

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

GUILHERME CARDOSO ANTUNES DA CUNHA

**DO MODELO DE REGRAS À PRÁTICA INTERPRETATIVA:
O ROMANCE EM CADEIA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE
PARA RESPOSTAS ADEQUADAS AO DIREITO**

SÃO LEOPOLDO

2018

Guilherme Cardoso Antunes da Cunha

Do modelo de regras à prática interpretativa:
o romance em cadeia como condição de possibilidade
para respostas adequadas ao direito

Tese apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Doutor em
Direito, pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2018

C972d Cunha, Guilherme Cardoso Antunes da

Do modelo de regras à prática interpretativa: o romance em cadeia como condição de possibilidade para respostas adequadas ao direito / Guilherme Cardoso Antunes da Cunha -- 2018.

294 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.


1. Direito cível. 2. Direito do Estado. 3. Padrão decisório. 4. Fundamentação da decisão. 5. Intersubjetividade. 6. Respostas adequadas - Direito. I. Título. II. Ribeiro, Darci Guimarães.

CDU 347

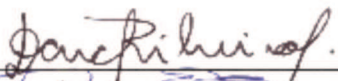
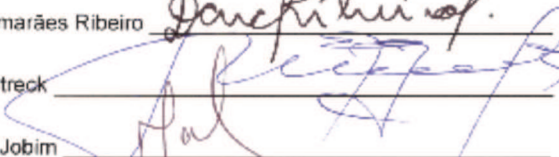

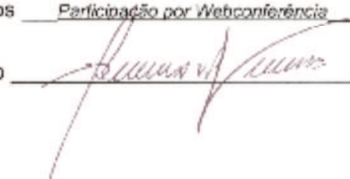
UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**DO MODELO DE REGRAS À PRÁTICA INTERPRETATIVA: O ROMANCE EM CADEIA NA APLICAÇÃO DOS PADRÕES DECISÓRIOS COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA RESPOSTAS ADEQUADAS AO DIREITO**”, elaborada pelo doutorando **Guilherme Cardoso Antunes da Cunha**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 10 de dezembro de 2018.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro 
Membro: Dr. Lenio Luiz Streck 
Membro: Dr. Marco Félix Jobim 
Membro: Dr. Paulo Junior Trindade dos Santos Participação por Webconferência
Membro: Dr. Álvaro Vinícius Paranhos Severo 

“The life of the law has not been logic; it has been experience”

Oliver Wendell Holmes

The Common Law

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo investigar a relação da aplicação de padrões decisórios, na prática jurisdicional, com a implementação de respostas adequadas ao Direito. Especificamente, analisar um modelo interpretativo para a aplicação dos padrões decisórios no Brasil e à luz das diretrizes trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, se estudará, em um primeiro momento, o modelo interpretativo do positivismo jurídico e a decisão do juiz como ato de vontade; em seguida, como esse modelo pode ser superado e, assim, chegar-se a uma prática jurisdicional que busque a implementação de respostas adequadas ao Direito. Nestas circunstâncias, se analisará o papel das cortes judiciais. Depois, será analisada a relação entre a evolução das tradições da *common law* e da *civil law* com a evolução do Estado de Direito – foco nos últimos dois séculos, relacionando os compromissos das duas tradições jurídicas com as fontes do Direito e com os modelos de interpretação. O objetivo é demonstrar que o Direito deve ser, no Estado Democrático de Direito, fruto de uma atitude interpretativa do intérprete. Ato contínuo, se investigará a influência da fundamentação da decisão na aplicação dos padrões decisórios para que, após, se possa analisar quais seus elementos vinculantes. Por fim, se analisará o modelo interpretativo para uma adequada aplicação dos padrões decisórios na prática jurisdicional brasileira como condição de possibilidade para respostas adequadas ao Direito. Diante da investigação deste presente trabalho, concluiu-se que o problema não está na autoridade dos padrões decisórios, mas em como os padrões decisórios são aplicados, pois os elementos vinculantes dos padrões decisórios são as teses jurídicas fixadas na fundamentação. É preciso, no Estado Democrático de Direito, uma prática jurisdicional por uma atitude interpretativa intersubjetiva em *romance em cadeia*, sempre mediante uma fundamentação qualificada, a fim de alcançar respostas adequadas ao Direito.

Palavras-Chave: Padrões decisórios. Fundamentação da decisão. Intersubjetividade. Romance em cadeia. Respostas adequadas ao direito.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo investigar la relación de la aplicación de los patrones decisorios con la implementación de respuestas correctas al Derecho. Más específicamente, analizar un modelo interpretativo para la aplicación de los patrones decisorios en Brasil y desde las directrices traídas por el Código de Proceso Civil de 2015. Para tanto, se estudiará, en un primero momento, el modelo interpretativo de lo positivismo legal e la decisión judicial como acto de voluntad; en seguida, como este modelo puede ser superado y, así, se obtener una práctica jurisdiccional en búsqueda de la implementación de respuestas correctas al Derecho. En estas circunstancias, se analizará el papel de las cortes judiciales; después, la relación entre la evolución de las tradiciones de *common law* y de *civil law* con la evolución del Estado de Derecho – foco en los dos últimos siglos, relacionando los compromisos de las dos tradiciones con las fuentes del Derecho y los modelos de interpretación. El objetivo es demostrar que el Derecho, en un Estado Democrático de Derecho, es resultado de una actitud interpretativa del intérprete. Acto continuo, se investigará la influencia de la fundamentación de la decisión en la aplicación de los patrones decisorios para investigar cual son los elementos obligatorios. Por fin, se analizará un modelo interpretativo para una adecuada aplicación de los patrones decisorios en la práctica jurisdiccional brasileña como condición de posibilidad para respuestas correctas al Derecho. Desde la presente investigación, se ha concluido que el problema no está en la autoridad de los patrones decisorios, más en como los patrones decisorios son aplicados, porque sus elementos obligatorios son las tesis jurídicas fijo en la fundamentación. Es necesario, en el Estado Democrático de Derecho, una práctica jurisdiccional de actitud interpretativa intersubjetiva en romance en cadena, siempre mediante una fundamentación calificado, para alcanzar respuestas correctas.

Palabras-llave: Patrones decisorios. Fundamentación de la decisión. Intersubjetividad. Romance en cadena. Respuestas correctas al derecho.

ABSTRACT

The present research aims to investigate the relation of the application of decision-making standards, in the jurisdictional practice, with the implementation of adequate responses to the Law. Specifically, to analyze an interpretive model for the application of decision-making standards in Brazil and in the light of the guidelines brought by the Code of Civil Procedure of 2015. To do so, we will first study the interpretive model of legal positivism and the decision of the judge as an act of will; then, how this model can be overcome and thus reach a jurisdictional practice that seeks to implement adequate responses to the law. In these circumstances, the role of the courts will be analyzed. Then, the relationship between the evolution of common law and civil law traditions and the evolution of the rule of law in the last two centuries will be analyzed, linking the commitments of the two legal traditions with the sources of law and with models of interpretation. The objective is to demonstrate that the Law must be, in the Democratic State of Law, the result of an interpretative attitude of the interpreter. Then, the influence of decision-making in the application of decision-making standards will be investigated so that, afterwards, it can be analyzed its binding elements. Finally, the interpretative model will be analyzed for an adequate application of the decision standards in the Brazilian jurisdictional practice as a condition for the possibility of adequate responses to the Law. In the face of the investigation of this present work, it was concluded that the problem is not in the authority of the decision-making standards, but in how the decision-making standards are applied, because the binding elements of the decision-making standards are the legal theses fixed in the reasoning. It is necessary, in the Democratic State of Law, a jurisdictional practice for an intersubjective interpretive attitude in a chain novel, always through a qualified foundation, in order to achieve adequate answers to the Law.

Key-words: Decision-making standards. Legal reasoning. Intersubjectivity. Chain novel. Adequate answers to the Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 OS PADRÕES DECISÓRIOS COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE RESPOSTAS ADEQUADAS AO DIREITO	18
2.1 Das Respostas Adequadas ao Direito	18
2.1.1 Problema Inicial: a não observação dos padrões decisórios como condição para a manutenção da subjetividade judicial	18
2.1.2 Da Necessária Superação do Positivismo Jurídico no Estado Democrático de Direito: da subjetividade judicial às respostas adequadas ao direito	25
2.2 Dos Padrões Decisórios Obrigatórios	42
2.2.1 Os Padrões Decisórios Obrigatórios e as Respostas Adequadas ao Direito a partir da <i>Crítica Hermenêutica do Direito</i>	44
2.2.2 Respostas Adequadas ao Direito e Padrões Decisórios Obrigatórios: o papel das Cortes Supremas	54
2.3 Padrões Decisórios Obrigatórios como Condição de Possibilidade para Respostas Adequadas ao Direito	64
2.3.1 O Paradigma Interpretativo Exsurgente do Estado Democrático de Direito: a norma jurídica e a as fontes do direito	66
2.3.2 Os Padrões Decisórios como Fontes (Primárias): condição de possibilidade para respostas adequadas ao Direito	73
3 DA RELAÇÃO DA EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO COM OS COMPROMISSOS METODOLÓGICOS DA <i>CIVIL LAW</i> E DA <i>COMMON LAW</i> AO DIREITO COMO PRÁTICA INTERPRETATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	91
3.1 A Relação da Evolução do Estado de Direito com as Tradições da <i>Civil Law</i> e da <i>Common Law</i>	91
3.1.1 A Tradição da <i>Common Law</i> na Inglaterra e nos Estados Unidos da América e o <i>Rule of Law</i>	102
3.1.2 A Tradição da <i>Civil Law</i> na Alemanha e na França e o Estado de Direito	113
3.2 <i>Civil Law</i> <i>Common Law</i>: convergências e assimetrias	125
3.2.1 Características Essenciais da <i>Civil Law</i> e da <i>Common Law</i>	135
3.2.2 As Tradições Jurídicas no Século XX e Perspectivas para o Século XXI	144
3.3 O Direito como Prática Interpretativa	151

3.3.1 Do Xadrez à Cortesia: superação do método positivista de interpretação do Direito.....	156
3.3.2 Da Imbricação entre a Teoria de Dworkin e a Hermenêutica: a interpretação do/no Direito no Estado Democrático de Direito.....	165
4 RAZÕES DE DECIDIR EM ROMANCE EM CADEIA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA UMA ADEQUADA PRÁTICA INTERPRETATIVA DOS PADRÕES DECISÓRIOS	178
4.1 Padrões Decisórios no Brasil.....	178
4.1.1 Crítica à Aplicação dos Padrões Decisórios na Prática Jurisdicional Brasileira	178
4.1.2 Jurisprudência, Súmula e Precedente.....	182
4.1.3 Padrões Decisórios Vinculantes e Persuasivos	189
4.1.4 Padrões Decisórios e Aplicação em Contraditório	198
4.2 Padrões Decisórios e Fundamentação da Decisão.....	203
4.2.1 A Influência da <i>Common Law</i>	203
4.2.2 Distinção e Superação dos Padrões Decisórios e a Prática Jurisdicional Brasileira	208
4.2.3 Padrões Decisórios e Razões de Decidir	220
4.2.4 Elementos Vinculantes dos Padrões Decisórios	230
4.3 Do Modelo de Regras à Prática Interpretativa: o romance em cadeia na prática jurisdicional brasileira.....	239
4.3.1 Contexto Intersubjetivo e Padrões Decisórios.....	239
4.3.2 Romance em Cadeia na Aplicação dos Padrões Decisórios como Condição de Possibilidade para Respostas Adequadas ao Direito.....	244
4.3.3 Dois Exemplos Privilegiados	250
5 CONCLUSÃO	264
REFERÊNCIAS.....	273

1 INTRODUÇÃO

Casos idênticos ou semelhantes são julgados de forma absolutamente disparatada no que tange ao critério normativo adotado pelos Magistrados. A prática jurisdicional brasileira enraizou uma convivência sem embargos a decisões distintas sobre situações análogas. Muito embora isto traga incoerência ao sistema, este parece estar mais compromissado com o solipsismo judicial, adotando o critério (positivista) de aplicação por subsunção das leis (e também dos padrões decisórios), sem contar a proliferação de respostas contraditórias para situações idênticas, com fulcro irrefletido na liberdade de interpretar, típico do modelo da *civil law*.

Em decorrência disso, a jurisprudência vem sendo utilizada pelos aplicadores do Direito para sustentar as suas teses e/ou decisões. Paralelamente, o ordenamento jurídico passou a implantar mecanismos para que decisões anteriores influíssem nos julgamentos posteriores e estes tivessem sua tramitação sumarizada¹. Entretanto, a utilização da jurisprudência é feita da mesma forma que o paradigma positivista lança mão para aplicar as leis: a subsunção. Isto criou uma aplicação equívoca da jurisprudência aos casos posteriores e, como consequência, mais do que nunca abriu as portas ao decisionismo.

Daí a problemática mais atual no cenário judicial brasileiro: a correta aplicação dos padrões decisórios. Michele Taruffo, ao falar sobre “precedente ou jurisprudência”, esclarece que o precedente é constituído pelo inteiro teor da decisão e não apenas de trechos mais ou menos sintéticos extraídos da motivação. Os textos que constituem nossa jurisprudência não incluem os fatos que foram objeto das decisões; por isso, a aplicação da regra fundada em uma decisão precedente não se funda sobre a analogia dos fatos, mas sobre subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral.²

Portanto, em vez de a aplicação da jurisprudência (e dos mecanismos processuais para que decisões anteriores influíssem nos julgamentos posteriores para que estes tenham sua tramitação sumarizada) contribuir para afastar da prática jurisdicional a técnica subsuntiva positivista e dar coerência ao Direito, houve o

¹ Poderes do relator, repercussão geral, reserva de plenário, recursos repetitivos, julgamento de improcedência de ações repetitivas, possibilidade de não recebimento de recursos quando a decisão estiver conforme súmula do STJ ou STF, súmulas vinculantes, entre outras.

² TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 143, set. 2011.

inverso: a própria utilização da jurisprudência alimentou esse modo-de-fazer-Direito, adotando-se por subsunção ementas e verbetes de casos anteriores a casos posteriores, sem qualquer cuidado em relação às singularidades do caso concreto. Este um dos fatores que mais contribuem para a crise do nosso sistema jurisdicional.

Outro fator que alimentou a crise ora apontada é igualmente de cunho paradigmático (liberal-burguês): a aversão em se aplicarem precedentes obrigatórios por conta de uma alegada liberdade do Poder Judiciário em interpretar as leis, a despeito de o ato normativo já ter sido interpretado pelos Tribunais Superiores. Pelo paradigma a ser superado, se a jurisdição se limita a declarar a vontade concreta da lei, não há motivo para se falar em igualdade perante as decisões. Basta, nesta ótica, um sistema que permita (apenas) a correção das decisões.

Não é raro, no Brasil, que um tribunal de segundo grau interprete e aplique um dispositivo de lei federal de maneira diversa da que foi conferida pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo em matéria infraconstitucional, mesmo estando a matéria pacificada no âmbito da referida Corte Superior. Quiçá, até mesmo em sentido contrário à súmula do STJ. Também não é incomum – como deveria ser – que um determinado tribunal, uma turma ou câmara julgadora ou um julgador monocrático não se vincule sequer às suas próprias decisões anteriores.³

Essa falta de coerência, além de atentar contra a segurança jurídica, a isonomia entre os jurisdicionados e a previsibilidade das decisões, prejudica sobremaneira a imagem do Judiciário, levando-o à descrédito com a sociedade. E não é esse o Judiciário que se pretende em um Estado Democrático de Direito. De nada adianta a Constituição Federal de 1988 instituir o regime democrático e a isonomia como fundamentos, se os juízes, invocando o livre convencimento, puderem simplesmente ignorar os entendimentos emanados das cortes hierarquicamente superiores a eles – e até mesmo os julgados anteriores de seu órgão e de órgãos da mesma hierarquia.⁴

Ocorre que, a partir do paradigma da hermenêutica filosófica (e do rompimento com o modo liberal burguês de fazer Direito), fica evidente que texto e norma não são sinônimos (embora um não exista sem o outro e o outro não exista sem o um, dentro da circularidade hermenêutica). Textos são importantes (não há norma sem texto) e não podem ser ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito

³ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135.

⁴ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135.

assujeita o objeto; contudo, os textos não carregam seu próprio sentido, pois textos dizem sempre respeito a algo da faticidade. Por isso, interpretar um texto é aplicá-lo, saltando-se do fundamentar para o compreender.⁵

Sendo assim, se as Cortes definem o sentido dos textos, é evidente que a autoridade do Direito também está nos padrões decisórios oriundos do Poder Judiciário, pois a decisão judicial não define a exata interpretação da lei (declara a vontade da lei?), mas atribui sentido ao Direito. A tarefa jurisdicional não está limitada a revelar a lei ou declarar algo que sempre esteve à disposição, mas sim define o adequado sentido do texto, adicionando algo à ordem jurídica – que passa a ser composta, também, pelos padrões decisórios.⁶

Nessa esteira, será importante abordar a diferença entre texto e norma, lei e Direito: no Estado Democrático de Direito, a igualdade não pode ser (mais) reduzida a uma simples igualdade perante a *lei*, uma igualdade de ordem formal; mas sim dar espaço à uma visão substancial das decisões judiciais, concretizada não apenas a partir da igualdade perante a lei, mas principalmente em uma igualdade perante as decisões judiciais, as quais dão sentido aos *textos da lei*, para que casos semelhantes ou idênticos tenham o mesmo tratamento. Esse será o caminho, como se verá, para se produzir coerência e integridade no Direito e, assim, alcançar a segurança jurídica.⁷

E, desde já, é importante anotar que, na prática jurisdicional brasileira, o termo *precedente* não deve ter o mesmo sentido tradicional que apresenta nos países tradicionais de *common law* – como Estados Unidos e Inglaterra. Isto porque, no Brasil, não são apenas os *precedentes* que serão *vinculantes*, mas existem outros *padrões decisórios* obrigatórios, como súmulas e súmulas vinculantes, como se observa das hipóteses constantes no art. 927 do CPC⁸. Daí

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 219. O texto legal ou a lei, como enunciado das fontes, não se confunde com o ditado judicial proveniente da atividade de interpretação. Esse ditado é o sentido atribuído pelo juiz ao enunciado legislativo. Este significado se denomina de norma jurídica. Conforme MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 110.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 111-116.

⁷ RIBEIRO, Darcy Guimarães. Comentário ao art. 5º do código de processo civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Comentários ao código de processo civil (arts. 1º a 317)**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 116-117.

⁸ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;

a adoção do termo *padrões decisórios*, pois engloba todas as espécies de atos que devem ser observados. E, mais do que isso, abarca casos que não são obrigatórios *decorrentes de lei*, mas também quando a parte ou o Magistrado invocarem *padrões decisórios* (precedente, jurisprudência, súmulas etc.) e relacionarem com o caso em julgamento (incisos V e VI do §1º do art. 489 do CPC⁹).

Nessa linha de raciocínio, quando se fala em *precedentes*, bem como quando se mencionar *jurisprudência* (*dominante* ou não) ou *súmulas* (*vinculantes* ou não), se trata, sempre, de *padrões decisórios*, termo *genérico* que se refere a todas essas manifestações e pronunciamentos advindos do Poder Judiciário, adotado expressamente pelo Código de Processo Civil, em seu art. 966, §5º¹⁰, bem como por doutrinadores como Alexandre Freitas Câmara¹¹. A prática jurisdicional brasileira tem seus mecanismos próprios de *vinculação* e de *persuasão*, motivo pelo qual se mostra relevante adotar uma expressão que desvincule da prática jurisdicional própria da *common law*, qual seja, os *precedentes*. Portanto, adota-se o termo *padrões decisórios*, o que não impede de se utilizar os termos *precedentes*, *súmulas* ou *jurisprudência*, em seu sentido *amplo*.

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. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

[...]

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁰ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

§5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do *caput* deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgado de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o **padrão decisório** que lhe deu fundamento. (grifo nosso). BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Levando-se em conta fatores como a finalidade do Estado de Direito para garantir a paz social, a segurança jurídica e a tutela da liberdade; a vocação do nosso tempo para um estado jurisdicional; e as flutuações na definição dos direitos pelos Tribunais, em um sistema marcado pela independência do juiz; não há como negar ser imprescindível o acolhimento de um modelo adequado de aplicação dos *padrões decisórios* a fim de vencer a luta pelo Estado Democrático de Direito.¹²

Essa vocação pela jurisdição, nos moldes do estado da arte posto no Brasil, (ainda) enraizado no paradigma racionalista e com o ranço ideológico positivista, acarreta problemas que põem em cheque o próprio Estado de Direito, na medida em que, diante da flagrante condescendência com a discricionariedade judicial, cria-se um ambiente de incerteza jurídica, ante a ausência de previsibilidade de definição na interpretação e aplicação do Direito. Daí a necessária adoção de padrões decisórios vinculantes e persuasivos, adequadamente aplicados, como meio de garantir a tutela da segurança jurídica, da previsibilidade, da igualdade e da coerência.¹³

Não é à toa que Ronald Dworkin, na primeira frase de sua obra *O Império do Direito*, anota que “é importante o modo como os juízes decidem os casos”¹⁴. Daí a importância dos padrões decisórios na interpretação e aplicação do Direito. A busca pela resposta adequada deve, pois, levar em conta também os padrões decisórios provenientes do Poder Judiciário, na busca por uma resposta adequada ao Direito.

Surgem, então, os problemas: o que são padrões decisórios e quais são os pontos em que há vinculação dos órgãos jurisdicionais? Além disso, como aplicar adequadamente os padrões decisórios no paradigma interpretativo do Estado Democrático de Direito e em que medida contribuem para a consecução da resposta adequada ao direito? E, a partir dessas premissas: qual a relação do Código de Processo Civil com a formação e aplicação dos padrões decisórios? A nova lei processual dá abertura para a implementação de um novo paradigma interpretativo?

¹² PEREIRA, Paula Pessoa. O Estado de direito e a necessidade de respeito aos precedentes judiciais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 144.

¹³ PEREIRA, Paula Pessoa. O Estado de direito e a necessidade de respeito aos precedentes judiciais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 155.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo, revisão técnica Guido Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 03.

Diante dessas questões, o objetivo específico deste trabalho é investigar um modelo interpretativo para os padrões decisórios na prática jurisdicional brasileira e, a partir dele, identificar qual a importância e a orientação que as diretrizes de fundamentação das decisões judiciais, instituídas pelo diploma processual civil de 2015, terão na busca por uma prática jurisdicional adequada na aplicação dos padrões decisórios. É fundamental, em tempos de discussão acerca dos *precedentes*, delinear o que é vinculante nos padrões decisórios e como devem esses padrões ser aplicados. Para tanto, urge preocupar-se com a formação dos padrões decisórios (observando critérios de fundamentação), mas também com a aplicação deles, eis que, adiante, serão considerados em outros casos.

Assumirá, pois, destaque no enfrentamento dessas questões a relação entre razões de decidir e padrões decisórios. Será fundamental, para investigar e enfrentar o problema de pesquisa, perquirir a relevância das razões de decidir na formação dos padrões decisórios, a partir do contexto intersubjetivo em que o intérprete está imerso. Isto precisará ser feito para analisar se a relação entre razões de decidir na formação e aplicação dos padrões decisórios gera contributo para uma prática jurisdicional que responda adequadamente ao Direito.

Para investigar esses problemas, o presente trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro capítulo deste trabalho terá como objetivo apresentar o embasamento teórico para demonstrar que os padrões decisórios são condições de possibilidade para a implementação de respostas adequadas ao Direito. Em um primeiro momento, será apresentada a necessária adoção da tese de respostas adequadas ao Direito, a partir da *Crítica Hermenêutica do Direito*¹⁵, com os aportes

¹⁵ “A tarefa dessa crítica é a de ‘desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos’ (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, através de um pensamento objetificador. Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência), faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente. No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do ser (sentido) do Direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o Direito não é mais pensado em seu acontecer. Há que se retomar, assim, a crítica ao pensamento jurídico objetificador, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade), que impede o aparecer do Direito naquilo que ele tem (deve ter) de transformador. Por intermédio da Nova Crítica do Direito (Crítica Hermenêutica do Direito), fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busco, através de uma análise fenomenológica, o des-velamento (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 (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não

da hermenêutica heideggeriana-gadameriana e da teoria da decisão de Ronald Dworkin, a fim de servir como teoria de base para a superação do paradigma racionalista e do positivismo jurídico.

Em seguida, será tratada a tese dos padrões decisórios obrigatórios, visando demonstrar que estes são também fontes do Direito e que devem ser respeitados a fim de promover a igualdade, a segurança jurídica, a coerência e a integridade na aplicação do Direito pelo Poder Judiciário, apresentando-se como condição de possibilidade para a implementação dos valores do Estado Democrático de Direito e para a superação do decisionismo positivista.

Na última parte do primeiro capítulo, será defendida a ideia de que padrões decisórios obrigatórios são condições de possibilidade para a implementação de respostas adequadas ao Direito e, assim, apresentam-se como fator de combate ao subjetivismo judicial. A partir dessa linha de raciocínio, por fim, apresentar-se-á os padrões decisórios obrigatórios como fontes (primárias) do Direito e, assim, como condições de possibilidade para respostas adequadas ao Direito.

Adiante, no segundo capítulo, e diante das bases teóricas estabelecidas, será analisada a relação entre a evolução das tradições da *common law* e da *civil law* com a evolução do Estado de Direito – com foco nos últimos dois séculos – em países tradicionais de *civil law* e de *common law*. O objetivo será relacionar os compromissos das duas tradições jurídicas com as fontes do Direito e com o paradigma interpretativo que a respectiva tradição acaba por envolver cada Estados de Direito.

Em seguida, após investigar os compromissos histórico-ideológicos que as tradições da *civil law* e da *common law* estabeleceram nas noções de *Rule of Law* e de Estado de Direito, notadamente na Inglaterra, nos Estados Unidos da América, na Alemanha e na França – que servem de exemplo privilegiado em relação aos demais

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), onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme ensina Heidegger, 'o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser de um ente já está revelado'. Trata-se, enfim, da elaboração de uma análise antimetafísica (clássica e moderna), 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 a ser condição de possibilidade. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (*Auslegung*) e passa a ser produtivo (*Sinngebung*). É impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, isto é, como aduz com pertinência Stein, nós, que dizemos o ser, devemos primeiro escutar o que diz a linguagem. A compreensão e a explicitação do ser já exige uma compreensão anterior." Conforme STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215-217.

países de *civil law* e de *common law*, será objeto de estudo as características particulares das tradições da *common law* e da *civil law* e as convergências entre elas ocorridas, principalmente, a partir do século XX.

Ao depois, na última parte do segundo capítulo, será o momento de demonstrar que o Direito, em qualquer das tradições jurídicas (seja na *civil law*, seja na *common law*), é um conceito interpretativo, a partir da teoria da decisão de Roland Dworkin, com os aportes da hermenêutica heideggeriana-gadameriana e da *crítica hermenêutica do Direito*. O objetivo é, pois, demonstrar que o Direito deve ser, no Estado Democrático de Direito, fruto de uma *atitude interpretativa* do intérprete.

Por fim, na última parte do trabalho, em seu terceiro capítulo, a partir da relação entre *common law* e *civil law*, bem como das premissas teóricas acerca da necessária superação do modelo positivista pela prática interpretativa, será exposto o papel dos padrões decisórios na prática interpretativa. Para tanto, no terceiro capítulo se investigará quais as características dos padrões decisórios na prática jurisdicional no Brasil a partir do paradigma da prática interpretativa e como devem ser aplicados levando em conta as diretrizes de fundamentação das decisões judiciais instituídas pelo diploma processual civil de 2015.

O foco será investigar a relevância do contexto intersubjetivo na formação dos padrões decisórios. Neste momento se analisará um ponto nodal da pesquisa: a importância da construção das razões de decidir das decisões sempre a partir do contexto intersubjetivo, pela prática interpretativa do *romance em cadeia*, a fim de investigar uma formação adequada dos padrões decisórios, para que estes possam exercer seu objetivo, qual seja, de contribuir com respostas adequadas ao Direito. E, nestas circunstâncias, perquirir a relevância de uma fundamentação adequada para a consecução do objetivo de estabilização das decisões, com integridade e coerência.

Nessa senda, em um primeiro momento, far-se-ão críticas acerca da aplicação dos padrões decisórios no Brasil, delineando o que se entende – e deveria se entender – por *precedentes*, *súmulas* e *jurisprudência*. Ato contínuo, diferenciar-se-á padrões decisórios *vinculantes* de padrões decisórios *persuasivos* e sua relação na prática jurisdicional. Em um segundo momento, se investigará a influência da fundamentação da decisão na formação, interpretação e aplicação dos padrões decisórios, iniciando pelas contribuições da *common law* em relação aos fundamentos determinantes da decisão e aos critérios de distinção e superação dos padrões decisórios para que, após, se possa analisar quais são os elementos vinculantes – ou persuasivos – dos padrões

decisórios. Será necessário, nesta quadra, relacionar razões de decidir – e fundamentação qualificada das decisões, sempre em um contexto subjetivo – com padrões decisórios. Por fim, em um último momento, para responder especificamente à problemática da pesquisa, se analisará o modelo interpretativo para uma adequada aplicação dos padrões decisórios na prática jurisdicional brasileira para, quem sabe, se criar condições de possibilidade para respostas adequadas ao Direito.

Alea jacta est.

2 OS PADRÕES DECISÓRIOS COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE RESPOSTAS ADEQUADAS AO DIREITO

Nesta primeira parte do trabalho, o objetivo será apresentar os alicerces teóricos para demonstrar que os padrões decisórios são condições de possibilidade para a implementação de respostas adequadas ao Direito. Nessa linha, será necessário delimitar os aportes que embasam o ponto de vista: se apresentará a hermenêutica heideggeriana-gadameriana, com os aportes da teoria da decisão de Ronald Dworkin, e à luz da *Crítica Hermenêutica do Direito*, como condições de possibilidade para se alcançar respostas adequadas ao Direito no paradigma interpretativo do Estado Democrático de Direito, apresentando-se a importância dos padrões decisórios nesse caminho.

2.1 Das Respostas Adequadas ao Direito

Nesse andar, importa, de início, demonstrar que a tese das respostas adequadas ao Direito implica, antes de tudo, na compreensão das consequências oriundas do ranço paradigmático do positivismo jurídico que permeia o modo-de-fazer-Direito no Brasil. Afinal: qual a relação do positivismo jurídico com o problema da (histórica) falta de compromisso dos tribunais com a estabilidade das decisões? É importante, pois, apresentar os problemas advindos do paradigma interpretativo positivista e suas consequências para, em seguida, apresentar a teoria de base para superar o estado da arte e, assim, partir em busca de um horizonte interpretativo em que a prestação jurisdicional seja motivo de estabilidade e segurança jurídica.

2.1.1 Problema Inicial: a não observação dos padrões decisórios como condição para a manutenção da subjetividade judicial

O Poder Judiciário, em um Estado Democrático de Direito, precisa proporcionar igualdade diante de suas decisões, tratando igualmente casos iguais e de forma desigual os casos desiguais. Ademais, tem o compromisso de possibilitar o pronto reconhecimento de qual é o direito para determinadas situações jurídicas, mantê-lo estável e proteger a confiança depositada nas suas decisões, além de prestar

uma tutela jurisdicional adequada e efetiva aos direitos.¹⁶

Não se há de olvidar que a prestação de uma tutela adequada e efetiva dos direitos passa necessariamente pela concessão de maior poder decisório ao juiz de primeiro grau. Torna-se, em contrapartida, essencial que o julgador tenha a obrigação de seguir os padrões decisórios. Ora, um dos motivos pelos quais os litigantes sempre que possível recorrem aos Tribunais Superiores está na necessidade de obter decisões acordes aos próprios Tribunais Superiores.¹⁷

O Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos padrões decisórios que tenham DNA constitucional, não na vontade individual do aplicador. Por isso, o debate sobre os diferentes modelos de interpretação e de decisão é absolutamente necessário, pois diz respeito a que tipo de Direito que se espera para o futuro da democracia. Nesse sentido, um dos pilares para fixar-se uma adequada e democrática teoria da decisão é, evidentemente, a adoção de padrões decisórios vinculantes.¹⁸

É viável que uma multiplicidade de órgãos, por uma variedade de vias, estejam habilitados para que seus julgados tenham caráter obrigatório para outros órgãos, quando o caso decidendo apresentar semelhança ou identidade. A partir de um sistema de padrões decisórios obrigatórios, cada órgão julgador passa a ter de levar em conta, em cada julgamento, uma pluralidade de julgados anteriores, mediante critério interpretativo em relação a quando e a qual desses julgados haverá vinculação necessária.¹⁹

O sistema processual brasileiro, sob a égide do CPC de 1973, previa hipóteses em que, havendo orientação jurisprudencial anterior de uma determinada ordem, fazia-se possível a simplificação do procedimento e a conseqüente abreviação do

¹⁶ MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo ano 36, v. 199, p. 87, set. 2011.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 137-140.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial: o velho realismo e outras falas. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 196-197.

¹⁹ TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”). *In*: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 12, p. 141.

processo. Como exemplo, têm-se os poderes do relator, a desnecessidade de remessa dos autos ao Plenário ou Órgão Especial no cumprimento da cláusula da reserva de plenário, o procedimento dos recursos repetitivos, a possibilidade de não recebimento do recurso de apelo quando a decisão recorrida estivesse em conformidade com súmula do STJ ou do STF, a possibilidade de julgamento de plano de total improcedência com base nas decisões do próprio juízo de primeiro grau, a súmula vinculante. Tais institutos, na verdade, aparece(ra)m na prática do processo civil em curso no Brasil com o intuito de sumarizar as demandas e não com a intenção de impor obrigatoriedade na aplicação dos padrões decisórios.

Nota-se que, com exceção das súmulas vinculantes, todas as medidas processuais acima descritas não eram obrigatórias. O Relator poderia deixar de decidir monocraticamente se assim entendesse; assim como o órgão fracionário não estava impedido de remeter a questão ao órgão especial ou plenário no caso da cláusula da reserva de plenário; os casos dos recursos repetitivos, quando julgados, possibilitavam aos julgadores do tribunal *a quo* que deixem de se retratar. Não sendo regras impositivas, não tratam de “vinculação” dos órgãos inferiores aos órgãos superiores. E, mesmo assim, tais institutos são utilizados na prática forense para “objetivar” a prestação jurisdicional (e, nela, o controle difuso de constitucionalidade), afastando o jurisdicionado de seu direito de acesso à justiça.

No que concerne às súmulas vinculantes, por exemplo, no Brasil a instituição do efeito vinculante atribuído às decisões da Suprema Corte, por meio dessas súmulas, foi justificada pela suposta necessidade de uniformização da jurisprudência, de estabilidade do sistema de simplificação da atividade processual e de função de previsibilidade decisória. Todas essas justificativas têm vinculação com a promessa positivista – não cumprida – de certeza e segurança jurídica. Em verdade, o que se fez foi adotar medidas com o fim de desafogar o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal. Essa intenção é legítima, mas não se pode, para alcançar esse fim, utilizar-se de meios que deixem de garantir ao cidadão o seu direito constitucional de participação nos processos que o afetam, violando o acesso à justiça. Isto porque, na prática judiciária brasileira, ao se limitar ao exame da ementa

da súmula, o intérprete não adentra no exame das circunstâncias relevantes ao caso concreto que deram azo à construção da própria súmula.²⁰

Portanto, os institutos acima descritos, os quais têm a tarefa de objetivar as demandas, realmente o fazem, mas, em decorrência da inadequação da aplicação, afastam o jurisdicionado do amplo acesso à justiça e, assim fatalmente, da resposta constitucionalmente adequada. O problema não está no procedimento, nos institutos em si, por exemplo, dos poderes do relator ou da súmula vinculante, mas sim na forma com que tais institutos são aplicados na prática judicial brasileira, ainda imersa no ideal positivista, afastando a faticidade do Direito e, nesse sentido, aplicando os casos concretos ao Direito por subsunção (lei, ementa, súmula para todos os casos), à luz da discricionariedade própria do modelo do positivismo.

Nessa senda, a aplicação da súmula vinculante deve importar, para o caso sucessivo, na identificação de semelhantes hipóteses fáticas de maneira a justificar a incidência do critério normativo previamente fixado. Não sendo a hipótese, não se aplica a súmula ao caso.²¹ O mesmo se deve dizer das questões relativas aos poderes do relator ao analisar um caso à luz da jurisprudência dominante e das súmulas dos tribunais de segundo grau, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Assim como deve ser levada essa situação como cartilha na decisão que determina ou não a afetação de cada recurso a um recurso repetitivo. E o mesmo se cumpra no que concerne à decisão que não envia ao órgão especial ou ao Plenário, em cumprimento à cláusula da reserva de Plenário, mas porque o caso é distinto e merece outra análise, diversa da tomada pelo STF anteriormente.

Talvez a súmula vinculante seja a resposta *darwiniana* ao “livre-decidir” do positivismo, em razão de certo descompromisso com a fundamentação. A súmula vinculante possui sua força em razão da autoridade de quem a promulga. O problema das súmulas reside na função que esse mecanismo exerce no sistema jurídico e na qualidade das decisões a serem proferidas no Judiciário.²² Tal problema reside

²⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SOUZA, Débora Cardoso de. Os riscos para a democracia de uma compreensão indevida das inovações no controle de constitucionalidade. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 107-108.

²¹ REIS, Maurício Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão interpretativa: de como as súmulas vinculantes não podem ser o “bode expiatório” de uma hermenêutica jurídica em crise. **Revista de Processo**, ano 38, v. 220, p. 211, jun. 2013.

²² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 68 e 120.

igualmente nas questões relativas aos recursos repetitivos, na aplicação da jurisprudência dominante e das demais súmulas. Na verdade, reside na aplicação de quaisquer padrões decisórios.

Diante das circunstâncias vivenciadas na prática jurisdicional brasileira, o Código de Processo Civil, sancionado em março de 2015, preocupado com o avanço desenfreado da subjetividade judicial, traz regras que obrigam aos juízes e tribunais observar determinadas decisões (art. 927²³), emanadas de determinados órgãos, assim como determina que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926²⁴). O diploma processual civil institui *padrões decisórios* obrigatórios.

Contudo, a situação do modo-de-fazer-Direito no Brasil poderá piorar se essas regras, constantes no CPC de 2015, forem aplicadas da mesma forma com que súmulas (seja qual for a sua natureza), a “jurisprudência dominante”, e por que não dizer, a mera ementa vinham sendo aplicadas. O modo-*fast-food* de trabalho, os banco de dados com soluções pré-prontas e o neoconstitucionalismo acabaram por gerar insegurança jurídica, em razão da equivocada “abertura interpretativa” dos princípios, permitindo respostas divergentes (qualquer resposta!) acerca do mesmo tema pelo Judiciário. Além disso, não há, no regramento acerca instituído pelo CPC (arts. 926 e 927), qualquer indicação do que seja efetivamente um precedente e, muito menos, o que é vinculante em um precedente, e nem mesmo quais são os pontos em que, dentro de um precedente, há necessária vinculação dos órgãos jurisdicionais. Daí a adoção do termo *padrões decisórios* e da importância do estudo de um modelo interpretativo que sirva aos anseios do paradigma do Estado Democrático de Direito.

²³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

²⁴ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

Restringir a ideia de precedente judicial (e da sua aplicação) às decisões pronunciadas por meio de algum mecanismo de padronização da jurisprudência revela-se contraproducente para com a própria ideia de operar com padrões decisórios obrigatórios. Isto porque torna a identificação destes dependente da criação legislativa desses mecanismos, mantendo-se a dependência do legislador em um campo em que isso é absolutamente desnecessário (aliás, nem sequer é dever do Poder Legislativo), pois tornaria *obrigatórios* apenas os padrões decisórios direta ou indiretamente indicados pelo legislador como tais e não aqueles que, pela sua consistência, tenham esse *status*.²⁵ Daí o incremento que o dispositivo contido no inciso VI do §1º do art. 489 do CPC²⁶ empresta(rá) aos *padrões decisórios* na prática jurisdicional.

Entretanto, isso não exclui a importância (e, porque não, a imperatividade) de padrões decisórios obrigatórios no Brasil. A vinculação a decisões anteriores que tenham adotado determinado critério normativo, mediante adequada fundamentação e à luz do contraditório, nada mais é do que uma das pedras fundamentais para a busca da resposta adequada à Constituição, o que se dá a partir da *Crítica Hermenêutica do Direito*. Nesta quadra da história está inserida a fundamental necessidade de se discutir a vinculação dos padrões decisórios no Brasil, neste momento de recente aprovação de um novo CPC, em que a comunidade jurídica está a (re)discutir diversos fenômenos jurídicos.

Ora, os institutos uniformizadores com arrimo na orientação jurisprudencial de quaisquer tribunais, sempre que devidamente aplicados, jamais fossilizam o Direito. Ao contrário, possibilitam uma abertura interpretativa responsável mediante o crivo de argumentos intersubjetivamente válidos para todo e qualquer caso de análoga

²⁵ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: WAMBIER Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 148-149.

²⁶ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

[...]

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. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

repercussão material.²⁷ E neste ponto é que a obrigatoriedade dos padrões decisórios, mediante correta aplicação, contribui diretamente para a coerência e a integridade do Direito, respeitando a tradição institucional, em direção à resposta adequada ao Direito, a partir, sempre, de acurada análise do caso concreto.

A *ementalização* da aplicação da jurisprudência no Brasil, a subsunção de súmulas (sejam ou não vinculantes) de forma automática a casos concretos, deixando de lado a faticidade e usando da discricionariedade positivista, mais do que nunca estão a afastar a democracia do Poder Jurisdicional, pela inadequada aplicação jurisprudencial, o que traz como consequência o convívio incontestado de múltiplas respostas para o mesmo tipo de caso concreto, ou mesmo a banalização crítica de que casos diversos redundem subsumidos a fórmulas abstratas prévias. Quer dizer, não há qualquer compromisso com a relação do caso decidido com o caso *decidendo*, culminando em desconfiança com a aplicação dos padrões decisórios.

Apesar de tudo, não parece possível e sequer necessário recuar em relação à aplicação dos padrões decisórios. Não há como buscar respostas adequadas constitucionalmente sem respeito à tradição, sem coerência e integridade no Direito, mas também, por óbvio, sem afastar da análise as circunstâncias fáticas do caso concreto, que servirão de guia para a aplicação (ou não) dos padrões decisórios. Portanto, não há como resolver o problema da litigiosidade repetitiva por meio de uma padronização decisória; é imperativo uma teoria decisional, devendo o Novo Código de Processo Civil, assim, ser lido a partir do *hermeneutic turn*²⁸.

Difícil, pois, a tarefa: adequar os padrões decisórios obrigatórios, alinhar a força vinculante dos precedentes ao modo-de-fazer-Direito no Brasil. Daí o necessário rompimento com o positivismo jurídico e com o sujeito que o sustenta: o sujeito

²⁷ REIS, Maurício Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão interpretativa: de como as súmulas vinculantes não podem ser o “bode expiatório” de uma hermenêutica jurídica em crise. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 220, p. 210, jun. 2013.

²⁸ STRECK, Lenio. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 set. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 22 ago. 2016. Há, ainda, para Darci Guimarães Ribeiro, ao lado do giro linguístico-ontológico, o *ethical turn*, ou giro ético, que define as éticas aplicadas à utilização de princípios e regras morais na realidade cotidiana, a partir da interpretação do Direito e das condutas processuais a partir da boa-fé. A boa-fé, assim, teria deixado de ser casual e contingente, convertendo-se em regular e certa, sistematizando as tomadas de decisões coerentes aos valores insculpidos na Constituição Federal de 1988, permitindo auferir-se um parâmetro de comportamento pautado nos padrões de lealdade, honestidade e probidade. Sobre o assunto, consultar RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentário ao art. 5º do código de processo civil. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Comentários ao código de processo civil (arts. 1º a 317)**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 101 e seguintes.

solipsista. A intersubjetividade e a invasão da linguagem devem ser os caminhos a serem traçados pelos juristas rumo às respostas adequadas a (todas as) fontes do Direito. Este é o desafio e é o que se verá nos próximos pontos. E talvez seja o momento olímpico para tal discussão, em virtude da recente aprovação do Código de Processo Civil.

2.1.2 Da Necessária Superação do Positivismo Jurídico no Estado Democrático de Direito: da subjetividade judicial às respostas adequadas ao direito

A partir da concepção do Direito no Estado Liberal Clássico, fica claro que a busca da ordem foi o problema central dos racionalistas e isso só poderia acontecer a partir de “verdades gerais” e conceitos abstratos válidos para todos, em que o conhecimento seria possível *a priori*. Nessa senda, o Direito ficou reduzido a uma questão de estabelecimento de nexos entre causas e consequências, ignorando-se, por completo, que a realidade social é rica em conflitualidade e experimenta, continuamente, mudanças profundas, especialmente a partir do século XX.²⁹

O positivismo filosófico foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. Tudo passara a ser ciência: o único conhecimento válido, a única moral, até mesmo a única religião. O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com as características analógicas às ciências exatas e naturais.³⁰

O positivismo jurídico, em suma, define o direito como um conjunto de comandos emanados pela autoridade competente, introduzindo na definição o elemento único de validade da norma, considerando, portanto, normas jurídicas todas aquelas emanadas de um determinado modo estabelecido pelo ordenamento jurídico, prescindindo do fato de essas normas serem ou não efetivamente aplicadas na

²⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil: a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 148.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 324.

sociedade. Esta doutrina, por isso, exclui da definição de direito toda e qualquer qualificação que seja fundada em um juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom ou mau, justo ou injusto.³¹

O positivismo jurídico excluía da definição de Direito qualquer juízo de valor ou efetividade, pois o critério de validade das normas seria meramente formal (comando emanado pela autoridade competente – questão pura de hierarquia). Ademais, viu-se que, sendo o Direito império do Legislativo, o Judiciário limitava-se a pronunciar a palavra da lei. A partir desta premissa, necessário se fazia a criação de um sistema em que o Direito ficasse “à prova de juiz”, a fim de impedir que o Poder Judiciário emitisse qualquer espécie de juízo interpretativo acerca do sentido dos textos editados pela legislatura. Esse sistema precisava, para ser compatível com sua natureza, estar alocado fora do sistema judicial e agir de forma isolada, afirmando a supremacia do Poder Legislativo.

Neste sentido da supremacia do Poder Legislativo, um órgão foi criado na França revolucionária com o fim de evitar que as cortes judiciais interpretassem o Direito sem solapar a doutrina da separação dos poderes. A tal órgão, o Tribunal de Cassação, criado pelo Legislativo, foi conferido o poder de cassar as interpretações incorretas das cortes. Não se trata de um órgão parte do sistema judicial, mas um sistema para proteger a supremacia do Poder Legislativo.³²

A função deste Tribunal era a de meramente cassar as decisões judiciais baseadas em interpretação incorreta das normas legais, devolvendo ao Judiciário para reconsideração e nova decisão. Esse Tribunal, portanto, não tinha a função de encontrar a solução adequada e a aplicar, produzindo nova decisão (de mérito). Com o tempo, entretanto, o Tribunal de Cassação passou não apenas a indicar que a interpretação estava incorreta, mas, também, a apontar qual seria a interpretação correta a ser dada ao caso.³³

³¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 136 e 142.

³² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 70.

³³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 71.

Assim, referido Tribunal judicializou-se, alcançando o ápice do sistema judiciário e, a partir de então, foi denominado Corte de Cassação. Assim, na França, e nos demais países que seguiram o modelo francês, a corte mais alta em matéria civil e criminal da jurisdição descende diretamente de um tribunal legislativo criado originalmente para manter o poder de interpretar as leis fora da mão dos juízes. A Corte de Cassação declarava incorreta a interpretação adotada pela instância inferior, indicava qual seria a exegese correta e o processo era baixado para nova decisão.³⁴

Dessa forma, resta claro que a prestação jurisdicional, na interpretação e aplicação do Direito, estava ligada diretamente à lei como fonte do Direito por excelência. As decisões judiciais, nesse andar, não se constituíam fonte formal do Direito, sob pena de violação ao princípio que veda(va) a atividade Legislativa no Judiciário (isto porque, à época, a atividade de interpretar, de aplicar o Direito, de atribuir sentido ao texto, era considerada tarefa exclusiva do Poder Legislativo, haja vista os compromissos histórico-filosóficos daquela quadra da história, nos países de *civil law*).³⁵

Houve, nesse diapasão, a cisão entre validade e legitimidade, pretendendo as teorias positivistas, pois, oferecer um método seguro de produção do conhecimento científico do Direito. Essa pretensão das teorias positivistas, que descolou a enunciação da lei do mundo concreto, possibilitou fosse o Direito entendido em sua autônoma objetividade, apostando numa racionalidade teórica que isola todo o contexto prático de onde as questões jurídicas realmente surgem. Em decorrência disso, desvinculou-se o Direito da moral (tese formulada, por excelência, por Hans Kelsen), em virtude da impossibilidade de se sustentar uma moral absoluta que pudesse servir como parâmetro para determinação dos conteúdos das normas jurídicas.³⁶

Trocou-se, pois, a realidade pelo conceito, o que foi uma das mais potentes e coercitivas heranças recebidas do direito romano-canônico pelo direito europeu, especialmente pelos países de direito codificado. O conceitualismo, próprio das

³⁴ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 71.

³⁵ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 78.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 457-458.

ciências matemáticas, forma-se através de uma epistemologia que não tolera o individual. É o modo que lhe permite praticar o método da subsunção, que despe o fato de tudo aquilo que o caracteriza como uma individualidade, para acomodar seu esqueleto na norma, tornando-o um exemplar de vários fatos supostamente idênticos, embora circunstancialmente diferentes.³⁷

Nessa linha, a dogmática jurídica tradicional (ligada ao paradigma racionalista e à filosofia da consciência) “destemporaliza” o texto legal ao equiparar texto e norma, esquecendo-se que texto e realidade estão em constante inter-relação e que esta inter-relação é que vai construir a norma jurídica. Logo, não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também assim ocorre com a norma (aparentemente) genérica e abstrata, já que a norma geral não é prévia, apenas seu texto (que é uma ficção).³⁸

Isso porque, segundo o positivismo normativista, nos casos de indeterminação da lei existem várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado de maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, de maneira a corresponder à vontade do legislador ou, então, à expressão por ele escolhida, correspondendo a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou decidindo como se as duas normas se anulassem mutuamente. Nessas hipóteses, o direito a ser aplicado forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro dessa moldura.³⁹

Assim sendo, a aplicação judicial do Direito foi deixada a um segundo nível, sendo a interpretação judicial compreendida como ato de vontade, no qual o intérprete possui um espaço que poderá preencher – “discricionariamente”, portanto – no

³⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 85.

³⁸ ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 146 e 148.

³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 390. O autor prossegue (p. 390-391) aduzindo que, se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto da interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a ser interpretado e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas a várias soluções que têm igual valor, mas apenas uma delas se tornará Direito positivo no ato da aplicação do Direito.

momento da aplicação da norma.⁴⁰ Essas teorias criaram o protagonismo judicial, sendo o único sujeito da interpretação o juiz e suas escolhas.⁴¹

Sempre que uma situação jurídica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, o juiz tem, segundo o positivismo jurídico, o poder discricionário de decidir o caso de uma maneira ou de outra, como se uma das partes tivesse o direito preexistente de ganhar a causa. Na verdade, o juiz acaba por criar novos direitos e, ato contínuo, os aplica retroativamente ao caso em questão.⁴² Essa discricionariedade propicia que cada intérprete crie seu próprio objeto de conhecimento. Por isso, qualquer forma hermenêutico-interpretativa que continue a apostar no solipsismo está fadada a depender de um sujeito individualista que não sai de si no momento de decidir.⁴³

Em virtude das circunstâncias político-sociais que vieram a cabo ao longo do século XX, houve uma grande metamorfose no constitucionalismo: a passagem de um constitucionalismo formal, de textos, a um constitucionalismo material, de realidade, ou o transcurso de um constitucionalismo sem hermenêutica para o constitucionalismo interpretativo e normativo. Com efeito, a nova hermenêutica, nos termos de Paulo Bonavides, levou a cabo a revolução do constitucionalismo contemporâneo.⁴⁴

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 458.

⁴¹ Frise-se, por oportuno, que nem mesmo as teorias da argumentação conseguiram vencer o problema da discricionariedade. O próprio Alexy reconhece que existe discricionariedade para sopesar, resolvendo-se os chamados *hard cases* a partir de ponderações de princípios (discricionariamente pelo intérprete). Mantém-se, nesse sentido, a delegação em favor da subjetividade do intérprete, que assujeita o objeto na forma da relação sujeito-objeto, própria da filosofia da consciência. Conforme STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 86.

⁴² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 127.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87 e 89.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta e os direitos fundamentais. In: BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica e por uma repolitização da legalidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 220. Prossegue o autor (p. 221) sustentando que a metodologia interpretativa de subsunção imperava incontestemente na decifração dos problemas jurídicos; a vertente aristotélica do silogismo tudo interpretava e tudo resolvia em matéria hermenêutica, e o fazia a contento, enquanto imperavam tranquilos e estáveis os Direitos da primeira dimensão – direitos civis e políticos. Mas tudo mudou, e mudou para sempre, quando advieram os direitos fundamentais da segunda, da terceira e da quarta gerações e a reflexão constitucional passou, numa hora feliz, de compatibilização teórica, para o outro pólo – o da vertente tópica, também aristotélica, formando os juristas de uma nova escola de pensadores e hermeneutas. Suas postulações fizeram o princípio deslocar a regra, a legitimidade a legalidade, a Constituição a lei, e assim logrou estabelecer o primado da dignidade da pessoa humana como esteio de legitimação e alicerce de todas as ordens

Passa-se a uma conscientização de que o modo de supremacia do Direito deve se estabelecer também contra a face legislativa do Estado, e que a Constituição, mais do que um poder político, é um conjunto de normas fundamentais, as quais contribuem de forma decisiva para este novo modo de pensar constitucional. Em decorrência da substituição do Direito constituído por regras, pelo constituído por princípios, há o rompimento com o positivismo do Estado Liberal Clássico.⁴⁵

Nesse diapasão, o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética e da moral não correspondiam ao estágio do processo civilizatório às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, não era mais possível o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva.⁴⁶

Assim surge o neoconstitucionalismo, não com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional, guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, nele introduzindo as ideias de justiça e legitimidade.

jurídicas fundadas no argumento da igualdade, no valor da justiça e nas premissas da liberdade, que concretizam o verdadeiro Estado de Direito.

⁴⁵ GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 16-21. O mesmo autor, noutro ensaio em obra também organizada por Miguel Carbonell, estabelece entre as principais condições para a constitucionalização dos direitos: a) a existência de uma Constituição rígida, que incorpora os direitos fundamentais; b) a garantia jurisdicional da Constituição, através de um sistema de controle de constitucionalidade; c) a força vinculante da Constituição, que deixa de ser vista como um conjunto de normas programáticas; d) a “sobreinterpretação” da Constituição, que passa a ser interpretada de modo extensivo, dela deduzindo, inclusive, princípios implícitos; e) a aplicação direta das normas constitucionais também para regular as relações entre particulares; f) a interpretação adequada das leis; e g) a influência da Constituição sobre as relações políticas. Conforme GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 49-58.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática Constitucional transformadora. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 327-328. Paulo Bonavides bem lembra que, durante as décadas de 40 e 50, pelo menos na Alemanha, onde a Filosofia do Direito sempre travou suas batalhas mais difíceis, houve uma ressurreição jusnaturalista, decorrente do pessimismo que invadira o ânimo dos juristas, perplexos com a tragédia da Segunda Guerra Mundial, movidos a uma reconsideração dos valores pertinentes à ordem jurídica legítima. Mas a restauração jusnaturalista foi um relâmpago, não uma lâmpada, logo se apagou aquela claridade súbita. Não sendo possível o retorno ao positivismo jurídico, a década de 50 viu abrir-se nova crise no pensamento filosófico do Direito, de maneira que as dificuldades só foram removidas a partir da publicação de *Tópica e Jurisprudência*, de Viehweg. Representou essa monografia uma abertura de rumos e horizontes para a Ciência do Direito da segunda metade do século XX. Conforme BONAVIDES, Paulo. O pensamento jusfilosófico de Friedrich Müller: fundamento de uma nova hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legalidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 207.

Promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética, moral e Direito.⁴⁷

A diferenciação social e o pluralismo político são as principais características da sociedade contemporânea. Nesse contexto conflituoso, que inclui formas democráticas de participação social nos assuntos públicos, não é razoável encarar o ordenamento constitucional como um sistema normativo completo e fechado, caracterizado pela ordem e pela unicidade. A Constituição passa a se caracterizar por sua estrutura aberta, incompatível, pois, com qualquer interpretação formalista. Significa isso o fim do primado da regra e a conseqüente primazia da constituição material sobre a constituição formal.⁴⁸

Por isso, a Constituição jurídica⁴⁹ está condicionada pela realidade histórica, ou seja, ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. Mas a Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade, pois também ordena e conforma a realidade política e social, convertendo-se em força ativa que influi e determina essa realidade. Quer dizer, essa força, que constitui a essência e a eficácia da Constituição, reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se em força ativa. Portanto, um ótimo desenvolvimento da Constituição depende, além do conteúdo, também da práxis.⁵⁰

As Constituições compromissórias, portanto, somente logram garantir os direitos e garantias fundamentais, modelando o futuro comunitário sem rupturas, se satisfazem três requisitos: a) máximo rigor possível nos preceitos atinentes a direitos e liberdades fundamentais, não cabendo ao legislador e ao aplicador senão uma tarefa de interpretação e regulamentação; b) abertura, nos limites de sua força normativa, dos preceitos atinentes à vida econômica, social e cultural, sujeitos às sucessivas concretizações correspondentes às manifestações de vontade política

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática Constitucional transformadora. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 328.

⁴⁸ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 30.

⁴⁹ Frise-se, por oportuno, que, para Konrad Hesse, existem duas constituições: a Constituição real e a Constituição jurídica. A primeira é composta pelas forças políticas e sociais vigentes em um determinado país, e que devem ser levadas em consideração na aplicação da segunda, sob pena de total ineficácia desta outra. A Constituição jurídica, entretanto, detém um caráter normativo, ou seja, deve transformar o mundo dos fatos. Conforme HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 09-23.

⁵⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19-24.

constitucionalmente organizada; c) criação de mecanismos jurídicos e políticos de garantias das normas constitucionais.⁵¹

Na medida do chamado neoconstitucionalismo, o modelo de Estado cunhado para instrumentalizar e dar eficácia ao conteúdo dirigente destas Constituições é o Estado Democrático de Direito, que representa verdadeira revolução paradigmática no campo da efetivação dos preceitos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, pela via do Poder Judiciário (Jurisdição Constitucional). Vale dizer, o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito representa uma valorização do jurídico, em que há um deslocamento da esfera de tensão entre os Poderes (no Estado Liberal Clássico era o Parlamento; no Estado Social era o Executivo), passando o Judiciário a fazer parte da arena política.⁵²

Portanto, o positivismo jurídico necessita de uma releitura. A lei passa a dever ser compreendida a partir da Constituição, mas não atribuindo às normas constitucionais o seu fundamento (questão pura e simples da hierarquia), mas submetendo o texto da lei a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada (aplicada) a norma jurídica que revele a adequada conformação ao Direito⁵³.

