardam relação com o caso tido por paradigma. Além disso, registra-se que a força vinculante do precedente brasileiro decorre da fonte que o emitiu, e não da qualidade da decisão que carrega.

Com o avanço da pesquisa, também ficou claro que a causa da instabilidade da jurisprudência nacional reside na discricionariedade do juiz, fruto do paradigma filosófico do positivismo. Por sua vez, tal paradigma entende que decidir é um ato de vontade e que, portanto, no ato da interpretação da lei o magistrado está autorizado a escolher a resposta que julgar mais adequada para a resolução do caso.

Desta forma, percebe-se que a adoção dos precedentes será insuficiente para resolver a questão da instabilidade das decisões judiciais, uma vez que o precedente é texto, e, como tal, deverá ser interpretado, algo que será feito a partir da liberdade que o juiz possui para atribuir qualquer sentido ao texto.

É preciso salientar ainda que o Novo Código do Processo Civil (NCPC), se bem interpretado e aplicado, é capaz de trazer resultados importantes para a integridade e coerência do direito. Neste sentido, destaca-se o artigo 926 que determina que os tribunais mantenham a sua jurisprudência íntegra e coerente, o que se seguido, trará uniformidade ao Direito.

Há ainda, o artigo 489 do NCPC trouxe possibilidade de ganho de qualidade nas decisões judiciais, pois dispõe da fundamentação da sentença que, pela primeira vez na tradição jurídica brasileira, se preocupou em delimitar e dar maior operacionalidade ao dever de fundamentação insculpido no artigo 93, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

Percebe-se então que a coerência e estabilidade ingressaram no ordenamento jurídico para concretizar a igualdade. Essas exigências impõem responsabilidade sobre os juízes, o que significa dizer que são uma forma de combate ao voluntarismo judicial.

O NCPC pode trazer respostas interessantes para o sistema de justiça; contudo, isso depende muito da mudança de cultura da comunidade jurídica. Ao que parece, há a tendência de se apostar em provimentos vinculantes impostos de maneira autoritária para que sejam reproduzidos mecanicamente, com potencial para violar direitos fundamentais.

Nesse sentido, há o alerta da possibilidade da violação ao direito de acesso à justiça, pois o novo Código do Processo Civil, autoriza o juiz indeferir liminarmente o pedido que contrarie os assim chamados precedentes. Na hipótese, se juiz aplicar de forma mecânica o precedente (sem analisar as especificidades do caso concreto), o caso seria então “encaixado” na tese de um precedente, mitigando, assim o acesso da parte ao judiciário.

A pesquisa encerra constatando que a discricionariedade do juiz (que está na origem do problema da instabilidade das decisões) ainda passa despercebida pela comunidade jurídica. Assim, é necessário romper com a discricionariedade e o paradigma filosófico-metafísico que o sustenta. É pertinente ainda o efetivo desenvolvimento de uma teoria da decisão que dê conta do fenômeno da discricionariedade, rompendo com seus paradigmas epistemológicos.

Para tanto, é preciso aprofundar os estudos das teorias do Direito, em especial a Crítica Hermenêutica do Direito; a partir da mixagem teórica da tese integrativa do direito desenvolvida por Ronald Dworkin e a Filosofia Hermenêutica, poderá haver de fato a identificação da origem e serem propostas soluções para conferir mais estabilidade e coerência ao direito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Precedente Judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. IN: WAMBIER, Tereza Arruda Alvin (org). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese. **Revista do Processo**. v. 206, p. 359-379, Abr. 2012.

BAHIA, Alexandre, FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. **Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada**. Salvador: Juspodivm, 2015.

BARBOSA, Claudia Maria. A impossibilidade de aplicação da teoria dos precedentes no atual sistema deliberativo dos Tribunais Superiores. **Revista do Processo**. v.273, p, 377-401, Nov. 2017

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**: promulgada em de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 nov. 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004**: Altera Dispositivos dos artigos. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134, e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os artigos 103-A, 103- B, 111- A, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em 09 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 13.105, 16 de março de 2015**: Institui o Código de Processo Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 19 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 9.868a, de 10 de novembro de 1999**: Dispõe sobre o Processo da ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em 09 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.882b, de 3 de dezembro de 1999**: Dispõe sobre o Processo e Julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em 09 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 11.417, de 19 de dezembro de 2006**: Regulamenta o art. 130-A da Constituição Federal e Altera a Lei nº. 9.784, de 29 de Janeiro de 199, disciplinando

a Edição, a Revisão e o Cancelamento de Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: Acesso em 09 nov. 2017.

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingos. O efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal. In. LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manuel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord). **Processo Civil em movimento**. Florianópolis: Conceito, 2013.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**, v. 786, p. 108-128, Abr. 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CHAUÍ, Marilena. **Convite a Filosofia**. São Paulo: Ática, 2002.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 6.ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19. ed. rev. e comp. conforme o Novo CPC. São Paulo, 2016

DWORKIN, Ronald. **O Império Do Direito**; tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Uma Questão de Princípio; tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica**. 6. Ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2002.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica Do Direito**. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HEIDEGGER, Martin. **O Ser e o Tempo**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora São Francisco, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; tradução João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KREMER, Bianca; PARAGUASSU, Mônica. Hermenêutica, Jurisdição e Discricionariedade Judicial: Desafios Trazidos pela Crise dos Métodos de Interpretação Jurídica no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 13, n.1, p. 131-160, Jan - Abr. 2017.

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

_____. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II**/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016

_____. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada de seu uso no Brasil. IN: DIDIER, Fredie Jr. (org). **Coleção Novo CPC, Doutrina Seleccionada, v. 2**. Salvador: Juspodivm, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

_____. Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **O que é isso – Decido Conforme minha Consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. A teoria dos Precedentes à Brasileira entre o Solipsismo Judicial e o Positivismo Jurisprudencialista ou “de como o Mundo (não) é um Brechó. **Revista do Processo**, v. 262, p. 379-411, dez. 2016.

_____. Da interpretação de textos à concretização de direitos. IN: STRECK, Lênio Luiz, (org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Programa de pós-graduação em direito da Unisinos: metrado e doutorado, n. 2, p. 172, , 2005

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELOS, Adriana Paiva. Estabilidade da jurisprudência em países de Civil Law. **Justiça do Direito**. São Paulo, v. 26, nº. 1, p. 68-80, jan./jun. 2012.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.