Esse novo constitucionalismo, compromissório e diretivo, altera, portanto, a teoria das fontes que sustentava o positivismo, vindo os princípios a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há um princípio que não a deixa se desvencilhar do mundo prático), já que o modelo do conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que ceder lugar a um novo paradigma interpretativo. É nesse contexto que ocorre a invasão da filosofia pela linguagem, a partir de uma pós-metafísica de (re)inclusão da facticidade que atravessará o esquema sujeito-objeto (subjetivista e objetivista), estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão.⁵⁴

Ocorre que os princípios, de um lado, foram responsáveis por propiciar a mudança paradigmática do neoconstitucionalismo, da necessidade de rompimento

⁵¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. t. 2, p. 70.

⁵² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 70-71.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 51.

⁵⁴ Conforme STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. *In*: HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

com o positivismo jurídico e do resgate da moral, da justiça e da legitimidade ao Direito, mas, por outro lado e em nome de tudo isso, acabaram por ter seu papel supervalorizado, devolvendo ou mantendo na prática jurisdicional o mesmo problema que o positivismo jurídico impunha: a discricionariedade.

Sem sombra de dúvidas, essa questão colocou a jurisdição contemporânea em xeque (crise), pois, em que pese o Estado Contemporâneo já ter rompido em parte com a concepção do paradigma liberal-burguês (com a vinda dos direitos fundamentais e por meio da imperatividade da justiça social/material), a nova concepção trazida pelo neoconstitucionalismo ainda não rompeu com a discricionariedade positivista, em virtude da desmedida aplicação dos princípios.

A ideia da distinção qualitativa entre regras e princípios, com a Constituição sendo encarada como um sistema aberto de princípios e permeável a valores jurídicos suprapositivos (nos quais a justiça e os direitos fundamentais desempenham papel central), como pilar da “moderna dogmática constitucional” ou como “fundamento para uma dogmática constitucional transformadora”, acabou por impor um consenso doutrinário de aplicação da teoria da argumentação (especialmente a alexyana), sustentando, em síntese, que regras se aplicam sob a forma de “tudo ou nada” (mediante subsunção) e que princípios contêm carga valorativa, devendo serem aplicados por “dimensão de peso ou importância” (mediante ponderação).⁵⁵

Contudo, essa ideia é aplicada na prática jurisdicional brasileira à luz da “ponderação” da consciência de cada juiz. Ora, no positivismo jurídico os “casos difíceis” eram (assumidamente) deixados a cargo da discricionariedade judicial; já na teoria da argumentação (de, por todos, Alexy) os *hard cases* passaram a ser resolvidos a partir de ponderações de princípios, hierarquizados axiologicamente. Prossegue-se, pois, delegando-se em favor do sujeito da relação sujeito-objeto (subjetividade do intérprete), conforme o próprio Alexy admite (a discricionariedade para o sopesamento dos princípios) expressamente em sua obra.⁵⁶

Não fica difícil concluir que, com o advento dos princípios constitucionais, parcela considerável da comunidade dos juristas optou por considerá-los como um sucedâneo dos princípios gerais de direito ou como sendo o suporte dos valores da

⁵⁵ Teses enfrentadas pela maioria esmagadora da atual doutrina constitucional brasileira. Por todos esses, BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática Constitucional transformadora. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 330.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 611.

sociedade. Os princípios são utilizados para resolver os “casos difíceis” ou “corrigir as incertezas da linguagem”. A proliferação de princípios acaba por enfraquecer a autonomia do Direito e a força normativa da Constituição, pois grande parte desses princípios é utilizada em discursos com pretensões de correção. Esse “panprincipiologismo” é, pois, caminho perigoso para um retorno ao velho positivismo kelseniano/hartiano: na falta de regra adequada, o intérprete lança mão da “principiologia”, voltando-se ao antigo *non liquet*. Qualquer resposta passa a ser correta, construindo-se os casos a partir de graus zeros de significado.⁵⁷

Importa gizar aquilo que Lenio Streck entende por discricionariedade:

Com efeito, esse ponto também deve ser refletido a partir daquilo que se vem nominando como a ‘morte do método’. Sendo mais claro: o fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen – não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típico do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen. A ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária (que é consequência inexorável da discricionariedade). Isso porque, preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário ‘delegado’ em favor do juiz para ‘preencher’ os espaços da ‘zona de penumbra’ do modelo de regras. Não se pode esquecer, aqui, que a ‘zona da incerteza’ (ou as especificidades em que ocorrem os ‘casos difíceis’) pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que, ad libitum, aumenta o espaço de incerteza e, em consequência, seu espaço de ‘discricionariedade’.⁵⁸

A noção de discricionariedade, vinculada à jurisdição, aparece no contexto das teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da “descoberta” da

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 517-518 e 539. Explica o autor (p. 540) que o Direito ainda é um modelo de regras e, por isso, os princípios constitucionais que emergem da tradição do segundo-pós-guerra são apenas uma nova versão, mais sofisticada, do modelo dos princípios gerais de direito, já existente ao tempo das metodologias jurídicas que influenciaram o pensamento jurídico no período que sucedeu a codificação. Os princípios, assim, representa(va)m um reforço da razão prática para o Direito que seriam acionados pelo julgador no momento em que as regras codificadas não apresentassem uma resposta imediata para a questão. Essa tese ainda é prisioneira do solipsismo do sujeito epistemológico da modernidade. Na teoria da argumentação, para a qual os princípios são mandados de otimização, os velhos princípios gerais de direito ainda vigoram, acrescentados com predicados morais, inclusive sobrepondo, eventualmente, a moral sobre o próprio Direito.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39.

indeterminação do Direito. Assim, da Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, até chegar aos autores argumentativistas, como Robert Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete (não podemos esquecer que, nesse contexto, vontade e discricionariedade são faces da mesma moeda).⁵⁹

Mario Losano explica, a partir do primado da vontade, que vem a substituir a razão, a relação entre norma e sentença assume um aspecto diverso: a decisão do caso concreto não depende mais das racionais leis da lógica, mas sim da vontade do juiz, que segue vias não necessariamente racionais. Passou-se do formalismo ao antiformalismo, e as normas que estabeleciam que o juiz estava vinculado à lei eram consideradas resquícios do racionalismo iluminista. Afirmava-se, a partir de então, que o juiz decidia conforme *o seu convencimento*.⁶⁰

Ao lado do racionalismo que, no século XIX, assumiu a forma de crença na inquebrantável validade e cognoscibilidade das leis naturais, como uma contracorrente da história intelectual europeia surge o “irracionalismo”, nas vestes de voluntarismo. O Movimento do Direito Livre, cujo precursor foi Oskar Büllow, deixou bem claro que a decisão judicial não é apenas uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora de Direito, originada pelo conhecimento. Há, pois, uma viragem ao subjetivismo, em que o Direito passa a ser produto da vontade. Com efeito, o que leva um caso a ser interpretado extensiva ou restritivamente não são as fontes do direito, mas a vontade, o Direito Livre. Existe sempre, nessa concepção, liberdade de decidir pelo sentimento do julgador.⁶¹

Ora, os princípios gerais de direito são técnicas positivistas de colmatação de lacunas incabíveis no paradigma do Estado Democrático de Direito, notadamente a partir do advento dos princípios advindos com a Constituição Federal de 1988, que institui novo paradigma hermenêutico no modo-de-fazer-Direito no Brasil:

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

⁶⁰ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura do direito**: o século XX. Tradução Luca Lamberti e revisão da tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 143.

⁶¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 77-82.

[...] Mesmo com a vigência de um novo Código Civil desde 2003, continua em vigor a velha Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942. Um dos pilares da Lei é o art. 4º, que, ao lado do art. 126 do Código de Processo Civil, funciona como uma espécie de fechamento autopoietico do sistema jurídico. Segundo o art. 4º, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

[...]

Os dispositivos, a par de sua inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedades e decisionismos) e sua frontal incompatibilidade com uma leitura hermenêutica do sistema jurídico, superadora do esquema sujeito - objeto (filosofia da consciência), mostram - se tecnicamente inconstitucionais (não recepcionados). Com efeito, com relação à LICC, na era dos princípios, do constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, tudo indica que não é mais possível falar em 'omissão da lei' que pode ser 'preenchida' a partir da analogia, dos costumes (quais?) e dos princípios gerais do direito. [...].⁶²

Ademais, os princípios constitucionais estabelecidos na Carta Cidadã de 1988 não significam a positivação dos princípios gerais de direito estabelecidos na Lei de Introdução do Código Civil (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶³), pois estes últimos representam a discricionariedade positivista, ao passo que os princípios constitucionais fecham a interpretação e são instrumentos contra a discricionariedade:

[...] Observe-se que o problema não é só de nomenclatura, não valendo, portanto, a assertiva, por vezes vista em parte da literatura nacional, de que os princípios gerais do direito foram "positivados" na Constituição. Trata-se de uma análise equivocada da função dos princípios constitucionais, ou seja, enquanto os princípios gerais do direito se constituíam em uma 'autorização' para a discricionariedade (foi para isso que dispositivos desse jaez foram colocados nos Códigos), os princípios constitucionais apresentam - se, contemporaneamente, como um contraponto a essa discricionariedade. [...].⁶⁴

⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 260-261.

⁶³ Lei nº 12.376/2010, a qual manteve os métodos de interpretação e aplicação positivistas do Direito, em seu art. 4º. BRASIL. **Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010**. Altera a ementa do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12376.htm>. Acesso em: 6 abr. 2018.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 262-263.

De fato, a decisão judicial por vezes deve levar em conta questões políticas importantes. Contudo, os tribunais devem tomar decisões de princípio, não de política. As questões da moralidade política de uma comunidade devem ser debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político. Afinal, a decisão judicial deve sempre ser calcada em uma questão de princípio.⁶⁵ Ora, os juízes nunca devem decidir os “casos difíceis”, em que nenhuma regra explícita decide em favor de qualquer das partes, com base em seu próprio julgamento político, pois uma decisão política não é uma decisão sobre o que está, em qualquer sentido, no texto legal, mas, antes, uma decisão sobre o que deveria estar lá⁶⁶.

Essa utilização do método positivista de aplicação do Direito não está em conformidade com o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. É incompatível com a democracia uma decisão judicial em que o Magistrado crie a lei. Na democracia representativa, os cidadãos são governados por seus representantes, devidamente eleitos. Os juízes, por não serem eleitos, não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores. Nesse sentido, se um juiz, ao decidir, cria uma nova lei e a aplica (retroativamente) ao caso em decisão, a parte perdedora será punida, não por violar um dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.⁶⁷

As decisões judiciais não visam a afirmar o que o Direito deveria ser idealmente. O Direito adequadamente interpretado dos princípios tal como eles realmente funcionam na prática jurisdicional deve reconhecer que os princípios não são meros guias para o exercício de uma atividade discricionária, nem são vinculantes em razão de uma determinada origem autoritária. O positivismo jurídico fracassa justamente por não reconhecer esse aspecto importante da posição que os princípios ocupam na interpretação e aplicação do Direito.⁶⁸

O juiz, ao decidir, deve descobrir um esquema de princípios que se ajuste não apenas a um precedente específico, mas ao contexto das outras decisões da sua

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. Revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 101-102.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. Revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 10.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 132.

⁶⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 165.

jurisdição e às disposições constitucionais e legislativas. Sua motivação deve abranger tanto a ordenação vertical (decisões das Cortes Superiores, leis e Constituição Federal), quanto a horizontal (as decisões de um nível devem ser consistentes com as demais decisões do mesmo nível). Nada disto impede que as convicções pessoais do juiz não apareçam, mas elas não devem ter nenhuma força independente na motivação.⁶⁹

A decisão judicial, enquanto outorga sentido ao texto e reconstrói a ordem jurídica, abre a oportunidade para que a partir dela a comunidade jurídica dialogue com o caso concreto e com a própria ordem jurídica. O discurso voltado ao caso concreto representa direito fundamental da parte e compõe o núcleo duro do devido processo legal; já o discurso voltado à ordem jurídica é de ordem institucional, voltado a promover a unidade do Direito e visa à realização da segurança jurídica, da igualdade e da coerência normativa.⁷⁰

A aplicação das normas jurídicas a partir de um marco zero é perigosa e viola a integridade e a coerência Direito. Daí a necessidade da compreensão do sistema adequado de aplicação de padrões decisórios (vinculantes e persuasivos). O juiz deve observar a história do Direito ao decidir. A construção do direito também se dá por meio das decisões que incorporam o sistema jurídico, motivo pelo qual não se pode conceber decisões que não se atenham ao Direito. Nesse andar, não basta referências a casos e teses aleatórias; deve-se realizar a problematização específica, considerando todas as nuances da formação do padrão decisório invocado.⁷¹

Por isso, os princípios possibilitam um fechamento interpretativo contra decisionismos judiciais, cujo conteúdo normativo é retirado de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios são, assim, vivenciados (“faticizados”) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum da sociedade. Por isso, os princípios têm o *status* da constitucionalidade e são

⁶⁹ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Campina, ano 16, n. 23, p. 385, 2012.

⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. Estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 125.

⁷¹ CERQUEIRA, Vinícius Nascimento. **Fundamentos da decisão no novo CPC: o contraditório forte e os precedentes**. Jundiaí: Paco, 2014. p. 144-145.

deontológicos. Os princípios são obrigações jurídicas, não podendo ser utilizados como métodos de correção e nem como mandados de otimização.⁷²

É premente, pois, a necessidade de uma análise antimetafísica do fenômeno jurídico, porque, a partir da viragem linguística, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo e passa a ser produtivo. É impossível desprender o intérprete da circularidade da compreensão, devendo-se sempre escutar primeiro o que diz a linguagem, pois a compreensão e explicitação do ser já exige uma compreensão anterior.⁷³

A linguagem, na modernidade, foi encarada como exteriorização da razão, do sentido, sendo vista como expressão, uma matéria que a razão humana se utiliza e transforma em veículo de sua manifestação. Naquele momento, a linguagem tornou-se, então, a expressão na vida humana em que o pensamento se exterioriza. Assim, o homem experimenta o real como objeto, manipulável e dominável por ele mesmo, eis que à sua disposição. Nesse contexto, a linguagem é reduzida à informação, como processo por meio do qual o homem toma conhecimento dos entes, a fim de poder exercer sobre eles o domínio. Essa concepção é, para Heidegger, a essência da técnica, que é um modo de desvelar uma fórmula, portanto, de ver uma forma de verdade.⁷⁴

Nesse diapasão, a linguagem se reduz(iu) a um puro instrumento por meio do qual se entra(va) em contato com os outros. Isso aponta para um enorme problema do nosso processo civilizatório: a massificação do homem, afastando os conteúdos mais profundos da linguagem para facilitar seu manuseio. A linguagem tornou-se um fenômeno de superfície, que toca apenas a superfície da vida humana. Por isso, imperativo se faz abandonar-se a forma como se encarava a linguagem na modernidade, passando-se a experimentá-la a partir de outro paradigma, para além da relação sujeito-objeto, da teoria da consciência.⁷⁵

⁷² Ver DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 35-50.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 217-218.

⁷⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 202-203.

⁷⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 204-205.

Mostra-se, pois, imprescindível pensar a relação originária do homem com a linguagem. O primeiro passo é superar a postura objetivante na consideração da linguagem, reconhecendo que todo o pensar já se movimenta no seio da linguagem, articulando-se em um espaço linguisticamente mediado, no qual se abrem perspectivas para a experiência do mundo e das coisas. Fala-se, pois, a partir da linguagem, sendo um ser-no-mundo sempre linguisticamente mediado, ocorrendo a manifestação dos entes as seres por meio da linguagem. E isso não é subjetividade, pois a linguagem determina o homem e nela se dá a revelação dos entes, sendo o evento de desvelamento do sentido do ser⁷⁶.

É nessa linha de raciocínio que Heidegger propõe outro paradigma, a hermenêutica do eis-aí-ser, como ser-no-mundo. A fenomenologia é a interpretação dos sentidos do ser, enquanto sentido, que subjaz toda e qualquer atividade do homem no mundo; é a pesquisa daquilo que se mostra a partir de si mesmo, revelando-se que, em última análise, o que se mostra como fonte última de todo mostrar-se é o ser. Assim, a fenomenologia é a recondução do olhar do ente para o ser. O espaço específico da filosofia é o espaço hermenêutico, o espaço da revelação dos entes, que se dá no espaço da revelação do ser. A tematização da questão do sentido do ser, portanto, passa necessariamente por uma análise do homem, enquanto ente cujo ser consiste em compreender ser: o ser se dá, só havendo mundo e só havendo verdade porque o homem é eis-aí-ser, portanto a presença, a revelação, o desvelamento do ser⁷⁷.

Portanto, a linguagem, como condição de possibilidade, já que supera o esquema sujeito-objeto e é comandada pela “coisa mesma”, torna-se relevante para o Direito, pelo fato de que o pensamento dogmático (positivista, sustentada em um discricionarismo), por ser objetificador e pensar o Direito metafisicamente, esconde a singularidade dos casos, obnubilando o processo de interpretação jurídica. Eis a especificidade do Direito: textos são importantes (não há norma sem texto) e não podem ser ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto; contudo, os textos não carregam seu próprio sentido, pois textos dizem sempre respeito a algo da faticidade. Por isso, interpretar um texto é aplicá-lo,

⁷⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 205-206.

⁷⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 207-209.

saltando-se do fundamentar para o compreender (e, portanto, aplicar). Trata-se, enfim, de se superar os dualismos que caracterizam o pensamento metafísico (clássico e moderno), não havendo um sujeito separado de um objeto.⁷⁸

O Direito passa a ser compreendido a partir desse novo lugar destinado à linguagem, nessa terceira etapa da história do conhecimento: na metafísica clássica, a preocupação era com as coisas; na metafísica moderna, com a mente, com a consciência; já no paradigma exurgente da invasão da filosofia pela linguagem, a preocupação é com a palavra, com a linguagem. Não há essências e não se define a realidade a partir da consciência assujeitadora do mundo do intérprete. A linguagem não está à disposição do sujeito; este depende daquela. Nessa linha, o Direito e os fatos sociais não são mais separados do intérprete. Não se fala mais, pois, em relação sujeito-objeto, mas sim em uma relação sujeito-sujeito. É isso que constitui a superação do paradigma da filosofia da consciência.⁷⁹

O constitucionalismo do Estado Democrático de Direito quer, na verdade, combater a discricionariedade judicial, própria do paradigma positivista, visando superá-lo exatamente pela diferença entre regras e princípios (além da nova teoria das fontes e do novo modelo hermenêutico que supera o modelo exegético-subsumtivo). É que, por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”, fechando, assim, a interpretação.⁸⁰

O neoconstitucionalismo e a nova concepção de Direito no Estado Contemporâneo, com intenção de combater o positivismo e devolver ao pensamento jurídico os valores e a justiça, vieram a encarar os princípios como condição de possibilidade desse “novo paradigma”, mas sustentando que os princípios seriam “cláusulas abertas”, contendo espaço reservado à “livre atuação da subjetividade do juiz”, a fim de permitir a inserção dos valores e da justiça nos casos concretos. É essa última parte da ideia que deve ser rompida, através da hermenêutica.

O juiz tem a responsabilidade (ética e constitucional) de proteger os direitos e garantias fundamentais, contidos na Constituição da República. O “sentido” desses

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 218-219.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 222-223.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 220-221.

direitos e garantias fundamentais exsurgir da pré-compreensão que ele tem da Constituição, não estando à sua disposição a atribuição (solipsista) desse sentido da maneira que bem entender, não estando a palavra ao bel-prazer do intérprete. A tradição faz com que o intérprete não possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, já que, como homem, está sempre inserido em uma determinada tradição.⁸¹

Portanto, na *civil law* praticada à luz do positivismo jurídico (enquanto postura teórico-metodológica em relação ao direito positivo), nenhum juiz está(va) vinculado pela decisão de qualquer outro órgão judicial da jurisdição. Na teoria, mesmo se a mais alta corte já tenha pacificado determinado entendimento acerca de uma matéria, ainda assim as instâncias inferiores pode(ria)m decidir de forma diversa.⁸² Por isso a importância do estudo dos padrões decisórios a partir da crítica ao positivismo jurídico e da compreensão do modelo do Estado Liberal em confronto com a roupagem do Estado Democrático de Direito.

2.2 Dos Padrões Decisórios Obrigatórios

No Brasil, o respeito aos padrões decisórios não está incorporado pela cultura jurídica, na medida em que juízes e Tribunais não têm o dever de respeitar as decisões dos Tribunais Superiores, haja vista a tradição da *civil law* em que se está inserido. Os próprios Tribunais Superiores, em seus órgãos fracionários, por vezes divergem sobre a mesma questão de direito e não raro se encontram situações em que um Tribunal Superior edita uma súmula e por muitos anos seguintes Tribunais inferiores, Estaduais e Regionais Federais, sistematicamente decidem em sentido contrário a mesma questão de direito. O Tribunal Superior acaba, assim, por várias vezes, vindo a dizer aquilo que já foi dito.

Via de regra, em um Estado Democrático de Direito, os juízes e Tribunais deveriam seguir, em casos semelhantes ou análogos, os padrões decisórios dos Tribunais Superiores, assegurando-se estabilidade ao Direito e, assim, segurança jurídica, promovendo a igualdade perante a lei. Contudo, é comum a citação mecânica

⁸¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 178-179.

⁸² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 78.

de ementas de julgados em petições e decisões. Tal fenômeno é favorecido pelos meios tecnológicos modernos: encontrar, recortar e colar uma ementa pode ser questão de segundos.⁸³

Muitas vezes, entretanto, tais citações são feitas sem nenhum critério, envolvendo julgados sobre questões não relevantes ou omissas para o caso concreto, quando não decisões contraditórias. A eficácia persuasiva fica reduzida ao aspecto quantitativo, sem qualquer preocupação e respeito ao conteúdo do julgado citado. Este fenômeno contribui para o que Eduardo Cambi chama de *caos da jurisprudência* que, misturando situações bem diferentes e sem critério, acaba por promover instabilidade e insegurança jurídica, ideia contrária à da adequada aplicação dos padrões decisórios.⁸⁴

A *jurisprudência* não se limita a um caso, mas sim traz intrinsecamente a ideia de conjunto, de pluralidade de decisões. Não há, pois, análise dos casos concretos objeto das *jurisprudências* em relação ao caso concreto objeto do julgamento. A *jurisprudência*, com efeito, afasta-se do caso concreto, uma vez que sua pesquisa resume-se ao enunciado geral e abstrato da ementa. Em vez de focar em uma ementa e em sua respectiva fundamentação, os juristas buscam o maior número de julgados possível que justifiquem, de forma geral e abstrata, a tese jurídica que se quer afirmar.⁸⁵

Essa linha de aplicação dos padrões decisórios sem uma comparação rígida entre o *leading case* e o caso concreto que está em julgamento reconduz a um *positivismo jurisprudencial judicial*, na expressão de Eduardo Cambi. Isto porque o precedente na maioria das vezes é utilizado para resolver de forma mais célere a quantidade de processos, por meio de uma aplicação por subsunção do precedente ao caso concreto (reprodução pelo método dedutivo), retirando da jurisprudência seu

⁸³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 156.

⁸⁴ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 156-157.

⁸⁵ OLIVEIRA, Pedro Miranda de; ANDERLE, Rene José. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 39, v. 232, p. 309, jun. 2014.

caráter científico. Tal prática estimula a subjetividade, na medida em que os juízes sentem-se dispensados de fundamentar adequadamente as suas decisões.⁸⁶

Neste ponto entra a importância de uma teoria de padrões decisórios obrigatórios. Os *precedentes*, dessa forma, têm valor inestimável para a aplicação dos princípios constitucionais. Mas a continuidade na tradição não implica uma repetição automática do que foi decidido anteriormente (com a aplicação indiscriminada de verbetes, súmulas e ementas, como ocorre atualmente na prática judiciária brasileira). Na verdade, a postura do juiz frente à tradição é a de diálogo, não de submissão.⁸⁷

Como se verá a seguir, os padrões decisórios obrigatórios são condições para superação do decisionismo, mas, para tanto, faz-se imperativa a superação da discricionariedade positivista, a partir da *Crítica Hermenêutica do Direito*, bem como da hermenêutica heideggeriana-gadameriana e com os aportes da teoria da decisão de Ronald Dworkin. É o que se verá a seguir.

2.2.1 Os Padrões Decisórios Obrigatórios e as Respostas Adequadas ao Direito a partir da *Crítica Hermenêutica do Direito*

O Direito como *integridade*, de Ronald Dworkin, requer que os juízes assumam que o Direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça e equidade e devido processo, requerendo deles, assim, que efetivem esses princípios nos casos novos que venham perante eles, de modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa de acordo com as mesmas normas. Esse estilo de adjudicação

⁸⁶ CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 157-158.

⁸⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 100. No Brasil, as súmulas vinculantes foram uma tentativa de aplicação da regra do *stare decisis* da *common law*. Entretanto, embora haja essa inspiração, os institutos da súmula vinculante e do *stare decisis* têm significativas diferenças. A prática judiciária brasileira, ao limitar-se ao exame da ementa da súmula, não adentra no exame das circunstâncias relevantes ao caso concreto que deram azo à construção da própria súmula. Nos EUA, ao contrário, esse exame das circunstâncias do caso concreto (os fatos) é uma prática cotidiana. Conforme CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SOUZA, Débora Cardoso de. Os riscos para a democracia de uma compreensão indevida das inovações no controle de constitucionalidade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 107.

respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípio.⁸⁸

Para Dworkin, a integridade expande e aprofunda o papel individual dos cidadãos, interligando com as normas públicas de sua comunidade. A legislação não é derivada de negociações para solucionar problemas específicos, sem qualquer compromisso com uma concepção pública mais fundamental de justiça. As normas públicas legislativas representam a moralidade compartilhada dos membros de uma comunidade. Há um compartilhamento das exigências que são feitas aos cidadãos, ampliando a dimensão moral de quaisquer decisões políticas. Por isso, a integridade move a união da vida moral e política dos cidadãos.⁸⁹

Os juízes, nos “casos difíceis”, não poderão decidir discricionariamente, da maneira que entenderem melhor. A decisão judicial está limitada estruturalmente pelo sistema de princípios, mas estes não podem ser vistos de uma maneira estática. O juiz deve considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que tenha seguido no passado, mostrando-se disposto a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir. Os casos difíceis forçarão o juiz a desenvolver, lado a lado, sua concepção do Direito e sua moral política, de tal modo que ambas se deem sustentação mútua. O juiz poderá enfrentar novos e desafiadores problemas como uma questão de princípio, e é isso que dele exige o Direito como integridade.⁹⁰ Com efeito, os padrões decisórios, a partir da teoria da decisão de Dworkin, com os aportes da *Crítica Hermenêutica do Direito*, são condições de possibilidade para respostas certas em Direito e em nenhuma forma engessam a interpretação e aplicação do Direito.

Ora, Dworkin sustenta que os juízes de alguma forma “criam novo direito” quando decidem um caso importante, pois anunciam uma norma jurídica. Contudo, essas novas formulações jurídicas são relatos aperfeiçoados daquilo que o Direito já é, se devidamente compreendido, representando a correta percepção dos verdadeiros fundamentos do Direito, tendo ou não sido reconhecido anteriormente.⁹¹ Destarte, não

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 291.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 230.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 308.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 09.

se trata de discricionariedade como no positivismo, em que o juiz “cria” o novo direito em caso de lacunas, mas sim de interpretação do melhor direito como integridade que representa a moralidade política da comunidade⁹².

Nessa linha, através dos princípios se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas para cada caso concreto, jamais provindo de um discurso adjudicador (de fora), mas, sempre, de uma co-originariedade. As regras recebem dos princípios suas espessuras, seus significados, sendo por meio da *diferença ontológica*⁹³ que o positivismo é invadido pelo mundo prático (ao mesmo tempo em que o mundo prático é introduzido na filosofia – giro ontológico-linguístico, no Direito há uma revolução).⁹⁴

Ora, não existe texto em si mesmo. Do texto sairá sempre uma norma e esta será sempre o produto da interpretação do texto. Sendo assim, da mesma forma que não há equivalência entre texto e norma, estes não subsistem um sem o outro: esta é a diferença ontológica, como denomina a fenomenologia hermenêutica. Portanto, a norma não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto “desnudo”, ela é a construção hermenêutica do sentido do texto, que se manifesta por meio da *applicatio*.⁹⁵

Portanto, a decisão adequada ao Direito é *applicatio* (superando-se a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação), pois a interpretação do Direito é um ato de “integração”, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo é entendido pela parte e a parte só adquire sentido no todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado se obtém das concretas decisões por essa integração coerente da prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade do Direito e a tradição (como condição de possibilidade). Essa decisão adequada ao Direito

⁹² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 251.

⁹³ O que Heidegger quer dizer com a expressão “diferença ontológica” é que há diferença do ser em relação a todo ente. Nenhum homem sabe, no fundo, o que o conceito “o ser” designa, e, apesar disso, todos têm uma primeira pré-compreensão ao ouvirmos a palavra “ser” e compreendem que aqui o ser, que cabe a todo ente, é elevado desde então ao nível do conceito. Com isso, ele é diferenciado de todo ente. “Ser” mostra-se “no” ente e nisso já reside a questão sobre o que significa o fato de o ente se “dar”. Por isso, o pensamento gadameriano se encontra desde o início sobre o caminho da diferenciação do ente em relação ao ser. Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. 2. ed. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 1: Heidegger em retrospectiva, p. 92-93.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225.

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 314-315.

ocorrerá na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitando a discricionariedade e respeitando a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação. A intersubjetividade, que se instaura com o giro ontológico-linguístico, exige que no interior da própria linguagem se faça o necessário controle hermenêutico.⁹⁶

Gadamer bem explica essa questão, ensinando que “a interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. Relacionado com isto está também o fato de que a linguagem e a conceitualidade da interpretação foram reconhecidas como um momento estrutural interno da compreensão; com isso, o problema da linguagem que ocupava uma posição ocasional e marginal passa a ocupar o centro da filosofia”. Mais adiante, o autor aduz que “a íntima fusão entre compreensão e interpretação acabou expulsando totalmente de contexto da hermenêutica o terceiro momento da problemática da hermenêutica: a aplicação”. E completa admitindo “que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido, importa considerar como um processo unitário não somente a compreensão e a interpretação, mas também a aplicação”⁹⁷.

A experiência humana não é feita somente pelo sujeito genealógico, mas pela pessoa, enquanto sujeito real vivente e comprometido no mundo real, enquanto ser-no-mundo. A intersubjetividade da compreensão gera um círculo em que, ao mesmo tempo, o mundo condiciona a atuação da pessoa e a atuação da pessoa constitui o mundo, torna claro que a verdade jurídica é, pois, uma verdade prática, não uma verdade técnico-científica, em função da intenção especificamente jurídica, ou seja, dos objetivos práticos que o Direito se propõe na consideração e resolução dos seus problemas normativos. Não que a verdade jurídica seja menos exigente do que a verdade técnico-científica, mas uma verdade distinta, uma verdade prática, correlativa

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 591 e 620-622.

⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer, revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 406-407.

da práxis jurídico-social. Não depende, pois, de um arbitrário subjetivismo do intérprete.⁹⁸

Salta-se do fundamentar para o compreender, onde o compreender não é mais um agir do sujeito, mas sim um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade. Exatamente a partir de então torna-se possível compreender a diferença (ontológica) entre texto legal e norma (texto e sentido do texto – que é a norma), combater a discricionariedade judicial (pela verdade conteudística a partir da perspectiva fenomenológica). O “discurso” hermenêutico sempre é acompanhado e precedido por uma antecipação de sentido, que advém do mundo prático, de um desde-já-sempre. Fica evidente que a busca pela verdade absoluta fica, a partir de então, completamente ultrapassada.⁹⁹

A hermenêutica é a consagração da finitude, não sendo a busca nem de uma verdade empírica e nem de uma verdade absoluta, mas de uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem, ou seja, dentro das condições do mundo. Nossa consciência é determinada pela ação da história, mas pode assumir lucidamente esta ação enquanto ela nos determina e nos limita. A ingenuidade diante da história, como acontecer concreto, desaparece na medida em que assumimos lucidamente a ação da história, como um elemento decisivo que nos limita e nos obriga a assumir a nossa finitude diante da compreensão da história. A finitude desta compreensão é resultado de nossa imersão no movimento da história, da impossibilidade de uma distância que nos retire da história sobre a qual meditamos.¹⁰⁰

Ronald Dworkin complementa esta ideia, na esteira da sua teoria da decisão judicial, sustentando que a integridade exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Nesse sentido, a história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o *status* quanto o conteúdo das decisões anteriores. O Direito contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas

⁹⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-facto**: questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p. 477-479.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 67, 70 e 107.

¹⁰⁰ STEIN, Ernildo. **História e ideologia**. 2. ed. Porto Alegre: Movimento, 1981. p. 28.

decisões, mas também o sistema de princípios necessários a sua justificativa. O Direito como integridade, portanto, começa no presente e se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. A prática presente pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.¹⁰¹

Logo, a hermenêutica é a janela aberta sobre a história do homem enquanto possibilita a compreensão do passado, da tradição, em que estão imersas as raízes do homem e de onde ele pode libertar suas possibilidades. A hermenêutica mostra-se, pois, decisiva para o conhecimento da história, já que situa o homem em sua verdadeira atitude diante da história, impedindo que o homem se julgue imune e livre das cargas de seu passado, ou que se julgue absolutamente determinado pela tradição, criando o verdadeiro caminho que permitirá ao homem apreciar sua posição na história, afastando uma independência entre teoria e vida. O conhecimento do passado sempre vem carregado pelas condições que no presente nos ocupam e limitam.¹⁰²

No Direito, portanto, a verdade do processo é o que Martin Heidegger chama de “verdade fenomenológica”, que se preocupa com a “abertura do ser”; verdade que é estabelecida dentro das condições humanas e dentro da linguagem. Segundo o filósofo, a pergunta pela essência da verdade não quer saber se a verdade é a verdade da experiência prática da vida ou a verdade de um cálculo econômico, se é a verdade de uma reflexão técnica ou de prudência política, nem se é a verdade de uma investigação científica ou de uma criação artística, e sequer se é a verdade de uma meditação pensante ou de uma fé religiosa. De tudo isso, diz Heidegger que se afasta a pergunta pela essência, olhando para aquilo que caracteriza cada verdade, em geral, como verdade. Ou seja, a verdade é um evento em que, na experiência

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 273-274.

¹⁰² STEIN, Ernildo. **História e ideologia**. 2. ed. Porto Alegre: Movimento, 1981. p. 27. Prossegue o autor (p. 21) dizendo que a hermenêutica é o estatuto em que o homem ausculta sua temporalidade, na qual o homem peregrina e deixa sinais ao longo do caminho, sendo o sinal mais decisivo a linguagem. A força do tempo reside na historicidade do homem e desabrocha na palavra. É por isso que a paisagem humana se povoa de verbos, que conjugam a unidade das dimensões do homem na temporalidade. A exegese do verbo, a hermenêutica da palavra, é a exploração de nossa condição humana que acontece como história.

histórica, filosófica e artística, o homem passa a fazer parte do evento revelativo da verdade.¹⁰³

Nesse andar, não “há” verdade: a verdade “é”, a verdade “se dá”. “Nós pressupomos verdade porque “nós”, sendo no modo de ser da presença, somos e estamos “na verdade”. Quer dizer, não pressupomos a verdade como algo “fora” ou “sobre” nós, frente à qual nos comportamos junto com outros “valores”. Logo, não somos nós que pressupomos a verdade, mas é a verdade que torna ontologicamente possível que nós sejamos de modo a “pressupor” alguma coisa, pois a verdade possibilita pressuposições.¹⁰⁴

Portanto, Heidegger esclarece que só poder-se-á falar em “verdades absolutas” caso se comprove de modo suficiente que, em toda a eternidade, a presença foi e será, já que, enquanto isso não ocorrer, tal pressuposição será apenas uma afirmação que não terá nenhuma legitimidade apenas porque os filósofos geralmente nela acreditam. Toda verdade é, pois, relativa ao ser da presença na medida em que seu modo de ser possui essencialmente o caráter de presença. E essa relatividade não significa que toda a verdade é subjetiva, no sentido de estar no arbítrio do sujeito, pois o descobrimento retira o enunciado do arbítrio subjetivo, levando a presença descobridora para o próprio ente.¹⁰⁵ Isso quer dizer que a única ontologia possível é aquela que se constrói dentro de um campo em que o ser humano é, sendo a condição humana essencial na construção do conhecimento e, sem a realidade, não há conhecimento e, portanto, não há verdade.¹⁰⁶

Assim, como há essa possibilidade de pressuposições, e como não existe verdade sem realidade, a verdade é a verdade daquele momento em que o juiz decide. Nessa linha, o juiz só concede a liminar porque “tem certeza” de que deve concedê-la naquele momento. Essa é a verdade, ou seja, uma verdade sujeita a determinadas condições de temporalidade e compreensão. Porém, se, posteriormente, houver uma alteração da “abertura”, quer dizer, da disposição, da

¹⁰³ HEIDEGGER, Martin, **Sobre a essência da verdade**: a tese de Kant sobre o ser. Tradução de Ernildo Stein e revisão de José Geraldo Nogueira Moutinho. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1970. p. 17.

¹⁰⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução revisada e apresentação de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 299.

¹⁰⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução revisada e apresentação de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 298.

¹⁰⁶ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 209.

compreensão e do discurso, o cuidado dirá que a verdade é outra. Não há verdades empíricas nem verdades absolutas.¹⁰⁷

Ulrich Schroth explica que, para Gadamer, a compreensão só é possível quando aquele que compreende se lança para a abordagem do texto já com uma pré-compreensão, significando que o intérprete orienta o texto pelo mundo em que se movimenta (o ser-aí) e, ao mesmo tempo, à compreensão de um texto liga-se um interesse na compreensão, pois sempre que se utiliza um texto se tem um propósito em mente. Através da pré-compreensão, cada interpretação de um texto é aplicação do atual estado de consciência do intérprete. Por isso, a compreensão nunca é mera reprodução, mas sempre produção. Para Gadamer, existem, no processo de compreensão, dois mundos de experiência/empíricos: aquele em que o texto foi escrito e aquele outro em que se situa o intérprete, devendo a compreensão fundir esses dois mundos.¹⁰⁸

Prosseguindo, Schroth esclarece que é justamente o conceito de pré-compreensão que deve documentar que a compreensão se estabelece na *praxis* da vida. Assim sendo, a hermenêutica filosófica mostra que as hipóteses apresentadas para a interpretação de um texto não são descobertas através de um processo orientado por regras, antes têm origem no viver cotidiano, sendo trazidas para o texto que se pretende compreender. Com efeito, é precisamente a prova do condicionamento da compreensão pela pré-compreensão que também torna claro que a interpretação é um processo de verificação de hipóteses.¹⁰⁹

A intersubjetividade mostra-se decisiva na compreensão do desvelamento do ente (verdade). O ser-um-com-o-outro se expressa no comportamento de muitos em relação ao mesmo. Mesmidade é compartilhamento, é ter algo em comum, é partilhar entre si o desvelamento. Ser-um-com-o-outro junto ao ente é compartilhar do desvelamento (verdade) do ente em questão. A verdade é, por conseguinte,

¹⁰⁷ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 210-211.

¹⁰⁸ SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2002. p. 383-384.

¹⁰⁹ SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2002. p. 384-385.

constitutiva para a estrutura do ser-um-com-o-outro como um modo de ser essencial do ser-aí.¹¹⁰

Nesse sentido, o modo como o desvelamento do ente por si subsistente (verdade) pertence ao ser-aí é necessária e essencialmente um compartilhamento da verdade. O erro fundamental do solipsismo é que se esquece de levar realmente a sério que todo “eu sozinho” já é, enquanto um estar sozinho, essencialmente um ser-um-com-o-outro. Somente porque o eu já é com os outros que ele pode compreender um outro. O ser-aí não decide de maneira alguma o que deve advir ao ente. O que ocorre é o inverso: o ser-aí se guia justamente por ele.¹¹¹ Daí a importância de o sujeito aplicador do Direito dialogar com as fontes do Direito (no particular do presente trabalho, com os padrões decisórios).

A verdade, portanto, é finita, temporal e contingente. Essa é a verdade do Direito. A prova do processo pode determinar a alteração da situação hermenêutica¹¹², do horizonte de sentido do intérprete, mas não o grau da verdade, pois cada situação, seja a do início do processo, seja a do final, tem a sua verdade.¹¹³ Nessa senda, o conceito de verdade no processo não pode se afastar da ideia de verdade que se tem nos demais ramos do conhecimento, especialmente na filosofia. Logo, a questão da verdade deve orientar-se pelo estudo do mecanismo que regula o conhecimento humano dos fatos. Seja no processo, seja em outros campos científicos, jamais se poderá afirmar, com segurança absoluta, que o produto encontrado efetivamente corresponde à verdade, pois a essência da verdade é intangível (ou ao menos o é a certeza da aquisição da verdade).¹¹⁴

Por isso que um Estado que se pretenda Democrático de Direito e que, portanto, tenha coerência nas suas decisões, logrando integridade ao Direito pátrio,

¹¹⁰ HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Tradução de Marco Antonio Casanova. Revisão de tradução Eurides Avance de Souza. Revisão técnica de Tito Lívio Cruz Romão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 111 e 115.

¹¹¹ HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Tradução de Marco Antonio Casanova. Revisão de tradução Eurides Avance de Souza. Revisão técnica de Tito Lívio Cruz Romão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 124-126.

¹¹² Situação hermenêutica, explica Ernildo Stein, “é uma espécie de ‘lugar’ que cada investigador atinge através dos instrumentos teóricos que tem à disposição para a partir dele poder fazer uma avaliação do campo temático. Portanto, este lugar que cada investigador atinge, a partir do qual ele pode fazer uma investigação sistemática em um determinado campo. Ela no fundo é a aspiração de qualquer pesquisador”. Conforme STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 57.

¹¹³ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 212 e 214.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 256-257.

não pode escapar de uma adequada aplicação dos padrões decisórios, a fim de dar segurança jurídica, esta vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta. Ainda que a Constituição Federal não preveja expressamente a segurança jurídica como direito fundamental, outros princípios o asseguram, como, por exemplo, a motivação das decisões judiciais, a legalidade, a inviolabilidade do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido. Ademais, a segurança jurídica confere democracia. Aliás, diversos são os aspectos positivos para a aplicação de precedente: previsibilidade, estabilidade, confiança, igualdade perante a lei (ou democracia), coerência, imparcialidade judicial (controle do juiz), desestímulo à litigância, contribuição à duração razoável do processo, maior eficiência do Poder Judiciário¹¹⁵.

O rompimento do paradigma racionalista a partir da virada hermenêutica altera o modo-de-ser-no-mundo e, assim, a forma com que o sujeito deve interpretar e aplicar o Direito. O sujeito não deve mais manter-se encapsulado em si; o objeto do conhecimento não está (exclusivamente) no interior do sujeito. A verdade fenomenológica é, por conseguinte, constitutiva para a estrutura do ser-um-com-o-outro como um modo de ser essencial do ser-aí, como se viu linhas acima. Nesse sentido, imprescindível ao magistrado ter presente as decisões anteriores (verticais e horizontais) e observa-las, como condição de aplicação adequada do Direito.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 95 e seguintes. Nesse sentido, prossegue Marinoni (p. 326) sustentando que, para se compreender o precedente, é indispensável delimitar a sua *ratio decidendi*, já que o precedente tem o objetivo de regular o futuro e, assim, uma das questões centrais de qualquer teoria dos precedentes deve estar na aplicação da *ratio decidendi* aos novos casos. Logo, para aplicar a *ratio decidendi* aos novos casos é necessário comparar o caso que provém a *ratio decidendi* com o caso sob julgamento, analisando-se as suas consequências fáticas. Isso significa uma distinção de casos, que assume a forma de técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes. Nesse sentido fala-se, no *common law*, em *distinguishing*. Não é por outro motivo que Maurício Martins Reis sustenta que a adoção de súmulas vinculantes não deita raízes necessárias na cultura do *stare decisis*, porquanto a autoridade do precedente norte-americano depende, para se fazer valer a casos futuros, de indispensável fundamentação Conforme REIS, Maurício Martins. As súmulas vinculantes do direito brasileiro e o risco hermenêutico à democracia constitucional: política autoritária de normas ou normas políticas de conteúdo? *In*: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição**: os direitos humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 211. Por isso, a aplicação das súmulas no Brasil, sejam elas vinculantes ou não, acaba por manter a ideia positivista de afastar os fatos do direito, deixando de lado as questões práticas, à luz da hermenêutica.

2.2.2 Respostas Adequadas ao Direito e Padrões Decisórios Obrigatórios: o papel das Cortes Supremas

Respeitar a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores não é retirar do juiz ou dos Tribunais o convencimento motivado e nem sua independência, mas tendo os Tribunais Superiores a função de dar a última palavra, uma decisão inferior em sentido contrário mostra desprezo pelo próprio Poder Judiciário e pelos usuários do serviço jurisdicional, que são compelidos a recorrer aos Tribunais Superiores¹¹⁶, para que estes reafirmem aquilo que já foi dito antes.

Com efeito, a previsibilidade é marca insuprimível do Estado Democrático de Direito, na medida em que a segurança jurídica protege a liberdade e assegura o desenvolvimento econômico. A estabilidade negocial e a liberdade individual dependem da previsibilidade do Direito aplicado pelos juízes e Tribunais. E esta estabilidade serve também como controle da atividade judicial, em virtude de que evita decisões arbitrárias ao partir do momento em que a aplicação dos padrões decisórios exige uma justificação (fundamentação) adequada e razoável.¹¹⁷

Daí a necessária compreensão dos conceitos *rato decidendi* e *obter dictum*, oriundos da tradição da *common law*. Quando se fala em vinculação por meio do precedente, deve-se delimitar qual parte deste de fato vincula na sua aplicação. A decisão que estabelece o precedente, pois, tem sua parte vinculante – a *ratio decidendi* –, mas também é composta de discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais – o *obter dictum*.¹¹⁸

De plano, observa-se a necessidade de se afastar a noção de que a parte do precedente que vinculará as decisões posteriores está na parte dispositiva da decisão, ou seja, na coisa julgada. Embora deva a parte dispositiva ser levada em conta na aplicação do julgado paradigma no julgado aplicando, o real significado do *precedente* está na fundamentação da decisão, ou seja, nas razões pelas quais ao final decidiu-se de certa maneira – fixando-se determinado dispositivo.¹¹⁹

¹¹⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 163.

¹¹⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 163.

¹¹⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 252.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 161.

Ademais, para que se possa extrair de um mesmo texto legal uma norma jurídica, é preciso ter presente outras circunstâncias, capazes de justificar a convivência da nova decisão ao lado da decisão anterior, sem que haja contradição entre elas (*distinguishing*). Esta nova decisão constituir-se-á, pois, noutra padrão decisório, ao lado do já existente. Por isso, decisão diversa sobre caso substancialmente igual apenas pode ser tomada pela própria Corte que já decidiu acerca do caso, mediante o chamado *overruling*, quando as razões da decisão revogadora forem capazes de superar, a partir de determinados critérios, aquelas que estão à base da primeira decisão.¹²⁰

Se, com Lenio Streck, definiu-se que a decisão constitucionalmente adequada ocorrerá na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito, evitando a discricionariedade e respeitando a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação, a interpretação jurídica, na leitura de Castanheira Neves, deve ser vista como a determinação normativo-pragmaticamente adequada de um critério jurídico do sistema de direito vigente para a solução do caso concreto.¹²¹

A interpretação jurídica visa a expressão da norma da norma, sendo o objeto da interpretação jurídica a norma enquanto norma, não o texto legal. Nesse sentido, a interpretação tem o objetivo de atingir na norma a normatividade prático-jurídica solicitada, como critério, pela problematicidade concreta do caso decidendo e que seja normativo-materialmente adequada à sua solução. Portanto, é na perspectiva problemática do caso que a norma é interrogada e só nessa sua interrogação para o caso oferecerá ela a sua normatividade.¹²²

Com efeito, a decisão jurídica deverá sustentar-se em razões ou fundamentos para um caso concreto dentro de determinadas circunstâncias histórico-jurídico-sociais de diálogo, motivo pelo qual o critério normativo a ser adotado pelo julgador deverá estar submetido a este contexto. A normatividade do sistema jurídico, pois, será o horizonte do critério a ser adotado. Entretanto, o critério oferecido pelo sistema nem sempre coincidirá com o critério a ser adotado no caso concreto, ou porque a

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 106-107.

¹²¹ CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 142.

¹²² CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 143-144.

situação do caso concreto não se mostra análoga àquela relacionada ao critério normativo considerado, ou porque as circunstâncias histórico-sociais se alteraram.¹²³

Frise-se, por oportuno, que o respeito à lei implica o dever de obediência à interpretação desta lei, ou seja, deixar o juiz ou o tribunal local de acatar o sentido conferido à lei por um tribunal superior, em determinado precedente que tenha delineado um critério normativo mediante adequada fundamentação e dentro do competente contraditório, pelo argumento de que o sistema vigente vincula-se por leis, é um contrassenso absoluto, na medida em que a ninguém é dado conhecer a norma jurídica senão através de interpretações.¹²⁴

Diante dessas circunstâncias, se as Cortes definem o sentido das leis (textos), é evidente que a autoridade do Direito também está nos padrões decisórios provenientes dessas Cortes, pois a decisão judicial não mais define a exata interpretação da lei (declara a vontade da lei) – como no paradigma liberal, mas atribui sentido ao Direito. A tarefa jurisdicional não está limitada a revelar a lei ou declarar algo que sempre esteve à disposição, mas sim define o adequado sentido extraível do texto, adicionando algo à ordem jurídica – que passa a ser composta, também, pelos padrões decisórios.¹²⁵

Com efeito, e a partir dessas premissas, não parece necessário referir que as decisões judiciais, em especial aquelas proferidas pelos Tribunais Superiores, são fontes do direito da mesma forma que a lei o é. Embora a lei tenha sido concebida como fonte de segurança jurídica no Estado Liberal Clássico, o fato de cada juiz poder interpretar a seu bel-prazer deixa de assegurar a estabilidade do Direito – e cria insegurança jurídica. Aliás, em tempos de pós-positivismo, em que a norma é o produto da interpretação aos textos, e os próprios Tribunais têm sua roupagem modificada, os Tribunais Superiores passam a ter função de Tribunais Supremos.

Importa, pois, apresentar a diferença entre Cortes Superiores e Cortes Supremas. Na verdade, não se trata de “diferenças”, mas sim de funções distintas para Cortes com roupagens diversas. As Cortes Superiores estão vinculadas a uma compreensão

¹²³ CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 147, 166 e 182.

¹²⁴ REIS, Maurício Martins. Precedentalismo judiciário: precedentes obrigatórios ou persuasivos? A força argumentativa dos julgados do STF. **Revista dos Tribunais**, Brasília, DF, n. 932, p. 417-418, jun. 2013.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 111-116.

cognitivista do Direito e, assim, a jurisdição apresenta-se como simples declaração de uma norma pré-existente. O escopo está em controlar a decisão recorrida mediante uma *jurisprudência* uniforme, sem que as razões expendidas pelos Magistrados possam ser consideradas fontes primárias do Direito.¹²⁶

Já as Cortes Supremas estão vinculadas a uma compreensão não cognitivista e sim argumentativa do Direito, motivo pelo qual a jurisdição é entendida como reconstrução e outorga de sentido a textos e elementos não textuais da ordem jurídica. Nesse andar, o escopo consiste em dar unidade ao Direito mediante a formação de padrões decisórios obrigatórios, entendidas as razões adotadas nas decisões como dotadas de eficácia vinculante.¹²⁷ A função das Cortes (Superiores ou Supremas) está diretamente ligada ao modelo de interpretação do Direito que se espera em cada Estado de Direito.

Nesse sentido, o julgamento do Recurso Especial, por exemplo, não serve (apenas) para a solução – controle – do caso concreto. Por isso, não importa apenas a parte dispositiva da decisão, que corrige ou não a decisão objeto do recurso. Importam, principalmente, os fundamentos determinantes da solução do caso concreto. A decisão, assim, não diz respeito tão somente aos litigantes, mas projeta-se sobre todos e passa a servir de critério para a solução dos casos futuros.¹²⁸

Daí a importância de se estabelecer, por um lado, o que se espera de uma Corte, no que tange ao modelo interpretativo do Direito por ela adotado, e, por outro lado, os elementos presentes nos padrões decisórios oriundos dessas Cortes que serão aplicados aos casos futuros. Ora, tudo faz parte do círculo hermenêutico: a função das Cortes judiciais e o modelo de interpretação do Direito que se pratica no respectivo Estado de Direito – a forma de encarar e aplicar o Direito. Será, pois, a partir das opções e das práticas que forem estabelecidas em cada Estado de Direito que se delineará o papel que terão os padrões decisórios nas respectivas práticas jurisdicionais.

A finalidade pública das Cortes Supremas é, pois, tutelar a integridade do ordenamento jurídico, devolvendo ao Estado de Direito a prospectividade, a

¹²⁶ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação; da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 32.

¹²⁷ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação; da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 32.

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 20.

estabilidade, a cognoscibilidade e a generalidade das normas jurídicas objeto de discussão nos processos jurisdicionais. E aos cidadãos a definição dos seus direitos e deveres, com o fim de favorecer o desenvolvimento igualitário e racional de uma dada comunidade jurídica.¹²⁹

Evidentemente, no presente trabalho se adota a compreensão hermenêutica do Direito, uma dimensão ainda mais complexa do discurso jurídico do que a compreensão, por exemplo, das teorias da argumentação. Mas isto não invalida o pressuposto de que as Cortes Supremas têm uma função diferenciada das Cortes Superiores, fundamentalmente no sentido de que as Cortes Supremas são em sua ontologia Cortes de Precedentes, na medida em que suas decisões outorgam sentido aos textos, criando o Direito e, a partir daí, sendo fontes primárias do Direito, dotadas de eficácia vinculante. Aliás, registre-se: o modelo das Cortes Supremas em nenhum momento exclui a função igualmente interpretativa praticada por todos os órgãos do Poder Judiciário, em todos os níveis.¹³⁰

Nesse sentido, frise-se, por oportuno, que os juízes de primeiro grau e os tribunais de segundo grau igualmente têm função interpretativa, na aplicação do direito sempre há atribuição de sentido, não sendo tarefa exclusiva das Cortes Supremas. Toda e qualquer aplicação do direito é *applicatio*, independentemente do grau de jurisdição em que a decisão é prolatada; e, além disso, os padrões decisórios obrigatórios devem ser aplicados aos casos futuros à luz da *Crítica Hermenêutica do Direito*, jamais por subsunção. Mas os Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal têm por escopo fundamental orientar os juízes e tribunais de apelação na interpretação e aplicação do

¹²⁹ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universalidade das decisões do STJ. Diretor Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 153. (Coleção O Novo Processo Civil).

¹³⁰ A uniformidade do Direito e a estruturação de um sistema racional de aplicação de padrões decisórios devem refletir um compromisso compartilhado e integrado entre os Juízos de Primeira Instância e os Tribunais Estaduais e Regionais Federais, não podendo estar alocado apenas no STF e no STJ. Todos os Juízos são participantes ativos no desenvolvimento do Direito. As decisões judiciais devem estar de acordo com a história institucional do Direito, no seu DNA, que se manifesta na Constituição, nas leis e nas decisões judiciais. Estas últimas, interpretam o material normativo e conferem concretude ao Direito, legitimando e atribuindo sentido ao Direito, pela atividade da comunidade política. Este compromisso de promoção da integridade e da coerência não é exclusivo do STF e do STJ, é compartilhado entre todos os órgãos do Poder Judiciário – todos comprometidos com a integridade, a coerência e a unidade do Direito, embora seja inegável que as decisões dos Tribunais Superiores trazem em si uma importância diferenciada, em razão de sua posição de vértice, bem como da sua missão constitucional. Conforme NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; e HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 42, v. 263, p. 335-396, jan. 2017, p. 388-390.

direito infra e constitucional, ao passo que os tribunais de segundo grau, por exemplo, têm função primordial de *controle* das decisões de primeiro grau (embora, sempre, ao “controlar”, interpretam e, assim, atribuem sentido).¹³¹

As decisões, em especial aquelas provenientes das Cortes Supremas, revelam conteúdo indispensável à vida social, integrando a ordem jurídica e, por isso, interessam à toda comunidade. Desse modo, os padrões decisórios exercem função de desenvolvimento do Direito, motivo pelo qual se projetam perante toda a sociedade, obrigando, pois, os Juízos ordinários. E destes padrões decisórios não há tanta (ou única) importância no dispositivo decisional: importam as razões pelas quais, diante dos fatos relevantes do caso, chegou-se na conclusão, revelando-se o sentido (norma jurídica). Será a partir dessas razões (*ratio decidendi*) que se trabalhará com a técnica do *distinguishing*, limitando-se ou estendendo-se a aplicação do padrão decisório.¹³²

Sendo assim, já se disse que os padrões decisórios, dessa forma, têm valor inestimável para a *applicatio* e, nesse andar, para o alcance de uma resposta adequada ao Direito. Mas os padrões decisórios não podem implicar uma reprodução automática do que foi decidido anteriormente (com a aplicação indiscriminada de verbetes, súmulas e ementas, como ocorre atualmente na prática judiciária brasileira). Na verdade, a postura do juiz frente à tradição é a de diálogo, não de submissão, ou seja, não podem ser utilizados de maneira lógico-subsuntiva.

Isto porque o padrão decisório dinamiza o sistema jurídico, não o engessa, pois a interpretação desse padrão decisório deve levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram. Logo, sempre que o padrão decisório for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial em relação às circunstâncias do caso concreto. Diante disso, o critério normativo utilizado a partir de determinado padrão decisório deverá ser controlado pela faticidade.¹³³ É dizer: a coerência do sistema deve ser

¹³¹ Sobre o ponto, observar as críticas de Lenio Luiz Streck em quatro colunas suas, veiculadas pelo Conjur. Artigos publicados 22 de setembro de 2016 (Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar?); 29 de setembro de 2016 (Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II); 06 de outubro de 2016 (Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III); e 13 de outubro de 2016 (Precedentes IV: final. Por que interpretar não é um ato de vontade); consultas em 18 de dezembro de 2016, no sítio da *internet* do Consultor Jurídico www.conjur.com.br.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 116.

¹³³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 46-47.

levada em conta pela decisão, fazendo com que os critérios normativos adotados pelos precedentes sejam observados, *no que couber*, em relação aos fatos postos na causa concreta.

Dito isto, é a partir da fundamentação, da *ratio* do padrão decisório e das circunstâncias do caso concreto que se decidirá se o critério adotado para o caso anterior abarca o caso novo. É o que Dworkin chamaria de *força de promulgação do precedente* (ou *força gravitacional do precedente*). Os juristas, prossegue o autor, não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei (ou de uma súmula vinculante), devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação, motivo pelo qual o padrão decisório deve ser maleável à luz do caso concreto.¹³⁴

A *ratio decidendi* constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto. É essa a regra de direito que vincula os julgamentos futuros. Cabe aos juízos futuros, que adotarem o precedente em suas decisões, examinarem a *ratio decidendi* do padrão decisório e dele extrair o critério normativo que irá ou não incidir no caso em apreço. Há, pois, um caráter de universalidade na justificação das decisões judiciais. Por isso é que os argumentos prescindíveis para o deslinde da controvérsia não se prestam para serem vinculados como padrões decisórios. O *precedente* deve, assim, guardar pertinência substancial com a *ratio decidendi* do caso sucessivo.¹³⁵

A coerência com o conjunto de princípios que representa a moralidade política da comunidade implicará que todos sejam tratados com igual consideração e respeito nas decisões. É isto que Dworkin quer dizer quando aponta a *força de promulgação do precedente*. Somente terão essa força as decisões baseadas em princípios, jamais aquelas que se baseiam em argumentos de política. Ademais, a prática dos precedentes judiciais, que é possível por meio do *treat like cases alike*, trata os indivíduos com igual respeito e consideração, atribuindo o que Dworkin sustenta como integridade.¹³⁶ Com efeito, resta muito claro que Dworkin enfatiza a concepção

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 173-174.

¹³⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 123-126.

¹³⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 249.

positivista de que nos casos em que não existe a incidência de uma regra expressa o magistrado estaria autorizado, por meio de um poder discricionário, a criar um direito novo e aplica-lo retroativamente ao caso¹³⁷.

Devem os Magistrados, sempre, levar em conta tanto as decisões de Tribunais Superiores como das Cortes de mesmo nível. Para que haja uma construção coerente do Direito, o juiz deve respeitar um esquema de princípios que forneça uma justificação coerente aos padrões decisórios. E esta justificação deve se dar tanto do ponto de vista vertical quanto horizontal, ou seja, a justificação vertical é fornecida por diferentes estratos de autoridade, com a ideia de que as decisões servem de controle das decisões tomadas nos níveis inferiores, enquanto a horizontal requer que os princípios que justifiquem uma decisão em um nível sejam consistentes com a justificação oferecida para as demais decisões do mesmo nível.¹³⁸

Nessa linha de raciocínio, as novas decisões devem ser construídas com base em princípios, e não fundamentadas em políticas, pois os fundamentos de política são frágeis e, ainda, pertencem à competência dos poderes políticos. Portanto, caberá aos juízes decidirem com base nos mesmos princípios, ainda que não favoráveis às suas convicções, ou seja, os magistrados devem se pautar no princípio da integridade na prestação jurisdicional, segundo o qual o Direito deve ser visto como um todo coerente e estruturado.¹³⁹

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores das Cortes Supremas e as tradições da cultura política, impondo seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O Direito como integridade condena qualquer prática jurisdicional próxima ao ativismo. Um julgamento interpretativo envolve a moral política e o faz de maneira complexa e estudada em vários capítulos, não cedendo espaço algum à tirania.¹⁴⁰

¹³⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin: De que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). **Direito & Literatura**: ensaios críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 21.

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 182-183.

¹³⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 254.

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451-452.

Essa é a diferença entre o legislador e o juiz. Há uma legitimidade política do legislador que lhe permite, no “espaço estrutural-constitucional” fazer opções. O juiz estará sempre vinculado a uma espécie de DNA do Direito, formado pela doutrina *lato sensu* e a *jurisprudência*, o que faz com que seja obrigado a obedecer à coerência e à integridade do Direito (reconstrução da história institucional). É por isso que o juiz não pode julgar conforme sua vontade.¹⁴¹

E, a partir disso, fica claro que a aplicação ou não de um padrão decisório deve ser tarefa do próprio Poder Judiciário, e não decorrer de imposição legislativa que apresente determinado método de operacionalização. Cabe, pois, ao próprio órgão jurisdicional a adequada utilização dos padrões decisórios na *applicatio* ao caso concreto. O predicado de padrão decisório que dará à decisão anterior é o juízo incumbido da decisão de um futuro caso. Assim, impõem-se ao Magistrado a responsabilidade de pronunciar decisão que servirá de paradigma para que, a partir dali, outros Magistrados possam identificar, de maneira fundamentada, aqueles casos futuros merecedores da mesma solução jurídica e os que não.¹⁴²

Será, pois, a partir de um intenso contraditório e de ampla fundamentação que uma decisão tornar-se-á um padrão decisório e, assim, terá força vinculante (aos casos análogos). O efeito vinculante abrange os fundamentos justificantes do critério adotado pelo *precedente* (determinada decisão, súmula, etc), pela transcendência dos motivos ou fundamentos determinantes, conjugando-se a compreensão (do texto do padrão decisório) com a situação concreta de sua aplicação, atendendo, pois, aos postulados da hermenêutica gadameriana¹⁴³.

Michele Taruffo esclarece que o precedente oferece uma regra a ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou analogia (os fatos serão sempre ontologicamente diferentes) entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Esta analogia não é determinada de forma automática, mas depende diretamente da fundamentação da decisão, caso sejam prevalentes os elementos de ambos os casos. É, pois, o juiz quem estabelece se existe ou não

¹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 117.

¹⁴² SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 151-153.

¹⁴³ REIS, Maurício Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão interpretativa: de como as súmulas vinculantes não podem ser o “bode expiatório” de uma hermenêutica jurídica em crise. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 38, v. 220, p. 223, jun. 2013.

padrão decisório aplicável ao caso decidendo: a aplicação ou não do padrão decisório está fundada na análise dos fatos.¹⁴⁴

Portanto, a decisão de uma corte, ao definir a interpretação, não elabora parâmetro para o controle da legalidade das decisões, mas erige critério decisional, verdadeiro modo de ser do Direito ou o próprio Direito em determinado contexto histórico. As decisões têm, pois, razão para assumir autoridade quando agregam algo à ordem jurídica. Quando isso ocorre, as decisões de uma corte têm autoridade para se projetar perante todos os juízes, sendo, por um lado, desnecessário perguntar por lei que assim preveja, e, de outro, necessário buscar uma teoria – um modelo interpretativo – de padrões decisórios obrigatórios e persuasivos.¹⁴⁵

Assim como os preceitos legais podem sofrer controle de constitucionalidade, suscetíveis de decisões interpretativas pela jurisdição constitucional, os padrões decisórios revelam a própria jurisdição constitucional aplicada. O padrão decisório constitui critério normativo interpretado pelos tribunais, fruto de adequada fundamentação e mediante contraditório, além de permitirem diferenciação e sobrepujamento diante de casos distintos. Os *precedentes* propiciam uma interpretação uniforme para todos os casos futuros relacionados à questão posta em causa, a partir de um critério adotado e fundamentado como sendo o mais adequado, eliminando-se as consequências previsíveis de diversos julgados discrepantes.¹⁴⁶

Apenas em um Estado em que a jurisdição nada acrescenta à tarefa do legislador os padrões decisórios não devem ser respeitados. Nessas situações, não há qualquer necessidade de vinculação do padrão decisório. O fato de as decisões judiciais não se confundirem com a simples aplicação de um texto previamente dado pelo Poder Legislativo (ou pela Constituição Federal) deve levar à óbvia conclusão de que essas proposições importam como Direito vigente para a solução de outros casos iguais (ou similares).¹⁴⁷

Apontado o ranço positivista no modo-de-fazer-Direito no Brasil e suas consequências em relação à subjetividade judicial que deságua no decisionismo;

¹⁴⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano.36, v. 199, p. 142-143, set. 2011.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 117-118.

¹⁴⁶ REIS, Maurício Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão interpretativa: de como as súmulas vinculantes não podem ser o “bode expiatório” de uma hermenêutica jurídica em crise. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 38, v. 220, p. 223 e 227, jun. 2013.

¹⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 91, set. 2011.

apresentado o necessário rompimento com esse modelo a partir da busca por respostas adequadas ao Direito proposta pela *Crítica Hermenêutica do Direito*, e com base na hermenêutica heideggeriana-gadameriana e com os aportes da teoria da decisão de Dworkin; estabelecida a função das Cortes Supremas em um paradigma que pretenda superar o positivismo interpretativo; é o momento, a seguir, de analisar a relação dos padrões decisórios obrigatórios com o modelo interpretativo exurgente do Estado Democrático de Direito, ou seja, apontar a relação dos padrões decisórios como fontes do Direito e como condição de possibilidade para respostas adequadas ao Direito.

2.3 Padrões Decisórios Obrigatórios como Condição de Possibilidade para Respostas Adequadas ao Direito

Durante muito tempo, não se deu valor aos padrões decisórios, nem mesmo aos provenientes das Cortes Supremas. Quando determinada questão, objeto de divergência nos tribunais ordinários, aportasse ao Superior Tribunal de Justiça, a decisão ali proferida deveria ser amplamente debatida e fundamentada, formando um padrão decisório apto a encerrar a controvérsia. E, ainda que fosse admitida nova controvérsia no âmbito da corte superior, quando a decisão fosse proferida por uma de suas Seções (ou pelo Órgão Especial)¹⁴⁸, deveria encerrar a divergência de uma vez por todas, pacificando a matéria objeto do julgado. Assim, daí em diante os órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores e o próprio STJ deveriam seguir o entendimento firmado, a menos que houvesse razão para superação desse padrão decisório. Mas infelizmente não foi o que se viu nos mais de vinte e cinco anos de vida do STJ.¹⁴⁹

¹⁴⁸ No STJ, as suas seis turmas agrupam-se em três seções. Cada seção trata de matérias específicas (as mesmas matérias que cada uma das turmas que compõem a seção). Assim, o julgamento feito na seção, em relação a direito público (1ª), privado (2ª) ou penal (3ª), unifica o entendimento do tribunal em relação ao tema particular de competência da seção respectiva, salvo competência específica do órgão especial. Por isso é que as decisões das seções e do órgão especial devem ser os padrões decisórios mais persuasivos. Artigos 2º e 9º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Ed. rev., ampl. e atual. até a Emenda Regimental n. 30 de 22 de maio de 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acesso em: 29 maio 2018.

¹⁴⁹ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 136-137.

Duas posturas são costumeiras no Brasil quando se trata de aplicar julgados dos tribunais como fundamento para decisões: (a) a de se repetir mecanicamente ementas e enunciados de súmulas descontextualizados dos fundamentos determinantes das decisões que originaram essas ementas e súmulas, seguindo uma racionalidade própria da aplicação das leis (encarando-se as ementas e súmulas como “comandos” gerais e abstratos); ou (b) a de se julgar desprezando as decisões anteriormente proferidas, como se fosse possível analisar casos novos a partir de um marco zero interpretativo. Em ambos os casos, o juiz despreza os julgados anteriores e o próprio caso que está julgando.¹⁵⁰

Ocorre que a comunidade jurídica não tolera mais viver se questionando, diante de cada caso concreto, “o que as cortes farão”. Mas onde está o problema? Por que se tem tolerado a utilização de ementas e verbetes sumulares sem qualquer cotejo analítico entre o caso invocado com a situação decidenda? Qual o motivo de se aceitar que o juiz possa decidir ao seu sabor um caso sem qualquer preocupação – e respeito – com como os demais atores da comunidade jurídica enca(ra)ram situação fático-jurídica idêntica ou análoga? A resposta se procurará buscar a partir da investigação acerca da posição dos padrões decisórios enquanto fonte primária no modo-de-fazer-Direito no Brasil.

Em um Estado que se pretenda Democrático de Direito não pode prevalecer a *jurisprudência lotérica* em detrimento da certeza jurídica. A isonomia, um dos pilares fundamentais da Constituição Federal de 1988, cai por terra quando um juiz, invocando o livre convencimento (ou convencimento motivado), possa simplesmente ignorar o entendimento de uma corte hierarquicamente superior sobre o mesmo tema. Essa ideia de *jurisprudência lotérica* transforma a prestação jurisdicional em um ato de sorte na distribuição da causa a determinado juiz que tenha entendimento favorável à matéria jurídica envolvida.¹⁵¹

No Brasil, enfrenta-se o problema do excesso de casos em que há diversidade de interpretações da lei em um mesmo momento histórico, o que compromete a previsibilidade e a igualdade. Há juízes de primeira instância e tribunais de segundo

¹⁵⁰ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. “Jurisprudência instável” e seus riscos: a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 434.

¹⁵¹ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 786, abr. p. 108 e seguintes, 2001.

grau que decidem reiteradamente de modo diferente questões idênticas. Estas divergências existem também no âmbito dos tribunais superiores: entre eles – STJ e STF – e entre seus órgãos fracionários. E o fato de estas divergências existirem também no plano dos tribunais superiores impede que suas decisões desempenhem o papel de norte, de orientação para os demais órgãos do Poder Judiciário.¹⁵²

Mas o que este estado da arte tem a ver com o modelo Estado de Direito que se tem atualmente no país? Ou: qual a relação que o paradigma (pós-)positivista tem com isso tudo? O objetivo desta explanação será demonstrar que o problema está no ranço paradigmático que a interpretação e aplicação do Direito ainda está imerso. E, mais do que isso, sinalizar – e problematizar – o fato de que não há coerência no modo-de-fazer-Direito no Brasil, pois, de um lado, há o modelo de Estado Democrático de Direito, no qual a hermenêutica constitucional converge – a partir da invasão do Direito pelos princípios – para o fim da aplicação do Direito como subsunção; mas, de outro, o juiz não tem compromisso com as decisões dos tribunais, mas (somente) com a lei. Essas duas situações não podem ser duas faces da mesma moeda.

O que se deve investigar, nesta quadra, é a posição que os padrões decisórios deve(ria)m ocupar nas *fontes do Direito*. Será averiguar, portanto, a relação existente – ou não – entre o (pós-)positivismo jurídico, o Estado Democrático de Direito e a *norma jurídica*. Afinal, quer-se questionar o papel do padrão decisório na obtenção de respostas adequadas ao Direito.

2.3.1 O Paradigma Interpretativo Exsurgente do Estado Democrático de Direito: a norma jurídica e a as fontes do direito

Como se viu na primeira parte deste capítulo, a postura metodológica do positivismo jurídico excluía da definição de Direito qualquer juízo de valor ou efetividade, pois o critério de validade das normas era meramente formal (comando emanado pela autoridade competente – questão pura de hierarquia). Ademais, dentro do paradigma positivista, sendo o Direito império do Legislativo, o Judiciário limitava-se a pronunciar a palavra da lei – não havia, pois, atribuição de sentido na aplicação da lei, mas (mera) aplicação por subsunção.

¹⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 36.

Nesta conjectura, havia um claro fetiche de que a lei, traduzida na absorção de todo o Direito pelo ato legislativo, seria capaz de garantir a democracia pela representatividade das casas políticas e que, a partir da sistematização fornecida pelos códigos, repositórios completos e unívocos do sentido do Direito, haveria uma razão escrita para a qual não seria necessária a interpretação. Fetiche da lei e desconfiança na Magistratura resultaram no princípio da legalidade exacerbado.¹⁵³

Esta crença no absolutismo da lei tinha o ideal de que a certeza do Direito estaria na aplicação estrita da lei, ou melhor, na própria lei, como se a legislação em si tivesse normatividade própria. O *civil law*, nesta senda, não apenas imaginou utopicamente que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Mais: imaginou-se que a lei seria suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos.¹⁵⁴

Portanto, nesta época em que o Direito se resumia à lei, sendo esta fruto exclusivo das casas legislativas, o positivismo jurídico teve terreno fértil para florescer, já que o juiz – como já se disse linhas acima – não poderia se utilizar de elementos interpretativos para julgar, pois isso traria insegurança jurídica à sociedade, motivo pelo qual devia o julgador limitar-se a pronunciar a palavra da lei.¹⁵⁵

A ideologia, nesse andar, era no sentido de que a lei, e somente a lei, exprimia a vontade geral e, assim sendo, produzia e condicionava toda a manifestação da juridicidade, já que o parlamento, pela doutrina da separação dos poderes, era visto como depositário da vontade geral, motivo pelo qual a conformidade de cada manifestação jurídica com a lei torna-se a regra fundamental de toda a democracia moderna.¹⁵⁶ Nessa esteira, o Estado Liberal Clássico concebeu um Poder Judiciário apenas como um poder subordinado, que teria a missão exclusiva de reproduzir e

¹⁵³ ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 68.

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 51.

¹⁵⁵ TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)**. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 294. Aliás, lembra Danilo Zolo que o Poder Judiciário era objeto de prescrições exclusivamente negativas, não podendo os juízes se intrometer no exercício do poder legislativo, não tendo os magistrados, pois, nenhum poder de suspender a execução das leis. ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli com a colaboração de Emilio Santoro. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 23-24.

¹⁵⁶ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 61-62.

revelar as palavras da lei. E como seria impossível pensar que a lei tivesse duas vontades, toda a norma jurídica deveria ter sentido unívoco.¹⁵⁷

Surgiram, assim, os Códigos, como normas que pretendiam realizar a redução de toda a experiência em um sistema minucioso e articulado de regras escritas e contemplando todos os institutos possíveis, presumindo a complexidade do social em um sistema fechado, protagonizado por sujeitos abstratos aos quais se referiam relações igualmente abstratas, visando disciplinar todas as aplicações previstas pelos redatores.¹⁵⁸ Tudo isto com foco na igualdade de tratamento dos cidadãos.

Por isso, não era permitido ao juiz a oportunidade de compreender a lei, mas apenas, “com a neutralidade de um matemático, resolver o problema ‘algébrico’ da descoberta de sua ‘vontade’”, eliminando-se, assim, qualquer compreensão hermenêutica do sistema jurídico. Nessa linha, o racionalismo limitou a tarefa judicial a descobrir e verbalizar a vontade da lei, devendo ficar indiferente ao conceito de justiça, para que a segurança jurídica – ideal do Estado Liberal Clássico – imperasse¹⁵⁹.

Com efeito, a partir da segunda metade do século XX, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, a garantia dos direitos fundamentais passou a depender de controle recíproco e do equilíbrio entre os poderes constituídos, inclusive ficando o legislativo sob a vigilante proteção de uma Corte Constitucional. Assim sendo, atenuou-se a instância “democrática” que fazia do Poder Constituinte (do Legislativo) a única fonte da legitimidade constitucional.¹⁶⁰

Os abusos cometidos por governos e administrações totalitárias escancararam a limitação de um sistema jurídico comprometido apenas com um critério de validade formal do ordenamento jurídico. O modo-de-fazer-Direito positivista mostrou-se imediatamente insuficiente e as sociedades restaram obrigadas a clamar por um controle material dos atos do Poder Legislativo e também do Poder Executivo. Eram necessárias garantias contra majorias eventuais, em relação a determinados aspectos

¹⁵⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 92-93.

¹⁵⁸ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 119 e 125.

¹⁵⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 93 e 97.

¹⁶⁰ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli com a colaboração de Emilio Santoro. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 55-56.

da vida em sociedade, e contra atos que desbordassem da legitimidade moral da comunidade.

A partir de então, recusava-se o primado da onipotência do legislador, quer dizer, a visão de democracia constitucional passou a ser de uma democracia limitada por uma Constituição, na qual os direitos fundamentais, inalienáveis e invioláveis, são indecidíveis por parte de qualquer maioria política e qualquer Poder.¹⁶¹ Este seria um dos passos para se tutelar a sociedade em face dos desmandos vividos na primeira metade do século XX.

Ocorre que os direitos fundamentais expostos nas Constituições vieram como categorias jurídicas diversas das *regras jurídicas*, em forma de *princípios*, com estrutura – textura – diferente, em que não se mostra adequada sua aplicação pelo modelo subsuntivo positivista, diante da dimensão moral que é característica dos *princípios*.¹⁶² Portanto, em paralelo com a emergência dos direitos e garantias fundamentais nas Constituições contemporâneas, é necessária a emergência de um modelo pós-positivista de concepção de *norma jurídica* e também de interpretação e aplicação do Direito.

Nessa necessidade de superação do positivismo, mostra-se imperativo um conceito pós-positivista de norma jurídica, haja vista que esta já não está pronta nos *textos legais*, pois nestes encontram-se apenas formas primárias, os textos normativos. A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial. Ademais, é igualmente parte

¹⁶¹ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli com a colaboração de Emilio Santoro. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 55-56.

¹⁶² Dworkin adota o termo princípios no sentido de um padrão que deve ser observado, enquanto exigências de justiça e equidade ou alguma dimensão da moralidade da comunidade. Princípios jurídicos e regras jurídicas apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada – é ou não válida. Os princípios, por sua vez, não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Não são aplicados necessariamente, pois enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas necessita de uma decisão – aplicação – particular. Pode haver, contudo, outros princípios que argumentem em outra direção. Os princípios possuem essa dimensão de peso (ou importância); quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força de cada um – esta mensuração poderá ser objeto de controvérsia; afinal, o Direito permite discórdias e, por isso, é um conceito interpretativo, como se verá ao longo do presente trabalho. Conforme DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 35-46.

constitutiva da norma o *âmbito normativo*, que seria o conjunto dos fatos relevantes (âmbito fático) como elemento que sustenta a decisão jurídica como Direito.¹⁶³

Portanto, a dicotomia “ser e dever-ser” é, assim, superada, tornando-se a norma jurídica um conceito complexo, composto do *âmbito normativo* e do *programa normativo* (isto é, do resultado da interpretação de todos os dados linguísticos). A norma jurídica geral já está contida no texto legal, sendo a concretização da norma jurídica uma construção no caso concreto. Quer dizer, para a elaboração da norma jurídica, o jurista necessita tanto de dados linguísticos como de dados reais.¹⁶⁴

A interpretação é, pois, um processo intelectual por meio do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos determinado conteúdo normativo. O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto), produzindo a norma. Interpretar é atribuir sentido a um ou vários símbolos linguísticos de algum enunciado normativo. A interpretação é, destarte, meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições. Com efeito, as normas resultam da interpretação e o ordenamento jurídico, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, ou seja, um conjunto de normas. Portanto, o significado da norma é produzido pelo intérprete.¹⁶⁵

Assim, chega-se à conclusão de que o ordenamento jurídico é constituído – e construído – de forma unitária. O ordenamento não serve como repositório de normas jurídicas, mas como conjunto de ordenamentos dos casos concretos, para cuja construção o intérprete levará em conta os elementos condicionantes dos fatos e das fontes jurídicas conjuntamente interpretadas, em cada conflito de interesses. A norma do caso concreto é definida pelas circunstâncias fáticas na qual incide, sendo extraída do conjunto normativo em que se constitui o ordenamento como um todo.¹⁶⁶

Normas e fatos são inseparáveis: a interpretação tem função aplicativa, escopo prático, é a identificação de um significado jurídico. O fato não preexiste à

¹⁶³ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 304-305.

¹⁶⁴ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 305.

¹⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios)**. 6. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 37-38.

¹⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3, p. 11. TEPEDINO, Gustavo. O caso da subsunção. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3, p. 445.

interpretação, pois é constituído pela interpretação: antes da interpretação não há fatos e normas, mas eventos e disposições. A subsunção está, pois, superada: interpretação e qualificação do fato são aspectos de um processo cognitivo unitário orientado para a reconstrução daquilo que ocorreu em uma perspectiva dinâmica.¹⁶⁷

Castanheira Neves assimila, para a interpretação jurídica, uma vocação voltada para o problema normativo, à sombra do qual se coloca o problema hermenêutico (de compreensão do significado da norma jurídica):

Pois, seja embora possível uma prévia determinação do sentido normativo da norma (sobretudo em função do problema jurídico que lhe vai pressuposto) e compreendendo normativamente a solução que lhe é prescrita, imediatamente com fundamento teleológico na sua particular *ratio legis*, mas mediata e decisivamente com fundamento axiológico-sistemático na *ratio iuris*, o certo é que esse sentido tem apenas um valor hipotético e irá ser submetido como que a uma experimentação problemático-decisória em referência à relevância jurídica material do caso concreto. E para se concluir ou por uma possível assimilação dessa relevância por aquele sentido hipotético [...], ou por uma possível analogia teleológica-normativa entre a solução oferecida por esse sentido e a solução exigida pelo problema concreto, ou afinal por uma inadequação normativo-jurídica entre ambas – o que, recusando então a norma como critério jurídico para a decisão concreta, exigirá uma autónoma constituição da solução jurídica. (grifo do autor).¹⁶⁸

A impossibilidade de distinção entre fato e direito levou os juristas da *common law* a ter presente a noção de que a *norma jurídica* não é a mesma coisa que o *texto* do precedente. Por isso, para esses juristas, é impossível decidir com base apenas no texto da decisão que decidiu um precedente. Em outras palavras, o Direito é pensado como faticidade. Fato e direito são, pois, indissociáveis, não sendo possível, nessa linha, que a norma esteja contida no texto.¹⁶⁹ E é exatamente isto que se deve ser observado, também, pelos juristas da *civil law*, a partir do paradigma instituído pela hermenêutica filosófica.

Nesse sentido, uma questão de direito é sempre uma questão de direito de uma certa questão de fato. Ao considerar-se a questão de fato, está implicitamente

¹⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 652.

¹⁶⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3, p. 194-195.

¹⁶⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 71.

presente a questão de direito; ao considerar-se a questão de direito, não se pode prescindir da solidária influência da questão de fato. O fato não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do Direito, o Direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar ao fato; pelo que, quando o jurista pensa o fato, pensa-o como matéria de direito, quando pensa o Direito, pensa-o como forma destinada ao fato.¹⁷⁰

Resta evidente que a lei não basta por si só. Os textos legislativos, na prática jurisdicional pelo Poder Judiciário, não são *declarados*. A atividade judicante não é reprodutora, mas sim *produtora* de sentido. Esta nova tônica, exarada pelo paradigma exurgente do Estado Democrático de Direito, estabelece a necessária releitura da postura metodológica do positivismo em relação ao direito positivo. Até porque o positivismo do início a meados século XX (denominado *normativista*), apegado na lei como fonte suprema do Direito, acabou por, paralelamente, relegar a interpretação a um segundo nível, o que criou a cultura de que o juiz poderia decidir conforme seu entendimento (encapsulado).

Neste estado da arte, portanto, acreditava-se que a certeza e a segurança jurídica estava na lei, mas o descompromisso com a interpretação não permitiu que essa desejada segurança e certeza jurídica efetivamente ocorresse, pois cada Magistrado interpretava o sentido da lei ao seu sabor. Ao longo do tempo, a tutela jurisdicional, nesse cenário, apenas criou mais insegurança e incerteza jurídica para os jurisdicionados. Acostumou-se com o fato de que cada juiz interpreta a lei da sua forma; e, nessas circunstâncias, aceita(va)-se tranquilamente que casos idênticos ou semelhantes sejam decididos em sentido diverso.

Dessa forma, é necessário garantir a segurança e a igualdade. Estão na base da necessidade de que se respeitem os padrões decisórios – também na *civil law* – o princípio da legalidade e o da igualdade, ambos conaturais à ideia de Estado Democrático de Direito, cuja característica mais visível é a de que a sociedade precisa saber as regras do jogo antes de começar a jogar. Então, a legalidade só tem sentido se concretizada à luz do princípio da isonomia, pois é inútil ser a lei a mesma para todos se os tribunais podem interpreta-la de modos diferentes e surpreender os

¹⁷⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-facto**: questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967. p. 43-44 e 55-56.

jurisdicionados.¹⁷¹ A seguir, pois, se analisará a relação dos padrões decisórios como fontes primárias do Direito com a implementação de respostas adequadas ao Direito.

2.3.2 Os Padrões Decisórios como Fontes (Primárias): condição de possibilidade para respostas adequadas ao Direito

Para que o Direito seja capaz de proporcionar uma sociedade livre, justa e igualitária, é necessário resolver o problema central da vinculação do exercício do poder à ordem jurídica. Esses objetivos, contudo, somente serão alcançados em uma sociedade pautada pela segurança jurídica. Sem um ambiente jurídico capaz de proporcionar segurança entre as pessoas, não é possível conceber que os membros da sociedade pautem suas ações juridicamente orientadas. É imperativo que o sujeito (re)conheça o direito vigente, na expectativa que será aplicado a todos uniformemente.¹⁷²

Nenhuma ordem jurídica pode ser considerada segura se não existir cognoscibilidade a respeito do que deve reger as situações da vida. O sistema jurídico precisa viabilizar certeza a respeito de como as pessoas devem se comportar, sem o que não se pode saber exatamente o que é ou não seguro. Esta segurança jurídica pela certeza gera estabilidade, confiabilidade e efetividade da ordem jurídica.¹⁷³

Nesse andar, é evidente a conexão entre segurança jurídica, igualdade e liberdade, já que o tratamento isonômico depende do prévio reconhecimento de qual é o direito aplicável. No entanto, dizer que o Direito deve ser seguro não resolve esse problema, pois deve-se ter presente *o que deve ser considerado como Direito*.¹⁷⁴ Daí a fundamental relevância de se saber *quais são* as fontes do direito, especialmente em tempos de pós-positivismo (modelo do/no Estado Democrático de Direito).

Nessas circunstâncias, deve-se distinguir os enunciados normativos do legislador (as disposições) do seu conteúdo de significado (as normas), pois o significado de um enunciado normativo não é coisa pré-constituída à interpretação; ao contrário, é uma variável dependente. As leis têm como significado aquele que lhe é

¹⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31-32.

¹⁷² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 21.

¹⁷³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 250.

¹⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 23-24.

atribuído pelo intérprete (e, em particular, pelos juízes). Sendo assim, o termo “Direito” não significa o conjunto de disposições legislativas, mas o conjunto de normas que essas disposições exprimem como seu significado. Por isso, é preciso admitir que o Direito nasce não da legislação, mas da interpretação das leis, dos padrões decisórios e de todas as fontes do Direito e, portanto, da colaboração entre legislador e intérpretes. Interpretar, pois, é produzir normas.¹⁷⁵

E se a norma jurídica é o resultado da interpretação, é imprescindível dar atenção não apenas aos textos dotados de autoridade legislativa, mas também (e principalmente) à atividade com que se outorga judicialmente sentido a esses textos. Mais que isso: se a norma constitui resultado da interpretação, não se pode mais supor que para dar unidade à ordem jurídica basta olhar para a constituição e para a legislação. Nessa perspectiva, não se pode afirmar que todos têm direito à segurança jurídica, à igualdade e à liberdade tendo apenas como referencial a Constituição Federal e as leis, sem levar em conta, também, a interpretação que o Poder Judiciário empresta a tais textos. Isto conspiraria contra o próprio Estado Democrático de Direito, pois se aceitaria a possibilidade de interpretações diversas para os mesmos textos constitucionais e legais diante de casos concretos idênticos ou muito semelhantes.¹⁷⁶

A decisão das Cortes Supremas, ao expressar o sentido do Direito, passa a orientar a vida social e a guiar as decisões dos juízes e tribunais de apelação (os tribunais de segundo grau). Ora, se essas cortes têm a função de desenvolver o Direito ao lado do legislativo, as suas decisões devem ganhar a autoridade que lhes permita corresponder ao significado que possuem na ordem jurídica, ganhando tais decisões, assim, a qualidade de *padrões decisórios obrigatórios*. Haja vista que as decisões

¹⁷⁵ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini e apresentação de Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 220. Danilo Knijnik defende o monismo, nos seguintes termos: “Desde que o Direito não existe fora da linguagem, e desde que a linguagem, em maior ou menor grau, é dotada de um nível de ‘indeterminação’, é impossível negar um papel criativo à função jurisdicional. Aliás, como visto na ‘causa dogmática’, a legislação moderna, com sua ‘fuga para as cláusulas gerais’, é plena de exemplos. De outra parte, atualmente, a alocação da jurisprudência como fonte ‘real’ do Direito já pode inclusive ser pressuposta, o que vem confirmado, mesmo nos sistemas de *civil law*, com reconhecimento legislativo. Não é possível, assim, afirmar que a autoridade dos precedentes, no *civil law*, é sempre meramente persuasiva, embora também o seja. Outrossim, conforme procuramos demonstrar na ‘causa hermenêutica’, a cisão entre a ‘atividade de interpretar’, o ‘intérprete’ e o ‘objeto interpretado’ é inadequada. Reportamo-nos neste particular para a ideia da ‘pré-compreensão’ do intérprete, que não pode ser descartada. Filosoficamente, não é mais aceitável uma cisão entre o ‘explicar’ e o ‘compreender’”. KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 100, nota 49.

¹⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 73-74.

atribuem sentido ao Direito (a partir da dissociação texto-norma), outorga-se unidade ao Direito com os padrões decisórios. Esta é a função das Cortes Supremas: tutelar a igualdade a partir da atribuição de significado ao Direito.¹⁷⁷

Logo, se a densificação do Direito depende da interpretação que é dada pela jurisdição, então a tônica na legislação não basta para guiar os comportamentos sociais. É preciso, pois, que o Direito seja visto como o produto de uma relação dinâmica que se estabelece entre legislação, doutrina e jurisdição. Daí que a orientação de comportamentos que o Direito tem o dever de oferecer tem sua tônica deslocada da legislação para a jurisdição. E, nessa conjuntura, a segurança jurídica e a promoção da igualdade e da liberdade passam a ter como referencial a interpretação que é dada pela jurisdição à Constituição e à legislação.¹⁷⁸

O que importa para considerar os padrões decisórios efetivamente como fonte do direito em um determinado sistema jurídico é saber em que medida o direito judicado pode ou deve ser considerado pelo julgador e pelo intérprete quando do processo de aplicação do Direito. O ordenamento jurídico brasileiro sinaliza em diversas situações a aplicabilidade da jurisprudência para a solução dos casos e isto evidencia que os padrões decisórios devem ser considerados fontes (primárias) do direito.¹⁷⁹

Se denota da leitura do Código de Processo Civil de 2015 o dever de as Cortes Supremas outorgarem unidade ao Direito a fim de que a ordem jurídica possa ser segura e capaz de promover a liberdade e a igualdade de todos perante o Direito (art. 926¹⁸⁰), sendo instrumento para tanto os padrões decisórios (art. 927¹⁸¹). Ademais, as

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 65-66.

¹⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 86.

¹⁷⁹ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 124-126.

¹⁸⁰ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁸¹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

Cortes de Justiça (ou de Controle – tribunais de segundo grau) igualmente têm o dever de uniformizar a interpretação de questões relevantes (art. 947¹⁸²) e das questões repetidas (arts. 976 a 987¹⁸³), tendo como instrumento a jurisprudência. Em ambos os casos, precedente e jurisprudência poderão ser objeto de súmulas (art. 926, §§ 1º e 2º¹⁸⁴).¹⁸⁵

E não é apenas diante desses institutos que o Código de Processo Civil de 2015 idealizou a unidade e uniformidade do Direito. O CPC também percebeu a necessidade de reconstrução do sistema judiciário ao desenhar os recursos especial e extraordinário como recursos que pressupõem o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas, ou seja, como Cortes de Interpretação e de Precedentes. Ao STF e ao STJ, em certos casos, é possível analisar questões de direito ainda que haja desistência do recurso (art. 998, § único¹⁸⁶); conhecer os recursos excepcionais desconsiderando vícios formais (art.

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁸² Incidente de Assunção de Competência. Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁸³ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:
I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁸⁴ Art. 926.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 85.

¹⁸⁶ Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

1.029, §3º¹⁸⁷); instituir o livre trânsito dos recursos entre as Cortes (arts. 1.032 e 1.033¹⁸⁸). Ainda, há decisões e súmulas do STF e do STJ que são vinculantes (arts. 927, 1.039 e 1.040¹⁸⁹). Portanto, o CPC deixa claro que as Cortes Supremas brasileiras, o STJ e o STF, têm a função principal de dar unidade ao Direito (e não –

¹⁸⁷ Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

[...]

§ 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁸⁸ Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁸⁹ Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada. Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

§ 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.

§ 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

§ 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

apenas – uniformizá-lo), motivo pelo qual suas decisões servem como padrões decisórios para guiar a interpretação futura de direito pelos demais juízes.¹⁹⁰

Quem deve uniformizar suas decisões são, portanto, as Cortes de Justiça (ou Cortes de Controle, ou Tribunais de Apelação, ou Tribunais de segundo grau – no Brasil, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais), que devem controlar a correção das decisões de primeiro grau e uniformizar a jurisprudência da Corte, ao passo que as Cortes Supremas (ou Cortes de Interpretação, ou Cortes de Precedentes) têm como objetivo fundante criar padrões decisórios que servirão como *fonte* interpretativa para todos os Magistrados do país.

E quando a decisão da Corte atribui sentido ao Direito – porque dissociado o texto da norma –, outorga-se unidade ao Direito com o padrão decisório. Proclamar a interpretação mediante *precedente* (padrão decisório) e, assim, garantir a unidade do Direito, é a função das Cortes Supremas, o que significa que a uniformidade da interpretação não deve ser encarada como meio de controle da legalidade, mas deve ser visto como sinônimo de unidade do Direito. As Cortes Supremas, ao atribuir significado ao Direito, garantem a igualdade perante o Direito. O precedente, portanto, não é “método” para revelação da norma contida na lei, mas instrumento de produção de seu significado.¹⁹¹

Diante da realidade dos padrões decisórios, da sua função e da sua vinculação ao Estado Democrático de Direito, mostra-se impensável não delinear os Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal como Cortes Supremas, enquanto Cortes de Precedentes. O propósito do modelo de vinculação ao precedente a eliminação da equivocidade do Direito diante de determinado contexto fático-normativo, mediante a fixação de sua adequada interpretação/aplicação, é natural que a norma jurídica oriunda dessa *applicatio* sirva como guia para as aplicações futuras do Direito. Por isso, a Corte Suprema é uma corte de interpretação, cuja missão é formar padrões decisórios obrigatórios. Eis a sua razão de ser no ordenamento jurídico.¹⁹²

¹⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 92.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 76.

¹⁹² MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação; da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 72.

Com efeito, não mais se pensa a jurisdição como declaratória da lei (estática), mas em uma perspectiva dinâmica da interpretação, reconstruindo a relação entre lei, doutrina e padrões decisórios. Nesse andar, o padrão decisório, como fruto da (re)construção do sentido da legislação, passa a ser o derradeiro garante da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito, constituindo-se, assim, fonte primária do direito, cuja eficácia vinculante decorre da força institucional da jurisdição como poder no/do Estado de Direito.¹⁹³

O direito, no Estado Democrático de Direito, fundado na força normativa da constituição e no desenvolvimento do direito constitucional fundado em princípios e regras, faz com que o ordenamento jurídico tenha evoluído. Não mais tem lugar a concepção da vinculação do juiz somente à lei. Dessa forma, não se pode negar que a lei e a jurisprudência são fontes do direito na maior parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. O papel reservado à Constituição como vértice do ordenamento jurídico implicou na valorização do papel da jurisdição. Portanto, os padrões decisórios são fontes formais na atual conjuntura do direito brasileiro.¹⁹⁴

Se, por um lado, o Poder Judiciário assume, no Estado Democrático de Direito, o papel de realizar a ordem jurídica, dando concretude a regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico, não é natural, por outro lado, que o sistema judicial não combata decisões que, para as mesmas situações jurídicas, apresentem interpretações conflitantes acerca do direito aplicável, pois isto enseja a quebra do princípio da igualdade perante a lei. Ora, se o princípio da legalidade tem como objetivo dar ao cidadão previsibilidade acerca das consequências jurídicas de suas condutas, isto só se concretizará se a lei for compreendida e aplicada da mesma forma para todos. Se assim não for, esvaziam-se por completo o sentido e a razão de ser desses princípios, bases do Estado de Direito. É imperativo, pois, uma uniformidade interpretativa pelos tribunais, a fim de impedir ofensas à legalidade e à igualdade, de modo que a legislação receba sempre, dadas as mesmas condições fáticas relevantes ao julgamento, a mesma interpretação.¹⁹⁵

¹⁹³ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 95-99.

¹⁹⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 97-99 e 175.

¹⁹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 311-312.

A se entender de outro modo, se chegaria a um contrassenso: a lei enquanto norma abstrata e geral seria oponível de maneira isonômica, indiscriminadamente, a todos os brasileiros; mas, já não mais seria assim quando uma controvérsia fosse judicializada, quando então a norma comportaria diversas inteligências, ao sabor de cada órgão jurisdicional, ou de cada instância judiciária, chegando-se, no plano horizontal, ao paroxismo de a mesma lei federal merecer diversos significados, dependendo, por exemplo, da interpretação de cada Estado-membro da República; e, no plano vertical, teriam os jurisdicionados que aceitar e conviver com uma interpretação de primeiro grau totalmente descompromissada daquela de segundo grau, e assim sucessivamente pelas instâncias subseqüentes. Seria como se a uniformidade jurisprudencial fosse uma utopia e a divergência, uma sorte de carma nacional, fosse insuperável.¹⁹⁶

Nesse diapasão, os sistemas jurídicos de tradição da *civil law* paulatinamente têm adotado a eficácia vinculante dos padrões decisórios, especialmente os provenientes das Cortes Supremas¹⁹⁷. O próprio Supremo Tribunal Federal, em muitos de seus julgados, já vem apresentando a roupagem contemporânea da Suprema Corte brasileira enquanto Corte de Interpretação, demonstrando, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, uma “tendência de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”¹⁹⁸.

No mesmo sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence consignou a “crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado”. E prosseguiu o Ministro sustentando que o STF, ainda que provocado pelas vias recursais do controle difuso de constitucionalidade, ao expurgar da ordem jurídica lei inconstitucional ou consagrar-lhe a constitucionalidade

¹⁹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 324.

¹⁹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 321.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg n. RE 521.379/SP**. Agravante: Bernado Araujo Giacometti. Agravado: Município de São Paulo. Relator: Min Gilmar Mendes. Brasília, DF, DJe 11 de março de 2008. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2250855>>. Acesso em: 29 set. 2016. No mesmo sentido, mais recentemente, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 18.148/MG**. Reclamante: Negociar - Cobranca e Recuperacao de Credito Ltda – EPP. Reclamado: Juíza do Trabalho da 22ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, DJe 15 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4604652>>. Acesso em: 29 set. 2016.

contestada, exerce tarefa essencial da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida. Assim, mesmo no sistema do controle difuso de constitucionalidade, o interesse particular dos litigantes é posto à serviço do interesse público, qual seja, a guarda da Constituição, para que o Tribunal existe.¹⁹⁹

Não se pode mais olvidar que o papel atual do juiz do *civil law*, em especial o do juiz brasileiro, a quem é deferido o poder-dever de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a realizada pelo juiz estadunidense. Ocorre que, apesar dessa aproximação de papéis, apenas o *common law* devota efetivo respeito aos precedentes. No Brasil, a ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição de que a lei é suficiente para garantir certeza e segurança jurídica, mediante a subordinação do juiz à lei.²⁰⁰

Curiosamente, mesmo quando se “descobriu” que a lei é interpretada de formas diferentes e que os juízes da *civil law* comumente decidem de forma diversa casos “iguais”, não se abandonou a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. Não houve um “levante” da comunidade jurídica no sentido de que a segurança e a certeza jurídica apenas são garantidas quando há igualdade perante as decisões judiciais e, assim, de que se mostra imperativo o respeito aos padrões decisórios. A segurança jurídica, mesmo na tradição da *civil law*, exige um sistema de padrões decisórios obrigatórios, para que casos similares sejam tratados do mesmo modo e, nessa banda, seja respeitado o paradigma do Estado Democrático de Direito.²⁰¹

Reconhecer a importância dos padrões decisórios não significa dizer que o sistema jurídico daquele determinado país necessariamente será integrante do

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na sentença estrangeira n. 5.206**. Partes: M B V Commercial and Export Management Establishment, Evandro Catunda de Clodoaldo Pinto e Outros, Resil Industria e Comercio Ltda, Marcia Serra Negra e outros, André Carmelino Alves. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, julgamento 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep>>. Acesso em: 29 set. 2016.

²⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 79-80.

²⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 80.

common law. Padrões decisórios devem ser considerados tanto na *common law* como na *civil law*. É uma questão de modelo de interpretação do Direito e também uma questão de igualdade na aplicação do Direito, o que independe da tradição jurídica em que o país está inserido. Em regra, no *common law* os *precedentes* são vinculantes; no *civil law*, persuasivos (embora, por muitas vezes, inobservados).²⁰² O direito brasileiro, por exemplo, vem atribuindo paulatinamente importância cada vez maior aos padrões decisórios, aproximando-se, em alguma medida, do *common law*, em especial após a edição do Código de Processo Civil 2015, que trouxe inúmeras situações em que juízes e tribunais devem observar decisões e súmulas proferidas por determinados tribunais em determinadas circunstâncias²⁰³.

Ora, essa aproximação entre as tradições da *common law* e da *civil law* é (ra) inevitável. Em tempos de pós-positivismo, e a partir da superação da subsunção como *método* de interpretação e aplicação do *texto legal*, a atribuição de sentido ao Direito, pelo ato de aplicação, faz da norma jurídica o resultado dessa atribuição de sentido. Dessa forma, não há como concluir que norma jurídica é resultado da interpretação (e interpretar é produzir normas), sendo a atividade judicante produtora de sentido, sem, também, concluir que os padrões decisórios decorrentes dessa atividade judicante devam ser observados, ou seja, sem encara-los como fontes do Direito.

Não basta mais, nessa esteira, afirmar que cada caso é um caso e que, diante de cada um, o juiz devesse aplicar (apenas) a *lei*. Se assim fosse, cada interpretação do Direito iniciaria de um grau zero, como se nada houvesse sido decidido anteriormente. As decisões passadas nos tribunais, tanto no sistema do *stare decisis*²⁰⁴ quanto no modelo *legicêntrico*, exercem importante papel na continuidade

²⁰² REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 168-169.

²⁰³ Art. 927 do NCP. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

²⁰⁴ Para Edward D. Re, os casos decididos são um ponto de partida, no *stare decisis*. Segundo o autor, “diz-se que o caso decidido estabelece um *princípio*, e ele é na verdade um *principium*, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra. Um princípio é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o juiz, no sistema da *common law*, afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo, moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto que tem diante de si. O processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do direito”. RE, Edward D. *Stare decisis*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**, v. 19, n. 73, p. 49, jan./mar. 1994.

e integridade da interpretação do Direito, devendo ser levados em consideração. As decisões convertem-se em experiências e significam acréscimo no horizonte de sentido do intérprete. Os padrões decisórios funcionam no Direito, pois, como experiências, reduzindo o conteúdo “inesperado”.²⁰⁵

Resta claro que o julgador move-se sempre dentro de uma tradição. Para Gadamer, o verdadeiro sentido contido em um texto não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, visto ser um processo infinito. Não se eliminam novas fontes de erro de modo a filtrar todas as distorções do verdadeiro sentido. Antes disso, surgem sempre novas formas de compreensão, revelando relações de sentido insuspeitadas. Com isso, a distância temporal que possibilita essa filtragem não tem dimensão fechada, não estará nunca concluída, haja vista que está ela mesma em movimento e expansão.²⁰⁶ E o autor prossegue:

[...] A investigação das ciências do espírito não pode ver-se a si própria em oposição pura e simples ao modo como nos comportamos com respeito ao passado na nossa qualidade de seres históricos. Em nosso constante comportamento com relação ao passado, o que está realmente em questão não é o distanciamento nem a liberdade com relação ao transmitido. Ao contrário, encontramos sempre inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado como estranho ou alheio; trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmo no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição. [...].²⁰⁷

Para a hermenêutica filosófica gadameriana, experiência é experiência da finitude humana. Portanto, Gadamer entende que é experimentado aquele sujeito que tem consciência de sua limitação, que sabe que não é o senhor do tempo e do futuro e que, por isso, conhece os limites de toda previsão e a insegurança de todo plano. Neste homem experimentado consuma-se o valor de verdade da experiência. A ideia de que se pode dar marcha-a-ré a tudo, de que sempre há tempo para tudo e de que,

²⁰⁵ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 73-77.

²⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 395.

²⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 374.

de um modo ou de outro, tudo retorna, se mostra ilusória. A verdadeira experiência é, assim, experiência da própria historicidade. Por isso, a experiência hermenêutica tem a ver com a tradição, que deve chegar à experiência como linguagem, que fala por si mesma.²⁰⁸

Na linguagem, é o próprio mundo que se representa. A experiência de mundo feita pela linguagem é “absoluta”, abrangendo todo o ser em si. O caráter da linguagem em que se dá nossa experiência de mundo precede a tudo quanto pode ser reconhecido e interpelado como ente. Mas o mundo não se torna objeto da linguagem. Antes disso, o que é objeto do conhecimento já se encontra sempre contido no horizonte global da linguagem. Nessa linha, a linguagem serve de base para que os homens tenham mundo e é necessário seguir essa relação entre linguagem e mundo para alcançarmos um horizonte adequado para o caráter da linguagem da experiência humana. A originária humanidade da linguagem significa, portanto, o originário caráter da linguagem do estar-no-mundo do homem. Com efeito, a forma da linguagem e o conteúdo da tradição não podem ser separados da experiência hermenêutica.²⁰⁹

E não é só o sujeito que pertence a uma tradição, mas também o objeto. Assim como o sentido que o intérprete acessa dos objetos é determinado por sua historicidade, o próprio objeto é marcado pelo sentido que lhe foi historicamente dado. O pertencimento do sujeito e do objeto a uma tradição mostra a historicidade e a finitude do processo compreensivo, motivo pelo qual a apreensão de sentido que o sujeito faz jamais é total, haja vista sua determinação pela tradição.²¹⁰

Em razão disso tudo, é infrutífero tentar decidir fora da história, e isso envolve tanto a intenção de resolver universalmente todos os casos futuros, quanto a pretensão de decidir em uma individualidade absoluta e irrepetível. Toda decisão judicial está inevitavelmente lançada no mundo histórico. O fundamento de toda uma teoria de padrões decisórios obrigatórios é o de que o Direito rejeita casuísmos e tende à integração e coerência. O julgador está desde-já-sempre jogado no mundo,

²⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 406-466-468.

²⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 569-581.

²¹⁰ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Müller**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 74.

move-se dentro da tradição, não podendo decidir de forma livre de uma mediação com essa tradição.²¹¹

Como bem explica Ernildo Stein, a racionalidade se define a partir da linguagem, indo até o ponto em que, na perspectiva epistemológica, tem-se que dar conta da seguinte questão: o que significa para o ser humano que só se chega aos objetos via linguagem? Podemos dizer que existem pressupostos de diversos tipos. Todos eles de caráter epistemológico, que analisam essa característica dos seres humanos: ter experiência, ter acesso aos objetos através da linguagem. De outro lado, prossegue Stein, esta epistemologia lógico-semântico-natural, esta epistemologização tem, de certo modo, a deficiência de não perceber que a verdade das proposições não é inteiramente fundamentada na sua forma lógica. As proposições dependem, pois, do contexto em que são situadas, de seu contexto histórico, cultural e até subjetivo. Por isso, é preciso interpretar a linguagem, interpretar as proposições e talvez descobrir que há uma verdade que é o lugar da proposição.²¹²

Mais adiante, sustenta Stein que não se tem acesso pleno ao objeto a não ser via significado, motivo pelo qual conhecemos algo como algo. Portanto, a filosofia trata da linguagem enquanto linguagem como suporte de todo o acesso ao mundo dos objetos. A linguagem traz em si um duplo elemento, um elemento lógico-formal que manifesta as coisas na linguagem, e o elemento prático de nossa experiência de mundo anterior à linguagem, mas que se expressa senão via linguagem, sendo este elemento o *como* e o *logos hermenêutico*.²¹³

Não é por outro motivo que Heidegger aponta que *história* não significa o passado no sentido do que passou, mas a sua proveniência. Por isso, o que tem história está inserido em um devir. O que tem uma história pode, ao mesmo tempo, “fazer” história. E é fazendo época que, no presente, se determina o futuro. História significa, nessa linha de raciocínio, um conjunto de acontecimentos e influências que atravessa o passado, o presente e o futuro.²¹⁴

²¹¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 91-93.

²¹² STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 20-21.

²¹³ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 20-21.

²¹⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo II**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 183-184.

Sendo assim, estando o julgador sempre inserido na tradição, os julgados – que, repita-se, atribuem sentido aos textos legislativos – sempre terão influência na aplicação do Direito. A linguagem estabelecida pelas Cortes e o DNA do Direito estabelecido pela história institucional da prática jurisdicional inserem o intérprete em uma intersubjetividade da qual ele não se poderá olvidar. Os padrões decisórios sempre exercerão sua autoridade de tradição em relação aos casos futuros, pois estão (desde sempre) lançados no mundo e não podem ser ignorados.

É importante, neste ponto, ainda que de forma breve – pois será abordado o tema mais à frente, tratar do sentido das expressões *precedente*, *jurisprudência* e *súmulas*. Todos são *padrões decisórios*. A *jurisprudência* é formada por julgados. Cada um desses julgados, isolados, são decisões que resolvem casos. Quanto maior o nível de uniformidade dos julgados que formaram a jurisprudência, mais persuasiva será a jurisprudência e, assim, esta poderá vir a se tornar *dominante*. Algumas dessas decisões podem se destacar, por tratar de um determinado assunto de forma peculiar, aprofundado e contundente, por ser a primeira ou a mais expressiva decisão a abordar o tema. Quando um julgado assume tal relevância, sendo como tal reconhecido em decisões posteriores, tal decisão é um *precedente*. Mas os precedentes, reunidos, podem formar uma jurisprudência constante, o que pode motivar a edição de um enunciado sumular (uma *súmula*). Pode-se sintetizar a relação entre precedentes, jurisprudência e súmula da seguinte forma: os enunciados de súmula são a síntese da jurisprudência dominante, formada por precedentes emitidos em um mesmo sentido.²¹⁵

Portanto, o precedente judicial consiste na decisão proferida em sum caso concreto cujo núcleo (*tese jurídica* extraída da *ratio decidendi*) servirá para resolução de demandas semelhantes. Quando o precedente é reiteradamente aplicado, passando a refletir o posicionamento predominante de determinado tribunal, diz-se que o mesmo se torna jurisprudência. Nota-se que, assim, a jurisprudência representa a orientação reiterada, atual e prevalente no âmbito de determinado tribunal.²¹⁶

²¹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.305.

²¹⁶ REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 178.

Frise-se, por oportuno, que o conceito jurisprudência se identifica, em sentido quantitativo, como decisões reiteradas dos tribunais. Por sua vez, o precedente pode ser identificado a partir de apenas uma decisão. Mas há, também, entendimento no sentido de que existe diferença qualitativa entre *precedente* e *jurisprudência*. Nessa linha, enquanto a característica da jurisprudência é atuar de forma *persuasiva*, os precedentes *obrigam* o tribunal que decidiu e as cortes a ele inferiores.²¹⁷

Todo padrão decisório é composto pelas circunstâncias de fato que embasam a controvérsia e pela *tese jurídica* assentada na motivação do provimento decisório (*ratio decidendi*). A *ratio decidendi* consiste nos fundamentos jurídicos que embasam a decisão, ou seja, a aplicação do Direito realizada no provimento judicial. É a *tese jurídica* acolhida. O precedente judicial que tem eficácia vinculante ou persuasiva encontra-se na fundamentação do julgado, na *ratio decidendi*.²¹⁸ Portanto, a delimitação das razões de decidir e das circunstâncias essenciais (de fato e de direito) do caso julgado é fundamental para a caracterização do que está abarcado ou não nos limites do entendimento firmado pela corte.²¹⁹

Outra coisa, bem diferente disso, é a fraude que decorre da utilização de verbetes jurisprudenciais como se fundamentação fossem, sem a devida reconstrução das circunstâncias essenciais que foram decisivas em um e em outro caso. Importa ressaltar, diante disso: para que o precedente agregue padrões hermeneuticamente válidos a um provimento judicial atual, ou para que se revele a força de um precedente, deve-se delinear quais foram os argumentos de princípio que sustentaram o caso decidido invocado. São esses argumentos que influenciarão o caso em julgamento.²²⁰

Não é por outro motivo, evidentemente, que o Código de Processo Civil de 2015, em um dos dispositivos legais que prevê critérios para uma decisão judicial devidamente fundamentada, prescreve que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que se limite a invocar precedente ou enunciado de súmula sem

²¹⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 304-308.

²¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12 e 175-177.

²¹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 19.

²²⁰ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 183.

identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, §1º, incisos V e VI, do CPC²²¹).

O que fica demonstrado neste ponto é que os padrões decisórios, seja na tradição da *common law*, seja na tradição da *civil law*, devem, no paradigma exurgente do Estado Democrático de Direito, ser tidos como fontes primárias do Direito, haja vista que a hermenêutica jurídica contemporânea, mesmo no modelo romano-germânico, não afasta a norma jurídica da interpretação-aplicação do Direito, quer dizer, a atribuição de sentido ao Direito é geração de norma jurídica. Este paradigma interpretativo do Direito não permite mais a aceitação de respostas divergentes para situações jurídicas idênticas ou análogas: um modo-de-fazer-Direito que se pretenda pós-positivista não pode deixar de considerar os padrões decisórios como fontes do Direito e, mais do que isso, como condição de possibilidade para respostas adequadas ao Direito.

A excessiva instabilidade da jurisprudência viola os princípios da isonomia, afeta desmedidamente a segurança jurídica, estimula a litigiosidade e retira a eficiência da prestação jurisdicional. Tratar desigualmente casos iguais gera ao jurisdicionado um sentimento de injustiça e descrédito no Poder Judiciário. A segurança jurídica abrange os princípios da confiança e da boa-fé e a insegurança jurídica é motivo de desestímulo ao desenvolvimento econômico, social e institucional do país.²²²

A soberania da lei, enquanto fonte do Direito por excelência, está ligada à soberania do legislador, tradição própria do Estado Liberal Clássico e é própria do paradigma positivista. No paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, em especial diante do papel do Poder Judiciário nesta quadra histórica, a soberania

²²¹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

[...]

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. BRASIL.

Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

²²² CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. A excessiva instabilidade da jurisprudência como causa da ineficiência da jurisdição. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 233.

da lei deve ser revista. Não significa que a lei não seja mais fonte primária do Direito. Mas, em tempos de pós-positivismo, e da atribuição de sentido (ao Direito) que a atividade judicante realiza, não há mais como se afastar os padrões decisórios também como fontes (primárias) do Direito, haja vista que será a partir da atribuição do sentido aos textos legislativos que o Direito terá unidade, pois as normas resultam da interpretação-aplicação do Direito.

Com efeito, dizer que para cada certo e determinado caso há uma decisão *correta* é a ideia que está por detrás da necessidade de que os padrões decisórios *devem* ser seguidos. E, assim, mesmo nos países de *civil law*, havendo reiteradas decisões em determinado sentido, ou havendo uma só, de tribunal superior (ou determinadas decisões de tribunais de segundo grau), será a tese *correta* para os casos concretos futuros, não podendo ser aplicados por uns e ignorados por outros órgãos jurisdicionais. Os padrões decisórios, pois, assumem a função de ser o direito aplicável a casos futuros.²²³

Nessa linha de raciocínio, o respeito aos padrões decisórios denota um necessário e apurado senso de coletividade, já que o Direito se organiza e opera dentro da sociedade, tal qual um sistema. Todos aqueles que operam com o Direito integram esse grande conjunto. Logo, manifestar pronunciamentos coerentes e apresentar soluções harmônicas para os problemas que lhe são submetidos é mais importante para a sociedade (que pautará suas condutas muito também pelas orientações provenientes do sistema jurídico) do que obrigar toda a coletividade a conviver, indefinidamente, com a opinião pessoal de cada juiz a respeito dos temas que lhe são submetidos. O juiz, nesta senda, não pode ignorar sua inserção nesse sistema, tampouco o fim social que este objetiva.²²⁴

De outra parte, com os aportes da hermenêutica filosófica, pôde-se verificar que o intérprete está desde-já-sempre inserido na tradição. A verdadeira experiência é, assim, experiência da própria historicidade. O homem é um ser histórico e não poderá, em sua experiência de mundo, ignorar que a linguagem traz em si um duplo elemento, um elemento que manifesta as coisas na linguagem, e o elemento prático

²²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cada caso comporta uma única solução correta? *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 1.228-1.229.

²²⁴ SANTOS, Evaristo Aragão. Por que os juízes (no *common law*!) se *sentem* obrigados a seguir precedentes? *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 507.

de nossa experiência de mundo anterior à linguagem, mas que se expressa senão via linguagem. Portanto, não há como o intérprete do Direito deixar de levar em consideração a tradição jurídica presentes nos padrões decisórios.

É evidente o fato de que cada caso apresenta suas particularidades, mas isto não representa um permissivo para que cada caso seja observado de forma encapsulada, ou seja, fora do contexto da interpretação e aplicação do Direito do país, apenas com base no arcabouço dos textos legislativos. Ora, se efetivamente se está diante de um novo paradigma, exurgente do Estado Democrático de Direito, em que a norma jurídica não se identifica com a legislação, e se é a partir da aplicação dos textos que se dá sentido ao Direito, não se pode ignorar que os padrões decisórios são fontes primárias do Direito.

Esta reflexão permite concluir que a posição dos padrões decisórios enquanto fontes – primárias – do Direito é condição para que haja coerência na relação entre a interpretação e aplicação do Direito em tempos de pós-positivismo (o modelo Democrático de Estado de Direito), quer dizer, é relevante o modo como o Direito é aplicado por juízes e tribunais e como os padrões decisórios são interpretados. Mais do que isso: o padrão decisório, como fonte do Direito, é condição de possibilidade para a obtenção de respostas adequadas ao Direito.

Adiante, no próximo capítulo, e diante das bases teóricas estabelecidas até então – em especial do paradigma interpretativo exurgente do Estado Democrático de Direito à luz da *Crítica Hermenêutica do Direito*, será analisada a relação entre a evolução das tradições da *common law* e da *civil law* com a evolução do Estado de Direito – com foco nos últimos dois séculos – e qual a relação disso com a interpretação do Direito. E, além disso, o objetivo será investigar as bases de um modelo de interpretação e aplicação do Direito que supere o paradigma positivista e esteja comprometido com o modelo do Estado Democrático de Direito.

3 DA RELAÇÃO DA EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO COM OS COMPROMISSOS METODOLÓGICOS DA *CIVIL LAW* E DA *COMMON LAW* AO DIREITO COMO PRÁTICA INTERPRETATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No presente capítulo, e diante das bases teóricas estabelecidas no capítulo anterior, será analisada a relação entre a evolução das tradições da *common law* e da *civil law* com a evolução do Estado de Direito nos últimos dois séculos. O objetivo será relacionar os compromissos das duas tradições jurídicas com as fontes do Direito e suas consequências em relação ao paradigma interpretativo que envolve(u) cada um desses Estados de Direito. É relevante, nessas circunstâncias, relacionar os paradigmas interpretativos que se desenvolve(ra)m nas tradições jurídicas e nos seus respectivos Estados de Direito, apresentando o Direito como prática interpretativa como modelo interpretativo no Estado Democrático de Direito.

3.1 A Relação da Evolução do Estado de Direito com as Tradições da *Civil Law* e da *Common Law*

O Estado de Direito se empenha em garantir a cada cidadão a capacidade de prever, em princípio, as consequências jurídicas dos seus comportamentos, bem como dos demais atores sociais com os quais cada cidadão entra em contato. Isso significa que os cidadãos devem ter condições de prever quais decisões podem ser tomadas, em relação a eles, pelos Poderes do Estado e pelos demais cidadãos, principalmente pelos Poderes Executivo e Judiciário. A certeza do direito é, assim, um bem social difuso, que contribui para o fortalecimento das expectativas individuais em relação à redução das incertezas. Com efeito, os cidadãos devem ter confiança nas suas ações e ter expectativas de sucesso dos seus direitos, em relação aos seus pares e em relação às autoridades públicas.²²⁵

No *common law* inglês, há uma sinergia normativa entre o Parlamento e as Cortes judiciárias, de acordo com a qual a regulação dos casos individuais concretos é o resultado de decisões que emanam de duas fontes que são, de fato e de direito,

²²⁵ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 39-40.

igualmente soberanas. Por um lado, há a soberania do Parlamento, ou seja, da Coroa, da Câmara dos Lordes e da Câmara dos Comuns; de outro, a tradição da *common law*, administrada por juízes ordinários. As Cortes judiciárias devem por óbvio aplicar a lei, mas igualmente estão vinculadas ao respeito à tradição jurisprudencial. E, embora os juízes ordinários não tenham atribuição para controlar os atos do Parlamento, têm em suas mãos a interpretação da lei. Daí a expressão “reino da lei e dos juízes”.²²⁶

Ademais, a tutela dos direitos subjetivos sempre foi assegurada muito mais pela jurisdição das Cortes de *common law* do que pelo Parlamento. Por exemplo, foi a capacidade de resistência das Cortes contra as pretensões absolutistas da monarquia que favoreceu o nascimento das “liberdades dos ingleses”. Por isso, os próprios atos legislativos, como o *Habeas Corpus Act* e o *Bill of Rights* foram precedidos pelo desenvolvimento jurisprudencial das Cortes judiciárias, que o Parlamento, em substância, ratificou.²²⁷

Por sua vez, o regime constitucional estadunidense sempre foi sensível à necessidade de prevenir, em termos formais, a ameaça representada pelas maiorias parlamentares eventualmente hostis às liberdades individuais. E o remédio cogitado foi não apenas o enrijecimento da Constituição escrita, mas, também, o *judicial review of legislation*, a partir do célebre caso *Marbury v. Madison*, o que atenuou o poder do Parlamento federal, pois os juízes estariam em melhores condições de garantir a correta aplicação da Constituição, pela tutela imparcial e metapolítica dos direitos individuais.²²⁸ Houve, pois, soluções institucionais diversas no *common law* inglês e americano, a partir da tradição vivida por cada nação em relação aos seus Poderes instituídos, mas que deságuam ambas, cada qual com suas particularidades, nas decisões como fonte primária do Direito.

Os países de *civil law*, por seu turno, também o são em virtude das experiências histórico-institucionais vividas por cada nação. Na França, por exemplo, o vetor mais dinâmico da teoria revolucionária foi a doutrina da soberania popular, que atribuía ao

²²⁶ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica.** Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 16.

²²⁷ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica.** Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 17.

²²⁸ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica.** Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 20-21.

Parlamento um primado absoluto em relação aos outros poderes do Estado, uma vez que seria o único órgão, à época, que podia ostentar uma investidura popular direta; portanto, a lei foi concebida como expressão da vontade geral. Dessa forma, às prescrições legais deveria o Poder Executivo ater-se rigorosamente. Já o Poder Judiciário não devia se intrometer no exercício do Poder Legislativo e, assim, não tinha nenhum poder de suspender a execução das leis. Esta posição do Judiciário foi consequência da desconfiança existente pelo papel desempenhado pelas magistraturas do Antigo Regime.²²⁹

Fica evidente que as necessidades de equilíbrio constitucional operadas por cada nação trouxeram consequências em relação às decisões das Cortes como sendo – ou não – fontes primárias do Direito. O Estado de Direito alemão reforça essa ideia. Contrapõe o Estado de Direito ao Estado de Polícia e ao Estado Absolutista, reelaborando elementos centrais do liberalismo clássico, em particular o princípio da tutela pública dos direitos fundamentais e o da separação dos poderes. Tal teoria apresenta-se com uma concepção estatista dos direitos individuais: é a autoridade soberana do Estado – em equilíbrio entre a então monarquia e o Parlamento – que institui os direitos subjetivos, “autolimitando-se”. A fonte originária e positiva dos direitos é o poder legislador do Estado; nesse andar, o sistema de regras instituído pelo Parlamento deveria ser rigorosamente respeitado pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário, como condição de legitimidade dos seus atos.²³⁰

De outra parte, os países europeus viram o controle do Direito passar por vários atores: o judiciário, a legislatura ou as escolas. Não significa, evidentemente, que algum desses atores controlasse o Direito de forma exclusiva, pois sempre houve alguma casuística, alguma legislação e algum escrito sobre questões jurídicas. Certos períodos e países, porém, testemunharam uma predominância de algum desses atores. Assim, por exemplo, está claro que o *common law* foi produzido por juízes, que o Direito romano foi produzido por professores e que uma enorme massa do direito revolucionário francês foi produzida por legisladores. Entretanto, é relevante questionar quem eram esses legisladores, esses juízes, o que eles representavam e

²²⁹ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 23-24.

²³⁰ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 12-13.

qual a sua contribuição para o jogo de poder político. Em vez de analisar as fontes disputando entre si, releva gizar as pessoas, as classes que lutaram pelo poder, já que controlar o Direito é o caminho para controlar o poder – e a sociedade.²³¹

No que se refere, por exemplo, à Inglaterra e à Alemanha, o papel proeminente dos juízes na primeira e dos juristas na segunda foi uma consequência direta da história política e de instituições com diferentes características nos dois países. O papel eminente da ciência do Direito alemã a partir do século XVI foi consequência de várias circunstâncias. Em primeiro lugar, o legislador era fraco em um país sem uma monarquia nacional ou um parlamento eficaz. Após a morte de Frederico II, o reino se dissolvera em principados e cidades livres. O Judiciário, por sua vez, também não era forte, não havia nenhum tribunal orientador da nação, mas apenas um mosaico de tribunais regionais gozando de autoridade limitada. Esta dupla fraqueza e a disparidade de inúmeros costumes locais arcaicos e não escritos levaram à “recepção” das “leis escritas comuns” em uma tentativa de modernizar o Direito com um salto adiante. Inevitável, pois, a introdução do *Corpus Juris* e seus acréscimos medievais a juristas doutos liderados por professores de Direito romano. Ora, se o Direito estava encerrado em livros sagrados, os professores eram os mestres do Direito.²³²

A proeminência dos juízes ingleses foi o resultado de diversas outras circunstâncias. O Direito não se baseava em nenhum “escrito sagrado”, motivo pelo qual não foi entregue à nenhum grupo de juristas doutos como os únicos capazes de compreender e orientar a interpretação do Direito. O legislador central, por sua vez, muitas vezes permaneceu inerte. Mesmo a legislação em tempos de reis poderosos, como Henrique II (século XII), está contida em poucas páginas impressas e o primeiro rei a ter uma política legislativa sistemática foi Eduardo I (séculos XII-XIV). Após, o Parlamento legislou de forma errática até o reinado dos Tudor (século XV). Não havia, pois, corrente contínua de legislação, e o *common law* já estava firmemente estabelecido desde Eduardo I. Em contraste, havia a força e continuidade dos tribunais centrais, criados pela monarquia, competentes em primeira instância para uma ampla variedade de casos surgidos ao longo de todo o reino. Os juízes, cujos

²³¹ CAENEGEM, Raoul Charles van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Revisão técnica de Carla Henrique Bevilaqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 47-48.

²³² CAENEGEM, Raoul Charles van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Revisão técnica de Carla Henrique Bevilaqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 59-60.

pronunciamentos tinham autoridade em toda a terra, moldavam o *common law* e, ao mesmo tempo, eram seus guardiães. Na Inglaterra, o Direito era o que o juiz dizia; na Alemanha, o que os professores diziam.²³³

Em outra direção, o Direito dos legisladores foi claramente predominante na França revolucionária e do século XIX. Entusiasta da legislação foi fundamentalmente a Escola da Exegese, cujo nome vem do termo grego *exegesis*, que significa exposição e interpretação, particularmente das escrituras. O entendimento na França da época reduziu o ensino e a escrita jurídica a uma explicação exata e literal do texto sagrado, o Código Napoleônico. Não havia nenhum Direito fora dos códigos e nenhum Direito antes deles: a escola era a-histórica. Napoleão proibia comentários sobre os códigos porque eles logo tomariam o lugar dos textos originais; portanto, as faculdades tinham de ensinar uma leitura correta e precisa dos códigos. Quanto aos juízes, sua contribuição para o desenvolvimento foi eliminada, tiveram seu papel reduzido à “boca da lei”, repetindo o que o legislador dissera, a partir dos textos aplicáveis a qualquer caso dado. O entusiasmo pelo Direito dos legisladores foi causado pelas críticas da Era do Iluminismo ao Direito romano, por não ser este um Direito atemporal, seria apenas o produto humano de uma sociedade específica em determinada quadra da história, não possuindo, pois, autoridade – não se via motivo para o Direito de uma civilização extinta ser norma universal para a Europa Moderna, que recorreu a razão humana, base do Direito natural.²³⁴

Em tempos modernos, notadamente pós tratados de Vestfália, o sonho de uma Igreja Universal e de um Império Universal acabou. A soberania nacional viera para ficar. E o Direito romano não tinha nada a oferecer àquelas novas nações, pois não conhecia estados nacionais soberanos, mas apenas o império universal. Nesse andar, o Direito das nações teria de ser independente do Direito romano, onde entrou o Direito natural e a melhor maneira de introduzi-lo seria por meio da legislação, por monarcas esclarecidos, ou por assembleias revolucionárias. Enquanto isso, o “Direito da razão” no século XVIII foi visto contra os males do Antigo Regime e o entusiasmo pelo Direito natural caiu em desgraça em poucos anos. O Direito natural foi a arma da burguesia contra o Absolutismo, mas na época dos códigos napoleônicos e, após ter

²³³ CAENEGEM, Raoul Charles van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Revisão técnica de Carla Henrique Bevilaqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 60.

²³⁴ CAENEGEM, Raoul Charles van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Revisão técnica de Carla Henrique Bevilaqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 62-63.

obtido igualdade, liberdade e o domínio das casas legislativas, a última coisa que queria era que uma ideia fantasiosa do Direito natural colocasse em perigo os códigos.²³⁵

É importante recordar que a doutrina da separação dos poderes emergiu mais sensivelmente das Revoluções Burguesas ocorridas ao longo dos séculos XVII e XVIII, cujo objetivo foi romper com os poderes do monarca do Estado Absoluto. Dessa forma, o discurso da época não foi outro senão entregar (ou devolver) o poder às mãos do povo, o que seria realizado a partir do fortalecimento do Poder Legislativo e a partir da democracia representativa. O foco seria instituir um modelo de Estado regrado a partir da orientação do povo, pelos seus representantes, nas casas legislativas. E, assim, o Executivo teria a incumbência de administrar à luz das balizas da lei e o Judiciário decidir os casos pela estrita legalidade. Rompia-se, assim, com o Absolutismo, instituindo-se um Estado com papel definido e no qual imperasse a lei, controlando-se, pois, o exercício do poder político. Surgiu, nessa quadra, o Estado Liberal Clássico, e a hegemonia do parlamento, pois a lei exprimia a vontade geral.

Entretanto, o modelo liberal-burguês de Estado, o qual influenciou a *civil law* em países como o Brasil, notadamente a partir do século XX, quedou-se insuficiente a partir da massificação social, escancarando a necessidade de um Estado não apenas garantidor das liberdades individuais, mas também interventor, que promovesse a alteração do *status quo* da comunidade, com vistas a uma sociedade mais igualitária e justa, a partir da promoção de condições mínimas de vida a todos os cidadãos. Em paralelo, a legalidade estrita foi terreno fértil para o surgimento de regimes totalitários de governo, a partir da primeira metade do século XX.

Nessa linha, a partir da segunda metade do século XX restou evidente que a garantia de direitos e garantias fundamentais devessem não apenas estar previstos nas Constituições, mas dependia do controle recíprocos e do equilíbrio entre os poderes constituídos. Surgiram, assim, as Cortes Constitucionais, para realizar a guarda dos direitos e garantias fundamentais, atenuando-se a instância democrática que fazia do Poder Constituinte (Legislativo) a única fonte da legitimidade constitucional. Era o fim do primado da onipotência do legislador.

A visão de democracia constitucional acontece como uma democracia limitada por uma Constituição, na qual direitos e garantias fundamentais, inalienáveis e

²³⁵ CAENEGEM, Raoul Charles van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Revisão técnica de Carla Henrique Bevilaqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 64.

invioláveis, são indecíveis por parte de qualquer maioria política eventual e qualquer poder estatal constituído. Ao controle da legalidade foi incluído o controle da constitucionalidade das leis oriundas do Poder Legislativo. Tal controle, evidentemente, não limita-se às questões formais do processo legislativo, mas incide, também, nos valores materiais estabelecidos pelo texto constitucional.

A partir disso, destaca-se a existência de alguns preceitos que marcam o início de um novo constitucionalismo, os quais podem ser listados da seguinte forma: 1) as instituições estatais são estabelecidas e derivam a sua autoridade exclusivamente de constituições escritas; 2) a constituição imputa o poder supremo ao povo através das eleições; 3) o uso da autoridade pública, inclusive da autoridade legislativa, é legal somente quando compatível com a lei constitucional; 4) a constituição deve incluir direitos e um sistema de justiça para defender esses direitos.²³⁶

O final da Segunda Guerra Mundial representa um marco para uma nova ordem social, política e jurídica, e as Constituições passaram a assegurar a existência de alguns princípios constitucionais fundamentais. Como a Constituição, no Estado Democrático de Direito, institui e coordena o espaço público e privado que compõem a sociedade, de modo que versa sobre questões de máxima importância para o país – e que não estão disponíveis à maioria política, é natural pensar a existência de mecanismos que efetivamente impeçam o desrespeito às disposições constitucionais intangíveis. Funda-se, pois, a ideia de justiça constitucional, enquanto meio de proteção da Constituição contra atos dos Poderes Legislativo e Executivo.²³⁷

A justiça constitucional nasce da cultura do constitucionalismo, isto é, da concepção de que a democracia, estribada sobre um conjunto de valores sociais capitaneados pela ideia e o valor da liberdade, exige a limitação do poder estatal por meio da Constituição. Em um Estado constitucional, não basta que a lei respeite o processo legislativo: é necessário que esteja em consonância com a materialidade constitucional, sendo-lhe vedado desrespeitar os direitos fundamentais. A justiça constitucional tem o objetivo de evitar que os órgãos encarregados do exercício das

²³⁶ SWEET, Alec Stone. **Governing with judges**: constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford Universities, 2000. p. 37.

²³⁷ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 103 e 109.

funções de poder tornem-se arbitrários: daí a compatibilidade entre justiça constitucional e democracia.²³⁸

As Cortes Constitucionais passaram, pois, a exercer um papel central nas democracias contemporâneas, introduzindo no ordenamento jurídico positivo as ideias de justiça e legitimidade, promovendo uma (re)aproximação entre ética, moral e direito. Mas com o avanço das décadas seguintes e, mais sensivelmente, a partir do século XXI, a diferenciação social e o pluralismo político alcançaram patamares tais que a Suprema Corte brasileira passou a exercer mais do que um papel central, passou a ser o ator de quem se espera a resolução dos problemas político-eleitorais provenientes dos Poderes Legislativo e Executivo.

A partir do século XX, em especial após a Segunda Guerra Mundial, portanto, nos Estados de Direito observou-se o surgimento do fenômeno dos Direitos Fundamentais e, assim, da invasão dos princípios. Os chamados direitos sociais, os quais exigem uma intervenção ativa do Estado, não podem ser, simplesmente, “atribuídos” ao indivíduo, como ocorre com os direitos individuais de liberdade. Promover a realização de programas sociais exige, pois, uma atuação positiva do Estado. Diante desse fenômeno jurídico, importantes implicações se impõem aos juízes, haja vista que a legislação (social) se limita, via de regra, a definir a finalidade e os princípios gerais – com o objetivo de transformar o presente e o futuro –, ficando com os juízes a incumbência de tornar efetivos tais programas, fornecendo conteúdo concreto àquelas finalidades e princípios. Com efeito, acentuou-se o caráter criativo da atividade jurisdicional de interpretação das leis (notadamente, direitos sociais e fundamentais), desaguando em um certo grau de discricionariedade nas decisões judiciais.²³⁹

De fato, o Poder Judiciário não poderia deixar de sofrer as transformações do mundo real a partir da Segunda Guerra Mundial. Houve, inegavelmente, o aumento da função e das responsabilidades dos juízes. E a justiça constitucional constitui aspecto dessas novas responsabilidades.²⁴⁰ Contudo, essa “abertura principiológica” operada no Constitucionalismo Contemporâneo do segundo pós-guerra, em nome do

²³⁸ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 105-106.

²³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 41-42.

²⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 46.

acesso aos direitos fundamentais, resultou em ativismo judicial, voluntarista e refém de uma incontável “vontade de poder”. Não se nega a importância da jurisdição constitucional como via de acesso aos direitos fundamentais; a judicialização da política, por exemplo, não é um mal em si, é um fenômeno contingente que deve ser absorvido pelo Poder Judiciário. Mas este não pode degenerar-se em instância de concessão de benefícios a poucos. Não se legitima, em nome da eficácia dos direitos fundamentais e da “abertura principiológica”, a postura assumida por setores do Poder Judiciário que concretizam desejos egoísticos travestidos hermeneuticamente de direitos fundamentais. Há, portanto, evidente tendência ativista na jurisdição constitucional praticada hoje – marcadamente em países como o Brasil, o que é consequência das relações entre os Poderes ocorridas pela evolução do Estado de Direito.²⁴¹

O Estado Democrático de Direito não convive bem com o ativismo judicial. É, pois, de suma importância que a responsabilidade na interpretação do Direito seja discutida no Brasil. Apenas uma interpretação constitucional responsável e pós-positivista será capaz de superar a discricionariedade – positivista – e o problema de legitimidade do Poder Judiciário. É momento de se encarar a questão da interpretação constitucional, para não se colocar a perder a dimensão reflexiva da jurisdição constitucional e sua indispensável legitimidade.²⁴²

Se a judicialização da política em países como o Brasil é, ao mesmo tempo, inexorável – forjada em um contexto político-social – e contingencial – eis que revela um grau de incompetência dos Poderes Legislativo e Executivo –, o ativismo judicial possui um componente comportamental danoso para a democracia. Por isso, torna-se relevante a discussão das condições de possibilidade que têm os juristas para a construção de um discurso (crítico) que aponte para a superação da crise paradigmática e a implementação dos direitos fundamentais-sociais constantes na Constituição, sem que se resvale a uma “juristocracia”, em que o *locus* esteja no protagonismo judicial.²⁴³

²⁴¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional**: entre direito, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 105.

²⁴² MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional**: entre direito, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 105-106.

²⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 183 e 193.

O agigantamento do Poder Judiciário se dá sob o falso pretexto de que ele é constantemente provocado, logo, deve agir em todo o tipo de inércia dos demais poderes do Estado. Entretanto, a Constituição não autoriza essa invasão em qualquer hipótese de omissão legislativa ou administrativa. Da mesma forma, o fato de não se obter, em países como o Brasil, as conquistas ideológicas e políticas no campo adequado (político), não autoriza se fazer atalhos pelo Judiciário, sob pena de legar a democracia constitucional (apenas) ao Poder Judiciário. Com o objetivo de efetivar direitos constitucionais, quando se respalda a judicialização de toda a esfera individual, a partir de parâmetros ativistas, contribui-se para o enfraquecimento dos alicerces da democracia constitucional.²⁴⁴

Os julgados ativistas provenientes das cortes judiciárias brasileiras aparentam, ao desconsiderar deveres em nome de desejos, mesmo disfarçados de direitos constitucionais, dá a impressão de que estão sendo julgadas – aleatoriamente – ações de um Estado Social que não possui limites, que desconhece crises, e serve de estuário não só a direitos como também a “desejos”. Os padrões decisórios não podem ser construídos sem compromisso com a coerência e com a integridade do Direito e tampouco sem o resgate do mundo prático através dos princípios (que “fecham” a interpretação).²⁴⁵

Em razão disso, os métodos de interpretação propostos pela teoria geral do direito são incompatíveis com esse novo paradigma compreensivo. Na medida em que o ato de interpretar – que é sempre compreensivo/aplicativo – é unitário, o texto não está desnudo, à disposição do intérprete. Com efeito, o constitucionalismo exurgido do segundo pós-guerra é pós-positivista, os textos constitucionais, agora principiológicos, albergam essa nova perspectiva. Assim, a busca pela preservação da força normativa da Constituição, em um Estado (que se pretenda) Democrático de Direito, não pode ficar fragilizada pela equivocada aposta em uma “abertura principiológica”, supostamente operada pelos princípios constitucionais. A principiologia vem para introduzir o mundo prático, que havia sido expungido do Direito pelas posturas positivistas. Trata-se da discussão acerca da discricionariedade, ao

²⁴⁴ ABBOUD, Georges. Juristocracia delegativa: os riscos da degeneração democrática trazidos pelo ativismo judicial. In: BIANCHINI, Alice; VALE, André Rufino do; COPETTI NETO, Alfredo (Coord.). 1. ed. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017. p. 223-225.

²⁴⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional**: entre direito, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 105-106.

fim e ao cabo, das condições de possibilidade da realização da democracia a partir da legitimidade do Poder Judiciário.²⁴⁶

É inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de relevância. Entretanto, essa postura contemporânea (pós Segunda Grande Guerra) da justiça constitucional (concebida como judicialização da política) não pode representar uma perda ou ruptura na legitimidade no âmbito das relações entre os poderes do Estado. Em nenhum momento o Judiciário pode vir a se assenhorar do espaço reservado à produção democrática do Direito, na defesa do ativismo judicial. O limite desse espaço está na força normativa da Constituição.²⁴⁷

Portanto, a hermenêutica jurídica, de cariz gadameriano, é condição de possibilidade à defesa da civilização e das instituições. O intérprete vê-se amarrado pela linguagem na tradição, cujo pressuposto é a inserção na interpretação da vida cotidiana do mundo vivido, que estabelece um compromisso de se ver a Constituição *como* Constituição, quer dizer, a *coisa mesma* que constitui-a-ção de um determinado Estado Democrático de Direito, e que, por isso, em seu contexto, só pode ser de um modo (assim) e não de outro (qualquer). Nessa senda, a arbitrariedade, quanto ao modo de interpretação do Direito, impossibilita o sentido do todo e proporciona interpretações metafísicas da razão, as quais atuam desvinculando o intérprete da tradição do mundo prático em que se encontra emaranhado, permitindo um verdadeiro fundamentalismo jurídico.²⁴⁸

Diante desses apontamentos acerca da relação das tradições da *civil law* e da *common law* com a evolução do Estado de Direito (e das consequências dessa evolução na interpretação contemporânea do Direito, notadamente no Brasil), é relevante analisar as especificidades de dois países da *civil law* e dois países da *common law*, para se ter presente, de forma mais específica em cada nação, como as tradições jurídicas influem diretamente no modelo de Estado, de Poder Judiciário e de interpretação que se tem nas sociedades. Em um primeiro momento, analisar-

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. J. J. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 77-78.

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 164 e 178.

²⁴⁸ COPETTI NETO, Alfredo; LEITE, Glauco Salomão. Democracia, hermenêutica ou barbárie? ensaio em homenagem a Lenio Streck. *In*: ALVIM, Eduardo Arruda et al. (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. 1. ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017. p. 127.

se-á a Inglaterra e os Estados Unidos da América, e seus compromissos com a *common law* e, em seguida, as consequências da *civil law* na Alemanha e na França.

3.1.1 A Tradição da *Common Law* na Inglaterra e nos Estados Unidos da América e o *Rule of Law*

A Inglaterra, após a Revolução Gloriosa, orgulhou-se de ter criado o “domínio da lei” e a garantia dos direitos do indivíduo, com o fim de tutelar os direitos fundamentais. A luta contra o absolutismo monárquico levantou como bandeira não apenas as liberdades, mas o direito objetivo, pois o direito foi tido como condição essencial para a liberdade, esta sendo reflexo de um direito e de uma administração da justiça que tornasse os sujeitos efetivamente livres. Portanto, seria a partir da ordem objetiva de normas e da tutela dos direitos pelos tribunais que o sujeito obtinha a proteção das suas liberdades. E esse direito é(ra) o *common law*, tido como a verdadeira fonte das liberdades e da limitação dos poderes do Estado.²⁴⁹

Ocorre que, na Inglaterra, a legitimidade do *common law* já era uma questão posta, já havia eliminado as diferenças feudais de *status* e garantido a quase total igualdade dos ingleses perante a lei. Uma das principais conquistas revolucionárias foi a criação de um quadro normativo que garantia a certeza dos direitos em setores fundamentais, como transações civis, transferência de propriedades, contratos, testamentos. A estabilidade dessas conquistas foi, evidentemente, favorecida pela circunstância de inserirem-se sobre a já secular tradição do *common law*, caracterizada como sistema de ações predispostas a garantir relações entre cidadãos do mesmo plano, entre cidadãos iguais.²⁵⁰

E mesmo em face do soberano, que em tese teria imunidade, paulatinamente as Cortes foram neutralizando esse poder, para combater o uso abusivo. Os juízes que compunham as Cortes superiores eram os mesmos para todos os ingleses, independentemente da sua riqueza, e julgavam com base nos mesmos princípios. Isto constituiu uma base sólida de legitimidade, fazendo da Inglaterra o reino do direito e

²⁴⁹ SANTORO, Emilio. Rule of law e “liberdade dos ingleses”. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-202.

²⁵⁰ SANTORO, Emilio. Rule of law e “liberdade dos ingleses”. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 202-203.

da igualdade. O *common law* foi elevado a eixo da organização constitucional inglesa, sendo o guardião das liberdades nacionais, instituindo o mito do *rule of law* e das “liberdades dos ingleses”. O *common law* é, de fato, uma construção eminentemente histórica, formada por antecedentes judiciais e interpretações, muito difícil de ser modificado abruptamente.²⁵¹

Na Inglaterra, historicamente, o direito estatutário vale enquanto não contrariar o direito comum. O poder do Rei e do Parlamento deveria ser limitado pela *common law*. Desde a Inglaterra medieval, o poder do soberano se distingue em poder de governo e poder de aplicação das leis. Ao exercer o poder de aplicação das leis, por meio dos juízes, estava obrigado a aplicar a *common law*, que, portanto, limitava o poder do soberano. Isto explica porque a monarquia inglesa nunca deteve poder ilimitado, ao contrário dos Estados Absolutos da Europa continental, porque a Inglaterra foi desenvolvida pela separação dos poderes e porque foi, antes dos vizinhos, o país do liberalismo.²⁵²

O *rule of law* inglês é, pois, apresentado como a melhor forma de tutela da liberdade dos indivíduos. Interessante a relação do parlamento e do *common law* como fontes do direito inglês. Por um lado, do princípio da soberania do parlamento deriva o fato de que toda lei cria um novo direito ou revoga ou modifica o direito então existente, e, portanto, deve ser observado pelas cortes. Não haveria, com efeito, direitos fundamentais intangíveis, motivo pelo qual não há um órgão que possa declarar nula a norma legislativa oriunda do parlamento.²⁵³

De outra parte, na Inglaterra, ao contrário do ocorrido na Europa continental, o ator fundamental do processo constitucional foram as cortes, que, com a ajuda do parlamento, construíram o processo de constitucionalização dos direitos garantidos pelo *common law*. O parlamento, em verdade, sistematizou a jurisprudência das cortes, “reelaborando” o *common law*, e não “criando” um novo direito. Assim, a produção judicial das disposições concernentes aos direitos individuais representa a grande vantagem do sistema constitucional inglês, pois os atos legislativos em matéria

²⁵¹ SANTORO, Emilio. Rule of law e “liberdade dos ingleses”. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 203-204 e 211.

²⁵² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos e. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 33.

²⁵³ SANTORO, Emilio. Rule of law e “liberdade dos ingleses”. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 217.

de direitos organizaram as garantias criadas pelas cortes. O *rule of law* inglês representa uma importante garantia cotidiana para os direitos de liberdade dos cidadãos.²⁵⁴

Há uma espécie de diálogo entre o *corpus* de normas costumeiras e jurisprudenciais, sistematizadas pela doutrina e pela jurisprudência da *House of Lords*, e que estão sob o pálio do *stare decisis*, e, de outro lado, há a legislação parlamentar produzida para regular determinados institutos específicos ou introduzir uma alteração ou adaptação no primeiro. O ponto de partida é sempre o *common law*, já que não há tradição solidificada em Direito codificado ou uma formulação expressa escrita.²⁵⁵

O parlamento, nesse sentido, exerce a soberania legislativa, mas os juízes permanecem sendo os intérpretes do direito, sendo os atos legislativos interpretados em harmonia com os princípios estabelecidos pelo *common law*. Os juízes partem do postulado de que o parlamento pode ampliar ou restringir o alcance das normas do *common law*, mas não alterar a substância das mesmas, construindo e reconstruindo o direito a partir das normas legislativas e com base nas categorias jurídicas tradicionais da *common law*. A interpretação das cortes tem a função de adequar o significado da norma legislativa ao quadro de princípios da *common law*.²⁵⁶

Com efeito, a supremacia do Parlamento jamais teve a intenção de submeter o juiz ao Parlamento, ou impedir o juiz de afirmar o *common law*, mas sim passar a noção de supremacia do Direito sobre o monarca e, portanto, não significa onipotência da lei ou absolutismo do Parlamento, diferentemente do que ocorreu com a *civil law*, notadamente por decorrência da Revolução Francesa. É por isso que, na Inglaterra de 1689, pós Revolução Gloriosa, Guilherme de Orange teve que se submeter ao *Bill of Rights* para ascender ao trono, mediante uma espécie de acordo entre o rei e o Parlamento, este representante do povo. O *common law* submete o monarca ao Direito. Assim, enquanto na França o parlamento revestiu-se do absolutismo por meio

²⁵⁴ SANTORO, Emilio. Rule of law e “liberdade dos ingleses”. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 224-225 e 227.

²⁵⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 50 e 52.

²⁵⁶ SANTORO, Emilio. Rule of law e “liberdade dos ingleses”. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 245-246 e 255.

da produção da lei, na Inglaterra a lei representou freio ao arbítrio real, mas se inseriu no tradicional e antigo regime do *common law*.²⁵⁷

O juiz inglês, pois, nunca foi visto como inimigo pelo poder que se instalou com a Revolução Inglesa, motivo pelo qual nunca houve intenção e sequer necessidade de submeter o magistrado à lei. O juiz lutara contra o absolutismo do rei, com a *common law*, objetivo mesmo do Parlamento. Diferente do que ocorreu na Revolução Francesa, em que a lei foi utilizada pelo poder “posto” como freio aos poderes do monarca e, diante da desconfiança que se tinha nos magistrados, houve a sujeição do juiz à lei, inclusive proibindo-se a atividade interpretativa, tendo sido o magistrado francês, nessas circunstâncias, destituído de poder criativo e de *imperium*.²⁵⁸

De outra banda, a relação da tradição da *common law* com o Estado de Direito, nos Estados Unidos da América, acontece de forma diversa da experiência inglesa. A partir da independência dos Estados Unidos da América, a Constituição norte-americana assume um caráter normativo, cujo poder é posto claramente acima do poder do legislador ordinário. De plano já se denota a diferença para o princípio da soberania do parlamento, do direito inglês. A consciência da diferença entre leis ordinárias e leis constitucionais se perfila como uma das mudanças mais significativas em torno do conceito de Constituição. E a Constituição é considerada um ato de auto determinação da soberania popular.²⁵⁹

Atribui-se à história constitucional americana o instituto da *judicial review of legislation*. Nos Estados Unidos, a tradição constitucional pressupõe um amplo controle de constitucionalidade das leis, ou seja, a possibilidade, por parte das cortes, de assumir a função de intérprete da Constituição, capaz de rever, declarar inconstitucionais e, assim, invalidar as decisões das casas legislativas. A partir do

²⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - URPF**, Curitiba, n. 49, p. 25-27, 2009. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 14 set. 2017.

²⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - URPF**, Curitiba, n. 49, p. 27-28, 2009. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 14 set. 2017.

²⁵⁹ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 264-265.

caso *Marbury v. Madison* (1803), a Suprema Corte passou a ter papel notável na democracia constitucional americana.²⁶⁰

A Constituição norte-americana, nessas circunstâncias, deu início verdadeiramente à época do “constitucionalismo”, com a concepção da supremacia da Constituição em relação às leis ordinárias; representou o arquétipo das Constituições “rígidas”, que não podem ser modificadas ou derogadas por leis ordinárias, mas apenas por procedimentos especiais de revisão constitucional. E, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte norte-americana impôs o poder-dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição, já que esta prepondera em relação aos atos legislativos que com ela contrastam. Assim, se a Constituição é uma lei fundamental superior, não mutável pelos meios ordinários, é consequência lógica a necessidade desse controle (de constitucionalidade) pelo Poder Judiciário.²⁶¹

Foi, entretanto, a partir do Século XX que a Suprema Corte incrementa seu papel na defesa dos direitos individuais e das minorias e, após a Segunda Guerra Mundial, o debate constitucional acerca do papel do Poder Judiciário e sobre a relação entre *judicial review* e democracia ficou mais acalorado do que nunca. Diante disso, o nexo entre *rule of law* e *rule of people* restou de alguma forma neutralizado pelo papel da Suprema Corte e a ligação que a cultura jurídica americana manteve com a tradição da *common law* – apesar do caráter positivo da Constituição – contribuiu com esse processo de neutralização. Os efeitos resultantes da supremacia do Poder Judiciário, nos Estados Unidos, se conecta ao objetivo de relegitimar o processo político e reler o significado de *rule of law* à luz da complexidade da estrutura constitucional.²⁶²

Há uma evolução do debate constitucional americano acerca do *rule of law* e de seus efeitos no *common law* desde a revolução até o século XX. Na primeira metade do século XIX, havia duas concepções de republicanismo ligadas a duas visões de soberania popular. De um lado, haveria um republicanismo populista, a qual considera a participação política do povo um dos bens fundamentais. Desse lado, Thomas Jefferson

²⁶⁰ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 265-267.

²⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 46-48.

²⁶² CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 268-270.

e os antifederalistas. Assim, nada impediria o povo de criar periódicas revisões constitucionais. Um governo republicano teria o condão de entregar à soberania popular a tarefa de frear o exercício do poder. Nesta concepção, a Suprema Corte deveria funcionar dentro dos limites de uma aplicação estreita do texto da lei. Muito poder aos juízes poderia, nesta visão, abalar a lógica democrática.²⁶³

Já o republicanismo “clássico”, de John Adams e dos Federalistas, antes de tudo, distinguia o republicanismo dos franceses – ao encontro das ideias de Jefferson – do republicanismo dos americanos. Para Adams, o conceito de república varia; os franceses e os ingleses encaram como democracia representativa soberana. O republicanismo americano pensa a república como governo do povo, sim, mas em conformidade com as leis fundamentais e com os princípios de justiça. Daí surgiria o sistema de *checks and balances*, como instrumento de controle de paixões: a divisão de poderes, os distritos eleitorais de grandes proporções e a dialética entre Estados federados e Estado Federal canalizariam os interesses para um processo deliberativo o mais próximo possível da razão.²⁶⁴

Contudo, a Corte Suprema apenas teve seu papel privilegiado de intérprete da Constituição a partir do caso *Marbury v. Madison*. Até então a Corte estaria limitada ao controle dos atos legislativos inconstitucionais. O direito constitucional seria subtraído da esfera política. Uma vez estabelecidos pela Corte, os princípios devem ser considerados fundamentais. Os princípios constitucionais, aprovados pelo povo, limitam os atos do Poder Legislativo. A decisão de *Marbury v. Madison* tornou o Poder Judiciário responsável pela realização e pela defesa dos princípios do ordenamento constitucional.²⁶⁵

Nessa linha de raciocínio, importa, neste ponto, questionar o que inspirou o instituto norte-americano do *judicial review*. Um dos fatores mais relevantes para o

²⁶³ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 272-274.

²⁶⁴ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 274-275.

²⁶⁵ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 278-279. Para um estudo aprofundado acerca do caso *Marbury v. Madison* e de muitos outros julgados da Suprema Corte Americana, bem como sobre a relação das *medidas estruturantes* nos Estados Unidos e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil, consultar JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

desenvolvimento da supremacia do Poder Judiciário foi exatamente o que ocorreu, no sistema inglês, acerca da supremacia do Parlamento. Paradoxalmente, a supremacia do Parlamento, na Inglaterra, favoreceu a supremacia dos juízes nos Estados Unidos. A supremacia do Parlamento, na Inglaterra, corporificada a partir da Revolução Gloriosa (1688), substituiu a doutrina de Eduard Coke estabelecida no início do século XVII. Para Coke, a *common law* prevalecia sobre a *statutory law*, embora pudesse ser “completada” pelo legislador (mas não violada); dessa forma, seria função dos juízes garantir a supremacia do *common law* contra os arbítrios do soberano e do Parlamento.²⁶⁶

Mas da doutrina de Coke ficaram os frutos, ao menos nos Estados Unidos, para a supremacia do Poder Judiciário. Muitas das colônias inglesas da América do Norte foram construídas como companhias comerciais e, de qualquer modo, a maior parte das Colônias foi regida por “cartas da Coroa”, consideradas como as primeiras Constituições das Colônias, eis que vinculavam o legislador colonial e regulavam as estruturas jurídicas fundamentais das Colônias. Estas, por sua vez, não podiam promulgar leis contrárias às leis do Reino da Inglaterra (contrárias à vontade do Parlamento inglês). Mas a supremacia do Parlamento não conduziu os norte-americanos ao mesmo resultado. Quando, em 1776, as colônias inglesas da América proclamaram sua independência da Inglaterra, as velhas “Cartas” deram lugar às “novas Constituições”, tidas estas por leis fundamentais dos novos Estados independentes e, como no passado não eram aplicáveis pelos juízes leis contrárias às “Cartas” coloniais e às “leis do Reino”, as leis contrárias às “novas” Constituições igualmente não poderiam ser aplicadas pelos juízes. Nascia, assim, a supremacia do Judiciário, estabelecido, formalmente, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*.²⁶⁷

Adiante, a doutrina do *common law*, à qual a jurisprudência da Suprema Corte se inspirou por todo o século XIX, teve de enfrentar as críticas do movimento realista e pragmatista a partir do século XX e do incremento da função interpretativa da Suprema Corte. A ideia do *common law* como expressão objetiva e imparcial de um estado de coisas espontâneo, reflexo de uma realidade que precisava ser salva das

²⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 57-59.

²⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 60-62.

distorções legislativas, foi superada por um direito concebido não mais como “dado”, mas em “construção”, capaz de regular e direcionar em sentido normativo a realidade. A problemática do caráter contramajoritário da Suprema Corte impulsionou, nas primeiras décadas do século XX, uma maior deferência do Judiciário em relação ao Poder Legislativo. Entretanto, a partir de 1938, a Corte teve um novo espaço de ação, transformando-se em garante de direitos civis e das minorias, como a liberdade de expressão, a privacidade e a igualdade de acesso aos serviços sociais fundamentais. No período posterior à Segunda Guerra Mundial, uma série de novos direitos foram “produzidos” pelas decisões da Corte Suprema.²⁶⁸

A partir desta quadra dos debates constitucionais contemporâneos nos Estados Unidos, houve tentativas de reformulação da noção de Constituição como *rule of law*, pelo desenvolvimento do realismo jurídico e da consciência que este fenômeno produziu em relação ao caráter indeterminado do Direito. Dentre os herdeiros da crítica realista ao formalismo jurídico esteve a posição dos *Critical Legal Studies*, para quem a concepção liberal do *rule of law* não atende ao caráter necessariamente ideológico da deliberação judiciária, pois incoerência e indeterminação seriam traços próprios das leis, que derivam do próprio modo em que as leis são produzidas – como resultado de conflitos, choques e compromissos entre grupos sociais dotados de diversas posições de poder e portadores de interesses e opiniões contrastantes, que permanecem nas ambiguidades do texto legislativo.²⁶⁹

Acerca do Realismo Jurídico norte-americano, Dimitri Dimoulis pontua:

[...] O realismo norte-americano concentra seu interesse cognitivo nas normas que foram formuladas pelas autoridades que aplicam o direito e, principalmente, pelos juízes. Considera que carece de sentido perguntar o que deveria ser decidido no caso concreto de acordo com normas anteriormente postas, duvidando da existência de hierarquia normativa, assim como da possibilidade de encontrar o direito aplicável utilizando os meios lógicos do silogismo jurídico. O realismo ensina que o conteúdo do direito só pode ser empiricamente constatado e reconhece como relevante aquilo que foi realmente decidido. [...] Para o realismo, a atividade jurista-intérprete se limita a previsões sobre as futuras decisões das autoridades competentes e à análise dos fatores que influenciam as decisões reais, assim como ao estudo de seu impacto (consequências sociais). Rejeita-se a distinção

²⁶⁸ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 281-282.

²⁶⁹ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 283-184.

entre o caráter normativo do direito, considerado como um *ser* (e não *dever ser*), como conjunto de fatos. São as decisões tomadas (ou as condutas assumidas) em relação a um caso. Um realista afirmaria que é um fato (e não uma norma ou aplicação de norma preexistente) que o juiz, ao decidir um caso, condenou o réu ao pagamento de certa indenização. [...] Na perspectiva jusrealista não há hierarquia; falta nexos causal entre a norma supostamente superior e a norma concreta. A partir do momento em que o juiz pode decidir de acordo ou não com a norma superior, influenciado por uma série de fatores pessoais e sociais, o realismo considera juridicamente existentes somente as decisões que, na visão tradicional, se encontram na base da pirâmide. [...] O aplicador pode seguir aquilo que considera (e apresenta) como moralmente imposto, mas, para o realismo, isso não passa de uma expressão de vontade subjetiva. (grifo do autor).²⁷⁰

Essa postura da Suprema Corte a partir da segunda metade do século XX encontrou severas críticas, dentro do próprio direito americano. O próprio *justice* Antonin Scalia, desde sua época como componente da Corte, já criticava essa postura. Para ele, uma Constituição transformada em uma *living Constitution* adaptável à mudança esconde o perigo do arbítrio do Poder Judiciário e a incerteza do Direito; e aquilo que a Constituição significava ontem poderia não ser mais verdadeiro amanhã. Scalia defendia que não caberia a um corpo de juízes tais mudanças, mas ao legislador democrático. A *common law* no âmbito da interpretação constitucional confiada em última instância ao Judiciário resultou nesta *living Constitution* e o maior risco é que a Constituição acabe significando (apenas) aquilo que os juízes consideram que ela deva significar.²⁷¹

E um Poder Judiciário que se expõe dessa forma no plano político está fadado a se tornar escravo das preferências mutáveis da opinião pública. Daí Scalia propor o governo da lei como *rule of rules*, pois quando o juiz vai além da aplicação da lei ele transforma o governo da lei em governo dos homens, arrogando um poder arbitrário.

²⁷⁰ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 86-88. Para Alf Ross, um dos representantes do realismo jurídico norte-americano, a eficácia, ou sua ausência, além de ser um fator que acarreta a perda da validade, é, em algumas circunstâncias, a condição suficiente da validade, ou seja, a validade é desligada da ideologia das fontes, sendo determinada exclusivamente pela eficácia. Conforme BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 83.

²⁷¹ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 287.

Por isso o referido *justice* sustenta, dentro de uma concepção formalista do *rule of law*, que a Constituição seria um conjunto de regras que limitam o poder.²⁷²

Neste ponto em que se aborda a tradição da *common law* e o *rule of law*, é interessante sinalizar a relação que Jeremy Waldron apresenta entre o *rule of law* e o *stare decisis*. Para o autor, a regra do precedente está ligada ao *rule of law*. A consistência e a previsibilidade de um Direito promovido pelos juízes, bases do *rule of law*, são condições de possibilidade a partir do *stare decisis*. Waldron aponta para o princípio da generalidade, a partir do qual o magistrado, ao decidir um caso, deve sempre ter em mente que o critério normativo adotado para o julgamento será levado em conta em julgamentos de casos semelhantes futuros; a ideia é que os juízes trabalhem juntos na construção e na evolução do Direito e que para tanto é necessário que casos semelhantes sejam julgados a partir do mesmo critério normativo. É isto que o *rule of law* demanda dos magistrados: manter a confiança nos critérios normativos oriundos das decisões judiciais.²⁷³

No mesmo sentido, Daniel Farber aponta que seguir as razões de decidir das decisões anteriores, como quer a regra do precedente, faz com que as cortes possam promover um guia de interpretação do Direito para o futuro. Apresentando padrões de critérios normativos que serão vinculantes no futuro, as cortes demonstram que o Direito é feito de regras (e princípios), e não de impressões pessoais de cada magistrado, sendo este um dos aspectos mais importantes do *rule of law*. O respeito aos precedentes impulsiona os juízes a buscar critérios normativos que serão adotados no futuro e, assim, promovendo decisões com coerência. Portanto, o *stare decisis* oferece um regime constitucional estável o suficiente para dar suporte ao *rule of law*, mas flexível o suficiente para permitir a evolução da interpretação da Constituição ao longo do tempo.²⁷⁴

Por sua vez, Dworkin também busca recuperar um “núcleo duro” da Constituição com objetivo de construir o “governo da lei” e não “governo dos homens”. Mas adota um caminho diverso daquele delineado por Scalia, pois abandona o formalismo jurídico e o apego ao legislador democrático, ancorando sua concepção

²⁷² CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 285 e 288.

²⁷³ WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. **Michigan Law Review**, [S.l.], v. 111, n. 1, p. 4 e 24, 2012.

²⁷⁴ FARBER, Daniel A. The rule of law and the law of precedents. **Minnesota Law Review**, [S.l.], v. 102, n. 6, p. 1.179-1180 e 1.203, 2005.

substancialista do *rule of law* nos princípios da moral constitucional. O papel da Corte Suprema em importantes reformas liberais e na garantia de direitos civis e de minorias não teria desvirtuado o “governo da lei”. A legitimação do Poder Judiciário é sustentada pelo fato de que o juiz age corretamente não em termos puramente morais, mas em termos jurídicos. A ideia da corte como “foro de princípios” é a solução que Dworkin traz pela reformulação da ideia de “governo da lei”, que busca no interior do ordenamento constitucional uma postura de não deferência do Judiciário em relação ao legislativo quando os direitos estão em jogo.²⁷⁵

Dworkin toma distância da noção de *rule of law* da Constituição como conjunto de regras das quais se deduz e se subsume o Direito aplicável aos casos particulares. Isto porque, nos “casos difíceis”, como se viu no capítulo anterior, o Magistrado teria amplo espaço discricionário para avaliar e colmatar a “lacuna”. E é precisamente essa discricionariedade que, por um lado, sugere uma postura de deferência do juiz em relação às políticas do legislador; e, por outro, permite que o magistrado crie Direito de forma arbitrária. Para Dworkin, a Constituição é um conjunto de princípios fundamentais, propondo uma noção substancialista do *rule of law*, oferecendo critérios substanciais de justiça com base, garantindo a atribuição de direitos a partir de uma coerente interpretação da Constituição.²⁷⁶

E Dworkin demonstra como essa concepção substancialista escapa dos perigos de discricionariedade judicial e de um desvirtuamento da lógica democrática. Na interpretação do liberalismo republicano de Dworkin, *we the people* é uma comunidade política “de princípio”, que se forma como pessoa moral no ato da Constituição, entendendo a Constituição como expressão da identidade moral de uma “comunidade política de princípio”, na qual os membros dessa comunidade escolhem ser regidos por princípios comuns e não apenas por regras derivadas de compromissos políticos. A práxis jurídica seria, pois, uma prática interpretativa, mas não há espaço infinito para interpretações, havendo sempre uma resposta correta à luz do ordenamento jurídico. É neste diapasão que Dworkin vincula o magistrado à *integridade* e à *coerência* na interpretação e aplicação do Direito, à luz das

²⁷⁵ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 289-290.

²⁷⁶ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 290.

precedentes interpretações constitucionais, interpretando a história jurídica precedente como um dado.²⁷⁷

Diante de todo o exposto, resta claro que a noção do *Rule of Law* está, nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, diretamente ligada aos compromissos histórico-ideológicos que a tradição da *common law* enraizou nesses países. Assim, a evolução do Estado de Direito e o modelo de jurisdição que é adotado em cada país é fruto desses compromissos. É o momento, a seguir, pois, de observar a relação da tradição da *civil law* no Estado de Direito na Alemanha e na França, e seus respectivos compromissos histórico-ideológicos.

3.1.2 A Tradição da *Civil Law* na Alemanha e na França e o Estado de Direito

Como se viu, na Inglaterra os valores se enraízam na tradição da *common law* cuja elaboração e desenvolvimento está a cargo dos juízes e tribunais e é posta como fundamento do *rule of law*. Na Alemanha, ao seu turno, a doutrina do Estado de Direito exclui a anterioridade do Direito em relação ao Estado. É precisamente na relação direito-Estado, resolvida com o primado do Estado, que se identifica a característica mais relevante do *Rechtsstaat* alemão. Enquanto, ao contrário, é na superioridade do Direito proclamado pelas Cortes de justiça como fundamento do *rule of law* que reside o aspecto mais relevante da doutrina inglesa do “governo do direito”.²⁷⁸

A análise das transformações das doutrinas dos direitos na Alemanha no decorrer do século XIX pode permitir colher o acontecimento do *Rechtsstaat* na sua especificidade irreduzível em relação ao *rule of law* inglês. Se, na Inglaterra, os direitos foram resultado da atuação das Cortes de justiça, na Alemanha as interpretações dos direitos foram diferentes nos seus diversos territórios e foram marcadas por uma complexa evolução caracterizada, de um lado, pela transição do jusnaturalismo ao positivismo jurídico e, de outro lado, pela superação da perspectiva liberal em direção

²⁷⁷ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 291-292.

²⁷⁸ GOZZI, Gustavo. Estado de direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 309.

a uma visão conservadora na segunda metade do século, caracterizada pelo primado do Estado em relação do Direito.²⁷⁹

Mas como estabelecer-se-ia o equilíbrio entre o poder estatal e a liberdade dos cidadãos? O povo detinha direito a uma autônoma produção jurídica – limitativa, se necessário, do poder estatal – que se exprimia pela consciência ética mediante a participação na legislação através da representatividade popular. A doutrina do Estado de Direito alemã pôs gradativamente o fundamento dos direitos na legislação, mediante a representatividade popular. A partir disso, apresentou-se o problema da relação entre lei e Constituição, base do Estado de Direito. A superioridade da Constituição em relação à lei não se afirmou na realidade histórica constitucional da Alemanha, limitando-se a uma fundação apenas legislativa dos direitos na realização do Estado de Direito, na segunda metade do século XIX.²⁸⁰

Na monarquia constitucional, a liberdade do povo – liberdade política – era uma instituição do Estado, ao passo que a liberdade individual pertencia ao direito privado e garantia a esfera jurídica individual. Eram, assim, postos com clareza os termos do compromisso: de um lado, a monarquia constitucional; de outro, o Estado deveria respeitar as liberdades individuais. A concepção liberal tendia, portanto, a salvaguardar, em uma perspectiva juspositivista, a segurança dos direitos de cada indivíduo e a autonomia da sociedade civil, mas devia aceitar o compromisso com a monarquia constitucional. Daí a dificuldade de se aceitar a Constituição como superior às fontes do direito e o caráter pré-estatal dos direitos.²⁸¹

Nessa linha, no decorrer do século XIX, a legislação estava em primeiro lugar. A lei estabelecia as regras permanentes na mudança das relações sociais. E como o Direito amadurecia na consciência da nação, assim também a lei não poderia ser a obra de um único indivíduo, mas sim resultado de um acordo entre povo e soberano. O poder judiciário e o poder executivo estavam submetidos à lei, resultando do princípio da legalidade e das exigências em se subordinar a administração a uma

²⁷⁹ GOZZI, Gustavo. Estado de direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 314.

²⁸⁰ GOZZI, Gustavo. Estado de direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 319-321.

²⁸¹ GOZZI, Gustavo. Estado de direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 323-324.

jurisdição de direito público para tutelar os direitos dos cidadãos perante a autoridade administrativa do Estado.²⁸²

Entretanto, é importante ressaltar a importância da Escola Histórica (Savigny²⁸³) nesta quadra da história do Direito alemã. Savigny não era contrário à codificação em si, mas somente devido ao momento histórico da Alemanha ainda pré-Unificação, entendendo o autor que o país ainda não estava maduro para esse passo tão importante. Para Savigny, a Alemanha do início do século XIX encontrava-se em decadência de sua cultura jurídica, e a codificação perpetuaria e agravaria tal situação. Daí a necessidade de se promover o desenvolvimento do Direito científico, pelo trabalho dos juristas.²⁸⁴

Dessa forma, a função histórica da legislação foi assumida, naquele momento, pelo Direito científico, também corrente do positivismo jurídico, pois fundado na concepção do Direito como uma realidade socialmente posta e como unidade sistemática de normas gerais. Esse material jurídico posto seria o Direito romano, sendo, para essa corrente, tarefa própria da ciência jurídica, mais do que do legislador, transformar esse material em um ordenamento jurídico unitário e sistemático. O Direito científico²⁸⁵ alemão que, na primeira metade do século XIX deu origem à doutrina

²⁸² GOZZI, Gustavo. Estado de direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 325-326.

²⁸³ Savigny foi um dos fundadores da Escola Histórica do Direito, no início do século XIX. Para ele, o Direito é produto histórico e manifestação cultural do “espírito do povo”. A Escola Histórica surgiu em oposição ao Jusnaturalismo – que considera o Direito como fenômeno atemporal e cujas bases seriam encontradas na razão e na natureza das coisas. Para Savigny, a legislação acontece no tempo – concepção histórica do Direito – conjugada com a história do Estado e do seu povo; o Direito é, pois, uma atividade do Estado. O objeto da interpretação, para a Escola Histórica, estava na reconstrução do pensamento do legislador, expresso na lei; havia três elementos da interpretação: lógico, gramatical e histórico. Deveria o intérprete considerar, assim, o “pensamento” da lei, a partir das circunstâncias históricas, para obter o significado do texto em seu conjunto/contexto. A fonte originária do Direito, para Savigny, nessa linha de raciocínio, não seria a lei, mas a comum convicção jurídica do povo, o “espírito do povo”. Este “espírito” tem como objeto as típicas e concretas formas de conduta, as quais, pela “consciência da sua necessidade”, são observadas pelos cidadãos. Dessa forma, os institutos jurídicos se transformam no tempo, pelas relações humanas; não podem ser considerados, com efeito, unicamente pelo somatório das normas que lhes dizem respeito. As regras, portanto, são extraídas da “intuição global” dos institutos, não havendo como interpretar a lei “em si mesma”, mas sim pela “intuição do instituto jurídico”. Há, na Escola Histórica, uma conciliação entre intuição e conceito. Nessas condições, no caso de conceitos jurídicos “indeterminados”, deve-se apelar para o fim especial da lei em apreciação; ou invocar uma “razão geral”, um “pensamento jurídico geral”, para evitar que uma norma fosse aplicada em contradição ao seu fim. Conforme LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 9-19.

²⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 61-62.

²⁸⁵ A Escola científica “recusa-se a considerar a lei como fonte única do direito; admite a sua preeminência, embora entenda que o costume, a jurisprudência, a doutrina e a equidade devam

também ser reconhecidas como fontes do direito. O jurista deve procurar as soluções mais justas e mais adequadas, como complemento às normas impostas pelo legislador. [...] É pela livre investigação científica que o jurista deve esforçar-se por revelar o direito do seu tempo: deve tomar em consideração todos os elementos constitutivos do estado actual do direito; a sua pesquisa deve, nomeadamente, ser guiada pela história das instituições. Os progressos feitos pela sociologia do direito e pela filosofia do direito devem ser utilizados para um melhor conhecimento e compreensão das normas jurídicas da vida actual. O jurista deve considerar as experiências feitas, os sucessos ou fracassos que resultam dos movimentos constantes do direito. Deve procurar a expressão do justo e não apenas a vontade do legislador. O direito é, em si mesmo, coisa diferente da lei; se esta continua a ser o elemento principal para o conhecimento do direito, não exclui os outros elementos: sobretudo, o costume, os princípios gerais e a jurisprudência". GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 518.

pandectista²⁸⁶, atingiu seu clímax na metade do século, com a jurisprudência dos conceitos²⁸⁷ e, em seguida, com a jurisprudência dos interesses²⁸⁸.²⁸⁹ Frise-se, por

²⁸⁶ O pandectismo dedicou-se à pesquisa dos pandectas (Digesto de Justiniano). A lei como produto resultante da história de um povo e da vontade racional do legislador. Ocupa o pandectismo, pois, posição intermediária entre a compreensão do espírito de um povo, como manifestação da lei, e o mais puro apego ao texto da lei, superando a Escola Histórica, influenciando no surgimento da codificação. Bernhard Windscheid, em seu Tratado das Pandectas, entendeu que o Direito positivo deveria ser algo a mais do que a folha, não sendo uma simples expressão do poder legislador, mas sim a sabedoria dos séculos que precederam. Para ele, o que na lei se dita como Direito, antecipadamente o reconheceu como Direito a comunidade jurídica, pois a fonte última do Direito positivo seria a razão dos povos. O Direito seria, com efeito, algo suscetível de uma elaboração científica, não apenas de caráter histórico, mas também sistemático. O Direito estaria na vontade racional do legislador. É, portanto, um positivismo legal racionalista, moderado pela crença na razão do legislador, que exprime a ideia de Windscheid. Para o autor, o Direito é essencialmente equiparado à lei, e esta compreende como expressão da vontade racional de um legislador histórico e idealizado. Windscheid exige que o intérprete se coloque no lugar do legislador e execute o seu pensamento, para o que deve tomar em consideração quer as circunstâncias jurídicas que foram presentes no seu espírito quando ditou a lei, quer os fins prosseguidos pelo mesmo legislador. Deve o intérprete, segundo o autor, não apenas ajustar à expressão insuficiente da lei o sentido realmente pensado pelo legislador, mas ainda imaginar o pensamento que o legislador não pensou até o fim, ou seja, deve não manter-se simplesmente no plano da vontade empírica do legislador, mas conhecer a vontade racional desse legislador. Nessa linha, para Windscheid, as lacunas devem ser preenchidas a partir do espírito do Direito no seu todo. Conforme LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 34-39.

²⁸⁷ A Jurisprudência dos Conceitos tem, em Puchta, quem conclamou a ciência jurídica de seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma “pirâmide de conceitos”, decidindo assim a sua evolução no sentido de uma “Jurisprudência dos Conceitos formal”. A ideia de sistema significa que o desabrochar de uma unidade em uma diversidade, que desse modo se reconhece como algo coeso do ponto de vista do sentido. Na Jurisprudência dos Conceitos, há uma unidade do conceito geral abstrato: limpo de tudo que haja de particular, unidade essa que conduz à lógica formal. O sistema de conceitos, determinado por esta lógica formal, assemelha-se a uma espécie de pirâmide: o ideal do sistema é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos. As proposições jurídicas que constituem o Direito de um povo encontram-se em um nexos orgânico que se esclarece a partir do espírito do povo. Mas esse nexos de proposições ocorre em um nexos lógico, entre conceitos. Deve-se, assim, reconhecer as proposições jurídicas no seu nexos sistemático, seguindo-se a genealogia de cada proposição até o princípio comum. A ciência entra, pois, como uma terceira fonte do Direito; o Direito mediante à ciência surge; o Direito é trazido à luz pela atividade dos juristas. Esta genealogia dos conceitos é representada por uma pirâmide de conceitos, um sistema construído segundo regras de lógica formal. Possui, com efeito, “conhecimento sistemático” aquele que consegue seguir a proveniência de cada conceito nos sentidos ascendente e descendente. A genealogia dos conceitos ensina que o conceito supremo codetermina os restantes através do seu conteúdo. Já os conceitos ulteriores, a partir do conceito fundamental, provém do processo lógico-dedutivo e cada conceito derivado contém as notas do conceito superior, podendo subsumir-se a este. Logo, a Jurisprudência dos Conceitos pretende subsumir a conceitos jurídicos fixos todos os fenômenos jurídicos, e lhes atribuir uma posição irreversível. Conforme LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 21-29.

²⁸⁸ Jhering foi o jurista que se ocupou da passagem da Jurisprudência dos Conceitos para a Jurisprudência dos Interesses. Em um primeiro momento de seu pensamento, Ihering apoiou a Jurisprudência dos Conceitos de Puchta e a elevou, ao longo do século XIX. Em seguida, em uma segunda fase, Ihering traz uma jurisprudência pragmática de raiz sociológica, a partir da metade do século XIX. Essa segunda fase, de jurisprudência pragmática, que deságua na Jurisprudência dos Interesses (de Heck, Stoll e Müller-Erzbach), Ihering combate as fontes jurídicas romanas e o sistema de conceitos logicamente inquestionável. Para o autor, os problemas exurgentes da sociedade industrial opõem novas questões à legislação e à prática jurídica. Ihering sentiu as

oportuno, que foi por essas influências que o Código Civil, na Alemanha, apenas foi promulgado em 1900, quase um século após, por exemplo, à introdução do Código Civil francês.

Adiante, a criação do Segundo Império em 1871, com a Unificação, originou novas relações constitucionais e a reconhecida superioridade do princípio monárquico tornou-se o fundamento de uma concepção que desvirtuou completamente a doutrina liberal do Estado de Direito. Iniciou-se uma profunda transformação da concepção do *Rechtsstaat* que marcou a derrota definitiva da perspectiva liberal. As liberdades individuais da tradição liberal, que tinham sido reconhecidas como pertencentes aos homens em virtude da comum humanidade, eram agora concebidas apenas como reflexo de normas objetivas, ou seja, como expressão de leis gerais, rompendo-se com o equilíbrio entre ordenamento jurídico e liberdade individual. Impunha-se, pois, a soberania do Estado, e o Estado de Direito se transformava no Direito do Estado.²⁹⁰

insuficiências do pandectismo e chamou a atenção para os problemas do seu tempo, negando o modelo anterior (Conceitos). Para Ihering, as proposições jurídicas e os conceitos se transformam com o tempo e acreditar na inalterabilidade dos conceitos jurídicos romanos seria uma posição acrítica da história. Neste andar, o autor abandona a ideia de que com os conceitos jurídicos básicos poder-se-ia deduzir todas as proposições jurídicas. As fontes dos conceitos jurídicos deveriam ser, para o autor, buscadas em razões psicológicas, práticas, éticas e históricas. Por isso, “jurisprudência pragmática”: os conceitos devem levar em conta seu “valor para a vida”, seu fim, seu motivo prático. Ora, para o autor, o sujeito, que está por detrás das proposições jurídicas; dessa forma, Ihering desloca o eixo do problema do legislador para a sociedade. A jurisprudência pragmática de Ihering foi o ponto de partida para a Jurisprudência dos Interesses. A Jurisprudência dos Interesses tende para o primado da valoração da vida, não sendo um sistema fechado de conceitos jurídicos. A função da Jurisprudência dos Interesses, pois, é facilitar a função do juiz, de modo que a investigação da lei e das relações da vida preparam a decisão “objetivamente adequada”. O objetivo da atividade judicial é a satisfação das necessidades da vida. A Jurisprudência dos Interesses considera o Direito como tutela de interesses. Os conceitos legislativos são produtos de interesses de diversas ordens. Por isso, deve-se reconhecer com rigor os interesses que deram origem à lei. Esses interesses, assim, devem ser levados em conta na decisão de cada caso. A questão desloca-se para os “fatores sociais motivantes” do legislador. Nessa linha, a interpretação deveria remontar aos interesses que foram causais para a lei. A Jurisprudência dos Interesses teve atuação libertadora sobre o pensamento formalista e o positivismo “legalista”, desencadeando ao juiz a possibilidade de desenvolver o Direito em harmonia com as exigências da vida, não apenas na “fidelidade à lei”. Há, ainda, uma segunda linha de ideias na Jurisprudência dos Interesses, que transcende à teoria dos interesses. O legislador, ao ordenar os interesses da vida, realiza um juízo de valor sobre eles, que se reconduz à promoção de um ideal social. Cada proposição jurídica contém um juízo de valor sobre conflitos subjacentes e cada valoração constitui uma livre tomada de decisão do sujeito valorante. Esses juízos de valor, provenientes do legislador e do próprio intérprete, servem de ordenação “externa” do material jurídico-legislativo. A Jurisprudência dos Interesses, portanto, substituiu o método de uma subsunção nos rígidos conceitos legislativos, fundamentada em termos lógico-formais, por um juízo de “ponderação” com avaliação dos interesses em jogo. Conforme LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 55-77.

²⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 121-122.

²⁹⁰ GOZZI, Gustavo. Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 327-328.

Essa reconstrução sistemática do Estado de Direito a partir da segunda metade do século XIX baseava-se em alguns princípios. O Estado possuía personalidade jurídica própria, era titular de direitos. O Estado atribuía ao indivíduo uma capacidade jurídica e, com essa, a capacidade de exigir a tutela jurídica por parte do Estado. Ademais, os direitos concedidos pelo Estado são direitos subjetivos que representam um ampliamto da liberdade natural, não sendo entendidos como mero direito reflexo do direito objetivo. Nesta fase, o Estado de Direito alemão estava baseado na soberania do Estado e na fundação legislativa dos direitos.²⁹¹

Nesses modelo de Estado alemão, sejam anteriores ao Segundo Império, seja o modelo posterior, a *civil law* teve terreno fértil para florescer e se estabelecer. Ora, se o fundamento dos direitos estava na legislação, se esta estava em primeiro lugar e se limitou-se a uma fundação apenas legislativa dos direitos na realização do Estado de Direito, a lei como fonte primária e soberana do Direito estava estabelecida. Esse *status* reforça-se, ainda mais, com a submissão do Judiciário à lei e com a não aceitação da anterioridade do Direito em relação ao Estado, vinculando a este – fundamentalmente às casas legislativas – a “criação” do Direito.

Após a Segunda Guerra Mundial, o poder ilimitado dos parlamentos provocou o temor de que as maiorias pudessem violar a Constituição. Assim, chegou-se a um controle judiciário de constitucionalidade centralizado, confiado ao Tribunal Constitucional Federal. Essa reviravolta, que marca o primado da Constituição em relação ao legislador, põe o contraste insuperável entre a hodierna democracia constitucional e o Estado de Direito na concepção liberal. A democracia que se firmou na Alemanha elevou o Tribunal Constitucional Federal a guardião da Constituição e fez dele um órgão constitucional dentro do processo de formação da vontade política.²⁹²

É sobretudo essa superação do formalismo do Estado de Direito que o torna incompatível com a realidade da hodierna democracia constitucional. A constitucionalização dos direitos fundamentais e a anterioridade da Constituição em relação à lei tornam, portanto, irrecuperável a distância que separa o Estado de Direito

²⁹¹ GOZZI, Gustavo. Estado de direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 330-331.

²⁹² GOZZI, Gustavo. Estado de direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 333-334.

da democracia constitucional, impondo, assim, a redefinição da doutrina do Estado de Direito. Doravante, a Constituição obriga os órgãos do Estado não apenas formalmente, mas também materialmente, pondo o vínculo representado por precisos conteúdos do Direito. Parece, com efeito, evidente que uma reutilização do conceito de Estado de Direito na era da democracia contemporânea pode ocorrer somente sobre o fundamento de uma profunda transformação, concebendo o Estado como Estado Constitucional – e não legislativo – e como Estado material – e não formal.²⁹³

Por sua vez, na doutrina juspublicística francesa contemporânea, o conceito de *État de droit* apresenta dois amplos significados. No primeiro, o Estado age exclusivamente de forma jurídica. O Estado funda e delimita o ordenamento jurídico nacional, ou seja, o conjunto de regras que ele dita a si mesmo e daquelas que dele resultam. O Estado é competente para definir suas próprias competências. No segundo significado, o Estado está submetido ao Direito: o objetivo é enquadrar e limitar o Estado mediante o Direito. O poder político é enquadrado pelo direito através da separação dos poderes, que implica na independência do Judiciário em relação aos demais poderes, a proclamação dos direitos e das liberdades e o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. A problemática de um Estado limitado pelo Direito não nasce, evidentemente, no século XX. Ela já estava presente na monarquia do Antigo Regime. Entretanto, enquanto na época moderna os juristas se utilizaram da teoria do Estado de Direito para pôr limites ao poder do Estado, e para limitar a onipotência parlamentar resultante da teoria da soberania nacional, os juristas anteriores à Revolução preocuparam-se em fundar a onipotência do monarca.²⁹⁴

Contudo, o poder do monarca não era ilimitado. Na monarquia francesa os súditos obedeciam às leis do monarca e este às leis naturais, restando aos súditos a liberdade natural e a propriedade dos bens. Entretanto, haja vista que esses direitos naturais tinham caráter abstrato, não eram facilmente defendíveis em face de eventual violação por parte do rei. Nessa linha, embora os direitos dos indivíduos não estivessem efetivamente protegidos contra o poder real, dispunha a monarquia de estatutos jurídicos, que apresentavam-se como um mosaico de disposições

²⁹³ GOZZI, Gustavo. Estado de direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. In ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 335-337.

²⁹⁴ LAQUIÈZE, Alain. *État de droit e soberania nacional na França*. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 338-339.

consuetudinárias no vértice das quais se encontravam as leis fundamentais do reino. Coexistiam, pois, lei de sucessão, lei de indisponibilidade da coroa e uma lei de inalienabilidade da coroa, as quais, todas, obrigavam o monarca.²⁹⁵

Ademais, o poder régio encontrava limites no direito consuetudinário, então importante no que dizia respeito ao direito privado, bem como aos estatutos particulares das províncias. O poder monárquico igualmente devia estar de acordo com órgãos deliberantes como Estados-gerais e, também, o rei devia enfrentar o ativismo das cortes soberanas e do Parlamento de Paris, que reclamavam o direito de serem associados à elaboração das leis, embora fosse o monarca quem decidia em última instância.²⁹⁶

A Revolução, por sua vez, não alterou cabalmente o *status quo*, pois, embora tenha havido uma ruptura política – a nação passou a ser titular da soberania, esta permaneceu, de alguma forma, ilimitada. A lei passou a ter caráter incontestável, expressa na vontade geral, até meados do século XX. Essa mística rousseuniana da lei encontra-se em artigos da própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, os quais remetem ao legislativo a determinação concreta dos atos das condições de exercício dos direitos proclamados e para a delimitação da sua extensão. Aliás, o caráter supremo da lei, votada por um parlamento que age em nome da nação, é ulteriormente acentuado devido à ausência de um poder antitético.²⁹⁷

O Positivismo francês se manifestou pelo formalismo linguístico da Escola da Exegese²⁹⁸. O Direito seria uma criação humana, fruto de um ato de vontade do legislador – e apenas do legislador, de modo que o processo de interpretação e

²⁹⁵ LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 340-341.

²⁹⁶ LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 341.

²⁹⁷ LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 341-342.

²⁹⁸ A partir da promulgação do Código Civil Napoleônico, os juristas começaram a estudá-lo dedicando-se mais à análise do texto legal e sem ter o passado em conta. Atribuíram à análise textual uma importância capital, explicando artigo por artigo. Isolavam o Código Civil do contexto social do qual ele havia surgido e nos qual ele deveria ser aplicado. Dele se deduzia por via de raciocínio as soluções teoricamente possíveis para os casos. Método, portanto, puramente dogmático, baseado na análise *exegética* dos textos legais. O fundamento, assim, dessa nova concepção do Direito, era a doutrina legalista: todo o direito estaria na lei, não havendo outra fonte do direito. Conforme GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 515-516.

aplicação do Direito, que constitui o cerne da atividade judicial, não seria propriamente um processo de decisão, mas um puro processo de conhecimento.²⁹⁹

Na Escola da Exegese, como o próprio nome identifica, a interpretação limitava-se a uma forma passiva e mecânica do Código de Napoleão. E existem causas para isto. A primeira é representada pelo próprio fato da codificação; o Código serve como prontuário para resolver, se não todas, as principais controvérsias, da forma mais simples e objetiva. Uma segunda razão é representada pela mentalidade dos juristas dominada pelo princípio da autoridade, a autoridade da vontade do legislador que põs a regra jurídica, de forma soberana. Uma terceira causa foi a justificação jurídico-filosófica da fidelidade ao Código, representada pela doutrina da separação dos poderes, fundamento ideológico do Estado moderno; assim, o juiz não poderia criar o Direito para não invadir a competência do Legislativo. Outro fator de natureza ideológica é a certeza do Direito, segundo o qual deve-se ter um critério seguro de conduta, conhecendo-se, antecipadamente e com exatidão, as consequências jurídicas dos comportamentos sociais. Uma última razão é de natureza política: as pressões exercidas pelo regime de Napoleão, imposta sobre estabelecimentos de ensino superior, para que fosse ensinado apenas o Direito positivo contido no Código, deixando-se de lado teorias gerais do Direito e concepções jusnaturalista.³⁰⁰

Por sua vez, a autoridade judiciária ocupava uma posição subordinada e a má lembrança deixada pelos parlamentos do Antigo Regime não encoraja os governantes

²⁹⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 70.

³⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos e. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 78-81. Prossegue o autor (p. 83 e 86-88) apontando que a “escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código. A interpretação exegética, aliás, é sempre o primeiro modo com o qual se inicia a elaboração científica de um direito que tenha sido codificado *ex novo*. [...] Um segundo aspecto é representado pela concepção rigidamente estatal de direito, segundo a qual jurídicas são exclusivamente as normas postas pelo Estado, ou, de qualquer forma, que conduzam a um reconhecimento por parte dele. Tal concepção implica no princípio da onipotência do legislador. [...] Desta atitude diante da lei nasce um terceiro aspecto do positivismo jurídico francês: a interpretação da lei fundada na intenção do legislador. Trata-se de uma interpretação que tem uma grande importância na história e na prática da jurisprudência, sendo acatada até os nossos dias. É perfeitamente coerente com os postulados fundamentais da escola da exegese: se o único direito é aquele contido na lei, compreendida como manifestação escrita da vontade do Estado, torna-se então natural conceber a interpretação do direito como a busca da vontade do legislador naqueles casos. [...] A identificação do direito com a lei escrita traz como quarto aspecto o culto do texto da lei, pelo qual o intérprete deve ser rigorosamente – e, podemos bem dizer, religiosamente – subordinado às disposições dos artigos do Código.”

a concederem prerrogativas amplas aos magistrados. Estes últimos não dispunham de nenhuma independência e nem mesmo de poderes idôneos a limitar a ação do Estado. Nessas circunstâncias, a garantia jurisdicional dos direitos individuais contra um eventual abuso do legislador não estava assegurada.³⁰¹

A teoria da soberania nacional havia sido concebida para limitar o poder dos governantes e evitar a exclusividade da autoridade. Mas o desenvolvimento do regime parlamentar, que tende a enfraquecer o Executivo, e a ampliação do direito ao voto ao longo do século XIX, geraram uma confusão entre o titular da soberania e aqueles que a exercem, levando a uma identificação da nação em relação aos seus representantes, transformando-se a soberania nacional em soberania das assembleias. A fonte primária do Direito na lei, oriunda das casas legislativas, resultou como consequência lógica, haja vista estar no Parlamento a principal fonte de criação do Direito.³⁰²

Nessa quadra da história, no âmago ideológico da Revolução Francesa e da Escola da Exegese, com a importância da legislação, nasceu a Cassação moderna. Suas ideologias tinham origem nos escritos de Rousseau e Montesquieu, diante da onipotência da lei, da igualdade dos cidadãos perante a lei e a rígida separação dos poderes. Nesse sentido, sendo o juiz mera “boca da lei”, a ele competia tão somente a atividade mecânica – e nada criativa – de aplicar aos casos concretos o texto da lei. O Tribunal de Cassação foi instituído em 1790, como órgão conjunto ao Legislativo, cujo objetivo foi de evitar que os órgãos judiciais invadissem a esfera do Poder Legislativo.³⁰³

À Corte de Cassação, pois, competia controlar a estreita e textual observância das leis, por parte do Poder Judiciário. Esse Tribunal representou uma típica expressão da desconfiança dos legisladores revolucionários nos juízes franceses. O instituto da *cassação* é, portanto, a incorporação da ideia da mais radical separação dos poderes, ou seja, “a lei é a lei”, e não aquilo que os juízes pensam ser a lei. A

³⁰¹ LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 343.

³⁰² LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 346.

³⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 40-41.

cassação supõe a onipotência da lei positiva, como manifestação suprema das Assembleias Populares.³⁰⁴

A passagem da concepção absolutista para a liberal, da teoria da onipotência do legislador, apresenta duas faces, uma de cariz absolutista e outra de cariz liberal. Por um lado, a teoria atribui poder pleno e ilimitado ao legislador – aspecto absolutista. Mas, por outro lado, garante o cidadão contra arbitrariedades: a liberdade do juiz de pôr normas extraíndo-as de seu próprio senso poderia dar lugar a arbitrariedades nos confrontes entre os cidadãos, ao passo que o legislador, pondo normas iguais a todos, representa um impedimento para a arbitrariedade do Poder Judiciário.³⁰⁵

Com o início da Terceira República francesa, e nos primeiros anos do século XX, discutiu-se na doutrina francesa do Estado de Direito o valor a ser atribuído à Declaração dos Direitos de 1789. A visão positivista entendia que a Declaração não possuía valor, por ser um conjunto de normas abstratas que aguardariam ser postas em prática pelos textos constitucionais e legislativos e que eram destituídas, por si só, de sanção jurídica – não teriam, pois, a eficácia das regras de direito positivo. Por sua vez, a visão jusnaturalista defendia o valor jurídico da Declaração de 1789 e seu caráter supremo em relação à lei e à Constituição. Sob esta ótica, a Declaração é o reconhecimento de direitos individuais preexistentes.³⁰⁶

Nessas circunstâncias, afirmar o valor jurídico da Declaração de Direitos de 1789 representaria pôr fora de questão a teoria da autolimitação do Estado, pois se admite direitos externos ao Estado que se impunham ao próprio Estado, e representaria, também, a necessidade de o legislador respeitar não apenas o texto constitucional, mas também direitos individuais decorrentes da Declaração, caminhando-se a um controle mais profundo da lei. Foi o passo para a ideia de controle jurisdicional da lei – o controle de constitucionalidade passa a ser instrumento decisivo na construção de um Estado de Direito.³⁰⁷

³⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 41 e 43.

³⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi e Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 38-39.

³⁰⁶ LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 347-348.

³⁰⁷ LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 349.

A instituição do controle de constitucionalidade da lei acabou se apresentando como um dos principais elementos do progresso do Estado de Direito na França, tomando corpo definitivamente na Quinta República, com a introdução expressa na Constituição de 1958. O próprio preâmbulo da referida Carta Constitucional reconhece o valor jurídico da Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Há, nessa senda, prova de que um controle judicial de constitucionalidade eficaz da lei requeria a admissão dos direitos fundamentais como princípios de valor constitucional. Nessa linha, o Conselho Constitucional, em 1982, confirmou o valor constitucional da Declaração dos Direitos de 1789 e que o legislador e todos os demais órgãos do Estado estariam submetidos à Constituição e à Declaração.³⁰⁸

O Estado de Direito contemporâneo passa, enfim, pela invasão dos textos constitucionais que suplantou a legalidade. A lei não era mais a “fonte das fontes”, mas uma fonte em meio a muitas outras fontes do Direito. A Constituição tornou-se o texto central que reparte as competências normativas, sob a vigilância do juiz constitucional. A teoria da soberania nacional, entendida como soberania parlamentar, fica bem distante. Com efeito, a constitucionalidade substituiu a legalidade na sua função de veículo dos valores essenciais à sociedade, pois é a constitucionalidade que garante o conteúdo dos direitos fundamentais.³⁰⁹

Investigados os compromissos histórico-ideológicos que as tradições da *civil law* e da *common law* estabeleceram nas noções de *Rule of Law* e de Estado de Direito – e suas consequências nas fontes do Direito –, notadamente na Inglaterra, nos Estados Unidos da América, na Alemanha e na França, que servem de exemplo privilegiado em relação aos demais países de *civil law* e de *common law*, será, a seguir, objeto de estudo as características das tradições da *common law* e da *civil law* e as convergências entre elas ocorridas principalmente a partir do século XX.

3.2 *Civil Law e Common Law: convergências e assimetrias*

Utilizar-se-á, à luz de John Henry Merryman, a expressão tradição jurídica, em vez de sistema jurídico, com o objetivo de estabelecer uma distinção entre ideias

³⁰⁸ LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 365-366.

³⁰⁹ LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 366.

diversas. Um sistema jurídico é um conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes. Há, por exemplo, nos Estados Unidos, um sistema jurídico federal e mais cinquenta sistemas jurídicos estaduais; assim como há sistemas jurídicos para cada uma das demais nações. Sistemas jurídicos são classificados em grupos ou famílias: o sistema jurídico da Inglaterra, da Nova Zelândia, da Califórnia e de Nova York é chamado de *common law*, mas não é correto sugerir que tais entes políticos tenham as mesmas instituições legais, processos e normas.³¹⁰

Da mesma forma, França, Alemanha, Brasil e Argentina têm cada um seu próprio sistema jurídico, e todos são chamados de nações de *civil law*. Mas é fundamental reconhecer que há enormes diferenças entre cada qual dos sistemas jurídicos gentes nesses países. Por sua vez, uma tradição jurídica não é o conjunto de normas legais, embora estas sejam um reflexo daquela. Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do Direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada de organização do sistema jurídico e, especialmente, como o Direito deve ser produzido e aplicado.³¹¹

As tradições da *civil law* e da *common law* são de particular interesse, diante da sua posição dominante não apenas em uma quantidade sensível de países, mas países poderosos e tecnologicamente avançados, motivo pelo qual são as tradições jurídicas mais exportadas e difundidas. A *civil law* é comumente associada à data de 450 a. C. enquanto data de seu surgimento, pela publicação da Lei das Doze Tábuas pela Roma Antiga. Prevalece na Europa e na América Latina, e em muitas partes da Ásia e da África. A *civil law* era a tradição que estavam familiarizados os juristas e políticos europeus hoje considerados os pais do direito internacional e, assim, o desenvolvimento da União Europeia é produto do trabalho de pessoas enraizadas na *civil law*.³¹²

O surgimento da família romano-germânica está ligada ao renascimento e se produz nos séculos XII e XIII. A eclosão do sistema romano-germânico não é devida

³¹⁰ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 21-22.

³¹¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 22-23.

³¹² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 23.

à afirmação de um poder político ou à centralização operada por uma autoridade soberana. E, por isso, diferencia-se do direito inglês, em que o desenvolvimento do *common law* está ligado ao progresso do poder real e à existência de tribunais reais fortemente centralizados. No continente europeu ocorreu diferentemente. Nos séculos XII e XIII, em que tomou corpo o sistema romano-germânico, a Europa não constitui uma unidade política. O sistema foi fundado sobre uma comunidade de cultura, surgiu e continuou a existir, independentemente de qualquer intenção política.³¹³

Com efeito, o direito romano expandiu-se na Europa entre os séculos XII e XV, sobretudo através do ensino nas universidades. Nestas, formaram-se uma classe de juristas cultos que depois aplicaram nos tribunais e nas administrações os princípios apreendidos nas universidades. Em países como Espanha, Suíça, Alemanha, Inglaterra e, posteriormente, Holanda e Escandinávia, o direito romano colocava-se ao lado dos costumes locais, oferecendo soluções para os casos não previstos neles, ou nos casos em que se pretendia renovar as regras preexistentes. Ademais, em territórios fragmentados por diversos Estados, o direito romano fornecia um direito comum para as relações recíprocas. No século XV, o direito romano-canônico, complementado pelas contribuições dos juristas italianos e franceses, era o *ius commune* da Europa Ocidental. Nos séculos subsequentes, os Estados Nacionais providenciaram uma legislação própria e, nos séculos XVIII e XIX, também códigos próprios. O direito romano transformou-se em substrato dessas legislações nacionais.³¹⁴

O direito, nas universidades, foi considerado como um modelo de organização social. Não voltado para o contencioso ou para julgamentos; processos, provas e execução eram matérias ignoradas. O direito fora, tal como a moral, um *sollen*, ou seja, um dever-ser, não um *sein* (o que é). Aliás, não seria possível organizar, em plena Idade Média, um ensino do Direito orientado para o que hoje entendemos por direito positivo, pois este, na maioria dos países, mostrava-se incerto e retalhado. A própria Itália e a própria França, à época, e de onde partem o modelo dos estudos das universidades, não tinham um direito nacional, já que o regime feudal continuava a

³¹³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 39-41.

³¹⁴ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 55-56.

reinar, não havendo um soberano geral centralizando o poder. Portanto, sob pena de se tornarem escolas locais de processo e sem prestígio, as universidades precisaram ensinar algo diverso do direito local. E, assim, o renascimento dos estudos do direito romano se produziu.³¹⁵

No direito da família romano-germânica, o direito está preestabelecido em um corpo de regras. Antigamente, no *Corpus Iuris Civilis*; hoje, nos códigos. A jurisprudência nos países de *civil law* via de regra desempenhou um papel secundário e, assim, embora possam ser dotadas de alguma autoridade, não sendo consideradas como criadoras de regras de direito, salvo em casos excepcionais. Aliás, isto seria desnecessário, haja vista que um sistema de regras de direito escritas basta por si só. Já na Inglaterra, por exemplo, como não se reconheceu a autoridade direito romano, o direito foi criado pelos Tribunais Reais de Westminster, sendo a *common law*, pois, um direito de natureza jurisprudencial, com função de aplicar, mas também de destacar, as regras do direito. Natural, nessas condições, que as decisões judiciais adquirissem uma autoridade diversa daquela do continente europeu.³¹⁶

O positivismo estatal enraizou-se de forma mais consciente e acentuada na Europa continental do que na Inglaterra, durante o período da mudança revolucionária. A razão para isso foi a natureza mais tranquila, gradual e evolutiva da revolução inglesa. Na Inglaterra, muitas das formas de feudalismo foram preservadas, ao mesmo tempo em que sua substância foi transformada. Os ritos da Igreja estabelecida sobreviveram, mas a influência eclesiástica na forma e no conteúdo do processo legislativo diminuiu até desaparecer. E, mais, a *common law* nativa na Inglaterra, que havia se desenvolvido em linhas bastante diferentes daquelas do *common law* continental, não sofreu rejeição em favor do interesse do estatismo, nacionalismo, positivismo e da soberania. Ao contrário, a *common law* da Inglaterra foi uma força positiva no surgimento da Inglaterra como estado-nação e este sistema legal foi vigorosamente adotado como demonstração de identidade e gênio nacionais.³¹⁷

³¹⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 42.

³¹⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 427-428.

³¹⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 47.

No continente, a revolução parecia requerer uma rejeição da antiga ordem legal; na Inglaterra, parecia requerer sua aceitação e mesmo sua glorificação. As implicações dessa diferença de atitudes em relação à codificação nos mundos da *civil law* e da *common law* são óbvias. No continente, onde se pressupunha necessária a rejeição ao *jus comune*, era natural que o novo sistema legal fosse codificado; na Inglaterra, onde se julgava importante manter a *common law*, nenhuma necessidade de codificação restou sentida. No continente, pois, a rejeição à antiga ordem ocorreu ao longo de linhas estabelecidas pela visão de um mundo organizado nas bases do secularismo e do estado-nação positivista. Consequentemente, o Direito natural da Igreja Católica Romana – como outras teorias sobre direito e justiça de origem externa – e o direito canônico – como outras normas e instituições legais externas – não poderiam produzir efeitos jurídicos dentro do Estado.³¹⁸

Dessa forma, o positivismo estatal, como expressado no dogma da soberania absoluta interna e externa do Estado, levou ao monopólio estatal do processo legislativo. A ênfase da revolução na estrita separação de poderes exigiu que a elaboração das leis fosse atribuída apenas a órgãos estatais especificamente designados a este mister. Com efeito, Legislativo e Judiciário diferenciavam-se em gênero e deveriam ser separados um do outro a fim de evitar abusos. Apenas os legisladores, nessa senda, produziam Direito, por prerrogativa, pelo fato de representar a soberania popular. Nessas circunstâncias, a doutrina do *stare decisis*, típica da *common law*, é incompatível com o princípio da separação dos poderes, pois a decisão judicial não poderia ser tratada como lei.³¹⁹

Os países que compõem o sistema Romano-Germânico são também conhecidos como “países do direito escrito”, referindo-se à lei escrita, que é fonte primária do Direito e, nesse sentido, autoridade máxima para expressá-lo. É na lei que se “procura o direito”. A jurisprudência tem papel de fonte secundária do direito, não sendo, pois, fonte vinculante do Direito na tradição da *Civil Law*, motivo pelo qual os juízes, via de regra, estão autorizados a julgar de forma diversa daquela decidida

³¹⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 48.

³¹⁹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 49.

anteriormente, embora em vários sistemas jurídicos de países da *Civil Law* existem mecanismos vinculantes de determinados padrões decisórios.³²⁰

Por sua vez, a data comumente adotada para assinalar a origem da *common law* é o ano de 1.066 quando os normandos derrotaram os defensores nativos em Hastings e conquistaram a Inglaterra. Aceitando-se essa data, a *common law* teria pouco mais de novecentos anos. A tradição da *civil law* é tão mais antiga que quando o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano foi publicado em Constantinopla, em 533, já era quase tão antiga quanto a *common law* é nos dias atuais. Mas, como resultado do notável desenvolvimento do Império Britânico durante o colonialismo, a tradição da *common law* foi amplamente difundida. É a tradição vigente na Grã-Bretanha, Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, bem como alguns países da África e da Ásia.³²¹

Enquanto os sistemas jurídicos latino-germânicos fundamentaram-se no direito romano, na Inglaterra desenvolveu-se um sistema jurídico diferente, em parte vinculado e em parte contraposto ao direito romano. Antes do ano 1.000 d. C., coexistiam no território britânico normas de origem germânica e normas de direito romano e canônico, introduzidas com a cristianização (664 d. C.). A esses direitos e aos diferentes usos locais em vigência nos vários estados das duas maiores ilhas da Grã-Bretanha se sobrepôs, em 1.066, o direito introduzido pela conquista normanda. A unidade política britânica, conduzida por Guilherme, o Conquistador, teve como consequência direta também a unificação do Direito que, unificado, foi chamado de “direito comum”, o *common law*, pois substituíu os direitos particulares anteriores. A implantação da dominação normanda na Inglaterra era facilitada também pelo fato de que as normas consuetudinárias próprias dos normandos eram germânicas, sendo os normandos uma população oriunda da Noruega. Tomava-se forma o núcleo originário do *common law*.³²²

A *curia legis*, Corte de Guilherme I, tornou-se o centro da vida administrativa e jurídica do novo reino. Ao redor da *curia*, logo se condensou uma classe profissional

³²⁰ VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 63 e 67.

³²¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 24.

³²² LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 323-324.

forense homogênea, da qual saíram os juizes que, com suas sentenças, acabaram criando o *common law*, um direito consuetudinário em um sentido especial, no qual o costume não nasce do comportamento popular, mas do comportamento dos juizes. A partir do século XIV, em torno da *curia legis* formaram-se quatro organizações corporativas dos juizes, até hoje existentes, chamadas *Inns of Court*. Os *Inns* são instituições em que o bacharel em direito é iniciado na profissão forense. Quem concluí(a) a *Law School* e deseja(va) tornar-se advogado litigante perante o Tribunal deve(ria) inscrever-se em uma das *Inns*, únicas instituições autorizadas a formar advogados e requisito para inscrição na Ordem dos Advogados (*Bar*). Os estudos acontecem em conjunto entre os membros dos *Inns* que pretendem atuar posteriormente no foro, mediante atividades, exames e eventos sociais.³²³

A colegialidade do aprendizado mantém-se na profissão. Os advogados atuam em grupos fixos (*chambers*), cujos escritórios ficam nos edifícios dos respectivos *Inns*. Após a aprovação no exame para o *Bar*, o novo advogado realiza uma espécie de estágio em um desses grupos e, após, pode trabalhar em um grupo ou como autônomo. Há, pois, clara homogeneidade na profissão, a qual se torna ainda mais sensível pela ausência de uma rígida divisão entre as profissões da magistratura e da advocacia: os juizes da *High Court* são escolhidos entre os membros da ordem dos advogados. Com efeito, o sistema das tradições comuns e dos conhecimentos pessoais, adquiridos nos *Inns* desde os anos iniciais, permeia todo o sistema judiciário inglês.³²⁴

A unidade jurídica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense explicam por que o direito romano não foi adotado na Grã-Bretanha. Enquanto na Alemanha a divisão dos pequenos Estados tornava indispensável aceitar o direito romano como mínimo denominador comum jurídico, a Grã-Bretanha já possuía o seu direito comum. Nessa linha, costuma-se contrapor o *common law* ao *civil law*, entendendo por este último o direito europeu continental de origem romanística. Após o século XII, com Henrique I e Henrique II, a aplicação do direito foi uniformizada em

³²³ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 325.

³²⁴ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 327.

toda a Grã-Bretanha – exceto na Escócia, onde utilizava o direito romano, e ocorreu por intermédio de juízes itinerantes, que em nome do rei aplicavam a justiça.³²⁵

Assim como a *Civil Law*, a *Common Law* não poderia deixar de ter a lei, a jurisprudência, o costume, dentre outros, como fontes do direito. A diferença essencial está no que vem a ser encarado como fonte primária e fonte secundária do Direito. As fontes primárias na *Common Law* são a jurisprudência (*precedentes*) e os estatutos (*códigos*, leis escritas), embora haja quem sustente que a lei tem caráter “quase secundário”. As fontes secundárias seriam os costumes e a doutrina, bem como a razão e a equidade. Mas, nesta tradição jurídica, a jurisprudência é a mais primária de todas as fontes. Por isso, a *Common Law* também é eventualmente chamada de *case law*, precedentes vinculantes ou *doctrine of stare decisis*.³²⁶

Nessa senda, como fontes primárias que são, os precedentes vinculam as decisões posteriores nos casos semelhantes. Diante dessa vinculatividade, o muitos casos julgados tornam-se *leading cases*, pois, além de serem *precedentes*, pelo seu alto nível de motivação e influência, constituem a primeira de todas as fontes de pesquisa sobre o respectivo assunto. Essa consagração dos precedentes obrigatórios permite que uma regra de Direito seja lembrada pelo nome do caso que primeiro julgou o assunto e guiou a interpretação e aplicação do Direito nos casos semelhantes subsequentes.³²⁷

Em relação às fontes do Direito, pois, deve-se notar a grande diferença que há, para o direito continental e para o direito inglês, entre a função da jurisprudência e da legislação, a sinalizar a regra de direito em cada tradição. A regra de direito continental, mais ligada à teologia moral do que ao processo, é uma regra, evidenciada pela doutrina ou enunciada pelo legislador, apta a dirigir a conduta dos cidadãos, em uma generalidade de casos, sem relação com um litígio particular. Por sua vez, o *common law* é um direito essencialmente jurisprudencial (*case law*), motivo pelo qual suas regras se encontram nas razões de decisões (*ratio decidendi*) das decisões tomadas pelos Tribunais.³²⁸

³²⁵ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 327-329.

³²⁶ VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 134-135 e 137.

³²⁷ VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 135-136.

³²⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 408.

A *legal rule* do direito inglês coloca-se ao nível do caso concreto em razão do qual, e para cuja resolução, ela foi emitida. Os ingleses apenas adotam, verdadeiramente, em particular as regras formuladas pelo legislador, por menor que seja a interpretação que elas eventualmente exijam, quando forem interpretadas no julgamento do caso concreto. A regra do direito inglês é uma regra apta a dar solução a um litígio; não a compreendemos verdadeiramente e não podemos apreciar o seu alcance sem conhecer bem os elementos do litígio, a propósito do qual ela foi afirmada.³²⁹

Nesse sentido, acerca da regra do direito no *common law*, observa-se que, por mais que haja interesse em formular as regras de forma concreta, tão casuística quanto possível, produzindo direito de origem legislativa, o legislador não está colocado na posição dos juízes; as disposições que formula somente serão plenamente assimiladas ao sistema quando forem retomadas, reafirmadas ou reformuladas pelos Tribunais. Daí a dificuldade de recepção, pela *common law*, do sistema codificado da *civil law*, embora países tradicionais de *common law*, como Estados Unidos, tenham entrado na Era dos Estatutos e, assim, tenha crescido substancialmente a produção do direito legislativo. Os códigos promulgados não se torna(ram), *per se*, a base do direito, como ocorre, nos países de *civil law*.³³⁰

É relevante apontar o que a *common law* entende por “lei”. Esta é chamada de estatuto, de onde vem a expressão direito estatutário (*statute law*), ou eventualmente de *Act of Parliament*. Interessante que, apenas após a concreta aplicação do estatuto ou do ato do Parlamento é que, de fato, a lei será chamada também de *common law*, pois a norma é reafirmada e consagrada nas cortes de justiça. Entretanto, embora os juízes tenham competência para interpretar e aplicar e, portanto, dar sentido aos estatutos, estes podem modificar (quicá revogar) o precedente (“*a case has been reversed by statute*”). No entanto, paralelamente a isto, como os estatutos tratam de forma geral e abstrata seus temas, o Direito é desenvolvido na forma de precedentes.³³¹

³²⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 408-409.

³³⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 411-412.

³³¹ VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 136-137 e 139.

A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes e de respeitar os precedentes judiciais (*stare decisis*) é correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial. Contudo, a necessidade de certeza e de segurança não foi sentida sempre no mesmo grau. Apenas a partir do século XIX é que a regra do precedente (*precedente rule*), impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores, rigorosamente se estabeleceu. Antes disso, havia a preocupação de assegurar a coesão da jurisprudência e cada vez mais frequentemente considerava-se o que havia sido julgado anteriormente para a solução dos litígios, mas nunca com rigor de obrigatoriedade. A tendência legalista na França, pela Escola da Exegese (século XIX), contribuiu para que na Inglaterra a regra do precedente se tornasse mais estrita, bem como a criação, pelos *Judicature Acts*, de uma hierarquia judiciária sistemática, e pelo melhoramento da qualidade das compilações jurisprudenciais.³³²

Não se pode olvidar, entretanto, que, ainda nos países da *common law*, a lei tornou-se também instrumento de transformação da sociedade. Isto, certamente, diminuiu o poder de criação dos Tribunais, haja vista a que o direito legislado tomou parte importante entre as fontes do Direito. Mas a legislação não chega ao exame dos fatos e, assim, o direito proveniente de regras gerais pode acabar promovendo muita liberdade de apreciação pelo juiz. O *common law*, já convivendo com um inflado direito legislado, faz com que a lei funcione em conjunto com as diversas definições legais provenientes das soluções judiciais pormenorizadas de casos concretos, atribuindo ao juiz a solução de cada caso particular, a partir da aplicação da regra do precedente.³³³

Não há, na lógica da *common law*, regra de direito distante da realidade, da facticidade. Por exemplo, a regra do direito francês, encontrada em diversos outros países, segundo a qual um comerciante não deve praticar concorrência desleal em detrimento de seus concorrentes não é vista, pela tradição da *common law*, como uma regra de direito propriamente dita, pois considerada uma fórmula vaga. Para que haja uma *legal rule* é necessário que haja o pronunciamento dos Tribunais em casos concretos, nos quais se decide se naquelas circunstâncias há ou não concorrência

³³² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 428.

³³³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 412-413.

desleal, expondo-se o autor da prática à censura do direito. A *legal rule* da *common law* não é dissociável dos elementos da espécie, das circunstâncias de fato, que permitem compreender o alcance da regra. Os fatos se interpenetram na estrutura da regra de direito.³³⁴

O *common law* anglo-americano e o direito europeu continental, o *civil law*, que agora regem a maioria da população mundial, tendem a ser aproximar, pois o *common law* está passando por uma extensão dos *statutes* e das *consolidations* em detrimento do puro *judge made law*, enquanto a jurisprudência tem assumido importância crescente em muitos países da *civil law*. Observe-se, por exemplo, nos países em que se têm Tribunal Constitucional, o direito constitucional tende a se tornar um direito cada vez mais jurisprudencial.³³⁵

Analisadas as origens históricas das tradições da *civil law* e da *common law*, importa, doravante, apresentar o modo-de-fazer-Direito em cada um desses sistemas e sua relação com a criação – ou não – do Direito a partir da decisão judicial e como sedimentou-se o direito legislado e o *case law* nos países, respectivamente, de *civil law* e de *common law*. Dessa forma, serão analisadas as principais características dessas tradições jurídicas para, após, investigar as aproximações estabelecidas a partir do século XX entre *common law* e *civil law*.

3.2.1 Características Essenciais da *Civil Law* e da *Common Law*

Conforme a filiação de um país à tradição da *common law* ou da *civil law*, diversa se apresenta a etiologia do Direito: na primeira, sobressai o precedente, radicado na doutrina *treating like cases alike*; ao passo que na segunda tradição o texto legal é o paradigma fundamental para a aferição das condutas – a lei é a referência valorizativas das condutas. Entretanto, os padrões decisórios são prestigiados, em maior ou menor intensidade, na experiência de vários países, independentemente da filiação a esta ou aquela tradição jurídica. Nesse sentido, o

³³⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 413-414.

³³⁵ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 345.

dado jurisprudencial, isoladamente, não pode bastar como elemento definidor da tradição adotada por determinado país.³³⁶

Os primeiros pilares da *civil law* remontam ao Direito Romano. A mais importante contribuição da época foi a compilação de Justiniano, o *Corpus Iuris Civilis*. No período em que o *Corpus* foi elaborado, o Direito Romano já havia sofrido uma série de alterações; Justiniano pretendeu resgatar o sistema antigo. Ademais, o objetivo do *Corpus* foi resolver conflitos interpretativos produzidos pelos jurisconsultos à luz do Direito da época. Justiniano proibiu que se fizesse quaisquer comentários a respeito do texto do *Corpus* e pretendia que este fosse suficiente para resolver qualquer questão jurídica. A *civil law* nascia em torno da interpretação de uma compilação de regras jurídicas, aliadas a um dos seus maiores dogmas: o de que o juiz aplica a lei sem interpreta-la.³³⁷

A queda do Império Romano do ocidente provocou um afastamento europeu da compilação de Justiniano, mas a partir da recuperação do Mar Mediterrâneo pelos europeus iniciou-se a retomada do interesse pelo Direito Romano, centralizando-se academicamente em Bolonha, no final do século XI. Estudar direito em Bolonha era estudar o *Corpus Iuris Civilis*. Os estudantes bolonheses retornaram para seus respectivos países e lá fundaram outras universidades. Nelas, os ensinamentos dos glosadores, uma das escolas mais proeminentes de estudo do *Corpus*, foram transmitidos a um número cada vez maior de estudantes e o resultado disso foi o retorno do Direito Romano ao centro do debate jurídico europeu. A propagação do *Corpus Iuris Civilis* na Europa continental reforçava ainda mais a força da *civil law*, que se tornara a tradição jurídica mais importante do ocidente.³³⁸

A Revolução Francesa igualmente contribuiu para a construção e sedimentação da *civil law* na Europa continental. O temor de um “governo dos juizes” pairava como uma sombra sobre as reformas francesas pós-revolucionárias, lançando suas matizes sobre o processo de codificação. A ênfase na completa separação dos poderes, com todo o processo Legislativo alocado na legislatura eleita, foi uma forma de assegurar que ao Judiciário seria negado o poder de elaborar (interpretar) o Direito.

³³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 51.

³³⁷ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 24.

³³⁸ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 25-26.

A experiência com as cortes do período pré-revolucionário provocava nos franceses preocupações de que os juízes pudessem ditar o Direito sob o disfarce da interpretação jurídica. Isto fortaleceu a figura dos Códigos, com a promessa de uma legislação completa, coerente e clara. Esse modelo influenciou todos os países que seguiam a tradição jurídica romano-germânica.³³⁹

A partir do século XX, fundamentalmente após as Grandes Guerras, a submissão do Magistrado à legislação não mais era compatível com os desafios enfrentados pelo Poder Judiciário. Em primeiro lugar, a completude de uma legislação é utópica, diante da complexidade da realidade. Interessante que, em paralelo com a própria ideia de completude dos Códigos, ao juiz era dado o poder de completar os espaços deixados pelo legislador em caso de lacunas na lei. Isto, *per se*, já denota uma grave contradição no sistema: o juiz não pode criar, mas apenas aplicar a lei; mas pode “criar” para colmatar lacunas.³⁴⁰

Outro fator que escancara a falibilidade das codificações é a edição paulatina de microssistemas para regulamentar questões jurídicas não abarcadas pelos Códigos. E, mesmo assim, o sistema codificado continuou buscando soluções para manter-se em vigor, incluindo-se, por exemplo, cláusulas abertas, com o objetivo de permitir a interpretação dessas cláusulas pelo juiz. Os Códigos passam a permitir, cada vez mais, interpretação e valoração das regras por parte do Magistrado. Houve, pois, para acompanhar a evolução do Estado de Direito e a incrementação da complexidade social, principalmente pela massificação da sociedade, mecanismos para preservar a vitalidade da codificação, os quais conferiam poderes interpretativos aos juízes, mas sempre com o cuidado de não admitir que o poder que lhes era conferido tinha caráter criativo do direito.³⁴¹

O controle de constitucionalidade das leis vem também para tornar ainda mais complexa a questão. O fato de qualquer juiz ter o poder de negar vigência à lei diante de suposta inconstitucionalidade representa uma fuga ao sistema tradicional em que o Magistrado era obrigado a aplicar as normas sem interpreta-las. O resultado do

³³⁹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 56-57.

³⁴⁰ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 28.

³⁴¹ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 29.

poder de controle de constitucionalidade conferido ao juiz, somado com as cláusulas gerais e previsão expressa de poderes para colmatar lacunas, foi o aumento exponencial do poder dos juizes. A partir daí, a preocupação passou a ser com a insegurança jurídica que esse aumento vertiginoso nos poderes dos juizes causaria.³⁴²

De outra banda, uma característica marcante do *common law*, em sua forma pura, é a ausência de uma compilação básica de leis: não há código. Mas estrutura pura de *common law* não há. A legislação, ainda mais na contemporaneidade, é uma das principais fontes do direito dos países de tradição anglo-saxã. Contudo, a importância dada à lei pela *common law* não é igual àquela conferida pela *civil law*, pois a aplicação final e a produção do direito estão a cargo das cortes.³⁴³

Como já se viu, há íntima relação entre a *rule of law* e o *stare decisis*. Se o critério normativo adotado pelo magistrado ao julgar um caso deve ser levado em conta no julgamento dos casos seguintes, é importante que os magistrado, ao decidir um caso, deixe claro às partes – e ao público – suas razões de decidir, para que as decisões não sejam tomadas a partir de regras de uma pessoa (juiz) aplicadas para as partes de um processo, mas sim a partir de regras de Direito. A questão está em fazer o que o *rule of law* requer e não o que o caso requer; a decisão judicial não é do juiz, é do órgão jurisdicional, da corte da qual ele pertence. Daí a suma importância da regra do precedente no *common law*: os critérios normativos oriundos das decisões judiciais fazem parte do Direito, e devem ser levados em conta nos casos futuros.³⁴⁴

Mas a *common law* nem sempre recorreu aos precedentes como fontes do direito, o que não significa que as decisões não eram levadas em consideração. O precedente, no medievo, não tinha a mesma função do precedente contemporâneo.³⁴⁵ Os juizes ingleses, nas origens da *common law*, não recorriam às decisões anteriores como fontes primárias do Direito. O precedente, no medievo, restava transcrito em um registro chamado pelas cortes judiciais inglesas de *plea roll*, onde restava transcrita a decisão propriamente dita, mas não os fundamentos que levaram à tal conclusão. Não

³⁴² PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 31-32.

³⁴³ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 36.

³⁴⁴ WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. **Michigan Law Review**, [S.l.], v. 111, n. 1, p. 18-20 e 30, 2012.

³⁴⁵ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33-34.

havia como se saber os fatores determinantes da decisão e as argumentações das partes.³⁴⁶

Os tribunais seguiram os precedentes, mas não havia problema – ou proibição – em divergir-se das decisões anteriores, ou seja, precedentes eram tidos como evidências de qual era o Direito e influíam nos advogados, mas nenhum precedente era encarado com carga de *autoridade*. Os precedentes ganharam maior destaque a partir do século XVI e afirmaram-se no século XVII, embora ainda sem *vinculatividade*. Os juízes adotaram paulatinamente a postura de determinar o Direito a partir das decisões anteriores e das razões de decidir – a partir de então registradas nas decisões.³⁴⁷

A *common law* não necessita de precedentes obrigatórios para funcionar. A doutrina do *stare decisis* tomou corpo a partir do século XVIII. A questão é: por que os precedentes migraram da periferia para o cerne da tradição da *common law*? A resposta não está nos benefícios do *stare decisis*. Aliás, por que a *vinculatividade* dos precedentes apenas concretizou-se no *common law* no século XVIII? O que houve para a doutrina do precedente emergir? A resposta, para Neil Duxbury, está, provavelmente, na relação existente entre a autoridade que existe por detrás da decisão e a razão de decidir.³⁴⁸

Para tanto, Duxbury remonta a Hobbes – embora este tenha sido sempre cauteloso acerca da obrigatoriedade dos precedentes, apontando que decisões judiciais são tácitos comandos do soberano, ou seja, o magistrado exerce uma autoridade delegada. E o juiz deve valer-se de uma razão natural de decidir, aquela razão compatível com a que o próprio soberano adotaria se fosse deste a decisão. As decisões judiciais no direito inglês já observavam os precedentes e as razões de decidir, embora ainda não estivesse estabelecida a doutrina do *stare decisis*. A autoridade não era apenas para tomar decisões, mas para proferir razões de decidir e tais razões têm força diretiva.³⁴⁹

Para Hobbes:

³⁴⁶ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 32.

³⁴⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 32-34.

³⁴⁸ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 35 e 48.

³⁴⁹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 48-49.

[...] ‘a interpretação da lei natural é a sentença do juiz constituído pela autoridade soberana para ouvir e determinar as controvérsias que dela dependem, e consiste na aplicação da lei ao caso em questão. Porque, no ato da judicatura, o juiz nada mais faz do que verificar se o pedido de cada uma das partes é compatível com a equidade e a razão natural, sendo sua sentença, portanto, uma interpretação da lei natural. Essa interpretação é autêntica não por ser sua sentença pessoal, mas por ser dada pela autoridade do soberano. Com isso, vem a ser a sentença do soberano, que então se torna lei para as partes em litígio’. E completa: ‘o juiz subordinado deve considerar a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença esteja em conformidade com ela e, neste caso, seja a sentença do soberano; do contrário, será a sua sentença e, portanto, injusta’.³⁵⁰

Hobbes, enquanto teórico do poder absoluto e autor da primeira teoria do Estado moderno, combate a *common law*, afirmando o poder exclusivo do soberano de pôr o Direito, visto que isto é indispensável para assegurar o poder absoluto do Estado. Esse é um dos motivos pelo qual Hobbes poderia ser considerado como um dos precursores do positivismo jurídico. Para ele, por um lado, o Estado possui poder de pôr normas regulamentadoras das relações sociais – em verdade, o Estado teria surgido com esta finalidade. Por outro lado, somente as normas postas pelo Estado são normas jurídicas, pois são as únicas respeitadas graças à coação do Estado. Dessa forma, Hobbes nega a legitimidade da *common law*, pois não poderia sua teoria conviver com um direito preexistente ao Estado e independente deste.³⁵¹

Paralelamente, é importante registrar que, ao longo do tempo, a tradição da *common law* viveu acirrados debates acerca da natureza da decisão judicial, se os juízes, ao decidir, limitavam-se a declarar o direito preexistente (teoria declarativa) e, em outro lado, aqueles para os quais aos juízes era dado o poder de criar o Direito. William Blackstone, partidário da primeira corrente, sustentava que a decisão judicial seria dotada de autoridade e faria parte da *common law*, cabendo aos juízes julgar não conforme seu entendimento privado, mas à luz do direito conhecido e dos costumes da terra³⁵².

³⁵⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D’Angina. Consultor jurídico Théo de Magalhães. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 192 e 196.

³⁵¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 34-35.

³⁵² BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England, in four books**. Filadélfia: J. B. Lippincott Company, 1893. p. 63.

O Direito, para a teoria declaratória, seria formado por um corpo de princípios sobre direitos e deveres que estão implementados apenas parcialmente nos estatutos e nas leis, levados a efeito a partir das decisões judiciais. Assim, os juízes, profissionais dotados de inteligência e experiência prática, têm condições e habilidade para identificar e dar expressão ao Direito. Quer dizer, o Direito é declarado a partir das decisões; são estas que apontam o que é o Direito.³⁵³

De outra banda, conforme aponta Neil MacCormick, Austin e Bentham sustentavam que ao magistrado seria dado criar o direito (*law maker*), pois o Direito não seria apenas revelado na decisão judicial, mas vinha a ser criado. O direito seria, pois, produto da vontade – teoria positivista – e, assim, não seria meramente declarado, mas criado.³⁵⁴ Trata-se, pois, de uma teoria constitutiva da decisão judicial.

Bentham desprezava o ponto de vista de Blackstone, pois acreditava que o *case law* produzido pelos juízes ingleses era fruto de um puro ato de vontade – arbítrio – que poderia ser, segundo ele, explicado através de uma analogia – grosseira – com a forma pela qual um adestrador cria normas a serem obedecidas por cachorros.³⁵⁵ Segundo o próprio Bentham:

[...] São os juízes (como já vimos) que fazem o *common law*. Você sabe como eles o fazem? Do mesmo modo que um homem faz leis para seu cão. Quando o seu cão faz algo que você quer evitar que ele faça, você aguarda até que ele repita, e então lhe bate por isso. Esse é o modo pelo qual você faz leis para o seu cachorro; e esse é o modo pelo qual os juízes fazem leis para mim e para você. Eles não irão dizer de antemão a um homem o que ele deve fazer [...] Eles esperam até que ele tenha feito algo que eles dizem que o homem não deveria ter feito, e então eles o enforcam por isso. De que modo, então, pode qualquer homem tomar ciência dessa *dog-law*? Apenas observando os seus procedimentos: observando em quais casos eles enforcam um homem, em quais casos ele foi mandado para a cadeia, em quais casos eles tomaram suas posses. (grifo do autor).³⁵⁶

Bentham criticava radicalmente o sistema da *common law* pela sua tradição de produção judiciária do Direito. Não convivia bem com a suposta “incerteza” da *common*

³⁵³ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 330.

³⁵⁴ MACCORMICK, Neil. Can stare decisis be abolished? **Juridical Review**, [S.l.], p. 204, 1966.

³⁵⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 73.

³⁵⁶ BENTHAM, Jeremy. **Truth versus Ashhurst** (ou Law as it is, contrasted with what it is said to be). [S.l.], 1792. p. 7. Disponível em: <<http://www.ucl.ac.uk/bentham-project/tools/bentham-textsonline-online/truthvash>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

law, pois, segundo ele, o direito judiciário não satisfazia a exigência fundamental de toda a sociedade: segurança jurídica. Para Bentham, a segurança estava no direito legislativo, pois o autor e a fonte deste seria facilmente estabelecidos; ao passo que não é possível identificar, de forma absoluta, a individualização da fonte do direito judiciário. Bentham refutava a tese de Blackstone – segundo a qual o juiz está vinculado ao precedente – porque não há racionalidade com base na qual o juiz decide se adota ou não um precedente. Criticava, pois, o arbítrio do juiz.³⁵⁷

A relação entre a natureza constitutiva da decisão e o *stare decisis* conduziu a três mitos: o *common law* não existe sem o *stare decisis*; o juiz do *common law*, por criar direito, realiza função diversa do seu colega da *civil law*; e o *stare decisis* é incompatível com a *civil law*. Contudo, a realidade é que o *stare decisis* não é pressuposto para o *common law* e a criação judicial do Direito não constitui requisito para o *stare decisis*. O respeito ao passado é característica da teoria declaratória, sendo que, nesta, a decisão judicial declara o *common law*, não cria Direito; mesmo assim, nada garante que o magistrado esteja obrigado a declarar o passado. De outra parte, nada assegura ao certo que o juiz que cria direito está obrigado a seguir precedentes. Portanto, nenhuma das teorias é capaz de justificar absolutamente o *stare decisis*.³⁵⁸

Ora, não interessa saber qual das teorias – declaratória ou constitutiva – estava certa, pois ambas foram obrigadas a admitir a revogação do precedente cujo conteúdo não pudesse ser reprisado sem gerar injustiça no caso concreto. Tanto os partidários da teoria declaratória, para os quais as decisões das Cortes diziam o que é(ra) o *common law* no caso concreto, como aqueles que adotam a teoria constitutiva, para quem o juiz cria direito, ao justificar a revogação do precedente, estavam ambas as teorias cientes do dever de respeito aos precedentes. Os próprios adeptos da teoria constitutiva admitiam que na revogação havia um *remaking*. Por isso, nenhuma das teorias justifica o *stare decisis* em seu estado absoluto.³⁵⁹

³⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 96-97.

³⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - URPF**, Curitiba, n. 49, p. 14, 2009. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 14 set. 2017.

³⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - URPF**, Curitiba, n. 49, p. 14-15, 2009. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 14 set. 2017.

Aos olhos de juízes da *common law*, como Benjamin Cardozo, seria intolerável a situação se, por exemplo, nos Tribunais de Apelação, a alteração da composição dos julgadores presentes em uma sessão – o que ocorre na medida em que o número de magistrados componentes (do órgão fracionário) da corte é evidentemente superior ao número de magistrados que participam de cada sessão de julgamento – viesse acompanhada da modificação do sentido e no entendimento das decisões tomadas. Mas se os juízes, lamentavelmente, mal interpretarem os costumes dos seus dias, ou se os costumes dos seus dias não são mais os costumes dos dias atuais, eles não devem amarrar as mãos dos seus sucessores. A aderência ao precedente não deve, pois, ser absoluta. As Cortes de Apelação, as Supremas Cortes dos Estados, bem como a Suprema Corte norte-americana, revogam suas decisões quando equivocadas; há uma tendência de subordinar o precedente à justiça e ao Direito – deve haver integridade e coerência na interpretação e aplicação do Direito. Uniformidade e segurança não são excludentes, mas faces da mesma moeda. Dessa forma, a uniformidade (ou coerência) não existe de forma autônoma; não há aderência absoluta ao precedente. A uniformidade (coerência) deve caminhar em conjunto com a segurança (ou integridade). Entre o respeito ao passado e a exaltação do presente está o caminho da resposta correta.³⁶⁰

Com efeito, o respeito aos precedentes, na experiência dos países de *common law*, opera em dupla direção: em uma visão retrospectiva, com reverência ao passado, extraindo-se a razão de decidir (*ratio decidendi*) de casos anteriores para decidir o caso concreto; e em uma visão prospectiva, fornecendo paradigmas para os casos futuros. São as razões de decidir que são impositivas para os casos futuros, e apenas se as circunstâncias fáticas do caso concreto se identificarem ao assemelharem às condições fáticas do caso já decidido. Portanto, a vinculatividade da *ratio decidendi* não opera de forma absoluta e necessária ao caso subsequente; nessa linha, o juiz poderá declinar os motivos pelos quais não aplicará o precedente no caso que tem a decidir, apresentando, por exemplo, a distinção do caso concreto ao caso anterior (*distinguishing*) ou sustentando a superação da tese jurídica firmada no precedente (*overruling*).³⁶¹

³⁶⁰ CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of the judicial process**. Lexington: Feather Trail Press, 2009. p. 53 e 55.

³⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 52-53 e 56.

Nessa linha, se um precedente pode ser revogado, o respeito ao precedente depende da força de suas razões. Assim, não é porque a decisão é chamada de declaração judicial e não de direito, ou se é considerada ou não uma criação do juiz, que ela perderá a autoridade e deixará de merecer respeito.³⁶²

Portanto, a teoria dos precedentes não é co-originária à origem da *common law*, motivo pelo qual a doutrina dos precedentes obrigatórios conhecida como *stare decisis* não pode se confundir e se identificar com a tradição da *common law*, embora há muito a tradição anglo-saxã funcione na forma da vinculação aos precedentes. Nesse sentido, os ideais da *common law*, no que diz respeito ao *stare decisis* não são incompatíveis de forma absoluta com a tradição da *civil law* e, nessa linha, com o sistema jurídico brasileiro. Ao contrário: basta observar a evolução dos mecanismos de obrigatoriedade de determinados padrões decisórios e a necessária igualdade na aplicação do Direito – paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito.³⁶³

A partir das características e natureza das tradições da *civil law* e da *common law*, com suas convergências e assimetrias, o objetivo, adiante, será investigar as aproximações dessas duas tradições no século XX e quais suas perspectivas para o século XXI. Afinal: qual o efeito da sensível interrelação ocorrente entre as tradições da *civil law* e da *common law* nos Estados de Direito nas fontes do Direito na contemporaneidade? É o que se verá a seguir.

3.2.2 As Tradições Jurídicas no Século XX e Perspectivas para o Século XXI

Foi no período da hegemonia positivista que se acentuaram as diferenças entre *civil law* e *common law*. A dicotomia existente “direito codificado” e “direito jurisprudencial”, então absoluta, é um dos resíduos do modo-de-fazer-Direito positivista, que considerava o Direito como um objeto estático a ser analisado e previa para a teoria jurídica apenas uma dimensão analítica e descritiva, cujo método fundamental era um certo conceitualismo com apelo a classificações como Direito positivo/Direito natural, norma válida/norma inválida, ser/dever-ser, norma/proposição

³⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - URPF**, Curitiba, n. 49, p. 16, 2009. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 14 set. 2017.

³⁶³ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 47.

jurídica. Uma análise atenta ao positivismo normativista kelseniano revela, nesse sentido, que esta teoria não está muito distante das bases fundamentais do Realismo Jurídico³⁶⁴, pois ambos compartilham (e aceitam) um forte caráter discricionário nas decisões judiciais, de modo que as diferenças entre as teorias positivistas desenvolvidas no *common law* e na *civil law* são menos radicais do que possam aparentar.³⁶⁵

Observa-se que, no *civil law*, notadamente em países como o Brasil, obscureceu-se – ou se ignorou – o relevante papel que o Constitucionalismo Contemporâneo impôs ao juiz (enquanto Poder Judiciário). A tarefa do juiz da *civil law* está, cada vez mais, aproximando-se ao juiz da *common law*. De nada adianta a lei quando o cidadão não sabe o que esperar dos juízes, pois não há qualquer garantia de segurança e igualdade, princípios basilares do Estado Democrático de Direito. A *civil law* encobriu a necessidade de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões judiciais, desaguando na funesta consequência derivada de decisões diversas para casos que merecem a mesma solução. Esta cegueira não permitiu que se enxergasse a relevância de padrões decisórios obrigatórios na prática jurisdicional pós-positivista.³⁶⁶

A profusão de leis não exclui a necessidade de padrões decisórios obrigatórios na *civil law*. Na *common law* os precedentes conferem estabilidade às decisões judiciais que afirmam o sentido do direito, demonstrando que o sistema de

³⁶⁴ Oliver Holmes, juiz da Suprema Corte americana no início do século XX (até início da década de 1930), tido com um dos precursores do *legal realism* nos Estados Unidos da América, pontua que a vida do Direito se constitui na *experiência*. Para o autor, “as considerações que os juízes mais raramente mencionam, e não sem escusar-se quando o fazem, são a raiz de onde o Direito extrai sua seiva vital: as considerações do que é oportuno para a comunidade afetada. Todo princípio importante, que se desenvolve através da controvérsia judicial, é o resultado de certas considerações de convivência pública, entendidas de forma mais ou menos precisa. Na prática e na tradição, é certo, resultam inconscientemente de nossas preferências instintivas, de nossas convicções não articuladas, mas nem por isso deixam de aludir em última instância, a considerações de conveniência pública. E como o Direito está confiado à administração de pessoas capazes e experimentadas, com demasiado conhecimento para sacrificar o bom senso ao silogismo, o que resulta é que, quando antigas regras se conservam, encontram-se para elas novas razões mais ajustadas ao movimento, com o que, gradualmente, adquirem um novo conteúdo, e, finalmente, uma nova forma, próprios do terreno para o qual foram transplantados. Até o presente, porém, tratou-se quase sempre de um processo inconsciente e este, parece-me, é um motivo da mais alta relevância para indagar-se qual tem sido, na realidade, o verdadeiro curso dos acontecimentos. Quando mais não seja, ao menos para insistir na necessidade de reconhecer-se, de maneira mais consciente, a função legislativa que têm desempenhado os tribunais.” HOLMES, Oliver Wendell. **The common law**. New York: Dover Publications, 2017. p. 35-36.

³⁶⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 95-96.

³⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 52-53 e 58-59.

precedentes é destinado a promover a estabilidade do que é afirmado pelos Tribunais, não importando se esta afirmação se “limita” a “interpretar” ou “declarar” a lei. Não há como supor, pois, que a *civil law* possa ignorar essa situação. A diferença entre o magistrado da *civil law* e da *common law* não está na elasticidade de suas colaborações ou interpretações, mas na importância que eles assumem em cada um dos sistemas e, por consequência, no respeito que lhes é devotado. E, assim, não é equivocado dizer que um dos principais responsáveis pelo traço forte da figura do juiz do *common law* é justamente o *stare decisis*.³⁶⁷

De outra parte, o hodierno sistema da *common law* não se compõe exclusivamente pelos precedentes, mas gradualmente foi abrindo espaço para o Direito “legislado”, os *statutes* – estatutos, códigos. Nos países da *civil law*, a situação é semelhante. Em que pese filiados à família romano-germânica, em que o texto legal seria a fonte do Direito por excelência, o respeito aos padrões decisórios anteriores foi gradativamente valorizado. No Brasil, por exemplo, os padrões decisórios restaram cada vez mais expressivos, emanando carga eficaz cada vez mais expandida, inclusive a partir da criação de mecanismos de unificação dos entendimentos judiciais – desde as súmulas vinculantes, advindas com a Emenda Constitucional 45/2004, até as diversas formas de vinculação e sumarização de demandas a partir de determinados padrões decisórios obrigatórios, instituídos pelo Código de Processo Civil de 2015^{368, 369}.

A clássica dicotomia entre as duas tradições jurídicas da *civil law* e da *common law* está gradualmente sendo superada por outro ambiente, no qual, em que pese haja

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33-34 e 36.

³⁶⁸ Como exemplo, a possibilidade de julgamento de improcedência liminar, em primeiro grau de jurisdição (art. 332, inciso I); a dispensa de reexame necessário em relação à sentença que estiver em conformidade com súmula de Tribunal Superior (art. 496, §4º, inciso I); poderes de julgamento monocrático pelo Relator, nos casos em que o recurso contrarie tese jurídica sumulada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça. Dentre outros mecanismos que serão analisados oportunamente.

³⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 56 e 58. Para Amílcar Araújo Carneiro Júnior, “é um erro supor que nos países cujo sistema é o *common law* a única fonte do direito são os precedentes. Cresce cada vez mais a importância dos chamados *Statutes*, principalmente a partir do século XX. Os Estados Unidos possuem uma Constituição escrita há mais de 200 anos e inúmeras leis, entre elas as *Federal Rules of Civil Procedure*”. CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. Parâmetros do *common law* para a elaboração de um novo sistema: necessidade de uma atitude de vanguarda. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 68.

uma fonte do Direito mais prevalecente – texto legal ou *precedente* –, em ambas as famílias jurídicas tanto existem padrões decisórios obrigatórios aos juízes como há a vinculação dos magistrados à lei, aos estatutos. Com efeito, sem embargo das metodologias diversas empregadas no trato com o Direito, as duas tradições jurídicas se coalizam em torno do ideal comum da segurança jurídica e da isonomia e, assim, em ambos os casos, ainda que com maior ou menor intensidade, elaboram-se leis, códigos, estatutos, mas também se valoriza a adoção de padrões decisórios obrigatórios.³⁷⁰ Há, pois, uma tendência na ruptura do perfil clássico de cada uma dessas tradições.

Na *common law* isto é ainda mais sensível. A legislação sempre ocupou um segundo lugar entre as fontes do Direito (inglês e americano). Mas esta concepção é cada vez mais posta em causa, diante da crescente atividade dos legisladores. A atuação é cada vez mais abundante, notadamente com inspiração social, principalmente nos séculos XIX e XX. Na realidade, a evolução do Estado de Direito, com cariz Social e Democrático de Direito, contribuiu diretamente para isso. Aliás, foi por via legislativa que foram introduzidas profundas reformas na organização dos tribunais e, por consequência, no processo, o que ajudou a fortalecer, nos países da *common law*, a doutrina do *stare decisis*.³⁷¹

Não se conclui, pois, que a *civil law* compõe-se pelos Códigos, enquanto no *common law* seria exatamente o contrário. O *common law* também tem, especialmente nas últimas décadas, intensa produção legislativa e inclusive Códigos. O que efetivamente varia de uma tradição para outra é o significado que se atribui à legislação e a função que o juiz exerce ao considera-la. Ao contrário da tradição da *civil law*, na *common law*, os códigos não têm a pretensão de fechar os espaços interpretativos do juiz; não se preocupam em pré-estabelecer todas as regras para resolver todos os casos futuros; o objetivo jamais seria impedir o juiz de interpretar a lei. A diferença entre as tradições, no que diz respeito aos textos legislativos, está no valor subjacente à legislação.³⁷²

³⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 59.

³⁷¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 215.

³⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - URPF**, Curitiba, n. 49, p. 30, 2009. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 14 set. 2017.

É lugar comum entre os juristas diferenciar as características da *civil law* e da *common law*. Os precedentes tradicionalmente são menos importantes na tradição da *civil law* do que na *common law*, bem como às vezes se perquire se eles são efetivamente uma fonte (primária) do Direito. Mas essa dúvida é cada vez menos relevante, pois, na verdade, os precedentes são importantes em diversos sistemas jurídicos de *civil law*, assim como ocorre com a legislação nos países de *common law*. A tendência de convergência entre essas tradições jurídicas é fato ocorrido ao longo do século XX, embora algumas assimetrias importantes ainda permaneçam.³⁷³

Ambas as tradições, em seus vieses positivistas, acreditam que o Direito é uma criação humana e que as normas individuais que decidem os casos concretos são *criadas* pelos órgãos de aplicação do Direito; ambas enxergam a atividade judicial de forma semelhante. O próprio Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, reconhece que a atividade judicial de criação do direito segue o mesmo tipo de processo intelectual, seja nos sistemas jurídicos de Direito continental ou no *common law*; o que diferencia, na verdade, é a origem das normas gerais que vinculam o processo de tomada de decisão.³⁷⁴ Para Kelsen:

[...] A teoria nascida no terreno da *common law* anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam o Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do Direito legislado da Europa continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito mas apenas aplicam Direito já criado. Esta teoria implica a ideia de que só há normas jurídicas gerais, aquela implica a de que só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam o Direito, a saber – em regra – Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral que já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica. (grifo do autor).³⁷⁵

Portanto, do ponto de vista teórico não há diferença relevante entre o processo de produção da decisão judicial no *civil law* e no *common law*. Para o positivismo jurídico praticado em ambas as tradições, o juiz é metodologicamente livre e sua

³⁷³ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 01-02.

³⁷⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 102.

³⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 283.

atividade consiste em um ato de criação normativa com fundamento nas normas gerais do ordenamento em que a decisão se insere. O Direito judicial forma-se do mesmo modo.³⁷⁶

Para Thomas da Rosa de Bustamante, a convergência entre as duas tradições jurídicas está na “crise de legalidade” que se verifica em inúmeros Estados de Direito que vivem contemporaneamente sob a forma de um Estado Constitucional. Segundo o autor, a questão está no modo de constituir normas jurídicas, com a entrada dos princípios em um sistema até então formado por um conjunto de regras, somado ao crescimento do direito legislado nos países anglo-saxões e dos padrões decisórios obrigatórios nos países de *civil law*, as diferenças entre as duas tradições ficam cada vez menores. Completa Bustamante:

[...] Enquanto a atividade de aplicação do Direito (em sentido amplo) se circunscrevia à interpretação e aplicação de regras jurídicas produzidas pelo legislador ou pela jurisprudência, a diferença entre o *common law* e o *civil law* era mais marcante, porque na maior parte das vezes o juiz continental tinha de buscar normas em fontes legislativas, e o *common lawyer* em precedentes judiciais. Mas quando o Direito passa a ser construído e comunicado por meio de *princípios*, essa diferença recua e praticamente desaparece, pois o processo de concretização de princípios – que envolve a resolução de colisões de direitos fundamentais e a densificação do seu conteúdo por meio de regras adscritas dos princípios em cada caso concreto – é rigorosamente o mesmo nas duas grandes tradições jurídicas ocidentais. (grifo do autor).³⁷⁷

Guido Calabresi aponta, no que diz respeito ao direito americano, uma profunda mudança ocorrida nos últimos cinquenta a oitenta anos, passando de um sistema dominado tão somente pela aplicação do *common law* para um sistema em que os estatutos, produzidos pelo Poder Legislativo, tornaram-se igualmente fonte primária do Direito. O professor de Yale refere-se aos tempos atuais do direito norte-americano como Era dos Estatutos, diante da invasão de leis e códigos provenientes das casas legislativas.³⁷⁸ O Direito praticado tanto em países da *civil law* como em países da *common law* está se aproximando, portanto, seja porque nos países anglo-saxões

³⁷⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 103.

³⁷⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 115-116.

³⁷⁸ CALABRESI, Guido. **A common law for the age of statutes**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1999. p. 01.

houve, a partir do século XX, a invasão dos *statutes*, seja porque nos países de *civil law* os padrões decisórios, paulatinamente, estão mais valorizados.

A bifurcação entre as tradições jurídicas da *civil law* e da *common law*, portanto, deve ser vista com o devido temperamento, diante da utilidade e efetividade que a experiência de uma tradição pode contribuir com a outra. Nesse andar, é notório o crescimento da eficácia dos padrões decisórios no modo-de-fazer-Direito no Brasil, especialmente em relação à jurisprudência dominante ou sumulada. De outro lado, nos países radicados na tradição do *precedente* cada vez mais se avultam espaços ocupados pelo Direito legislado. Há uma rota de aproximação das duas famílias jurídicas. Não se pode afirmar mais, pois, que no *common law* o precedente tenha reino absoluto e nem que na *civil law* o texto legal seja soberano – o parâmetro valorativo das condutas é tomado em termos de predominância e não de exclusividade, pois em muitos países já há convivência entre princípios, institutos e técnicas que revelam assim do *civil law* como do *common law*.³⁷⁹

Sendo, então, *civil law* e *common law* tradições jurídicas, construídas culturalmente a partir da compreensão que as sociedades têm acerca do Direito e de seu perfil em cada Estado de Direito, é isto que deve ser levado em conta para se verificar se o Direito brasileiro, historicamente filiado à tradição da *civil law*, de alguma maneira migrou para o *common law* ou se tornou-se um sistema “híbrido”. Ora, não é o mero fato de um ordenamento jurídico adotar institutos normalmente encontrados em uma determinada tradição jurídica que o faz integrar essa “família”, saindo daquela de onde sempre pertenceu.³⁸⁰

Não obstante a influência dos ordenamentos jurídicos da Europa continental e sua evidente inserção na tradição jurídica da *civil law*, o Direito brasileiro tem adotado técnicas de padronização decisórias, mas que não o fazem mudar de “família”. Aliás, importa ressaltar que os padrões decisórios obrigatórios, no Brasil, precisa(ram) de disposição legal – ou Constitucional – expressa para ter eficácia vinculante, diversamente do que ocorre nos países de tradição da *common law*. O que houve, pois, foi uma influência horizontal da *common law* no sistema jurídico brasileiro.³⁸¹

³⁷⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 73, 75 e 77.

³⁸⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 53-54 e 56.

³⁸¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 58 e 60.

Registre-se, pois, que o “processo hermenêutico” que ocorre na interpretação e aplicação de um padrão decisório é o mesmo em qualquer uma das tradições jurídicas, seja *civil law*, seja *common law*. Em razão disso, se o modo de raciocínio é o mesmo na atividade de interpretação e aplicação do Direito, em ambas as tradições em seus vieses positivistas, a interpretação e aplicação do Direito – e dos padrões decisórios obrigatórios – deve ser também a mesma, no paradigma do Estado Democrático de Direito e em tempos de pós-positivismo, tanto na *common law* como na *civil law*.³⁸²

Diante dessas circunstâncias, e mantendo-se o Direito brasileiro inserido na tradição da *civil law* (inobstante o emprego de padrões decisórios obrigatórios), é necessário, doravante, examinar como se legitima a aplicação dos padrões decisórios – e, afinal, como se interpreta e aplica o Direito, pelas decisões judiciais. E, embora se reconheça diferenças entre as tradições da *civil law* e da *common law*, as bases para a compreensão do Direito são as mesmas em qualquer dessas tradições jurídicas, o que legitima a adoção da obra de Dworkin, tradicionalmente filiado à *common law*, como marco teórico para compreensão do fenômeno jurídico, ainda que em um país tradicionalmente vinculado à *civil law*.³⁸³

Nessa senda, é momento, pois, de demonstrar que o Direito, em qualquer das tradições jurídicas (seja na *civil law*, seja na *common law*), é um conceito interpretativo, a partir da teoria da decisão de Roland Dworkin, com os aportes da hermenêutica heideggeriana-gadameriana. O objetivo, a seguir, é demonstrar que o Direito é fruto de uma *atitude interpretativa*.

3.3 O Direito como Prática Interpretativa

Dworkin chama de proposições jurídicas todas as diversas afirmações e alegações que os juristas fazem acerca daquilo que a lei permite, proíbe ou autoriza. Essas proposições podem ser gerais, mais particulares ou mais concretas. Juristas e juízes, bem como pessoas em geral, pressupõe que pelo menos algumas das proposições jurídicas podem ser verdadeiras ou falsas. Os advogados falam sobre

³⁸² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 93 e 114.

³⁸³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 60 e 62.

aquilo que a lei “diz” ou, se a lei é “muda”, sobre essa ou aquela situação; mas são apenas questões retóricas.³⁸⁴

O direito é um fenômeno social, mas sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de outros fenômenos sociais, a prática no direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela exige depende da verdade de certas proposições jurídicas que só adquirem sentido no âmbito da própria prática, que consiste, em grande parte, em discutir as proposições e argumentar sobre elas. As discussões acerca do que o direito permite ou proíbe é descoberta mediante a observação de como os interessados fundamentam e defendem suas reivindicações.³⁸⁵ Nas palavras do próprio Dworkin, o agulhão semântico:

[...] Chamarei de agulhão semântico o argumento que descrevi há pouco, e que tem causado tantos problemas à filosofia do direito. Suas vítimas são as pessoas que têm uma certa imagem do que é a divergência e de quando ela é possível. Elas pensam que podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses. Eu e você só poderemos discutir sensatamente quantos livros tenho em minha estante, por exemplo, se ambos estivermos de acordo, pelo menos em linhas gerais, quanto ao que é um livro. Podemos divergir sobre os casos limítrofes: posso chamar de livrinho aquilo que para você seria um panfleto. Mas não podemos divergir sobre aquilo que chamei de casos centrais. Se para você meu exemplar de *Moby Dick* não é um livro, pois em sua opinião romances não são livros, qualquer divergência será necessariamente absurda. Se essa imagem simples das circunstâncias em que a verdadeira divergência é possível esgota todas as possibilidades, ela deve aplicar-se aos conceitos jurídicos, inclusive ao conceito de direito. É então que se coloca o dilema que exponho a seguir. Ou os advogados, apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é o direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som. O segundo termo desse dilema parece absurdo. Portanto, os filósofos do direito adotam o primeiro e tentam identificar as regras fundamentais ocultas que *devem* estar contidas, mas não reconhecidas, na prática jurídica. Eles produzem e discutem as teorias semânticas do direito. Infelizmente para essas teorias, a imagem do que torna a divergência possível ajusta-se mal aos tipos de divergência que os advogados

³⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 6-7.

³⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 17.

realmente têm. Ela é coerente quando advogados e juízes divergem sobre fatos históricos ou sociais, sobre que palavras devem ser encontradas no texto de uma lei, ou quais eram os fatos em uma decisão judicial anterior. Em direito, porém, grande parte dessas divergências é teórica, não empírica. Os filósofos do direito em cuja opinião devem existir regras comuns tentam subestimar a divergência teórica por meio de explicações. Dizem que os advogados e juízes apenas fingem, ou que só divergem porque o caso que têm em mãos se situa numa zona cinzenta ou periférica das regras comuns. Em ambos os casos (dizem eles), o melhor a fazer é ignorar os termos usados pelos juízes e trata-los como se divergissem quanto à fidelidade ou reforma do direito, e não quanto ao direito. Aí está o agulhão: estamos marcados como seu alvo por uma imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência. [...]. (grifo do autor).³⁸⁶

A tarefa da teoria analítica do direito, de molde positivista, é explicar o significado do conceito de Direito, estabelecendo o que é e o que não é Direito, a partir da elaboração de uma teoria puramente descritiva. Por esse prisma, o significado de um conceito é definido em função da extensão do conceito, ou seja, do conjunto de coisas, fatos e práticas que estão inseridos no “campo semântico” do conceito em questão. O problema, para Dworkin, é que essa espécie de semântica criterial não é capaz de explicar adequadamente os desacordos teóricos, sendo o positivismo, pois, vítima do agulhão semântico. Os conceitos criteriosais de Direito podem ser adequados para definir determinados tipos de conceitos, como os conceitos naturais de livro, casa, veículo, mas são lógico-gramaticalmente inadequados para descrever conceitos interpretativos, como Direito, cortesia ou justiça.³⁸⁷

Para explicar o fenômeno jurídico, em busca de um conceito do Direito, Dworkin propõe uma posição intermediária entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo. De alguma forma, a visão de Dworkin pode ser vista como uma resposta aos defeitos que ele visualiza no positivismo jurídico (ou convencionalismo) e no jusnaturalismo, pois estas posturas metodológicas cometeriam o erro de definir a prática jurídica a partir do nível semântico da atividade linguística. Para Dworkin, tanto a justificação de valores morais objetivos quanto a reconstrução do conceito de direito não podem ser pautadas em fatos naturais e nem mesmo pode depender de elementos puramente semânticos ou metafísicos. Isto porque a compreensão de tais elementos exigiria uma atitude meramente descritiva, com pretensão de neutralidade, tarefa inviável para o

³⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 55-56.

³⁸⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 180-181 e 183-184.

Direito, haja vista pois uma ação descritiva desprezaria a dimensão avaliativa e construtiva que o intérprete exerce quando da realização do fenômeno prático-jurídico. Este dilema crítico é denominado por Dworkin de *agulhão semântico*, e a forma com a qual o referido autor entende idônea a superar os defeitos das posturas positivista e jusnaturalista – caracterizadas como semânticas – seria por meio de uma atitude interpretativa, sendo, portanto, o fenômeno jurídico um conceito necessariamente interpretativo.³⁸⁸

Portanto, nas duas teorias semânticas referidas linhas acima a fundamentação do Direito pressuporia conceitos jurídicos estanques que teriam um vínculo necessário com fatos justificadores de sua aplicação, os quais, supostamente, não dependeriam de um processo construtivo de interpretação para que fosse viável a sua aplicação aos casos. Nessa linha de raciocínio, a dimensão mais relevante para a compreensão do Direito não seria a de analisar proposições que descreveriam determinados estados de coisas que justificariam a aplicação de regras a casos, mas exigiria uma leitura contextual da narrativa dentro da qual o Direito é interpretado e aplicado, de modo não apenas histórico e retrospectivo, mas também prospectivo, contínuo e criativo da realidade jurídica. Em virtude disso, um conceito interpretativo do Direito assumiria uma perspectiva crítica e construtiva dos significados de uma determinada prática social, a qual buscaria identificar e reconstruir os valores e as finalidade que melhor justificam essa prática.³⁸⁹

O resgate da melhor interpretação possível, para Dworkin, é definido por meio de um critério, qual seja, da integridade na interpretação do significado de um texto jurídico. A ideia da integridade se manifesta por meio de dois princípios políticos, um regulador da atividade legislativa e outro regulador da atividade jurisdicional. O ideal da integridade é a busca por uma coerência no que diz respeito à formulação e à aplicação de proposições jurídicas, tendo em vista um conjunto de princípios morais que está, implicitamente, em vigor em uma comunidade política.³⁹⁰

Dworkin aponta, com efeito, dois princípios relativos ao estabelecimento da integridade, um deles na legislação e outro na atividade jurisdicional. A integridade na

³⁸⁸ FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 254-256.

³⁸⁹ FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 258-259.

³⁹⁰ FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 268.

legislação restringe aquilo que os legisladores podem corretamente fazer ao expandir ou alterar os textos legais. Já a integridade na deliberação judicial requer que, até onde seja possível, os juízes tratem o sistema de normas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, nessa senda, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas.³⁹¹

Nesse sentido, em um Estado Democrático, os juízes não podem ter discricionariedade para decidir. E, a partir da aproximação de Gadamer com Dworkin, igualmente abordada no capítulo primeiro deste trabalho, a questão da validade reside na circunstância de que não se pode simplesmente confundir essa validade com uma espécie de imposição ontológica (no sentido clássico) nas questões com que se ocupam determinados campos do conhecimento científico, da mesma forma que não se deve pensar a validade como uma cadeia causal sucessiva que tornaria verdadeiro um determinado conjunto de proposições jurídicas. A validade, então, é o resultado de determinados processos de argumentação em que se confrontam razões e se reconhece a autoridade de um argumento.³⁹²

Reforça-se, pois, que a validade está no *argumento*. O positivismo fracassa no seu projeto teórico justamente porque não consegue explicar esse elemento central da prática jurídica, isto é, a existência de desacordos teóricos relevantes para as práticas jurídicas. Desacordos fazem parte do dia a dia da prática jurisdicional e os fundamentos e as razões que utilizam em controvérsias em favor de um ou outro ponto de vista acerca da questão jurídica posta são os critérios de verdade que embasam as pretensões de correção das proposições e os argumentos utilizados.³⁹³

De suma importância se mostra, nesse momento, e diante da necessária discussão acerca do conceito de Direito e de validade, principalmente à luz do que se espera das decisões judiciais em um Estado Democrático de Direito, apresentar o conceito de Direito como prática interpretativa. Iniciar-se-á abordando a necessária superação do método positivista de interpretação do Direito para, em seguida, tratar

³⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 261-262.

³⁹² STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³⁹³ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 184.

da imbricação da teoria da decisão de Dworkin com a hermenêutica gadameriana-heideggeriana.

3.3.1 Do Xadrez à Cortesia: superação do método positivista de interpretação do Direito

As decisões judiciais não visam a afirmar o que o Direito deveria ser idealmente, mas antes o que o Direito corretamente interpretado diz a respeito das pretensões jurídicas das partes. Uma interpretação dos princípios tal como funcionam na prática judicial deve reconhecer que os princípios não são meros guias para o exercício de uma atividade discricionária, nem são vinculantes em razão de seu *pedigree* de autoridade. O positivismo jurídico fracassa justamente por não reconhecer esse aspecto dos princípios. A prática argumentativa com os princípios constitui-se em relevante dimensão do Direito, desconsiderada pelo positivismo, não resumindo-se o Direito a um sistema de regras. Os advogados e juízes, ao postularem um direito ou decidirem uma causa, não visam apenas produzir argumentação razoável, mas produzir um argumento correto segundo o Direito.³⁹⁴

Deve, pois, ser abandonada a tese das fontes puramente sociais do Direito, o que não significa que o Direito não tem fonte social, mas a tese, tal como formulada pelos positivistas, é incapaz de captar a dimensão da prática argumentativa do Direito. Segundo a *tese das fontes sociais do Direito*, denominada por Dworkin de *tese do pedigree*, o fundamento de validade das normas jurídicas reporta-se a uma questão de fato.³⁹⁵ Como aponta Hart:

[...] Num sistema jurídico amadurecido, onde há um sistema de normas que inclui uma norma de reconhecimento (de tal modo que o *status* de uma norma qualquer como elemento do sistema depende agora de saber se ela atende a certos critérios oferecidos pela norma de reconhecimento), isso traz consigo uma nova acepção da palavra 'existir'. A afirmação de que uma norma existe pode agora não ser mais o que era no exemplo simples das normas consuetudinárias – um enunciado externo do *fato* de que o tipo de comportamento é geralmente aceito como um comportamento-padrão. Pode constituir agora um enunciado interno, que aplica uma norma de reconhecimento aceita mas não explícita, e que não significa (grosso modo) nada além de 'válida segundo os critérios de validade do sistema'. Nesse aspecto, entretanto, como em

³⁹⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 165.

³⁹⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 160 e 165.

outros, a norma de reconhecimento é diferente das outras normas do sistema. A afirmação de que existe só pode ser um enunciado factual externo. Pois, enquanto uma norma subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, existir, mesmo que seja geralmente desrespeitada, a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por preferência a certos critérios. A sua existência é uma questão de fato.³⁹⁶

Nessa linha, qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento, seja o precedente ou a legislação, esses padrões, por muito facilmente que funcionem na maioria dos casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida. Nesses casos, em que há *textura aberta*, a discricionariedade que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a norma for aplicada, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha.³⁹⁷

Para Hart, assim, a validade de uma regra é estabelecida por sua relação com outra norma, independentemente do seu conteúdo. Neste ponto está a crítica de Dworkin: a regra de reconhecimento, que funciona como um padrão unificador e garantidor da identidade jurídica, não é ela mesma validada, mas aceita como um fato social. Nesse sentido, para esta tese, a aceitação da regra de reconhecimento e das instituições que constituem o Direito independe dos méritos morais e valorativos, sendo o Direito de uma comunidade, neste prisma, constituído por um conjunto de

³⁹⁶ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 141-142.

³⁹⁷ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 165-166. Prossegue o autor (p. 167) assumindo expressamente a discricionariedade, sustentando que “os legisladores humanos não podem ter conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer. Essa imprevisibilidade traz consigo uma relativa imprecisão dos objetivos. Quando nos atrevemos a formular alguma norma geral de conduta (por exemplo, a norma segundo a qual nenhum veículo pode entrar no parque), a linguagem usada nesse contexto fixa condições necessárias a que qualquer coisa deve atender para estar incluída na norma, e certos exemplos claros daquilo que certamente atende a essa condição podem estar presentes em nossas mentes. Trata-se de casos claros, paradigmáticos (o automóvel, o ônibus, a motocicleta), e nosso objetivo ao legislar é, até esse ponto, preciso, pois fizemos determinada escolha.” Mais adiante (p. 167-168), aponta que “quando o caso imprevisto vier efetivamente a ocorrer, confrontaremos o problema em pauta e então poderemos resolvê-lo escolhendo entre os interesses conflitantes da forma que melhor nos satisfizer. Ao fazê-lo, teremos tornado nosso objetivo inicial mais preciso; e teremos, ainda, incidentalmente, solucionado uma questão relativa ao sentido de um termo genérico para os efeitos dessa norma.”

standards reconhecidos como válidos exclusivamente em função de sua origem em uma autoridade, tendo as normas jurídicas, portanto, sua validade garantida exclusivamente em razão de seu *pedigree*.³⁹⁸

Nesse sentido, aponta Dworkin:

[...] O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como 'regras morais') que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público. (grifo do autor).³⁹⁹

Mais adiante, Dworkin sustenta que Hart:

[...] Afirmava que os verdadeiros fundamentos do direito encontravam-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra-mestra fundamental (que ele chamou de 'regra de reconhecimento') que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar leis. Assim, as proposições jurídicas não são verdadeiras apenas em virtude da autoridade de pessoas que costumam ser obedecidas, mas, fundamentalmente, em virtude de convenções sociais que representam a aceitação, pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas.⁴⁰⁰

Inserido no paradigma positivista, não se percebe que a ligação com a filosofia (processo de compreensão sustentado no esquema sujeito-objeto, que mutila a interpretação do Direito) se dá no fato de que o Direito, entendido como conjunto de regras, procura(va), a partir de uma metodologia fulcrada no método, abarcar a realidade onticamente, possibilitando que, de forma casuísta-objetivista, “desse conta” de suas complexidades a partir da adjudicação de teorias acerca de como devem proceder os intérpretes quando colocados em face dos “casos difíceis”. A inserção da

³⁹⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 160.

³⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 27-28.

⁴⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42.

faticidade se dá por meio de um Direito produzido democraticamente, com ênfase em princípios com DNA constitucional (aqui é relevante lembrar da co-originariedade entre Direito e Moral), que, para além do causalismo-explicativo de caráter ôntico, vai fixar as pretensões e perspectivas de transformação no campo do acontecer de caráter ontológico. Dworkin não faz cisão entre interpretar e aplicar, e tampouco admite dedutivismos. A tese dworkiniana deve ser lida a partir da superação da discricionariedade positivista justamente através dos princípios.⁴⁰¹

De outra parte, o positivismo metodológico estabelece que a tarefa da teoria do Direito é descrever o Direito independentemente de qualquer tipo de consideração valorativa ou moral, quer dizer, a teoria do direito teria caráter descritivo. Dworkin caracteriza o positivismo de Hart com base em outras duas postulações básicas defendidas em “O conceito de direito”. A primeira é a tese da obrigação, que afirma que temos uma obrigação de fazer algo quando existe uma regra jurídica que assim determine; e a segunda é a tese da discricionariedade, aplicada nos casos de vagueza ou indeterminação, os juízes agem discricionariamente, ou seja, não segundo uma regra jurídica, mas criando uma nova regra jurídica. Nesses casos, a decisão do juiz, por não ter conteúdo determinado por uma regra, não está certa ou errada, do ponto de vista jurídico.⁴⁰²

Hart sinaliza que há pontos em que o Direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, nessas circunstâncias, deve o magistrado exercer seu poder de criação do Direito, devendo agir como o legislador agiria, decidindo conforme suas próprias crenças e valores⁴⁰³. Essa tese constitui o

⁴⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 302-306.

⁴⁰² MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161.

⁴⁰³ Como aponta Hart, “a interpretação que apresento neste livro é a de que as normas e os princípios jurídicos, identificados em termos gerais pelos critérios oferecidos pela norma de reconhecimento, muitas vezes têm o que costumo chamar de ‘textura aberta’. Assim, quando se quer saber se certa norma se aplica a um caso específico, a lei não oferece resposta em nenhum dos dois sentidos, mostrando-se, portanto, parcialmente indeterminada. Esses não são simples ‘casos difíceis’, casos polêmicos no sentido de que juristas sensatos e bem-informados podem discordar sobre qual a resposta juridicamente correta; o direito é, nesses casos, fundamentalmente *incompleto*: não oferece *nenhuma* resposta aos problemas em pauta. Estes não são regulamentados juridicamente; e, para chegarem a uma decisão em tais casos, os tribunais precisam exercer a função legislativa limitada que denomino ‘discricionariedade’”. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 326.

positivismo de Hart em um *sistema de regras* o que, segundo Dworkin, causa um enorme custo teórico, pois desconsidera a natureza argumentativa e interpretativa do Direito e a natureza moral da argumentação jurídica.⁴⁰⁴

Com efeito, a descrição do Direito como um sistema de regras, como um padrão de avaliação de condutas que segue a lógica do “tudo ou nada”, obnubila a natureza moral da complexidade da linguagem jurídica e da justificação argumentativa dos princípios. O *point* moral do Direito fica particularmente evidenciado nos princípios, ao passo que o sistema de regras não captura a dimensão interpretativa do raciocínio jurídico. Por isso, Dworkin descarta a metáfora do jogo de xadrez – estabelecida por Hart, em face da simplificação que tal metáfora apresenta para a compreensão do fenômeno do Direito, pois o “jogo jurídico” segue um “jogo de linguagem” cuja gramática difere significativamente daquela do xadrez. A linguagem dos princípios exige prática argumentativa e atitude interpretativa.⁴⁰⁵

A metáfora do jogo de xadrez é, pois, enganosa para se pensar acerca do conceito de Direito. O jogo de xadrez é passível de um acordo convencional típico com respeito às suas regras, mas no jogo da linguagem do Direito, o desacordo constitui-se uma de suas situações típicas, e uma das razões disso reside no fato de que nela há desacordos interpretativos, sobre conceitos interpretativos que requerem justificação. A existência de uma controvérsia seria, por definição, a inexistência de uma convenção.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161-162.

⁴⁰⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162-164.

⁴⁰⁶ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 176. No *Realismo Jurídico*, Alf Ross também apresenta a metáfora do jogo de xadrez, dialogando, de certa forma, com o pensamento do positivismo de Hart. Ross propõe o exemplo de dois jogadores de xadrez e um terceiro que os observa. Se o observador não conhece as regras do jogo, não pode compreender os movimentos realizados pelos dois jogadores. Estes parecem possuir um caráter arbitrário e desconexo. Por outro lado, se o observador conhece as regras, ele compreende os movimentos como ações previstas pelas regras. Os movimentos passam a ter um sentido para o observador, que pode, então, afirmar que os “compreende”. As regras jurídicas são uma espécie de diretivas, na medida em que visam dirigir o comportamento dos homens para agir do modo indicado. O jogo de xadrez não pode ser compreendido sem o recurso às regras, pois o deslocamento dos objetos de um lado a outro em um tabuleiro só pode ser interpretado como um “movimento do jogo de xadrez” com o auxílio das regras de xadrez. Importa reconhecer, pois, que a compreensão a que se refere Ross é um tipo distinto da compreensão causal, na medida em que não se tratam de leis de causalidade, os movimentos não se encontram em uma relação causal. A conexão é de significado e o conjunto dos significados composto pelo fenômeno social que é o jogo de xadrez pressupõe, portanto, as regras do xadrez. Mas uma regra não se confunde com sua validade. Uma regra pode existir no manual de regras mas não existir “de fato”. Somente esta última é válida. O fenômeno do “jogo de

Nessas circunstâncias, Dworkin apresenta um novo modelo para o Direito: o Direito como prática interpretativa. Como se viu, Dworkin entende que o convencionalismo e o *aguilhão semântico* são dois elementos centrais do fracasso metodológico do positivismo jurídico. Por isso, Dworkin sustenta que a analogia entre o Direito e o jogo de xadrez não é útil ou esclarecedora para a teoria do Direito, na medida em que o Direito não é um “modelo de regras”. O xadrez, ao contrário do Direito, não envolve controvérsias sobre conceitos interpretativos. É por isso que a analogia de Dworkin, para explicar o argumento jurídico, envolve uma prática social interpretativa: a prática da cortesia.⁴⁰⁷

Os membros de uma comunidade seguem um conjunto de “regras de cortesia”, aplicando-as em determinadas situações sociais. Por um tempo, as regras estão ali e são respeitadas; mas, em seguida, talvez lentamente, isso muda. Os membros da comunidade desenvolvem uma complexa atitude interpretativa com relação às regras de cortesia, desenvolvendo uma ação com dois componentes. O primeiro é o pressuposto de que a prática da cortesia não apenas existe, mas tem um valor, serve para algum interesse ou propósito, ou reforça algum princípio que pode ser afirmado, independentemente da mera descrição das regras que constituem a prática. O segundo é o pressuposto de que as exigências de cortesia – o comportamento que ela evoca ou os juízos que ela autoriza – não são, necessariamente, aquilo que sempre se imaginou que fossem, mas suscetíveis a sua finalidade, de modo que as regras estritas devem ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade.⁴⁰⁸

Essa atitude demonstra que a cortesia não é mecânica; as pessoas impõem um significado à instituição da cortesia, com o objetivo de vê-la em sua melhor luz, e, em seguida, reestruturam-na a partir desse significado. Os dois componentes dessa atitude interpretativa são independentes um do outro; é possível adotar o primeiro com relação a alguma instituição sem que seja necessário adotar o segundo. É o que

xadrez” e suas normas não são independentes mutuamente, como se cada uma tivesse sua realidade. A regra de xadrez é válida quando ela, enquanto conteúdo ideal de natureza diretiva, é utilizada e sentida como socialmente obrigatória pelos jogadores, podendo ser empregada, com sucesso, como um esquema de interpretação do fenômeno “jogo de xadrez”. Os fenômenos do xadrez e suas regras são interdependentes, não há ação em si mesma, só enquanto interpretada por meio de uma regra de xadrez é que a ação se torna um “movimento de xadrez”. ROSS, Alf. **On law and justice**. Clark: The Lawbook Exchange, 2004. p. 11-13.

⁴⁰⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 197-203.

⁴⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Guildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 57-58.

ocorre nos casos de jogos e competições. Recorre-se à finalidade dessas práticas ao discutirem-se a possibilidade de alterar suas regras, mas não aquilo que elas são no momento; isso é determinado pela história e pela convenção. Portanto, a interpretação desempenha apenas um papel exterior nos jogos e competições. Mas em conceitos interpretativos, como na fábula da cortesia, as pessoas da comunidade devem adotar o segundo componente dessa atitude, em conjunto com o primeiro: a interpretação decide não apenas porque a cortesia existe, mas também o que, devidamente compreendida, ela agora requer, pois valor e conteúdo se confundem.⁴⁰⁹

O conceito de cortesia, portanto, e tal como o conceito de Direito, é interpretativo, construído intersubjetivamente. A resposta acerca de qual é a “melhor concepção de cortesia em determinada situação não pode ser proveniente de um acordo convencional, visto que os próprios critérios do que constitui-se essa “melhor interpretação também envolvem questões interpretativas. O traço distintivo da prática social de cortesia, em relação ao jogo de xadrez, é que na primeira há uma prática reflexiva avaliativa sobre um valor, o que não existe no caso do xadrez. Neste, as regras são constituídas por *standards* comuns de comportamento; já na cortesia os padrões comuns de comportamento são relevantes, mas insuficientes para descrever um conceito interpretativo.⁴¹⁰

Assim, o conceito de Direito é, definitivamente, mais largo que um “modelo de regras”. O texto é algo mais que o título de um campo de objetos da investigação literária. A interpretação é muito mais que a técnica de exposição científica de textos. No momento em que o mundo intermediário da linguagem se apresenta à consciência filosófica em sua significação predeterminante, a interpretação foi obrigada a ocupar também na filosofia uma espécie de posição-chave. Mas, registre-se: a interpretação não é um recurso complementar do conhecimento; ela constitui a estrutura originária do “ser-no-mundo”. Com efeito, o conceito de texto só se constitui em um conceito central na estrutura da linguagem a partir do conceito de interpretação, ou seja, o que caracteriza o conceito de texto é que somente se apresenta à compreensão no

⁴⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 58.

⁴¹⁰ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 205-207.

contexto da interpretação e aparece como uma realidade dada à luz da interpretação.⁴¹¹

Evidentemente, o caso concreto em uma situação jurídica não é um enunciado teórico, mas sim uma resolução de coisas pelas palavras. Nesse andar, a aplicação da lei pressupõe sempre uma interpretação correta. Por isso, toda aplicação de uma lei ultrapassa a mera compreensão do seu sentido jurídico e cria uma nova realidade e, assim, a aplicação da lei a um caso particular implica um ato interpretativo. Compreender algo é mais do que um procedimento metodológico para descobrir um sentido determinado.⁴¹²

A compreensão e a interpretação não aparecem apenas em manifestações da vida fixadas por escrito, mas atingem o relacionamento geral dos seres humanos entre si e com o mundo. É por isso que o círculo hermenêutico sugere a estrutura de um ser no mundo, superando a divisão entre sujeito e objeto na analítica transcendental da pre-sença. Quem sabe usar uma ferramenta, por exemplo, não a transforma em objeto, mas trabalha com ela. Assim também o compreender: permite à pre-sença conhecer-se em seu ser e em seu mundo; não é uma conduta relacionada com determinados objetos de conhecimento, mas seu próprio ser no mundo. O que caracteriza a experiência histórica é se encontrar o intérprete em um acontecer sem saber como isso acontece, e somente na reflexão se dá conta do que aconteceu. Assim, a história deve ser reescrita a partir de cada presente.⁴¹³

Neste ponto, relevante gizar, com Gadamer⁴¹⁴, o caráter dialogal da linguagem, que ultrapassa o ponto de partida da subjetividade do sujeito:

[...] O que se manifesta na linguagem não é a mera fixação de um sentido pretendido, mas um intento em constante mudança ou, mais precisamente, uma tentativa reiterada de deixar-se tomar por algo e com alguém. Mas isto significa expor-se. A linguagem está longe de ser uma mera explicitação e credenciamento de nossos preconceitos.

⁴¹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 389 e 391-392.

⁴¹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 359-360 e 387.

⁴¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 381-382 e 384.

⁴¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 387.

Ela os coloca, antes, em jogo, os expõe à própria dúvida e à contraposição do outro. Quem já não fez a experiência – sobretudo frente ao outro, a quem queremos convencer – da facilidade com que alguém expressa suas razões, sobretudo as razões contrárias à do outro? A mera presença do outro, mesmo que ele nada diga, ajuda a revelar e desfazer a própria clausura e estreitamento. A experiência dialogal produzida aqui não se limita à esfera das razões de uma e de outra parte, cujo intercâmbio e coincidência podem definir o sentido de todo debate. Há algo mais, como mostram as experiências descritas; um potencial de alteridade, por assim dizer, que está além de todo consenso comum.

O intérprete deve fazer com que o texto escrito fale novamente. Ora, um texto não é um objeto dado, mas uma fase na realização de um processo de entendimento. O recurso ao texto está sempre justificado para quem busca o Direito – as partes – como para quem dita o direito – o tribunal. Sempre que o intérprete precisa aplicar o texto, surge o “jogo da interpretação”. O texto reserva, pois, um espaço de jogo para uma concretização razoável, concretização que a interpretação deve proporcionar para uma aplicação prática.⁴¹⁵

Com efeito, não é apenas a ação de agir com cortesia e seus respectivos casos paradigmáticos – dos quais se extraem as regras de cortesia – que devem ser considerados na prática argumentativa. A própria atividade de argumentar e de desafiar argumentos e avaliações acerca da cortesia faz parte do “jogo”. As práticas de argumentação envolvidas nas práticas de cortesia somente ganham sentido no interior das próprias práticas argumentativas, justificando e desafiando os significados e as concepções de cortesia. No mesmo sentido ocorre no Direito. O caráter argumentativo e discursivo do Direito confere a este uma natureza essencialmente interpretativa. O “jogo jurídico”, além de envolver uma prática social normativa, implica também que esta seja interpretativa, e não meramente convencional.⁴¹⁶

Na prática do Direito, assim como no “jogo da cortesia”, a (in)correção acerca de determinada conduta é estabelecida a partir da argumentação. Não há como apontar, *a priori*, que (in)existe uma interpretação correta ou superior, já que tal empreendimento é, inevitavelmente, interpretativo. Não é possível, pois, produzir argumentos *a priori*, de fora, sem engajar-se na tarefa argumentativa, para sustentar

⁴¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 398-399.

⁴¹⁶ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 208 e 213.

que inexistem critérios para a determinação de uma melhor interpretação. A interpretação é um caminho inevitável na prática do Direito, ou seja, quando se pensa em conceitos interpretativos, como cortesia e Direito, se está “condenado” a jogar o jogo interpretativo.⁴¹⁷

O Direito, pois, é um conceito interpretativo. Não há como fugir dessa característica do fenômeno jurídico contemporâneo. Ora, a linguagem dos princípios, exurgente do paradigma do Estado Democrático de Direito, exige prática argumentativa e atitude interpretativa. Nessas circunstâncias, importa, a seguir, demonstrar a aproximação entre a teoria da decisão, de Dworkin, e a hermenêutica gadameriana-heideggeriana, para, de uma vez por todas, afastar qualquer pretensão solipsista da interpretação em um Estado que se pretenda Democrático de Direito.

3.3.2 Da Imbricação entre a Teoria de Dworkin e a Hermenêutica: a interpretação do/no Direito no Estado Democrático de Direito

A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, nem mesmo isto está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível⁴¹⁸. Observa-se uma aproximação entre o pensamento de Dworkin e

⁴¹⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 223.

⁴¹⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Guido Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 75. Prossegue o autor (p. 83-84): “Podemos agora retomar nossa exposição analítica para compor um inventário do tipo de convicções, crenças ou suposições de que uma pessoa necessita para interpretar alguma coisa. Ela precisa de hipóteses ou convicções sobre aquilo que é válido, enquanto parte da prática, a fim de definir os dados brutos de sua interpretação na etapa pré-interpretativa; a atitude interpretativa não pode sobreviver a menos que membros da mesma comunidade interpretativa compartilhem, ao menos de maneira aproximada, as mesmas hipóteses a propósito disso. Ela também precisará de convicções sobre até que ponto a justificativa que propõe na etapa interpretativa deve ajustar-se às características habituais da prática, para ter valor como interpretação dela e não como invenção de algo novo. Pode a melhor justificativa das práticas de cortesia, que para quase todo o mundo significa basicamente a demonstração de deferência para com seus superiores sociais, ser aquela que de fato não vai exigir, na etapa da reformulação, nenhuma distinção em termos de posição social? Seria esta uma reforma demasiado radical, uma justificativa demasiado inadequada para valer como uma interpretação? Uma vez mais, não pode haver uma disparidade muito grande entre as convicções de diferentes pessoas sobre tal adequação; só a história, porém, pode nos ensinar o que deve ser visto como excesso de discrepância. Finalmente, essa pessoa vai precisar de convicções mais substantivas sobre os tipos de justificativa que, de fato, mostrariam a prática sob sua melhor luz, e de juízos sobre se a hierarquia social é desejável ou deplorável, por exemplo. Essas convicções substantivas devem ser independentes das convicções sobre adequação que descrevemos há pouco; do contrário, estas últimas não poderiam exercer coerção sobre as primeiras, e, ao final, a pessoa não poderia distinguir entre interpretação e invenção. Mas, para que a atitude interpretativa floresça, essas convicções não precisam ser compartilhadas pela comunidade quanto a noção do intérprete acerca dos limites da pré-interpretação, ou mesmo

de Gadamer. Há uma inegável influência da hermenêutica gadameriana no pensamento de Dworkin, evidenciada no caráter produtivo da prática interpretativa por este proposta. Para Gadamer, a compreensão não deve ser pensada como uma ação da subjetividade, mas como um retroceder que penetra no acontecimento da tradição, onde se intermedeiam constantemente passado e presente. Assim, o movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo, ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. Dessa forma, a compreensão do texto se encontra constantemente determinada pelo movimento de concepção prévia da pré-compreensão, e quando se realiza a compreensão, o círculo do todo e das partes não se dissolve, mas sim alcança sua realização mais autêntica.⁴¹⁹

Este círculo, portanto, não é de natureza formal, não é objetivo e nem subjetivo, mas sim descreve a compreensão onde se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação do sentido, que guia a compreensão de um texto, não é um ato de subjetividade, pois se determina a partir da comunhão que une o intérprete com a tradição, sendo esta relação um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sob a qual o intérprete já se encontra, mas vai se instaurando na medida em que há a compreensão, na medida em que o intérprete participa do acontecer da tradição e continua determinando a partir dele próprio. O círculo da compreensão não é, pois, um círculo “metodológico”, ele descreve um momento estrutural ontológico da compreensão.⁴²⁰

Com efeito, o momento da tradição no comportamento histórico-hermenêutico realiza-se através da comunidade de preceitos fundamentais e sustentadores. Para a hermenêutica, aquele que quer compreender deve estar vinculado com a coisa que

quanto a suas convicções sobre o devido grau de adequação”. Nesse sentido, segundo Alexandre Freitas Câmara, deve-se “excluir qualquer possibilidade de aplicação automática, subsuntiva, dos padrões decisórios, sendo fundamental não só sua interpretação (que não pode partir de um grau zero de sentido, já que não se está aí a inventar algo novo, mas na interpretação do padrão decisório anteriormente estabelecido), mas na exigência de uma etapa pós-interpretativa, em que se vai ajustar o resultado da interpretação do padrão decisório às circunstâncias do novo caso sob apreciação no processo posterior”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 288.

⁴¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 385-388.

⁴²⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 388-389.

se expressa na transmissão e alcançar determinada conexão com a tradição a partir da qual a transmissão fala. Contudo, a consciência hermenêutica não está vinculada à coisa de forma inquestionável, já que existe uma polaridade entre familiaridade e estranheza, e nela se baseia a tarefa da hermenêutica. Há uma tensão que se desenrola entre a estranheza e a familiaridade que a tradição ocupa junto a nós, entre a objetividade da distância, pensada historicamente, e a pertença a uma tradição. Esse entremeio é o verdadeiro lugar da hermenêutica.⁴²¹

Como o compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso a esse mundo só é possível por meio da linguagem. A linguagem é totalidade, é abertura para o mundo, é, portanto, condição de possibilidade. A linguagem é constituinte e constituidora do saber e, nessa senda, do modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. É somente pela linguagem que se pode ter mundo e se chegar a esse mundo. Ou seja, a existência de uma relação com o mundo (relação sujeito-sujeito) pressupõe a anterioridade do ser-aí. Daí que a apropriação dessa totalidade é possível pela interpretação. Quer dizer, o mundo somente aparece como mundo na e pela linguagem: algo só é algo se puder dizer que é algo e esse poder-dizer é linguisticamente mediado, porque a capacidade de agir e de dizer-o-mundo é limitada e capitaneada pela linguagem.⁴²²

Nessa esteira, para a hermenêutica gadameriana, o que está em questão no comportamento do intérprete diante do passado é como ele o condiciona (o estar dentro de uma tradição) e não estar dele distante. Interessa o fato de o intérprete, em sua atividade compreensiva, ser interpelado pela tradição. Confundem-se, portanto, a tradição que remanesce e que produz efeitos sobre o presente com as atividades aí exercidas, e, entre elas, a própria investigação histórica. Sendo assim, ao mesmo tempo em que as investigações históricas são conformadas por interesses do presente, as perspectivas atuais são conformadas pelo que veio do passado. O movimento histórico em que se insere a atividade investigativa é, pois, de duas mãos. Quer dizer, compreender melhor um texto não significa expressar de modo mais

⁴²¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 390-391.

⁴²² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 199-200 e 207-208.

fidedigno o que o seu autor (anteriormente) pensou, mas sim trazer à tona o sentido novo que este texto adquire no contato com um horizonte histórico posterior em relação àquele no qual foi produzido.⁴²³

Há uma diferença entre o intérprete e o autor do texto, promovida pela distância histórica. Cada época deve compreender a seu modo o texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição na qual cada época tem um interesse objetivo e onde também ela procura compreender a si mesma. Como se apresenta a seu intérprete, o verdadeiro sentido de um texto não depende do aspecto puramente ocasional representado pelo autor e seu público originário, pois sempre é determinado pela situação histórica do intérprete e pelo curso objetivo da história. O sentido de um texto, assim, sempre supera seu autor e, por isso, a compreensão não é um comportamento meramente reprodutivo, mas é também – e sempre – produtivo.⁴²⁴

Uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar a realidade da história na própria compreensão, exigência essa chamada por Gadamer de “história efetual”. Compreender é, essencialmente, um processo de história efetual. Nessa linha, a elaboração da situação hermenêutica significa a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição. O passado de cada um e o dos outros, ao qual se volta a consciência histórica, faz parte do horizonte móvel a partir do qual vive a vida humana, esse horizonte que a determina como origem e tradição. Portanto, todo encontro com a tradição, realizado pela consciência histórica, experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste então em não dissimular essa tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la de forma consciente. É por isso que o comportamento hermenêutico deve projetar um horizonte que se distingue do presente.⁴²⁵

⁴²³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 79-80 e 82.

⁴²⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 392.

⁴²⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 396, 400, 402 e 405. Aponta Heidegger: “A interpretação de algo como algo fundase, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como

A história efetual refere-se, pois, ao influxo que a tradição histórica produz sobre nós. Dessa forma, a história não deve ser vista como um objeto em si, a propiciar ao homem a sua captura definitiva mediante uma suposta objetividade. Se é certo que o passado pode ser datado e identificado no tempo, nem por isto a compreensão torna-se imune a ele. Isto é, a história efetual é a dimensão da história ignorada pelo historicismo, que diz respeito ao próprio processo de compreensão, e que o insere dentro da história. Portanto, a consciência da história efetual reconhece a limitação do homem em sua compreensão e as reais bases sobre as quais ela se dá: através dela o homem reconhece a sua situação hermenêutica.⁴²⁶

Nessa linha de raciocínio, a aproximação de Dworkin com a hermenêutica filosófica se dá de forma natural. Dworkin sempre teve bem presente que não há cisão entre os momentos de compreensão-interpretação-aplicação, pois só se compreende e interpreta aplicando. No plano do Direito, isto nos permite afirmar que não há, no ato decisório, um momento em que o magistrado identifique as “margens” do que “diz” o Direito para que, em um segundo momento – após estabelecidas as balizas, o juiz faça sua “escolhas possíveis”.⁴²⁷

sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia. Conforme HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução revisada e apresentação de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 211-212.

⁴²⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 84-85.

⁴²⁷ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 87. Lenio Streck é o jurista mais crítico acerca do modo-de-fazer-Direito no Brasil, notadamente em relação à decisão judicial. Em artigo sobre a democracia e o solipsismo judicial, analisa a questão da cisão interpretativa e as escolhas do juiz ao decidir. Parte de *Alice Através do Espelho*, de Lewis Carroll, em que o personagem *Humpty Dumpty* diz à *Alice*, em determinada passagem, que “quando eu uso uma palavra, ela significa exatamente o que eu quero que ela signifique: nem mais, nem menos”. Streck ilustra o decisionismo judicial a partir da estória de *Alice Através do Espelho*, sinalizando que na democracia, decisão não é escolha. Ilustra seu fundamento, ainda, em decisões do próprio Supremo Tribunal Federal. Streck apresenta três trechos de julgados do STF, um deles de um Ministro aposentado (Eros Grau, não há muito tempo aposentado), outro de um Ministro que já está há anos no STF (Min. Marco Aurélio) e o último de um Ministro mais recente (o saudoso Min. Teori Zavascki). A escolha de decisões de relatoria desses Ministros objetiva representar o passado recente, o presente e o futuro do STF. No primeiro (Rcl 4335, Rel. Min Eros Grau), há a seguinte passagem: “Não estamos aqui para caminhar segundo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina”. No segundo julgado (ADIn 3937/SP, Rel. Min. Marco Aurélio), o Ministro pontua: “venho afirmando que o julgador, ao deparar-se com determinada questão jurídica, busca, nas convicções íntimas, na formação humanística, enfim, na cosmovisão que possui, a resposta que mais lhe afigure correta e justa. Em seguida, procura, no ordenamento jurídico, os fundamentos capazes de sustentar a conclusão. Surge aí o contexto da justificação”. Por fim, no terceiro julgado (AI nos EREsp 644736/PE, Rel. Min Teori Zavascki), ficou registrado que “o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele,

É necessário gizar que não há divisão temporal entre compreensão e aplicação, ou seja, que não se trata de primeiro compreender um texto para depois aplicá-lo às situações práticas, mas sim a compreensão, quando ocorre, já traz em si o momento da aplicação.⁴²⁸ Portanto, a pretensão de validade, que é inerente ao Direito, faz com que este adquira o estatuto do texto, codificado ou não. Nesse sentido, a lei necessita sempre da interpretação para sua aplicação prática, o que significa, por outro lado, que toda aplicação prática implica interpretação.⁴²⁹

É, pois, na realidade prática da *applicatio* que se confirmará ou não a pretensão de validade das proposições jurídicas; não há validade em abstrato e nem “cortes” de raciocínio. Aliás, não é de outra forma que Dworkin aborda seus “casos difíceis” – nestes não se identifica primeiro o Direito para depois interpreta-lo.⁴³⁰ Para Dworkin:

[...] Os juízes não decidem os casos difíceis em duas etapas, avaliando, em um primeiro momento, os limites das restrições institucionais, para só então deixar os livros de lado e resolver as coisas a seu próprio modo. As restrições institucionais que eles intuem estão disseminadas, e perduram até a própria decisão. [...]. Não encontra, primeiro, os limites do Direito, para só então mobilizar suas próprias convicções políticas de modo que complementem o que o Direito exige. Utiliza seu próprio juízo para determinar que direitos têm as partes que a ele se apresentam.⁴³¹

Dworkin sugere que as pessoas assumem uma “atitude interpretativa” com relação aos fatos sociais, composta por dois pressupostos: o “valor” (determinada prática social tem alguma *finalidade*) e a suscetibilidade da prática interpretada (como uma regra, uma conduta) a essa (mesma) finalidade. Trata-se de um processo de

que o Poder Judiciário diz que é”. Em termos de fundamentação teórica, não há diferença entre essas três decisões. Streck demonstra que o passado recente, o presente e o futuro do STF carece de uma orientação acerca da teoria do direito e da decisão judicial que se coadune com o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, sinalizando o perigo de se transferir para a decisão a validade do Direito. Conforme STRECK, Lenio Luiz. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 189-194.

⁴²⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 87.

⁴²⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 399.

⁴³⁰ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 88.

⁴³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 136 e 196.

atribuição de significado a uma instituição para reestruturá-la de acordo com esse significado. Há uma inevitável circularidade hermenêutica na prática cotidiana interpretativa proposta por Dworkin.⁴³²

O que se compreende por enunciado sempre vem acompanhado de motivações. Dessa forma, um enunciado jamais tem seu pleno conteúdo de sentido a partir de si mesmo: fenômeno da linguagem não deve ser compreendido a partir do enunciado isolado, mas a partir da totalidade de nosso comportamento no mundo. Uma palavra somente se torna uma palavra quando entra em comunicação. A expressão “uso da linguagem” sugere que existam coisas que ultrapassam a essência de nossa experiência de mundo que se dá na linguagem. O uso da linguagem, frise-se, não está submetido ao arbítrio de quem a usa.⁴³³

A tarefa do intérprete, portanto, nunca é concretamente uma mera medição lógico-técnica do sentido de qualquer discurso, prescindindo da verdade do enunciado. Logo, todo esforço por compreender o sentido de um texto significa aceitar uma exigência apresentada pelo texto. Sua pretensão de verdade é a premissa de todo o esforço, inclusive quando, ao final, um melhor conhecimento leva o intérprete a criticar e declarar o enunciado como errôneo. Posto isso, a capacidade de linguagem e a capacidade de compreensão possuem a mesma amplitude. Pode-se falar sobre tudo e o que alguém diz deve poder ser compreendido. A retórica e a hermenêutica têm aqui uma relação muito estreita: o domínio da capacidade de falar e de compreender se manifesta no uso da escrita e na compreensão do escrito. A hermenêutica é a arte de trazer novamente à fala aquilo que foi dito ou escrito.⁴³⁴

Para Dworkin, se uma comunidade faz uso dos conceitos interpretativos, o próprio conceito de interpretação será um deles, ou seja, a uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos. A interpretação das práticas sociais se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa; mas os propósitos em jogo não são de um autor, mas os do intérprete. Logo, um intérprete não pode fazer de uma prática qualquer coisa que ele desejaria

⁴³² MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 89-90.

⁴³³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 229-231 e 233.

⁴³⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 331-332 e 354.

que fosse, pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce influência sobre as interpretações disponíveis. A interpretação criativa, do ponto de vista construtivo, é um caso de interação entre propósito e objeto.⁴³⁵

Esta interação entre propósito e objeto, de Dworkin, que envolve o intérprete (e seu propósito) com o objeto a ser interpretado (relação sujeito-sujeito), acontece no círculo hermenêutico heideggeriano-gadameriano. É esta interação entre o propósito (um projeto compreensivo) e o objeto da interpretação (um texto, uma prática social) que marca a “atitude interpretativa” de dworkiniana e a espiral hermenêutica gadameriana.⁴³⁶ Nessa senda, Gadamer aponta que:

[...] Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.⁴³⁷

A circularidade hermenêutica, onde se dá a “atitude interpretativa”, mostra que o intérprete das práticas sociais é um ser-no-mundo. É um ser-com-os-entes. E, nesta perspectiva, a hermenêutica ganha um caráter universal: interpreta-se sempre, não apenas textos ou práticas sociais. Isso exige foco no contexto, não no texto em si. O intérprete não deve se colocar como um *outsider* da prática em compreensão.⁴³⁸ Para Dworkin, um cientista social deve participar de uma prática social se pretender compreendê-la, o que é diferente de compreender seus adeptos. O intérprete deve, portanto, aderir à prática que se propuser compreender e, conseqüentemente, suas conclusões não serão relatos neutros sobre o que pensam os membros da comunidade, mas afirmações que competem com as deles.⁴³⁹

⁴³⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 60, 63-64.

⁴³⁶ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 90.

⁴³⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 356.

⁴³⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 91.

⁴³⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 67-78.

A universalidade da hermenêutica, fazendo do intérprete parte daquilo que ele interpreta, tem reflexos no pensamento dworkiniano. Dworkin apropria-se cada vez mais da hermenêutica filosófica, defendendo que a estrutura formal da interpretação de um texto não defere daquela na qual se dá a interpretação das relações sociais. Essa percepção de que o produto da interpretação não só é parte de quem interpreta, mas também está desprendido de um “autor” individualmente considerado, decorre da filosofia gadameriana.⁴⁴⁰ Gadamer sinaliza:

[...] A universalidade do aspecto hermenêutico não se deixa restringir ou podar pela arbitrariedade. Não foi um mero artifício de composição eu partir da experiência da arte para garantir a verdadeira amplidão do fenômeno do compreender. Aqui a estética do gênio prestou um trabalho prévio importante, na medida em que ela mostra que a experiência da obra de arte sempre ultrapassa, de modo fundamental, todo horizonte subjetivo de interpretação, tanto o horizonte do artista quando o de quem recebe a obra. A *mens auctoris* não é nenhum padrão de medida plausível para o significado da obra de arte. (grifo do autor).⁴⁴¹

Por sua vez, para Dworkin:

[...] Uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra. Essa estrutura é necessária a uma interpretação mesmo quando não existe nenhum autor real cuja mente possa ser investigada.⁴⁴²

O que está em jogo no processo compreensivo é o que Gadamer chama de *fusão de horizontes*, que ocorre nos limites de uma determinada *situação hermenêutica*. Não se pode separar, de um lado, o horizonte do intérprete e, de outro, o horizonte de produção do texto histórico, ou seja, não se pode propriamente falar

⁴⁴⁰ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 91.

⁴⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 17.

⁴⁴² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 71.

em um horizonte do presente e em um horizonte do passado: o que há é uma *fusão de horizontes*.⁴⁴³

Contudo, é importante registrar que não há um horizonte do intérprete e um (outro) horizonte de produção do texto histórico; há um único horizonte, permanentemente mutável, que abarca todo o tempo e nele se desenrola a tradição. O horizonte do presente está sempre em formação. Logo, fala-se em fusão não por se defender a existência de horizontes distintos que se fundem, mas sim porque a tarefa hermenêutica, sintetizada em escapar de uma assimilação ingênua, precisa tornar visível a relação de tensão que se estabelece entre o texto e o presente, necessita explicitar o estranhamento, propiciar a interpelação.⁴⁴⁴

Nessa esteira, trata a “interpretação construtiva” de Dworkin da compreensão de algo (um texto) que deve levar em conta fatores históricos (como a “intenção do autor”), mas que, uma vez dirigida por um “interesse” (como a atribuição de sentido jurídico a um texto) do intérprete (também situado historicamente), resultará na “construção” de um sentido “novo”, mas ainda assim “fiel” ao texto, não deixando, assim, de ser uma interpretação “correta”⁴⁴⁵. A descoberta é a de que todos estamos na história de uma prática interpretativa em um determinado momento. Trata-se, com efeito, de identificar, em primeiro lugar, o nosso lugar de fala, a nossa tradição (como estarmos em um Estado Democrático de Direito, com a Constituição no topo normativo), para, depois, mergulharmos na construção dos sentidos e consequências desses supostos (o que é, afinal, Estado Democrático de Direito, como compreender-interpretar-aplicar a Constituição).⁴⁴⁶

Nesse sentido, Dworkin:

⁴⁴³ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 92. Gadamer explica: “definimos o conceito de situação justamente por sua característica de representar uma posição que limita as possibilidades de ver. Ao conceito de situação pertence essencialmente, então, o conceito de horizonte. Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto. Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer, revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 399.

⁴⁴⁴ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 86-87.

⁴⁴⁵ Para Gadamer, toda re-produção já é interpretação desde o início e quer ser correta enquanto tal. Nesse sentido, também ela é ‘compreensão’. Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 18.

⁴⁴⁶ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 92-93.

[...] Primeiro, deve haver uma etapa pré-interpretativa, na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. [...] As regras sociais não têm rótulos que as identifiquem. Mas é preciso haver um alto grau de consenso – talvez uma comunidade interpretativa seja bem vinda como necessitando de consenso nessa etapa – se se espera que a atitude interpretativa dê frutos, e podemos, portanto, nos abstrair dessa etapa em nossa análise ao pressupor que as classificações que ela nos oferece são tratadas como um dado na reflexão e argumentação do dia a dia. Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa, em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de se buscar uma prática como essa forma geral. A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática.⁴⁴⁷

Nesse aspecto, a partir do momento em que se reconhece que a “criação interpretativa” deve honrar a história sem, contudo, se resumir a esta, Dworkin rende-se à lógica de “pergunta e resposta” que pauta a hermenêutica gadameriana.⁴⁴⁸ Gadamer pontifica:

[...] O fato de um texto transmitido se converter em objeto de interpretação significa que coloca uma pergunta ao intérprete. Nesse sentido, a interpretação contém sempre uma referência essencial à pergunta que nos foi dirigida. Compreender um texto quer dizer compreender essa pergunta. Mas, como já demonstramos, isso ocorre quando se conquista o horizonte hermenêutico. Definimos isso como o *horizonte de perguntar*, no qual se determina a orientação de sentido no texto. Assim, pois, para compreender é preciso que as perguntas ultrapassem o que foi dito. Deve-se compreender o que foi dito como resposta a uma pergunta. Assim, ultrapassando o que foi dito, indaga-se, necessariamente, por algo que *ultrapassa* isso que foi dito. Só se compreende o sentido de um texto quando se alcança o horizonte do perguntar, que como tal pode ter também outras respostas. Assim, o sentido de uma frase é relativo à pergunta a que ele responde e isso significa que ultrapassa necessariamente o que é dito nela. (grifo do autor).⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 81.

⁴⁴⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 93.

⁴⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 482.

No horizonte hermenêutico, pois, se deve compreender o que foi dito como resposta a uma pergunta e, nessa esteira, como foi sinalizado no primeiro capítulo, para Gadamer o intérprete se encontra sempre inserido na tradição, em reconhecer a si mesmo no qual seu juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição.⁴⁵⁰ Nessas circunstâncias, Dworkin aponta que a interpretação criativa vai buscar sua estrutura formal na ideia de intenção, não (necessariamente) porque pretenda descobrir os propósitos de qualquer pessoa ou grupo histórico específico, mas porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando.⁴⁵¹

Quer dizer, quando Dworkin apela, em sua “interpretação construtiva”, para o eixo da “intenção” do autor de um texto, mesmo depois de concordar que tal reconstrução é impossível, ele está indo no mesmo sentido de Gadamer, quando trata de entender o que foi dito como uma resposta a uma pergunta. Portanto, é a pergunta correta a condição de possibilidade para a construção da resposta correta. Assim, essas “amarras” do intérprete construtivo com o passado, em Dworkin, são traduzidas, em Gadamer, como “autoridade da tradição” – que vem acompanhada pela “pré-compreensão” e dos “preconceitos”.⁴⁵²

Dessa forma, não é possível interpretação sem pré-compreensão; não há intérprete sem preconceitos – despidido de uma conceitualidade prévia que lhe permita abordar o texto (ou a prática social); a interpretação é sempre produtiva. Mas o exsurgir da compreensão depende da faticidade e da historicidade do intérprete. Quando Gadamer chama a atenção para a autoridade da tradição, não pretende submeter o intérprete aos eventos do passado, mas sim compreender a influência efetiva, no intérprete, da história e do “estar situado”, que acabam conformando as possibilidades de compreensão do intérprete. Nesse diapasão, o foco segue sendo sempre evitar relativismos, levando os textos a sério.⁴⁵³

⁴⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 374.

⁴⁵¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Guildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 275.

⁴⁵² MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 94.

⁴⁵³ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 94-96.

Portanto, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este texto lhe diga alguma coisa. Nesse sentido, a consciência hermenêutica deve mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Contudo, essa receptividade não pressupõe neutralidade em relação à coisa e nem mesmo uma anulação de si mesma, mas implica uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. Deve o intérprete dar-se conta dos próprios pressupostos, para que o texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.⁴⁵⁴

Nessa senda, é possível identificar, com clareza, a integração da teoria do Direito de Dworkin com a hermenêutica de Gadamer. Dworkin reconhece a inevitabilidade da tradição, não partindo o intérprete, jamais, de um *marco zero* de sentido.⁴⁵⁵ Do encontro de Dworkin e Gadamer, conclui-se que o Direito é, inegavelmente, interpretação, não sendo a compreensão um comportamento subjetivo frente a um objeto dado, pois pertence à história efetual – ao ser daquilo que é compreendido⁴⁵⁶, bem como o Direito não resulta “daquilo que o juiz tomou em seu café da manhã”⁴⁵⁷.

Haja vista que já se demonstrou a relevância dos padrões decisórios como fontes e como condições de possibilidade para a implementação de respostas adequadas ao Direito, seu compromisso com a tradição e com a linguagem jurídica, mostra-se, a partir dessas premissas, imperativo investigar qual a relação dos padrões decisórios com a prática interpretativa do Direito. Com efeito, no próximo capítulo se investigará quais as características dos padrões decisórios na prática jurisdicional no Brasil a partir do paradigma interpretativo exurgente do Estado Democrático de Direito.

⁴⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 358.

⁴⁵⁵ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 98.

⁴⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 18.

⁴⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 45.

4 RAZÕES DE DECIDIR EM ROMANCE EM CADEIA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA UMA ADEQUADA PRÁTICA INTERPRETATIVA DOS PADRÕES DECISÓRIOS

A partir do estudo das tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*, e das relações que cada tradição estabeleceu com o modelo interpretativo dos respectivos Estados de Direito, observou-se a necessária superação do modelo positivista pela prática interpretativa. É o momento, doravante, de expor o papel dos padrões decisórios na prática interpretativa, investigando quais as características dos padrões decisórios na prática jurisdicional no Brasil, a fim de sustentar um modelo de aplicação dos padrões decisórios que atenda às necessidades do paradigma interpretativo exurgente do Estado Democrático de Direito.

4.1 Padrões Decisórios no Brasil

Neste primeiro ponto, será apresentado o estado da arte na interpretação e aplicação dos padrões decisórios no Brasil. Assim, far-se-ão críticas acerca da aplicação dos padrões decisórios no modo-de-fazer-Direito instituído no Brasil, delineando o que se entende – e deveria se entender – por *precedentes*, *súmulas* e *jurisprudência*. Ato contínuo, diferenciar-se-á padrões decisórios *vinculantes* de padrões decisórios *persuasivos* e sua relação na prática jurisdicional, tanto a partir do modelo interpretativo posto, como também levando em conta dispositivos do Código de Processo Civil de 2015.

4.1.1 Crítica à Aplicação dos Padrões Decisórios na Prática Jurisdicional Brasileira

As divergências jurisprudenciais e a conseqüente falta de segurança jurídica é notório, há muito tempo, na prática jurisdicional brasileira. Alguns magistrados, inclusive, já se preocupavam com essa prática mais de dez anos antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. No início da década passada, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, apontou sua preocupação com a jurisprudência “banana boat”:

[...] E eu – Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam – sinto-me, triste. Como contribuinte, que

também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele voo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos. O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme boia, cheia de pessoas, é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da boia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina quando todos os passageiros da boia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.⁴⁵⁸

Nos quase trinta anos de Superior Tribunal de Justiça, sua função constitucional restou comprometida pela sensível divergência jurisprudencial interna dos próprios tribunais. No Supremo Tribunal Federal não foi diferente nas últimas décadas. Em vez de funcionarem como tribunais que dão ensejo à uniformização dos entendimentos relativos à lei federal ou à Constituição Federal, tanto o STF quanto o STJ protagonizaram, usualmente, decisões discrepantes sobre as mesmas questões jurídicas, proporcionando um resultado oposto à sua missão constitucional de uniformidade da interpretação e da aplicação das leis federais e da Constituição Federal, qual seja, a insegurança e a incerteza jurídica.⁴⁵⁹

Isto é fruto do modo individualista com o qual o juiz exerce a sua função diante da instituição que faz parte. A dificuldade de se priorizar o fim institucional com coesão e ordenação sempre fez com que as vontades individuais preponderem, como se para o alcance do fim institucional bastasse o exercício da função de cada um, individualmente, como se não importassem os escopos institucionais. E isto fica muito claro quando não se respeita a autoridade e os padrões decisórios formados,

⁴⁵⁸ Trecho do Ministro Humberto Gomes de Barros. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp nº 382.736/SC**. Agravante: Fazenda Nacional. Agravado: Amir Carlos Mussi e Advogados Associados. Relator: Ministro Castro Meira. Relator P/acórdão: Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, DF, julgado em: 8 de outubro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=430690&num_registro=200101557448&data=20040225&formato=PDF>. Acesso em: 16 mar. 2018.

⁴⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, p. 6, jun. 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.

especialmente, pelas Cortes Supremas. Há, pois, um evidente personalismo em um sistema que privilegia decisões individuais em detrimento das decisões formadas pela prática jurisdicional intersubjetiva dos Tribunais brasileiros.⁴⁶⁰

Uma adequada aplicação dos padrões decisórios exige uma mudança de paradigma no modo de decidir. Os padrões decisórios não são examinados adequadamente pelos órgãos jurisdicionais brasileiros. Não há, na cultura das decisões judiciais no Brasil, o emprego dos padrões decisórios como *principium* argumentativo, nas palavras de Dierle Nunes. Para este autor, o problema está na “credulidade exegeta”, ou seja, no modelo de regras – sejam essas regras dispositivos legais ou julgados modulares – como modo-de-fazer-Direito no Brasil. O problema está, pois, no modelo de interpretação e aplicação do Direito. Os padrões decisórios não encerram a discussão interpretativa do Direito; ao contrário, contribuem para sua incrementação. Não deve haver, pois, aplicação mecânica, nem mesmo dos padrões decisórios vinculantes.⁴⁶¹

Portanto, não basta, por exemplo, invocar o precedente ou o enunciado de súmula, bem como não basta transcrever a ementa de um acórdão invocado como justificção da decisão. É imperativo que, na decisão, o magistrado, em qualquer espécie de padrão decisório, identifique seus fundamentos determinantes e, ato contínuo, demonstre que o caso sob julgamento se ajusta às razões de decidir do padrão decisório invocado.⁴⁶²

Os padrões decisórios devem dinamizar o sistema jurídico, não engessa-lo, já que, ao serem interpretados, deve ser levado em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e fundamentação que os embasam. Assim, sempre que

⁴⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 90-91. Na mesma obra, prossegue Marinoni (p. 88-89), esclarecendo que a “cultura do personalismo, ao não abrir margem para acordos e compromissos em favor da comunidade, bem como o desprezo ao valor do trabalho, ao desestimular a organização racional em proveito de ‘todos’, obstaculizaram a solidariedade e a ordenação social. Inibiram a coesão social, inviabilizando o associativismo em prol da realização de interesses comuns”. Nessa esteira, o Poder Judiciário, agindo em descompasso com a intersubjetividade entre si e sem compromisso com as decisões dos Tribunais Superiores, abriu mão, segundo Marinoni, de uma visão comunitária, voltada à realização de objetivos comuns, que naturalmente corrobora para a coesão social e, por consequência, exige a organização das vontades dos indivíduos no interior do grupo.

⁴⁶¹ NUNES, Dierle. Novo CPC consagra dimensão dinâmica do contraditório. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 out. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁴⁶² CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentário ao art. 489. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.235.

um padrão decisório for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial. De um padrão decisório, portanto, se extrai um princípio – *ratio decidendi* – aplicável às causas futuras; é o que se pode denominar de DNA do caso, que vem a ser um elemento decorrente do DNA do Direito. Com efeito, há que se romper com o paradigma interpretativo de aplicação dos padrões decisórios: superar a pretensão de captura da racionalidade a partir de uma pretensão de universalidade de todos os casos. Deve haver sempre, na aplicação do padrão decisório, uma necessária problematização argumentativa e o devido ajuste jurisprudencial.⁴⁶³

Portanto, para que os padrões decisórios tenham, em países da *civil law*, como o Brasil, a mesma relevância que o precedente apresenta na tradição da *common law*, é imperativo a superação do paradigma interpretativo da equivalência entre texto e norma. Já se discutiu a questão da diferença entre texto e norma, no primeiro capítulo deste trabalho, e, neste momento, é importante retomar a questão no particular da aplicação dos padrões decisórios – caso se pretenda buscar respostas adequadas ao Direito.

Ora, a norma é o sentido do ser do ente (texto). O texto só ex-surge na sua “normação”, isto é, a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto. A hermenêutica (filosófica) deixa claro que a norma não se confunde com o texto legal, dado que a norma surge somente da problematização do caso concreto – e consiste equívoco do positivismo legalista entender que a norma já está acabada e presente no texto da lei, em enunciados sumulares ou ementários. E é por isso que o precedente na tradição da *common law* tem aplicação diversa da aplicação dos padrões decisórios em países da *civil law*, notadamente no Brasil, onde há confusão entre as funções de criar um texto (legal) e concretizar uma norma.⁴⁶⁴

Nessa linha de raciocínio, a norma que surge da formação do padrão decisório é, no momento seguinte, também um texto, do qual exsurgirá uma “nova” norma no momento da aplicação desse padrão decisório a um caso concreto futuro. É importante que, de uma vez por todas, se entenda que não há clareza que dispense

⁴⁶³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 51.

⁴⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 54-56 e 59.

interpretação.⁴⁶⁵ E assim segue a evolução da interpretação e aplicação dos padrões decisórios, a partir de uma prática interpretativa em um contexto intersubjetivo – e não a partir de deduções e subsunções, sempre com o objetivo de buscar respostas adequadas ao Direito.

Não se deve, com efeito, confundir a decisão construída com apoio em padrões decisórios com a decisão em que são citados padrões decisórios. Não se trata da mesma situação. Ora, a mera invocação de ementas ou enunciados de súmula não é capaz de legitimar uma decisão judicial, já que a própria lei processual reputaria tal prática como ausente de fundamentação.⁴⁶⁶ Importa, no momento seguinte, analisar os conceitos de jurisprudência, súmula e precedente – com foco na sua aplicação judicial, a partir das influências da *civil law* e da *common law*, relacionando-os com a prática jurisdicional brasileira.

4.1.2 Jurisprudência, Súmula e Precedente

Muito se utiliza o termo *precedente*. Mas este termo sofre demais a influência do direito inglês e do direito americano, pois existe uma carga paradigmática por detrás do conceito. No Brasil a situação é diferente, não há a cultura do *precedente* e do *stare decisis* sedimentada, reclamando, assim, uma apropriada conceituação dos termos. Não é incomum, por exemplo, ver-se a confusão entre os conceitos *precedente* e *jurisprudência*. Já se disse e se justificou anteriormente no presente trabalho, aliás, a adoção do termo *padrões decisórios*. Para alcançar uma cultura de respeito aos padrões decisórios, é necessário também distinguir suas espécies.⁴⁶⁷

Antes de tudo, entretanto, cumpre sinalizar que precedente e jurisprudência constituem conceitos que dizem respeito a distintos momentos históricos e funções diversas das Cortes Judiciárias. A jurisprudência é termo típico das cortes de correção, devedoras do produto do Poder Legislativo e voltadas à “tutela da lei”, ou seja, “declarar o sentido exato da lei” – atuando contra as decisões que equivocadamente “interpretam a lei”. Nesses casos, as Cortes Supremas

⁴⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 62-63.

⁴⁶⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 173.

⁴⁶⁷ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 122-123 e 125.

necessariamente precisam estar abertas a receber todos os recursos, diminuindo-se restrições ou filtros que afastem o vencido de ver a decisão recorrida cassada ou reformada, o que obriga esses tribunais a julgar um grande número de recursos a respeito da mesma questão de direito, trazendo, como consequência, um grande número de decisões acerca de questões similares ou substancialmente idênticas. Mas a “jurisprudência” não se preocupa com o quadro fático das decisões, e sim com as soluções jurídicas dadas. E esse volume de recursos inevitavelmente faz surgir decisões contraditórias, especialmente quando as decisões provenientes dessas cortes não têm característica de decisões vinculantes. Esse conjunto de julgados representa a jurisprudência da corte.⁴⁶⁸

Por outro lado, a função das Cortes Judiciárias em um paradigma que se pretenda pós-positivista deve ser atribuir sentido ao texto. Isto requer a discussão sobre questões de Direito, mas está diretamente relacionada ao quadro fático em que a situação jurídica está inserida. Não que a Corte Suprema precise reexaminar a prova; outra coisa é revalorar a prova, isto é, não há como evitar a reincursão no acervo fático-probatório ao decidir uma questão de Direito. Portanto, a questão de se saber qual a solução normativa que se deve dar a determinado quadro fático é a questão de direito por excelência.⁴⁶⁹ Ora, a errônea definição jurídica do fato descrito e provado na causa impede que incida a regra jurídica correta (que seja aplicado corretamente o ordenamento jurídico), tratando-se de questão de direito, em que se nega vigência à norma não aplicada. O precedente, embora espelhe uma decisão que compartilha um mesmo fundamento para a solução de uma questão de Direito, o faz a partir das mesmas circunstâncias fáticas; são, pois, as razões jurídicas compartilhadas e os fatos dos casos que conferem a oportunidade para aplicação – ou não – do precedente.⁴⁷⁰ Na cultura do precedente, as Cortes Supremas não estão abertas a receber todos os recursos, porque, instituído o precedente, outros processos semelhantes ou idênticos não precisarão ser objeto de contínua análise, pois a “questão”, a *tese jurídica*, já terá sido apreciada e será aplicada pelas cortes inferiores.

⁴⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 288-289.

⁴⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 351- 356.

⁴⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 289.

A jurisprudência, por sua vez, à luz da prática jurisdicional em que o termo foi delineado, em países da *civil law* (e muitos ainda inseridos no paradigma positivista), opera de forma diferente. Se as cortes, especialmente as Cortes Supremas, não têm qualquer compromisso com as circunstâncias fáticas dos casos, na medida em que visa apenas ostentar, em abstrato, determinada “interpretação”, a jurisprudência potencializa a abstração da interpretação, desprendendo-a das razões jurídicas e fáticas dos julgados. Em direção oposta, um precedente é capaz de ser aplicado em situações semelhantes, que, consideradas as razões jurídicas e fáticas do precedente, não podem ser tratadas mediante a aplicação de outra regra jurídica no casos futuros, pois o que sustenta o sistema de precedentes é a igualdade, a liberdade, a coerência e a integridade do Direito.⁴⁷¹

Esta distinção é muito relevante. Por um lado, a *ratio decidendi* de um precedente somente será aplicada a um caso posterior a partir da similaridade dos fatos dos casos; a *ratio decidendi* opera a partir da interpenetração das questões de fato e de direito. Por outro lado, os textos que constituem a jurisprudência não incluem quais as questões de fato teriam sido levadas em conta para a tomada das decisões; dessa forma, a aplicação do critério normativo, adotado nas decisões anteriores invocadas como jurisprudências, é feita por subsunção ao caso concreto (futuro) a ser julgado.⁴⁷² Isso faz com que, na aplicação da jurisprudência, os critérios normativos adotados nos casos anteriores sejam aplicados a casos posteriores sem a devida verificação acerca da similaridade das circunstâncias (fatos), incrementando a divergência entre as cortes e entre órgãos das mesmas cortes. Enquanto isso, a aplicação do precedente tem o objetivo de gerar isonomia na aplicação do Direito a situações análogas.

Para Alexandre Freitas Câmara, o termo jurisprudência deve ser entendido como “um conjunto de decisões, proferidas por tribunais, a respeito de uma determinada matéria, de forma uniforme, constante e coerente”⁴⁷³. Jurisprudência é o “produto otimizado da atividade final dos tribunais, configurando-se quando uma coleção de acórdãos acerca de uma dada questão jurídica está alinhada”, sob uma

⁴⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 289-290.

⁴⁷² TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Tradução de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 559-560.

⁴⁷³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 129.

mesma vertente interpretativa⁴⁷⁴. Dessa forma, enquanto a jurisprudência expressa a ideia de um conjunto de decisões, o termo precedente designaria *uma* decisão, um pronunciamento judicial, apto a influenciar a solução de casos futuros, quando efetivamente serve (ou deveria servir) de paradigma para orientar a decisão de casos posteriores⁴⁷⁵.

O termo precedente, na própria tradição da *common law*, apresenta diferentes possibilidades de aplicação. Em primeiro lugar, pode ser entendido como um corpo de decisões anteriores afirmadas como relevantes, colhidas e apresentadas à corte pelos advogados. Em segundo lugar, o termo precedente pode ser usado como a descrição do resultado de um julgado particular que apresente algum significado. Em terceiro lugar, pode ser utilizado para formular uma regra mais larga que a decisão de um caso particular alegado a título de ilustração.⁴⁷⁶

A doutrina dos precedentes vinculantes é fruto da evolução histórica de sociedades anglo-saxônicas, como se viu no segundo capítulo deste trabalho, tanto que a estrita observância das decisões anteriores (*stare decisis*) ocorre independentemente da existência de regra positivada nesse sentido. A vinculação dos precedentes é inerente ao sistema da *common law*, haja vista que corresponde à viga mestra de toda a sua estrutura. Por sua vez, a jurisprudência não contém, historicamente, a força ínsita de vincular os casos futuros, pois, nos países de *civil law*, a base do sistema jurídico está, tradicionalmente, estruturada nos textos produzidos pelo Poder Legislativo.⁴⁷⁷

Não pode existir aplicação mecânica ou subsuntiva na solução de casos mediante a aplicação de precedentes. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica ou princípio apta a solucionar por efeito cascata os casos futuros. Ao contrário, a decisão judicial deve ser fruto do intenso debate da prática interpretativa em contraditório. Ato contínuo, após ser identificada a *ratio decidendi*, enquanto *tese jurídica* adotada no precedente, deve-se verificar se na circunstância do caso

⁴⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 119.

⁴⁷⁵ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 143-145.

⁴⁷⁶ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 503.

⁴⁷⁷ CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 92-93.

concreto é possível aplicar o precedente em análise, diante da semelhança das circunstâncias fáticas e jurídicas entre os casos precedente e decidendo.⁴⁷⁸

Ora, a aplicação mecânica de padrões decisórios, por mera reprodução, não atende ao princípio argumentativo – em um sentido interpretativo e intersubjetivo – próprio dos padrões decisórios, devendo-se, sempre, justificar-se a aplicação de qualquer padrão decisório a qualquer caso concreto em julgamento. O Código de Processo Civil aponta que não é considerada fundamentada uma decisão que se limite a invocar um padrão decisório sem identificar seus fundamentos determinantes e sem demonstrar que o caso sob julgamento a eles se ajusta.⁴⁷⁹

A fixação de um padrão decisório não será, jamais, o “fim da história”, mas sim será sempre um *principium* a partir do qual se desenvolverá, na apreciação dos casos seguintes, a história institucional da matéria nele enfrentada.⁴⁸⁰ Dessa forma, a distinção entre precedentes e súmulas, ou entre quaisquer espécies de padrões decisórios – vinculantes ou não, perde relevância, da mesma forma como não se deve cindir casos fáceis de casos difíceis. Toda manifestação jurídica é, desde sempre, interpretativa. Na aplicação de qualquer padrão decisório, este passará sempre por esse elemento de confrontação interpretativa. É da discussão acerca da interpretação de um caso concreto, e da atitude interpretativa construída, que emerge a resposta adequada ao Direito. Portanto, a vinculação – ou não – de um padrão decisório ao caso concreto em julgamento será sempre proveniente de uma atitude interpretativa. Há, sempre, uma cadeia interpretativa que vincula o intérprete. Assim, de cada padrão decisório extrai-se uma proposição jurídica que norteia os casos seguintes, sendo uma “vinculação interpretativa” que se constitui a partir da coerência e da integridade.⁴⁸¹

Diante dessas circunstâncias, trabalhar com padrões decisórios exige a análise dos seus fundamentos determinantes, para usa-los como *principium* argumentativo, confrontando o caso já julgado com o caso posteriormente submetido

⁴⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 49.

⁴⁷⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 131.

⁴⁸⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 277.

⁴⁸¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed., rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 126-128.

à apreciação, a fim de verificar se é ou não legítima a aplicação do padrão decisório anteriormente formado ao caso novo que agora deve ser decidido. E isto não se faz com a mera alusão à ementas ou aos enunciados de súmulas. É preciso fazer um exame do inteiro teor do padrão decisório para verificar se as circunstâncias que estavam presentes no caso julgado se manifestam no caso presente em apreço. Não agir assim é não trabalhar com padrões decisórios.⁴⁸²

Registre-se que o precedente – do *common law* – não nasce como precedente. Ele contém um DNA de historicidade que somente surge se houver adesão de seu entendimento em decisões futuras oriundas dos órgãos do Poder Judiciário. Nesse sentido, no *common law*, nenhuma decisão nasce com o *status* de decisão *vinculante*. O precedente é constituído a partir de uma decisão, fornecendo uma regra jurídica que passa a ser utilizada como critério de decisão para futuras decisões. Já a jurisprudência necessita de uma série reiterada de decisões para ser caracterizada, e a análise fática dos casos que ela solucionará tende a ser menos rigorosa e precisa que a aplicação do precedente. Dessa forma, a jurisprudência também visa a estabelecer regras a serem consolidadas em verbetes sumulares. Precedente, portanto, é um julgamento que passa a ser referência para casos posteriores; jurisprudência é um conjunto de decisões sobre o mesmo assunto.⁴⁸³

Por isso, a jurisprudência, compreendida como conjunto reiterado de decisões, revela-se como uma técnica ultrapassada, pois beneficia decisões individualizadas para cada caso concreto, ensejando toda sorte de subjetivismos e contradições. O mesmo tribunal e, muitas vezes, um mesmo órgão fracionário decide em contraste com suas decisões anteriores. E isto ocorre porque a jurisprudência, via de regra, particulariza o caso de tal forma e sorte para que a solução aplique-se tão-somente ao caso em julgamento e aos casos em que o julgador “entender correta a decisão reiterada dos tribunais”, tomando, assim, a decisão anterior como uma “boa decisão”. Por outro lado, quando o julgador entender que a jurisprudência não apresenta “boas razões”, não a adotará no julgamento do novo caso.⁴⁸⁴

⁴⁸² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 281.

⁴⁸³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 106-107 e 109.

⁴⁸⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 409-414.

Portanto, a “doutrina da jurisprudência” e a “doutrina do livre convencimento” (esta expurgada do diploma processual civil de 2015) guardam uma íntima relação. Marcada pelo personalismo e pela predominância do senso de justiça individual, a “doutrina da jurisprudência” acaba por permitir, em sentido contrário ao paradigma do Estado Democrático de Direito, que os tribunais, e não o legislador, determinem as boas razões para a tomada das decisões, caso a caso, determinando um modelo de justiça casuísta. Por seu turno, a “doutrina dos precedentes” procura limitar a discricionariedade, vinculando os julgadores às suas próprias decisões, e preocupando-se com a aplicação das razões das decisões aos casos futuros, para que tenha impacto nos casos similares ou análogos.⁴⁸⁵ Precisa-se, nessas condições, antes de mais nada, romper com as concepções subjetivas de justiça e inserir a prática jurisdicional brasileira em um contexto intersubjetivo de aplicação do Direito a partir de um modelo interpretativo pós-positivista que seja compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, as súmulas, sejam *vinculantes* ou não, são obrigatórias, por força legal do diploma processual. As súmulas reforçam a “cultura dos ementários” do Direito brasileiro e precisam também de uma atitude interpretativa em sua aplicação – elas são textos como quaisquer artigos de lei e necessitam de interpretação. Não é possível a aplicação de súmulas descontextualizadas dos casos que a originaram. O Código de Processo Civil de 2015 poderia ter rompido com o paradigma sumular subsuntivo de cariz positivista, mas optou por uma melhor formação e aplicação das súmulas, quando determinou aos tribunais que se atenham às circunstâncias fáticas dos casos que motivaram sua criação⁴⁸⁶. Assim, torna-se necessário que na aplicação das súmulas o julgador identifique a relação do caso concreto com os fundamentos determinantes dos casos que originaram a súmula⁴⁸⁷. Ora, a vinculação

⁴⁸⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 409 e 416-417.

⁴⁸⁶ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. [...]

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁴⁸⁷ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

[...]

não será do *enunciado da súmula*, mas em relação aos *fundamentos determinantes* constantes nas decisões que a originaram.⁴⁸⁸

Após a observação dos conceitos de jurisprudência, súmula e precedente à luz da interpretação e aplicação na prática jurisdicional, e a partir das bases teóricas do presente estudo, importa, a seguir, investigar a diferença entre padrões decisórios *vinculantes* e padrões decisórios *persuasivos*, partindo da influência da *common law* e chegando nas opções legislativas feitas no Brasil, notadamente a partir do Código de Processo Civil de 2015.

4.1.3 Padrões Decisórios Vinculantes e Persuasivos

No *common law* inglês, a doutrina tradicional entende que um precedente apenas é vinculante em sua *ratio decidendi*, a chamada “regra da decisão”; apenas isto é dotado de autoridade futura, e as demais afirmações e argumentos contidos na fundamentação da decisão são considerados *obiter dicta*, consideradas *persuasivas*, mas não *vinculantes*. De qualquer forma, o precedente, em todos os seus aspectos, pode dar apoio aos argumentos dos advogados ou às decisões judiciais em casos subsequentes. Mas o ponto de que apenas a *ratio decidendi* é estritamente vinculante no Direito tem o objetivo de isolar a parte obrigatória do precedente, pois, embora a *obiter dicta* contribua para a discussão dos casos futuros, é a *ratio decidendi* que resolve os casos. Portanto, na parte relevante das decisões, a *ratio decidendi* vincula os casos aplicáveis; mas não vinculam os casos em que há distinção do contexto fático, isto é, em que a proposição jurídica contida na *ratio* do precedente obrigatório não se aplica.⁴⁸⁹

Por sua vez, nos Estados Unidos, precisamente no Estado de Nova York, a obrigatoriedade formal de um precedente está no *holding* da decisão. É nesta porção da decisão, onde a corte fixa a regra jurídica do caso, necessária para a decisão. O

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. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁴⁸⁸ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 669 e 671.

⁴⁸⁹ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 336-337.

holding da decisão está vinculado à *issue* do caso, ou seja, regra jurídica da decisão depende das questões de (de fato) ocorridas no caso. Assim como no precedente inglês, partes da decisão não são formalmente obrigatórias, aquelas partes que não são *necessárias* para a resolução da questão (de fato) específica do caso em apreço; essas partes são chamadas *dicta*. O *holding* depende da extensão ou da restrição do contexto de fato do caso em julgamento. E, dessa forma, o *holding* caracteriza-se por ser uma específica resolução de um caso concreto, do qual deriva a “regra” geral, parte vinculante do precedente.⁴⁹⁰

Na França, por exemplo, o precedente, propriamente dito, nunca é formalmente vinculante. As cortes aplicam a mesma regra jurídica ou o mesmo princípio adotado pelo precedente, a fim de emprestar a mesma interpretação. Via de regra, pois, as cortes não discutem a similaridade dos fatos entre o caso pendente e o caso precedente. Entretanto, para descobrir quais os elementos são vinculantes, deve-se olhar para as razões que uma corte superior adota para justificar a reversão de uma decisão de uma corte inferior. Essa justificativa da decisão da corte superior em tese não discutiria a similaridade dos fatos, mas a violação a determinada regra jurídica ou princípio apontado no precedente. Contudo, é impossível distinguir esses elementos do precedente e isolar a regra ou o princípio jurídico dos fatos, pois a aplicação do precedente depende da análise da qualificação jurídica dos fatos.⁴⁹¹

Por sua vez, na Alemanha as cortes normalmente se referem aos precedentes sem explicitar quais elementos são considerados vinculantes ou dotados de alguma força persuasiva. Em vez disso, as decisões da Corte Constitucional são dotadas de precisas e extensas considerações acerca do que é vinculante no precedente, pois trata-se do único padrão decisório formalmente obrigatório. Dessa forma, as “razões que apoiam” a decisão são vinculantes. E essas “razões de apoio” equivalem à *ratio decidendi*, embora não se faça uma diferenciação específica entre *obiter dicta* e *ratio decidendi*; mas aquilo que é “necessário” à decisão conta como “razões de apoio”.⁴⁹²

⁴⁹⁰ SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 383-384 e 386.

⁴⁹¹ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 127-128.

⁴⁹² ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. Precedent in France. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 48.

Quando uma corte segue um padrão decisório, pode fazê-lo porque está obrigada a assim agir, ou porque está convencida de que a *tese jurídica* formulada pela corte anterior está adequada ao Direito. Há uma diferença grande entre confiar – e aceitar – determinada orientação proferida em um dado padrão decisório e se convencer dessa determinada orientação. Quando se está convencido e influenciado em relação a determinado argumento, não se precisa de qualquer argumento de autoridade. Assim, padrões decisórios vinculantes devem ser aplicados por decorrência de sua autoridade, enquanto os padrões decisórios persuasivos são adotados pelas cortes porque estas se convencem das razões por eles oferecidas.⁴⁹³ É importante registrar, contudo, a necessária atitude interpretativa na aplicação dos padrões decisórios, sejam eles vinculantes ou persuasivos, bem como a íntima relação entre a aplicação dos padrões decisórios e a fundamentação adequada das decisões – é imperativo aplicar os padrões decisórios, especialmente os persuasivos, na forma de romance em cadeia, caso se pretenda uma prestação jurisdicional íntegra, coerente e cada vez mais estável.

De outra parte, é preciso examinar como se dá a deliberação pelo órgão jurisdicional quando da formação do padrão decisório e como se manifesta o ônus interpretativo e argumentativo que incide sobre todos os sujeitos do processo nos casos de afastamento da aplicação do padrão decisório. É necessário, dessa forma, também olhar-se para o momento da *formação* do padrão decisório, e não apenas para o momento em que o padrão decisório é *aplicado* por um órgão jurisdicional no julgamento de um caso posterior. Ora, os padrões decisórios não são um encargo exclusivo do órgão julgador, mas são formados também mediante participação das partes.⁴⁹⁴

O caminho para a formação de padrões decisórios vinculantes ou persuasivos pode ser diverso. Aliás, esse é o motivo pelo qual a lei sinaliza alguns padrões decisórios como *vinculantes*, ficando os demais dotados de força *persuasiva*. O modo como se desenvolve o contraditório na formação dos padrões decisórios vinculantes é, em parte, diverso daquele estabelecido para a formação dos padrões decisórios persuasivos. Os padrões decisórios vinculantes, no ordenamento brasileiro, exigem

⁴⁹³ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 61 e 67-68.

⁴⁹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 178.

sempre uma deliberação qualificada, quer dizer, são formados em órgãos jurisdicionais de colegiados mais extensos do que os órgãos fracionários comuns, responsáveis pelo julgamento dos recursos provenientes de processos que não envolvem casos repetitivos. Além disso, é bom registrar que a eficácia vinculante decorre de dispositivo legal, diante da força da tradição da *civil law* nesse sentido. Por exemplo, o art. 927 do CPC⁴⁹⁵ enumera os padrões decisórios tidos por obrigatórios. Essa eficácia vinculante resulta da hierarquia da corte (e do órgão da corte) de onde provém o padrão decisório, bem como da amplitude do contraditório e da qualidade do órgão de onde provém o padrão decisório.⁴⁹⁶

Acerca da vinculatividade dos padrões decisórios, implementada pelo art. 927 do CPC, recém citado, é importante ressaltar que não se pode falar em ofensa à legalidade quando é a própria lei, conforme à Constituição, que estabelece a vinculatividade formal dos padrões decisórios enumerados no referido dispositivo legal. Trata-se, portanto, de distinguir a função criativa do legislador da função interpretativa dos juízes e tribunais. Como é função do Poder Judiciário interpretar e aplicar os textos jurídicos, os textos não devem ser confundidos com as normas decorrentes da aplicação do Direito, não havendo ofensa ao princípio da separação dos poderes a previsão legal de padrões decisórios obrigatórios. Ofensa haverá, entretanto, se cada tribunal e cada juiz interpretar e aplicar os padrões decisórios de forma subjetiva, como produto da sua própria vontade.⁴⁹⁷

Para Igor Raatz⁴⁹⁸, a “força vinculante dos precedentes” do art. 927 do Código de Processo Civil, a partir da postura teórica da prática jurisdicional brasileira, cujo

⁴⁹⁵ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁴⁹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 180 e 182.

⁴⁹⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes; COPETTI NETO, Alfredo. Os deveres de Coerência e Integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e MacCormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 143-144.

⁴⁹⁸ RAATZ, Igor. Precedentes à brasileira: uma autorização para “errar” por último? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-03/igor-raatz-precedentes-autorizacao-errar-ultimo>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

paradigma interpretativo ainda se mostra enraizado no modo-de-fazer-Direito positivista, serve como uma espécie de autorização para errar por último. O objetivo seria institucionalizar órgãos dotados de autoridade com a função de criar normas – vinculantes – e, com isso, acabar com o caráter “indeterminado” do Direito, obtendo-se, assim supostamente, segurança jurídica e previsibilidade. Ocorre que a instituição de padrões decisórios obrigatórios, sem a devida virada paradigmática interpretativa, faz com que a vinculatividade não seja pela qualidade das razões do padrão decisório, mas pela (simples) autoridade da corte de onde provém esse padrão decisório. A questão está, no ideal do referido dispositivo legal, na última palavra e o objetivo seria estancar os “problemas interpretativos”, atribuindo-se respostas antes das perguntas, não havendo preocupação com uma prática interpretativa coerente e íntegra.

Diante disso, não se deve apostar nas decisões vinculantes do novo Código de Processo Civil da mesma forma como foi feito na Revolução Francesa. Acreditava-se que a lei conferia a infinidade de solução dos casos. Não se pode querer, atualmente, que essa mística seja depositada nas decisões dos tribunais superiores, ou seja, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não devem ser vistos como cortes que criarão “superdecisões” que, por si só, trariam a solução pronta para deslindar uma multiplicidade de casos. Portanto, o que outrora foi creditado à lei, não deve ser aplicado aos padrões decisórios vinculantes, substituindo-se o “juiz-boca-da-lei” pelo “juiz-boca-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores”. É, portanto, necessária a concepção pós-positivista de norma, bem como superar o paradigma interpretativo da subsunção, se não quiser se repetir os mesmos equívocos hermenêuticos do passado.⁴⁹⁹

Por força do art. 927 do CPC⁵⁰⁰, assim, determinados padrões decisórios *nascem* vinculantes. É fundamental, então, compreendermos a importância do fator

⁴⁹⁹ ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 403.

⁵⁰⁰ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

hermenêutico para a aplicação desses padrões, a fim de impedir qualquer espécie de aplicação mecânica ou meramente subsuntiva desses provimentos. A aplicação desses padrões decisórios vinculantes não dispensa a atividade interpretativa por parte do julgador, bem como o contraditório para assegurar a manifestação dos litigantes acerca da forma correta para sua aplicação no caso concreto. O fato de serem padrões decisórios vinculantes não proíbe a interpretação, devendo ficar clara a necessidade da demonstração, na motivação da decisão, do motivo pelo qual se aplica ou não o padrão decisório vinculante.⁵⁰¹ Ora, a finalidade dos padrões decisórios vinculantes é assegurar a estabilidade e reduzir a discricionariedade judicial e o ativismo decisionista; por isso, essas decisões estão atreladas à fundamentação adequada, na forma dos incisos V e VI do §1º do art. 489 do CPC^{502, 503}.

Importa realizar, neste ponto, uma observação importante: há uma relevante distinção entre o efeito vinculante de uma decisão e a eficácia *erga omnes* de um pronunciamento judicial. Quando se afirma que uma decisão é eficaz *erga omnes*, trata-se da aptidão para produzir efeitos decorrente da parte *dispositiva* do julgado, ou seja, do *resultado* da decisão. Por sua vez, o efeito vinculante provém da *fundamentação* da decisão, ou seja, da *ratio decidendi*, da *tese jurídica* oriunda dos *fundamentos determinantes* adotados pelo órgão julgador para chegar à resposta jurisdicional sinalizada no dispositivo.⁵⁰⁴

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵⁰¹ ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 405.

⁵⁰² Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

[...]

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵⁰³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 409-410.

⁵⁰⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 184.

A presença expressa dos termos *fundamentos determinantes e tese jurídica* que aparece ao longo do diploma processual de 2015 demonstra a clara preocupação do legislador em inserir uma dinâmica da interpretação e aplicação dos padrões decisórios na prática jurisdicional brasileira. A lei processual aponta diretamente que o que deve ser observado para aplicar ou não um padrão decisório a um caso concreto em julgamento é a identificação e o ajuste entre os *fundamentos determinantes*⁵⁰⁵. Por sua vez, o termo *tese jurídica* aparece em diversas oportunidades. Há expressa sinalização de que os órgãos jurisdicionais fixam *teses jurídicas* nos casos repetitivos e em enunciados de súmulas⁵⁰⁶. A lei igualmente fala em discussão, aplicação e revisão da *tese jurídica*⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

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

Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

[...]

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www. planalto.gov. br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵⁰⁶ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

[...].

§ 2º Estão excluídos da regra do caput:

[...]

II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www. planalto.gov. br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵⁰⁷ Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:

[...]

§ 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

Por sua vez, a coisa julgada *erga omnes* soluciona uma pluralidade de relações jurídicas contidas em uma relação jurídica processual em controle abstrato de constitucionalidade ou em ações coletivas. O efeito *erga omnes* adquire a estabilidade da coisa julgada material, não podendo ser alterada, salvo em caso de ação rescisória. Em contrapartida, um padrão decisório vinculante não é imutável; o que é imutável é a decisão que o originou, em virtude da coisa julgada material; mas a forma como é interpretado não é imutável, à luz da sua aplicação ou não ao(s) caso(s) posterior(es), sua modificação ou superação, são situações plenamente possíveis. Efeito vinculante de uma decisão e decisão *erga omnes* são situações jurídicas diversas.⁵⁰⁸

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

[...]

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

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;

[...]

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

Art. 1.038. O relator poderá:

I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno;

II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento;

III - requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se.

[...]

§ 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 98.

Deve-se, pois, ter cuidado com a ler-se o art. 927 do Código de Processo Civil⁵⁰⁹ como um “sistema de precedentes” à brasileira. Este dispositivo potencializa uma modalidade vertical de vinculação dos provimentos nele elencados. A vinculação idealizada pelo referido dispositivo legal não pretende constituir parâmetro argumentativo para as partes apresentarem suas razões jurídicas, nem fornecer fundamentos normativos para o magistrado. O objetivo é fornecer uma norma pronta, para tornar desnecessária a atitude interpretativa das partes e do juiz. Por isso, é fundamental que se compreenda a distinção entre *texto* e *norma* para uma aplicação hermenêuticamente adequada desta regra vinculativa, em conformidade com a principiologia constitucional e alinhada com o caso concreto. Daí a importância da concretização prática da prática interpretativa coerente e íntegra, proveniente do art. 926 do CPC^{510, 511}

Ora, nos Estados Unidos, por exemplo, a autoridade de um precedente depende do lugar que ocupa a corte na hierarquia do sistema judiciário, vista a partir da corte que está a julgar o caso. Assim, se existe um caso em uma corte estadual de primeiro grau, esta deverá respeitar os precedentes da corte suprema do Estado (*state's highest court*) e da corte de apelação (*intermediate appellate court*), bem como da Suprema Corte norte-americana. Esses precedentes seriam tidos por *vinculantes* e os demais precedentes seriam *persuasivos*.⁵¹² O diploma processual civil brasileiro, por sua vez, previu expressamente os padrões decisórios que pretende *vinculantes* para (todos) os juízes e tribunais, mantendo os demais com característica de

⁵⁰⁹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵¹⁰ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵¹¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 107, 112-113 e 116.

⁵¹² WHISNER, Mary. Exploring precedent. **Law Library Journal**, [S.l.], ano 107, v. 605, p. 606, 2015.

persuasivos; ora, se uma adequada aplicação dos padrões decisórios passa por uma atitude interpretativa a partir da prática intersubjetiva implementada pelo *romance em cadeia*, todos os padrões decisórios são *persuasivos*.

4.1.4 Padrões Decisórios e Aplicação em Contraditório

De outra parte, é importante registrar a necessária observância do princípio do contraditório na aplicação dos padrões decisórios, sejam eles *vinculantes*, sejam *persuasivos* – até porque a questão mais importante está na aplicação do padrão decisório, não em seu *status* de *obrigatório* ou *persuasivo*. O princípio do contraditório é implícito à participação do cidadão no ato de poder⁵¹³ e sintetiza direito fundamental de cunho constitucional assegurador do exercício da função jurisdicional.

É expressão democrática de soberania popular e democracia, através da participação direta, igualitária e substancial no processo de construção racional das decisões judiciais, assim legitimando-as e entregando uma prestação jurisdicional efetiva para a realização do Estado Democrático de Direito⁵¹⁴. Dessa forma, um modelo processual que se baseie na cooperação é imprescindível para que o procedimento absorva as visões das partes a serem consideradas na decisão da causa, circunstância inerente ao dever de participação das partes para com a justa solução do caso concreto, destacando o viés do diálogo nesta estrutura.⁵¹⁵

Darci Guimarães Ribeiro apresenta a ideia de processo como “um espaço intersubjetivo de feições públicas e políticas, na busca de valores socialmente relevantes e que somente pode ser compreendido numa perspectiva constitucionalmente dialógica entre os vários sujeitos envolvidos”. Com efeito, o contraditório, em sua evolução, apresenta em seu escopo a necessidade de informar, a possibilidade de participar e o direito de influenciar. Assim, para o autor, o processo contemporâneo é um processo de partes, havendo tese (autor), antítese (réu) e síntese (sentença), motivo pelo qual a participação das partes é fundamental não

⁵¹³ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 160.

⁵¹⁴ JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 227, p. 356, jan. 2014.

⁵¹⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 155.

apenas para iniciar e fixar os limites da controvérsia, como para desenvolvê-la.⁵¹⁶

Nessa esteira, Leonardo Carneiro da Cunha⁵¹⁷ esclarece:

[...]

É preciso observar o contraditório, a fim de evitar um 'julgamento surpresa'. E, para evitar 'decisões surpresa', toda questão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório. Quer isso dizer que o juiz tem o dever de provocar, preventivamente, contraditório das partes, ainda que se trate de uma questão que possa ser conhecida de ofício, ou de uma presunção simples. Se a questão não for submetida ao contraditório prévio, as partes serão surpreendidas com decisão que terá fundamento numa questão que não foi objeto de debate prévio, não lhe tendo sido dada oportunidade de participar do convencimento do juiz. A decisão, nesse caso, não será válida, faltando-lhe legitimidade, haja vista a ausência de participação dos litigantes na sua elaboração. O Estado Democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático inspirador da Constituição de 1988, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas. [...].

Nesse contexto de contraditório efetivo, é importante registrar que o órgão julgador, na construção da *ratio decidendi*, não pode inovar nos argumentos. O objetivo é evitar a decisão surpresa. Se o contraditório é essencial na formação e posterior aplicação do padrão decisório obrigatório, é importante que as partes tenham a oportunidade de se manifestar sobre quaisquer pontos que eventualmente o magistrado venha a adotar como razão de decidir. Não se pode, pois, adotar como motivação qualquer fundamento que as partes não tenham tido a oportunidade de problematizar ao longo do trâmite do processo. A proibição da decisão surpresa também contribui para uma adequada formação e aplicação dos padrões decisórios.⁵¹⁸

Ora, o órgão jurisdicional não pode identificar a *ratio decidendi* de forma solipsista como se fosse absoluta a sua visão de mundo sobre as questões em

⁵¹⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 40-45.

⁵¹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 209, p. 325, jul. 2012.

⁵¹⁸ NUNES, Dierle. Novo CPC consagra dimensão dinâmica do contraditório. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 out. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

discussão no processo, devendo sempre partir de um diálogo processual para zelar pela unidade do Direito. Portanto, deve o magistrado solicitar a manifestação das partes sobre circunstâncias de fato e de direito que impliquem eventual vinculação ou afastamento do padrão decisório – ainda que ele seja vinculante. As partes, portanto, têm papel essencial na construção da decisão judicial. Por isso, as partes, quando invocam um padrão decisório ao seu favor, devem também – assim como o juiz – identificar os fundamentos determinantes ou, então, realizar a distinção ou apontar a necessidade de superação.⁵¹⁹

Observa-se, pois, que o contraditório, enquanto garantia de participação na influência do convencimento do juiz e também como não surpresa, deve ser assegurado não apenas na formação (construção) do padrão decisório; mas também no momento de sua aplicação. Às partes deve-se garantir direito prévio ao debate acerca da aplicação – ou não – de um padrão decisório – vinculante ou persuasivo – ao caso em julgamento, garantindo a participação das partes na decisão em que se funda – ou não – determinado padrão decisório.⁵²⁰

Com efeito, para que se possa aplicar a um caso concreto um padrão decisório, ou deixar de aplicá-lo (por distinção ou superação), é essencial que se submeta previamente às partes a questão. Ora, invocar um padrão decisório como *principium* argumentativo, na fundamentação da decisão, exige que seja assegurado às partes a oportunidade de se manifestarem, para que possam apontar seus argumentos acerca da aplicabilidade ou não do padrão decisório ao caso concreto, já que ao juiz não é permitido decidir, em grau algum de jurisdição, com base em um fundamento sem ouvir as partes, conforme art. 10 do CPC⁵²¹.⁵²²

⁵¹⁹ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 675-676.

⁵²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 175.

⁵²¹ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵²² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 294.

Somente mediante um contraditório efetivo⁵²³, que fomente o debate e a construção da decisão de forma compartilhada e colaborativa, com manifesto resultado na prolação da decisão, é que se alcançará o aperfeiçoamento de um sistema jurídico que conviva com padrões decisórios vinculantes e persuasivos. Será este contraditório efetivo que permitirá a melhor construção da decisão, pois deverá ser refletido na fundamentação, quando o magistrado deverá considerar todo o arcabouço argumentativo produzido no processo. Isto será necessário para se aplicar corretamente os padrões decisórios, com intuito de promover coerência, integridade e estabilidade para o ordenamento jurídico.⁵²⁴

Com efeito, mesmo nos casos de improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC⁵²⁵), em que a parte ré não é sequer citada antes da prolação da sentença, caso o magistrado venha a aplicar o instituto por entender que o pedido contraria padrão decisório obrigatório, e a parte autora não tiver feito em sua petição inicial a

⁵²³ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵²⁴ CERQUEIRA, Vinícius Nascimento. **Fundamentos da decisão no novo CPC**: o contraditório forte e os precedentes. Jundiaí: Paco, 2014. p. 148-149.

⁵²⁵ 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.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

demonstração da inaplicabilidade do padrão decisório vinculante ao caso concreto, deverá suscitar de ofício a questão, assinalando prazo para que o demandante possa manifestar-se e promover a distinção, a fim de ter a oportunidade de convencer o magistrado da não aplicação do padrão decisório ao caso concreto.⁵²⁶

Apenas com o conjunto de fundamentação dos casos semelhantes (mais uma vez a importância da prática jurisdicional intersubjetiva) em um determinado sentido de entendimento do Direito é que será possível pensar na estabilidade, coerência e integridade das decisões judiciais. Por isso é imperativo romper com a prática em que são feitas referências a casos e teses colhidas de forma aleatória, sem a problematização específica. É essencial, assim, que se respeite o contraditório ao fomentar o debate para a averiguação da aplicação ou não de um padrão decisório ao caso concreto.⁵²⁷

Portanto, a manifestação das partes sobre a aplicabilidade – ou não – de uma *tese jurídica* posta em um padrão decisório vinculante ou persuasivo é uma conduta que colabora e influi na atividade interpretativa do magistrado. O contraditório deve, pois, ser amplamente assegurado às partes, com a possibilidade prévia de debater a (in)aplicabilidade do padrão decisório ao caso concreto. Se assim não for, o preço pago pelos jurisdicionados e pelo modo-de-fazer-Direito no Brasil será alto: haverá, de um lado, o engessamento da ordem jurídica, principalmente pela resistência dos tribunais pátrios a revisar suas decisões; e, de outro, o cerceamento do direito de defesa e do contraditório.⁵²⁸

Não é difícil perceber que o Código de Processo Civil de 2015 preocupou-se, sobremaneira, com uma prestação jurisdicional em contraditório. Não é por outro motivo que trata do princípio do contraditório em diversos dispositivos. Um dos seus principais aspectos, frise-se, está na relação do contraditório com a aplicação dos padrões decisórios: a participação das partes em relação à aplicação ou não de um padrão decisório ao caso concreto é condição de possibilidade para uma decisão judicial fundamentada. Nesta esteira, uma adequada aplicação dos padrões

⁵²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 300.

⁵²⁷ CERQUEIRA, Vinícius Nascimento. **Fundamentos da decisão no novo CPC: o contraditório forte e os precedentes**. Jundiaí: Paco, 2014. p. 144-145.

⁵²⁸ CAVALCANTI, Marcos Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 340.

decisórios exige a efetiva participação das partes; o contraditório é corolário de um processo em um Estado que se pretenda Democrático de Direito.

Em razão de todo o exposto, resta clara a relação do princípio do contraditório – da proibição da decisão surpresa – com a aplicação dos padrões decisórios, sejam vinculantes, sejam persuasivos⁵²⁹. Ato contínuo, no próximo item, será trabalhada a relação da fundamentação do juiz com os elementos vinculantes dos padrões decisórios, para que se possa investigar o que deve ser aplicado do padrão decisório formado nos casos que futuramente serão julgados, ou melhor, para que se possa extrair os elementos dos padrões decisórios que fixam o *critério normativo* a ser aplicado, sejam eles *vinculantes* ou *persuasivos*.

4.2 Padrões Decisórios e Fundamentação da Decisão

A seguir, se investigará a influência da fundamentação da decisão na interpretação e aplicação dos padrões decisórios, demonstrando a direta interrelação existente entre os fundamentos das decisões e os elementos dos padrões decisórios que fixam o *critério normativo* a ser aplicado aos casos futuros, iniciando pelas contribuições da *common law* em relação aos fundamentos determinantes da decisão e aos critérios de distinção e superação dos padrões decisórios para que, após, se possa analisar quais são os elementos vinculantes – ou persuasivos – dos padrões decisórios.

4.2.1 A Influência da *Common Law*

Como Blackstone apontou, o Direito e o juízo do magistrado ao decidir não são a mesma coisa, tanto que o juiz pode errar na aplicação do Direito. Mas, em linhas gerais, as decisões das cortes são a evidência do que é o *common law* e, portanto, os precedentes devem ser seguidos, pois são orientações futuras, assim como, sugere Blackstone, na *civil law* as leis promulgadas pelo monarca – ou pelas casas

⁵²⁹ Para um maior aprofundamento do princípio do contraditório na formação e na aplicação de padrões decisórios, consultar: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

legislativas – servem como guias para o futuro.⁵³⁰ É isso que faz do precedente a razão de decidir e da motivação da decisão o precedente.

Nesse sentido, embora no século XVII os precedentes ainda não tivessem caráter vinculante, eram de extrema importância, haja vista que advogados e juízes os consideravam para apresentar a razão legal de seus raciocínios jurídicos. Mas ainda não era dado como certa a vinculatividade dos precedentes. No século XVII, portanto, o argumento predominante não era no sentido de que precedentes ilustram a norma e a razão de decidir corretas em Direito, mas que o precedente deve ser posto à prova na relação com o caso concreto, averiguando seu proveito na situação em análise ou se deve ser reformulado ou redefinido. Assim, qualquer juiz que tivesse o desejo de construir uma *common law* sensata deveria prestar atenção nas decisões anteriores das Cortes de justiça, movendo-se os precedentes para o centro do cenário jurídico. Estabelecia-se, pois, a relação entre precedentes e razões de decidir.⁵³¹

A relação entre precedentes e razões de decidir teve evidente contribuição com a alteração, ocorrida a partir de meados do século XVII, da lógica dos argumentos do magistrado a serem proferidos após os vereditos dos jurados. Antes disso, os magistrados tendiam a funcionar como mediadores, aconselhando as partes, mais do que tomadores de decisões, orientando as partes para entrar em entendimento em relação à questão conflituosa. O ponto fulcral dos julgamentos estava nos argumentos iniciais das partes, espaço onde o magistrado atuava com essa concepção conciliadora. Mas a alteração para a argumentação judicial pós-vereditos gradativamente eliminou esse perfil conciliador, e a principal função dos magistrados passou a ser tomar decisões, já que o foco dos julgamentos deslocou-se para a decisão do juiz. Com isto, as partes e os advogados passaram a esperar dos magistrados que estes fornecessem razões para embasar suas decisões.⁵³²

Essas as sementes do *stare decisis*, embora esta doutrina tenha levado ainda mais dois séculos para florescer. Mas o que pode ter contribuído para demorar tanto tempo assim? Provavelmente as fortuitas impressões e a restrita distribuição dos relatórios de decisões judiciais (*law reports*) podem não ter ajudado, bem como a

⁵³⁰ BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England, in four books**. Filadélfia: J. B. Lippincott Company, 1893. p. 64.

⁵³¹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 51.

⁵³² DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 52.

baixa qualidade na análise das decisões. Da mesma forma, os chamados *Year Books* tinham o propósito de apoiar advogados e estudantes de Direito na elaboração de seus argumentos jurídicos, mais do que estabelecer precedentes a serem aplicados. Mas significantes melhoras nos *law reports*, ocorridas em meados do século XVIII, a partir do apoio do Lord Mansfield, enquanto *Chief Justice of England*, o qual foi um entusiasta a *law reports* de qualidade e que contivessem as razões das decisões, fez com que as cortes superiores passassem, inclusive, a encomendar relatórios de profissionais. E os padrões melhoraram ainda mais ao longo do século XVIII, fortalecendo, definitivamente, o *stare decisis*.⁵³³

A seleção e organização das atas de julgamento – *plea rolls* – foram instituídas a partir do final do século XIII, com objetivo de auxiliar no ensino jurídico na Inglaterra. A partir de meados do século XV, esse costume foi incrementado e refinado, a fim de traçar com maior clareza as questões de direito discutidas no processo. No final do século XV, predominaram os *year books*, repositórios da doutrina judicial, consubstanciados em excertos de argumentos das partes e de decisões judiciais catalogadas por assunto em ordem alfabética. Ato contínuo da evolução desses documentos, as compilações passaram a ser feitas nos *law reports*, cuja estrutura, de alguma forma, se aproxima aos repertórios jurisprudenciais modernos, contendo a transcrição do caso e do respectivo julgamento.⁵³⁴

Além disso, a introdução de um sistema hierárquico de cortes de apelação, por meio das *Judicature Acts* de 1873-1875, consolidou a doutrina do precedente. Dessa forma, uma vez estabelecido o sistema, os magistrados passaram a observar os casos anteriores análogos ao caso *sub judice* em vez de promover suas razões autônomas. Mas o *stare decisis* não floresceu a partir da criação do sistema hierárquico de cortes, mas esta estrutura jurisdicional certamente incrementou a doutrina do precedente. De fato, foi graças à argumentação judicial pós-vereditos e as constantes melhoras nos *law reports* que o *stare decisis* restou edificado, a partir de decisões devidamente fundamentadas e devidamente documentadas nos

⁵³³ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 53 e 55.

⁵³⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 154-155.

relatórios, permitindo a identificação clara dos pontos principais das razões de decidir.⁵³⁵

Fica, pois, muito evidente que a doutrina do *stare decisis* edificou-se a partir da gradual evolução da fundamentação das decisões – a partir do diálogo com decisões anteriores – e, paralelamente, da instituição de um sistema hierárquico de cortes de justiça. É, portanto, da relação entre fundamentação das decisões e do respeito pela hierarquia dos órgãos jurisdicionais que surge a doutrina do precedente. Natural, assim, que as *teses jurídicas* fossem estabelecidas pelas cortes e, uma vez fixadas, fossem devidamente respeitadas pelos órgãos hierarquicamente inferiores do sistema judiciário.

De outra banda, os juízes da *common law* motivam-se a aderir aos precedentes para encorajar os outros juízes a também seguir os precedentes. O juiz que perceber que outros juízes não aplicam os precedentes irá imaginar que também não tem essa obrigação. Ademais, os juízes aderem aos precedentes igualmente com o objetivo de fomentar aderência, pelos outros juízes, a precedentes que eles criem; caso um juiz não adira a precedentes, isto enfraquecerá o sistema, pois os outros juízes também não aplicarão os precedentes daqueles que não observam as decisões anteriores. Em paralelo a isso, o sistema da *case law* exige que os precedentes tenham força vinculante, para que haja segurança jurídica. Como consequência disso, o juiz da *common law* resta sempre pensativo acerca das consequências de uma decisão em sentido diverso do precedente.⁵³⁶

Nessas circunstâncias, para os advogados, buscar um precedente judicial passou a ser uma questão de procurar por um caso análogo anterior, já decidido pelas cortes, com o objetivo de persuadir a corte que esteja apreciando o caso concreto, a fim de provavelmente garantir ao seu cliente uma decisão favorável. Com efeito, a autoridade do precedente está muito mais no fato de os precedentes serem compreendidos e devidamente valorizados como fontes de razões de decidir, do que como meramente como decisões.⁵³⁷ O foco, nessas condições, está nas razões de decidir, não no resultado do julgamento.

⁵³⁵ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 56-57.

⁵³⁶ POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010. p. 144-145.

⁵³⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 57.

Aliás, importa gizar que o significado de um precedente está muito mais ligado ao que os juízes dos casos posteriores à sua formação disseram e construíram a partir dele do que propriamente estariam pensando os magistrados quando o criaram. É a contínua interpretação e aplicação de um precedente, produzindo um “efeito em rede”, que reforça o seu significado e sua força normativa para funcionar como precedente, seja vinculante, seja persuasivo. Logo, quanto mais citado e aplicado é um precedente, mais sentido ele traz ao Direito e isto é fundamental para a linguagem duradoura do Direito.⁵³⁸ Daí a necessária aplicação dos precedentes em *romance em cadeia*, como se verá, mais especificamente, nos próximos pontos do presente trabalho.

Nessa senda, o precedente deve ser concebido a partir de determinados pilares. Antes de tudo, o precedente contém sempre uma razão de decidir e identificar essa *ratio* é a chave para determinar em que ponto o precedente vincula as futuras decisões. Ademais, o precedente fornece razões de decidir já prontas e articuladas que alcançam as decisões particulares dos casos futuros, evitando às cortes a necessidade de dispender todo o custo de argumentar e fundamentar um problema jurídico concreto a partir de um grau zero. E, também, a doutrina do precedente requer que os magistrados tratem precedentes como diretrizes que devem ser observadas, evitando, assim, razões de decidir individuais e exclusivas para cada caso.⁵³⁹

Portanto, precedentes guiam decisões futuras porque operam como modelos de razões de decidir. E, justamente por operar como modelos de fundamentação, os precedentes poderão eventualmente não vincular as decisões futuras, pois as razões de decidir oferecidas por um precedente de uma forma particular poderá ser menos relevante do que uma outra razão mais forte. Talvez o real significado do precedente obrigatório seja o fato de que as cortes poderão eventualmente não estar vinculadas a ele, mas deverão de qualquer forma lidar com a análise do precedente. A doutrina do *stare decisis*, pois, simultaneamente, limita a atuação interpretativa do magistrado, mas também permite o espaço argumentativo para eventual não aplicação do precedente. Os juízes devem respeitar as decisões, mas não devem estar comprometidos com os equívocos do passado.⁵⁴⁰

⁵³⁸ GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 200.

⁵³⁹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 108.

⁵⁴⁰ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 109 e 183.

Se o objetivo é trabalhar com uma adequada aplicação dos padrões decisórios, é imperativo que se tome lições com as influências da *common law* sem, contudo, fazer a importação dos institutos sem a devida adaptação à prática jurisdicional brasileira e com a ciência de que o Brasil é um país tradicionalmente de *civil law*. A seguir, a relação dos institutos da distinção e da superação dos precedentes, na *common law*, e a filtragem de acesso aos tribunais superiores, em caso de padrões decisórios vinculantes, operada pelo Código de Processo Civil de 2015.

4.2.2 Distinção e Superação dos Padrões Decisórios e a Prática Jurisdicional Brasileira

Há que se observar os institutos do *distinguishing* e do *overruling* provenientes da influência da *common law*, ainda na esteira da relação entre fundamentação das decisões (*razões de decidir*) e doutrina do *stare decisis*. Ora, se restou desvelada a íntima influência do diálogo entre as cortes judiciárias na adoção das razões de decidir e a influência da hierarquia das cortes no estabelecimento da doutrina do precedente na *common law*, é imperativo averiguar as situações de não aplicação dos precedentes e seus aspectos em relação à prática jurisdicional brasileira.

Para a doutrina do *common law*, *distinguishing* ocorre quando os juízes fazem uma distinção entre um caso e outro, deixando de aplicar o precedente anterior ao caso em julgamento, o que deve ser feito expressamente. Trata-se, antes de tudo, de uma questão de diferenciar a *ratio decidendi* da *obiter dicta* do precedente, a fim de se observar quais foram os fatos materialmente relevantes para a decisão do precedente; e, em seguida, analisar as diferenças das circunstâncias do caso anterior e do caso em julgamento. Isto permite demonstrar que a *ratio decidendi* do precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em julgamento.⁵⁴¹

A atividade de distinção (ou *distinguishing*) faz com que um padrão decisório anterior não seja aplicado a um caso posterior porque seus fatos são distintos – e

⁵⁴¹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 113. Jeremy Waldron relaciona o *distinguishing* com o *rule of law*, sustentando que, ao realizar a distinção de um caso a outro, deverá o juiz sempre analisar se a tese jurídica fixada e adotada na decisão precedente resolve o caso a ser decidido; caso positivo, deverá segui-lo, mantendo a confiança nas decisões anteriormente tomadas; caso negativo, deverá distinguir especificamente os casos, resolvendo a questão jurídica diversa de forma distinta. Conforme WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. **Michigan Law Review**, p. 18-20 e 30, p. 26, 2012.

materialmente diferentes – dos fatos ocorridos quando da formação do padrão decisório que se deixa de aplicar. Nesse sentido, um padrão decisório vinculante tem autoridade mesmo quando o juiz ou o tribunal não o segue pela distinção, pois, ao fundamentar sua decisão deverá partir do precedente e apresentar razões para não segui-lo, e o fato de ter a necessidade de justificar a sua não aplicação demonstra a sua autoridade e força vinculante.⁵⁴² Nessa linha, o fato de não ser aplicado por *distinção* não afasta a autoridade do precedente, mas a afirma, embora não haja a aplicação àquele caso.

Reforce-se que a autoridade do padrão decisório sobressai-se mesmo quando é feita a distinção e o magistrado decide não segui-lo. Mas é nesse momento que recai sobre o ato decisório o ônus argumentativo de não aplicação do padrão decisório já fixado, pois, ao se realizar o *distinguishing*, não se está questionando a validade, legitimidade ou hierarquia do tribunal que formou o padrão decisório, mas afirmar que aquela *tese jurídica* não se aplica à espécie, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas postas no caso em julgamento. Há, dessa forma, possibilidade de qualquer corte realizar a distinção do caso concreto, ainda que o padrão decisório tenha sido formado por tribunal hierarquicamente superior.⁵⁴³

Deve-se verificar se é ou não o caso de aplicar o padrão decisório invocado. A distinção não é uma forma de se deixar de aplicar um padrão decisório, mas sim uma forma de respeitá-lo, estabelecendo com precisão em que casos seus *fundamentos determinantes* devem incidir. Deve-se, pois, sempre haver o diálogo entre os padrões decisórios, por força do art. 926 do CPC⁵⁴⁴. Ora, como se viu com Dworkin, no primeiro capítulo, pela “força gravitacional” dos precedentes, diante de um caso concreto ao qual podem ser aplicados os *fundamentos determinantes* de um padrão decisório anteriormente estabelecido, o juiz ou tribunal deve verificar se as circunstâncias que levaram à formação do padrão decisório formado estão ou não

⁵⁴² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 227.

⁵⁴³ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/15: uma breve introdução. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 313.

⁵⁴⁴ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

presentes no posterior processo em julgamento. Caso não estejam, torna-se imperioso distinguir os casos e, assim, negar a aplicação do padrão decisório.⁵⁴⁵

Por sua vez, na prática judicial norte-americana, um precedente está em condições de ser revogado (*overruling*) quando não mais corresponde aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade do precedente, isto é, a isonomia, a confiança e a vedação de surpresa injusta, não justificam mais a sua preservação. Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais e políticas. Essas proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir da moralidade política da comunidade e, quando o precedente deixa de ter congruência com essa moralidade, o *overruling* não constitui quebra da isonomia, da confiança ou uma surpresa injusta.⁵⁴⁶

Existe ao menos três formas de revogar um precedente, aos olhos da doutrina norte-americana. A primeira ocorre quando inovações tecnológicas e melhoramentos oriundos da evolução da sociedade fazem do precedente obsoleto. Dessa forma, as coisas estão sujeitas a mudanças, principalmente quando as necessidades da vida em desenvolvimento exigem. A segunda ocorre quando os valores substanciais a partir dos quais o precedente foi estabelecido não são mais satisfatórios à luz da moralidade jurídica da atualidade. Uma terceira forma de *overruling* ocorre quando uma experiência posterior com um precedente mostra que foi equivocada a decisão contida no precedente desde o início; aqui, a questão está na injustiça do precedente.⁵⁴⁷

Para se estabelecer a regra de um precedente, não se deve levar em conta apenas a intenção e as circunstâncias existentes no momento da formação do precedente. Mas também a moralidade política da comunidade, eventuais mudanças no contexto social e a doutrina após a decisão da corte que instituiu o precedente,

⁵⁴⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 289-290.

⁵⁴⁶ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 2017. p. 104-105. Jeremy Waldron também sinaliza a relação do *rule of law* com o *overruling*, ao sustentar que a consistência e a estabilidade do Direito também emergem da responsabilidade institucional que os juízes devem observar ao não revogar precedentes de forma despreocupada e facilmente com muita frequência. É nesse sentido que o *rule of law* relaciona-se com o *stare decisis*. Conforme WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. **Michigan Law Review**, [S.l.], v. 111, n. 1, p. 31, 2012.

⁵⁴⁷ SUMMERS, Robert. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 397.

para que a corte que esteja a decidir um caso posterior possa verificar a *congruência* e a *consistência* do precedente em apreço. A função da corte que analisa o caso posterior será identificar o que significará, no contexto do momento, a aplicação do precedente.⁵⁴⁸⁵⁴⁹ Insiste-se: o direito como prática interpretativa deriva do romance em cadeia, o qual depende, por sua vez, da coerência e da integridade.

É decorrência da *integridade* que qualquer magistrado possa reconhecer a superação de um padrão decisório, ainda que vinculante. Não é por outro motivo que o Fórum Permanente dos Processualistas Civis, em seu Enunciado 457, reconheceu que

[...] uma das dimensões do dever de integridade previsto no caput do art. 926 consiste na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 2017. p. 52. Em paralelo ao *distinguishing* e ao *overruling*, Melvin Eisenberg chama atenção para outras três situações que ficam entre uma coisa e outra (p. 121-122 e 133-135). A primeira é a “sinalização”, ou *technique of signaling*. Neste caso, o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado e não deve mais subsistir, mas, para garantir a segurança jurídica, deixa de revoga-lo, preferindo apontar para sua “perda de consistência” e *signalizar* para sua futura revogação. O que ocorre é a não revogação do precedente pela não previsibilidade, por parte da comunidade, da revogação do precedente, mantendo-se este em virtude da segurança jurídica e da confiança que o Estado deve tutelar, já que transações jurídicas são feitas à luz das regras estabelecidas pelos precedentes. Comunica-se à comunidade que o precedente está em vias de ser revogado, não sendo mais confiável. A segunda é a *transformation*, hipótese em que não se faz um *distinguishing* e nem um *overruling*, mas faz a “transformação” do precedente sem revoga-lo. No *overruling*, a corte expressamente anuncia a revogação do precedente; na *transformation*, a corte nega o conteúdo do precedente, compatibilizando o resultado do precedente transformado com o resultado alcançado no caso sob julgamento. Com a *transformation*, não se perturba a segurança jurídica, já que não há revogação do precedente, embora haja razões para não ser mais seguido. Há uma espécie de *reconstrução* do precedente, seguindo os tribunais a decidir sobre a questão jurídica. Ocorre notadamente quando há necessidade maior de discussão a respeito da questão. Por fim, a terceira situação é o *overriding*, circunstância que se parece, ao mesmo tempo, com uma espécie de *transformation* e de *overruling*, já que ocorre quando a corte, ao aplicar um precedente, estreita seu âmbito de aplicação, ou seja, restringe a *tese jurídica* firmada no precedente anterior, fazendo acontecer, de um lado, um “parcial” *overruling* e, de outro, uma espécie de *transformation*.

⁵⁴⁹ Alguns precedentes, entretanto, são simplesmente “abandonados”, sem que sejam revogados expressamente, embora não mais seguidos ou aplicados, no todo ou em parte. Sobre o assunto, consultar, obrigatoriamente, O'BRIEN, David M.; JOBIM, Marco Félix. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 35-44, jan./jun. 2018.

⁵⁵⁰ ENUNCIADOS do Fórum permanente dos processualistas civis. **Enunciado 457**. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-SaCC83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

É desnecessário, portanto, que seja instaurado perante o tribunal prolator da decisão vinculante um procedimento específico para a superação da tese jurídica⁵⁵¹.

A *integridade* exige respeito ao passado, mas esse respeito não significa imutabilidade. Os padrões decisórios podem ser alterados e superados e mesmo assim pode-se garantir a integridade da decisão judicial se, quando do julgamento de revogação do padrão decisório, o juiz respeita o passado, justifica a mudança ou a não aplicação do padrão decisório no caso concreto. Dessa forma, a *coerência* deve-se dar com a totalidade do sistema e do ordenamento jurídico, não apenas em relação à decisão anterior.⁵⁵² Não há, portanto, coerência sem integridade. O respeito aos padrões decisórios vinculantes não deve jamais significar engessamento.

Nessa linha, a revogação de um padrão decisório vinculante deve ser compreendida como um método pelo qual um tribunal nega um padrão decisório obrigatório com o objetivo de confirmar o Direito, quer dizer, quando um tribunal admite que suas razões (postas em decisões judiciais anteriores) podem estar equivocadas ou superadas, pode-se concluir que uma decisão judicial apenas estará errada ou superada se for contrária a Direito, por consequência, que o direito será – e deverá sempre ser – algo superior a qualquer decisão.⁵⁵³

Ora, a *ratio decidendi* é um ponto de partida de uma atitude interpretativa que leva em conta todo o ordenamento jurídico e a coerência nas decisões, que deve levar em consideração variações históricas das condições jurídicas, culturais, políticas, sociais e econômicas. Ademais, deve o intérprete, sempre, levar em conta a faticidade do caso concreto que deu origem ao padrão decisório já formado, examinando se aqueles fatos se assemelham com os fatos constantes do processo no qual a *tese jurídica* será aplicada.⁵⁵⁴

⁵⁵¹ CAVALCANTI, Marcos Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 341.

⁵⁵² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 225-226. Prossegue a autora (p. 264) sinalizando que “a teoria do *stare decisis* que observa o princípio da integridade exige respeito aos precedentes e não sua imutabilidade, mas não admite que se revogue um precedente porque este será melhor para toda a comunidade tal como o pragmatismo, que ignora os precedentes com base em argumentos de política. Dessa forma, o que se defende pela aplicação do princípio da integridade na decisão judicial é que se aplique ampla doutrina do *stare decisis*, pela qual se impõe respeito ao passado, o que poderá ser feito seguindo, revogando ou distinguindo precedentes”.

⁵⁵³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 230.

⁵⁵⁴ CAVALCANTI, Marcos Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 343.

Nessa esteira, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 estabeleceu expressamente a possibilidade de os magistrados deixarem de aplicar padrões decisórios, *persuasivos* e até mesmo os *vinculantes*, desde que fique demonstrada a existência de distinção entre o padrão decisório já formado e o caso em julgamento ou a superação do entendimento firmado no padrão decisório anterior. Evidentemente, terá o magistrado que assim agir compromisso com uma fundamentação adequada, demonstrando que as *teses jurídicas* estabelecidas nos *fundamentos determinantes* dos padrões decisórios estão superadas ou dizem respeito a circunstâncias fáticas diversas.⁵⁵⁵

De outra parte, há, ainda, a discussão acerca da superação antecipada do precedente. Na Inglaterra, houve a tentativa, entre as décadas de 1960 a 1980, enquanto Lord Denning foi Presidente da Corte de Apelação da Inglaterra e do País de Gales, de implantar o *antecipatory overruling* (pelas cortes inferiores) em relação ao precedentes da *High Court* da *House of Lords*. Mas a prática não foi aceita. Em vez disso, por vezes saltaram-se etapas, passando pelo grau de apelação e indo os processos direto à *High Court* da *House of Lords*, para que esta corte, se entendesse, revogasse seus próprios precedentes.⁵⁵⁶

Por sua vez, no sistema judiciário federal dos Estados Unidos, a postura do *antecipatory overruling* passou a ser aplicada eventualmente, nas décadas de 1970 e 1980, nos casos em que a maioria da Corte de Apelação entendesse que a Suprema Corte estaria prestes a revogar seu precedente, tão logo houvesse a oportunidade. Nestes casos, a Corte de Apelação poderia desconsiderar o precedente. Contudo, em 1989, no caso *Rodriguez de Quijas v. Shearson*, a Suprema Corte americana, no primeiro momento em que pronunciou-se formalmente sobre o instituto, condenou a

⁵⁵⁵ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

[...]

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵⁵⁶ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 344-345.

prática, sinalizando que apenas a própria Suprema Corte teria a prerrogativa de revogar seus precedentes.⁵⁵⁷

Apesar do posicionamento da Suprema Corte, as Cortes de Apelação, em situações muito excepcionais, considerando circunstâncias que indicam que um precedente da Suprema Corte provavelmente será revogado, deixam de adotá-lo. Isto ocorre quando há uma tendência da Suprema Corte concluir, em julgamento futuro, pela revogação do precedente, a partir de demonstrações que se está à espera de um caso apropriado para que seja feito o *overruling*. A Corte de Apelação do *Second Circuit*, no caso *Perkins v. Endicott Johnson Corp*, deixou de seguir precedente da Suprema Corte, demonstrando que esta corte estaria em vias de dele se afastar. A Corte de Apelação julgava caso em que se questionava a violação a Quarta Emenda por ter a Secretaria do Trabalho, em intimação à empresa Endicott, determinado a produção de registros de empregados e salários. A corte teria percebido uma mudança de atitude da Suprema Corte, que estaria lidando de forma mais liberal em relação às agências administrativas. A Suprema Corte estaria aceitando que as agências obtivessem informações de pessoas jurídicas de direito privado. Dessa forma, a Corte de Apelação entendeu como legais e constitucionais as intimações da Secretaria do Trabalho.⁵⁵⁸

No Brasil, seria necessário verificar a possibilidade de um tribunal hierarquicamente inferior afastar a aplicação de um padrão decisório vinculante proveniente de um tribunal que lhe seja superior por meio da *superação antecipada*. Para Alexandre Freitas Câmara, o próprio Código de Processo Civil permite expressamente que um órgão, apresentando fundamentação adequada, demonstre a superação do entendimento firmado em algum padrão decisório (art. 489, §1º, inciso

⁵⁵⁷ SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 399.

⁵⁵⁸ KNIFFIN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States Courts of Appeals. **Fordham Law Review**, [S.l.], p. 61-63, Oct. 1982.

VI⁵⁵⁹).⁵⁶⁰ Isto não causa nenhum problema ao sistema, haja vista que, desta decisão, se for o caso, a parte interessada (sucumbente) poderá, oportunamente, interpor o competente recurso especial ou extraordinário (inclusive com pedido de efeito suspensivo) – ou, quiçá, *reclamação*, para buscar a aplicação da *tese* afastada se o tribunal que tenha firmado o padrão decisório vinculante entenda não superada.

Se um Tribunal de Justiça ou Regional Federal, considerando os argumentos das partes e, especialmente, o que passa nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal em relação ao padrão decisório aplicável, percebe seu desgaste e, desse modo o enfraquecimento da sua autoridade, cabe-lhe deixar de adotá-lo. Mas terá o ônus argumentativo de demonstrar que o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal está presentes a revoga-lo. Nesses casos, aliás, é prudente a admissão de recurso especial ou extraordinário, eventualmente interposto pela outra parte, para que as cortes superiores possam se manifestar.⁵⁶¹

Ora, a modificação da base normativa vigente ao tempo da formação do padrão decisório, por exemplo, com a edição de lei posterior tratando da matéria de forma distinta, bem como modificações sociais, econômicas, políticas ou de entendimento jurídico, podem levar à superação de um padrão decisório vinculante. Isto, porém, deve ser feito com o devido respeito à história institucional da matéria em questão, para que a superação seja operada mediante interpretação e aplicação coerente e íntegra do Direito, sendo mais um capítulo do romance (em cadeia) que

⁵⁵⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

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

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

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

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

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

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. BRASIL.

Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵⁶⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 336.

⁵⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 268.

vinha sendo escrito. Contudo, a decisão de superação, proferida por um tribunal inferior, em relação a um padrão decisório vinculante de um tribunal superior, não implica a sua revogação, pois isto depende de decisão expressa da corte que fixa o padrão decisório vinculante.⁵⁶²

Esta medida inclusive contribui para a evolução da interpretação do Direito no país. É imperativo que padrões decisórios sejam respeitados, aplicados com coerência e integridade, dialogando, constantemente, as cortes judiciárias entre si. É preciso, pois, que os tribunais tenham compromisso com a aplicação dos padrões decisórios, mas não estejam engessados na interpretação do Direito; o respeito a um padrão decisório não pode significar congelamento. Portanto, o sistema deve perceber essa possibilidade, mas, da mesma forma, garantir o acesso aos Tribunais que firmaram os padrões decisórios a serem desafiados – para fins de superação.

Entretanto, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu uma forma de impedir que recursos especiais ou extraordinários que desafiem teses jurídicas obrigatórias tenham trânsito aos tribunais superiores. Com efeito, nos casos em que os tribunais de origem, quando da análise dos recursos especiais ou extraordinários, observarem que o recurso desafia acórdão que esteja em conformidade com entendimento do respectivo tribunal superior exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos – uma das espécies de padrões decisórios obrigatórios, deverão negar seguimento ao recurso. Não é caso de inadmissibilidade; é caso de negativa de seguimento; não há acesso ao tribunal superior, pois desta decisão cabe agravo interno – recurso este que será analisado no âmbito do próprio tribunal inferior, tribunal este que é “obrigado” a impedir o acesso do jurisdicionado que discuta *tese jurídica* firmada em padrão decisório obrigatório.⁵⁶³

⁵⁶² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 343 e 346-347.

⁵⁶³ Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

[...]

O agravo interno cabível contra a decisão que nega seguimento ao recurso especial ou extraordinário interposto contra acórdão que esteja de acordo com *tese jurídica* firmada no julgamento de recursos repetitivos (ou que nega seguimento a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento da Suprema Corte exarado no regime de repercussão geral) impede o acesso do jurisdicionado interessado aos Tribunais Superiores – prolatores dos padrões decisórios vinculantes, haja vista que o agravo interno é julgado pelo tribunal de segundo grau, e não há previsão de recurso específico contra o acórdão que vier a decidir esse agravo interno.

Isto implica um inadmissível fechamento do sistema para a superação dos padrões decisórios dotados de força vinculante, engessando-se desde modo o Direito. Entretanto, a evolução do Direito é essencial e inevitável, e não se pode admitir um modelo de fechamento interpretativo. O sistema que preveja padrões decisórios obrigatórios necessita prever a possibilidade de superação dos padrões decisórios vinculantes, para evitar o engessamento do Direito. É, portanto, incompatível com o Estado Democrático de Direito o estabelecimento de mecanismos de fechamento argumentativo capazes de levar ao engessamento da interpretação e aplicação do Direito. Se não houver mecanismo de superação dos padrões decisórios vinculantes, cada Tribunal Superior se manifestará apenas uma vez sobre a questão jurídica.⁵⁶⁴

Dessa forma, caso seja interposto recurso especial ou extraordinário contra acórdão proferido em conformidade com padrão decisório vinculante estabelecido no julgamento de casos repetitivos, ao fundamento de existir motivo para a superação da tese fixada, deverá o recurso ser admitido, se presentes os demais requisitos de admissibilidade. Caso não seja admitido o recurso especial ou extraordinário e, ato contínuo, negado o agravo interno, caberá, para Alexandre Freitas Câmara, (novo) recurso especial ou extraordinário, apontando-se, no caso de recurso especial, a superação do entendimento e requerendo a revisão da tese com base na aplicação

§ 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵⁶⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 317-319.

análoga do art. 986 do CPC⁵⁶⁵, e, no caso de recurso extraordinário, que compete ao Supremo Tribunal Federal, à luz do art. 102, *caput*, da Constituição Federal⁵⁶⁶, a guarda da Constituição e que esta guarda implica também na eventual revisão de tese anteriormente fixada.⁵⁶⁷

De outra banda, há quem sustente o cabimento de *Reclamação* em face do acórdão que negue provimento ao agravo interno, endereçada diretamente ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, diante da usurpação da competência dos referidos tribunais para promover a *superação* do entendimento, bem como no caso de o tribunal de origem relacionar indevidamente a tese jurídica adotada pelo STF ou pelo STJ estabelecida em julgamento de recursos repetitivos ao caso em julgamento, com base no art. 988 do CPC⁵⁶⁸, para, assim, preservar a competência do STF como guardião da Constituição Federal ou para garantia contra a aplicação indevida da tese jurídica estabelecida em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos.⁵⁶⁹

Ora, se o futuro *acesso* aos Tribunais Superiores e à Suprema Corte fosse tolhido após a formação de um padrão decisório vinculante, a evolução do Direito estaria comprometida. A Suprema Corte americana só pôde rever a decisão proferida

⁵⁶⁵ Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵⁶⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵⁶⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 319-322.

⁵⁶⁸ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

[...]

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

[...]

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵⁶⁹ SCALABRIN, Felipe; COSTA, Miguel do Nascimento; ANTUNES DA CUNHA, Guilherme. **Lições de processo civil: recursos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 138, nota nº 385.

em *Plessy v. Ferguson*⁵⁷⁰ porque, posteriormente, recebeu *writ of certiorari*⁵⁷¹ no caso *Brown v. Board of Education*⁵⁷². No mesmo sentido, só foi possível a superação do *holding* fixado em *Bowers v. Hardwick*⁵⁷³ porque julgou posteriormente, por provocação das partes, o caso *Lawrence v. Texas*⁵⁷⁴. Se em um país onde o *stare decisis* faz parte da cultura e se admite o acesso à Suprema Corte para nova apreciação de temas decididos, resta evidente a importância de manter aberta a porta de acesso aos Tribunais Superiores e ao Supremo Tribunal Federal para a revisão ou superação das *teses jurídicas* firmadas nos padrões decisórios vinculantes, especialmente em um Direito aplicado a partir de uma prática interpretativa e intersubjetiva, o que se quer de um Estado Democrático de Direito.

A seguir, se analisará, de forma mais aguda, a íntima relação entre razões de decidir e a formação e aplicação dos padrões decisórios. É importante aprofundar essa questão pois a aplicação, distinção ou superação de um padrão decisório a um caso concreto em julgamento se faz a partir da interrelação entre as razões de decidir dos casos e, após, poder-se-á apresentar quais são os elementos dos padrões

⁵⁷⁰ 163 US 537 (1896). No julgamento de *Plessy v. Ferguson* a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu a doutrina que ficaria conhecida como *separate but equal* (separados mais iguais), ao reconhecer a constitucionalidade do *Separate Car Act* do Estado de Louisiana, de 1880, por força do qual haveria vagões separados para pessoas brancas e negras nos trens. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Plessy v. Ferguson*. Oyez, [S.l.], 6 Abr. 2018. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1850-1900/163us537>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

⁵⁷¹ Sobre o *writ of certiorari* e aproximações em relação ao direito brasileiro, consultar: PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; SANTANNA, Ana Carolina Squadri. O writ of certiorari e sua influência sobre o instituto da repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo RePro**, São Paulo, v. 39, n. 235, p. 381-405, set. 2014. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/77473?mode=full>>. Acesso em: 6 abr. 2018; ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. Writ of certiorari do direito estadunidense. **Revista de Processo RePro**, São Paulo, v. 42, n. 266, p. 483-515, abr. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/109376?mode=full>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

⁵⁷² 347 US 483 (1954). Ao julgar *Brown v. Board of Education*, a Suprema Corte dos Estados Unidos superou expressamente o *holding* fixado em *Plessy v. Ferguson*, tendo declarado a inconstitucionalidade de leis estaduais que estabeleciam escolas públicas separadas para estudantes brancos e negros. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education of Topeka*. Oyez, [S.l.], 6 Abr. 2018. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

⁵⁷³ 478 US 186 (1986). Ao julgar *Bowers v. Hardwick*, a Suprema Corte estadunidense entendeu não ser inconstitucional lei do Estado da Georgia que criminalizava relações sexuais homossexuais, entendendo que não violaria direitos fundamentais e que os Estados poderiam criar leis nesse sentido. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Bowers v. Hardwick*. Oyez, [S.l.], 6 Abr. 2018. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1985/85-140>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

⁵⁷⁴ 539 US 558 (2003). No julgamento *Lawrence v. Texas*, a Suprema Corte dos Estados Unidos superou expressamente o *holding* contido no caso *Bowers v. Hardwick*, decidindo pela inconstitucionalidade da lei texana que criminalizava a prática de relações sexuais homossexuais, reconhecendo a ilegitimidade de os Estados interferirem, nesse sentido, na liberdade e na privacidade. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Lawrence v. Texas*. Oyez, [S.l.], 6 Abr. 2018. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2002/02-102>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

decisórios que fixam o *critério normativo* a ser aplicado nas decisões futuras, sejam esses padrões decisórios *vinculantes* ou *persuasivos*, com objetivo de traçar uma adequada aplicação dos padrões decisórios na prática jurisdicional brasileira.

4.2.3 Padrões Decisórios e Razões de Decidir

Nas cortes da *common law*, antes de se estabelecerem as regras estritas do *stare decisis*, era dito que o direito não se encontrava em casos particulares, mas nos princípios pelos quais eles foram estabelecidos. E, mesmo após o desenvolvimento da hierarquia das cortes e da doutrina dos precedentes vinculantes, essa ideia anterior permaneceu. Dessa forma, o juiz apenas segue a autoridade “vinculante” das decisões anteriores porque apresentam uma declaração correta do que é o Direito.⁵⁷⁵

Ato contínuo, a doutrina da *common law* nos últimos quase dois séculos ocupou-se do assunto do conceito de *ratio decidendi* e, assim, teses emergiram acerca do problema da caracterização do referido instituto. Dado que a *ratio decidendi* se trata do elemento da decisão dotado de autoridade, cuja relação com os fatos do caso em questão precisam ser estabelecidos, a *ratio decidendi* pode ser entendida tanto como uma regra jurídica à luz dos fatos materiais de um caso que uma corte anterior explicitamente declare que ela mesma segue; mas também pode ser vista como uma regra jurídica à luz dos fatos materiais de um caso que uma corte deveria seguir. Com efeito, no ponto onde exista uma explícita formulação da regra jurídica que a corte acredite ser a aplicável ao caso, há uma forte tendência de que isto seja tratado como a *ratio decidendi* do julgado.⁵⁷⁶

Nos sistemas em que as decisões anteriores são fontes (primárias) do Direito, é importante apontar o que é relevante e o que não é relevante e, assim, em que parte está a decisão dotada de (alguma) autoridade. A necessidade de se definir, com algum grau de precisão, o que será extraído da decisão – usualmente chamado de *ratio decidendi* – é relevante nos sistemas em que os padrões decisórios têm força vinculante. Portanto, especialmente em países da *common law*, um dos problemas mais importantes é delinear o significado e o conteúdo da *ratio decidendi* de um caso

⁵⁷⁵ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 508.

⁵⁷⁶ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 506 e 508-509.

e como essa *ratio decidendi* deve ser estabelecida. Daí a necessidade de se separar a *ratio decidendi*, enquanto elemento vinculante da decisão, das outras afirmações expostas na fundamentação judicial do caso, não diretamente levados em conta para a tomada da decisão, os elementos comumente chamados de *obiter dicta*.⁵⁷⁷

Para Rupert Cross e J. W. Harris, na doutrina inglesa do precedente a única parte da decisão anterior que se considera vinculante é a *ratio decidendi*, caracterizada pelas proposições consideradas como necessárias para a decisão. As demais são consideradas *obiter dicta*, representadas pelos argumentos laterais ou feitos de passagem pela corte que proferiu a decisão anterior. Dessa forma, de acordo com a doutrina do *stare decisis*, quando se diz que um juiz está obrigado a seguir um determinado precedente significa dizer que está vinculado à *ratio decidendi* do caso anterior, a menos que os casos sejam distintos. Deve-se, pois, emprestar a maior atenção possível aos fatos que serviram de fundamentos ao precedente que se invoca, haja vista que é natureza última da doutrina do precedente que casos semelhantes se decidam de forma similar.⁵⁷⁸

Com efeito, Cross e Harris trazem alguns exemplos de decisões judiciais que se manifestam acerca do significado de *ratio decidendi*. No caso *Beamish v. Beamish*, Lord Campbell, da *House of Lords*, apontou que a *ratio decidendi* é a regra que a corte adota como base da decisão. Por sua vez, no caso *Attorney-General v. Dean and Canons of Windsor*, o mesmo Lord Campbell referiu que a *ratio decidendi* seria a regra proposta com fundamento na qual se decide o caso. Os autores sinalizam, inclusive, um precedente da Suprema Corte Sul-Africana que, no caso *Pretoria City Council v. Levinson*, manifestou que a *ratio decidendi* estaria nas razões da sentença, não nas razões subsidiárias para a decisão, nem mesmo meras análises de fatos, ou seja, a *ratio decidendi* está nas razões necessárias para a decisão, sem as quais não se chegaria no mesmo resultado.⁵⁷⁹

A *ratio decidendi* de um caso seria, pois, a regra jurídica que haja sido explícita ou implicitamente considerada pelo órgão julgador como necessária para chegar a sua conclusão, tendo em conta a linha de fundamentação adotada pela corte. A *ratio*

⁵⁷⁷ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 505-506.

⁵⁷⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Tradução de Maria Angélica Pulido. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 61 e 63-65.

⁵⁷⁹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Tradução de Maria Angélica Pulido. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 99-100.

decidendi está na interpretação do magistrado acerca dos fatos e dos fundamentos jurídicos postos em causa; é o produto da interpretação que determina o conteúdo significativa da *ratio decidendi* do caso; assim, não há como definir o conceito de *ratio decidendi* de antemão. Ora, analisar um caso implica observar a *ratio decidendi* desse caso, fazendo um exame à luz dos fatos do caso, observar o que outros juízes disseram em casos posteriores ao caso analisado – determinando as *ratio decidendi* desses outros casos, para formular a *ratio decidendi* do caso em julgamento.⁵⁸⁰

Neil MacCormick também anota que a *ratio decidendi* é o argumento fornecido pela corte que se mostra suficiente para resolver a questão jurídica posta em causa, sendo ponto necessário da fundamentação da tese jurídica adotada na decisão tomada. Já os demais argumentos de regras e princípios jurídicos, bem como argumentos que avaliam outras fontes do Direito ou as consequências da decisão tomada, fazem parte da classe da *obiter dicta*. Diante disso, observa-se que alguns argumentos são necessários para se alcançar o resultado da decisão tomada, sendo estes os argumentos que efetivamente justificam a decisão.⁵⁸¹

Quer dizer, os fundamentos jurídicos de uma decisão compreendem tanto as razões de decidir (*ratio decidendi*) como os elementos que servem como reforço argumentativo (*obiter dicta*). Portanto, a *ratio decidendi* opera como *fundamento determinante* da *tese jurídica* adotada na decisão, enquanto a *obiter dicta* não possui o condão de sustentar, *per se*, o resultado da atividade cognitiva do magistrado, não servindo, isoladamente, como justificativa para a conclusão judicial. É importante ressaltar, também, que as partes devem participar da formação da *ratio decidendi*, ou seja, o magistrado deve enfrentar os argumentos trazidos pelas partes e permitir que as partes discutam eventuais fundamentos que o magistrado traga de ofício.⁵⁸²

MacCormick, entretanto, imputa como muito abrangente o conceito de *ratio decidendi* proposto por Cross e por Harris – para quem a *ratio decidendi* reside nas razões necessárias para a decisão. Para MacCormick, quando, por exemplo, um dispositivo legal é interpretado na fundamentação de uma decisão, tal dispositivo corresponderá a uma regra sem a qual a conclusão não poderia ser alcançada. Mas ninguém supõe que o dito dispositivo legal seja a *ratio decidendi*. Dessa forma, e em

⁵⁸⁰ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Tradução de Maria Angélica Pulido. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 96-97.

⁵⁸¹ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 153.

⁵⁸² LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 171.

verdade, a *ratio decidendi* será o que a corte afirma como interpretação da lei; a *ratio* é, pois, produto da interpretação, sendo a solução jurídica dada ao caso pelo juiz, e não “qualquer regra jurídica” da qual dependa a decisão. E essa *solução jurídica dada ao caso pelo juiz* deve ser vista mais do que como um passo necessário à conclusão; para configurar *ratio decidendi*, é preciso que o argumento seja não apenas necessário, mas represente uma proposição suficiente ao alcance da decisão do caso.⁵⁸³

O verdadeiro problema, sem dúvida, está no significado que se pretende atribuir aos vocábulos “necessário” e “suficiente”. Se o passo a ser dado é necessário, ele é imprescindível e, assim, obrigatório. Suficiente, porém, é o que é bastante. Ora, há diferença entre um caminho obrigatório e um caminho bastante. Se o caminho é obrigatório, não há como se chegar onde se quer sem passar por ele. Contudo, se o caminho é suficiente, chega-se ao lugar que se procura passando-se por ele, que é apto a conduzir ao local desejado. Suficiente ou apto ou idôneo não se confunde com necessário ou obrigatório.⁵⁸⁴

Em suma: a *ratio decidendi* é a *tese jurídica* consagrada na decisão, de modo que a razão de decidir não se confunde com a fundamentação da decisão, mas nela se encontra. A *ratio decidendi* é, pois, mais do que o raciocínio jurídico (*legal reasoning*) contido na decisão, na medida em que há pontos contidos na fundamentação judicial construída que não constituem *ratio decidendi*, mas sim *obiter dicta*, haja vista que a fundamentação da decisão conta com tese(s) jurídica(s) e também com abordagens de questões periféricas, não diretamente ligadas à decisão do caso.⁵⁸⁵

A corte subsequente, para aplicar um padrão decisório a um caso em julgamento, precisa definir o que realmente a vincula, quer dizer, deve delinear a *ratio decidendi* do caso resolvido. Para tanto, deve atentar não apenas para a linguagem do padrão decisório paradigma, e para a questão jurídica discutida em relação aos fatos ocorridos, mas também para os julgados anteriores e, principalmente, posteriores ao padrão decisório a ser aplicado (ou não), os quais possam melhor

⁵⁸³ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**: a theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2010. p. 158.

⁵⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 172.

⁵⁸⁵ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 67.

explicitar a *ratio decidendi* do padrão decisório em análise. Pode haver, portanto, uma formação paulatina e incremento da *ratio decidendi*, ganhando esta corpo em virtude do julgamento de novos casos.⁵⁸⁶

É neste sentido que Cross e Harris chamam a atenção para o fato de que a *ratio decidendi* e a *obiter dicta* precisam ser interpretadas a partir do precedente e também das decisões proferidas em outros casos subsequentes. Exemplificam a partir do caso *Barrick v. The English Joint Stock Bank* e o tratamento a ele emprestado no julgamento de um caso posterior, *Lloyd v. Grace, Smith & Co.* No caso *Barrick*, o banco, por meio de um gerente, teria induzido fraudulentamente um cliente a aceitar, em um crédito com um terceiro, uma garantia desprovida de valor (insuficiente para garantir o negócio). O Tribunal de Apelação estabeleceu que o empregador é responsável pelas condutas maliciosas dos seus empregados perpetradas no exercício de suas funções e em benefício do empregador. Posteriormente, no caso *Lloyd*, um diretor de uma firma de advogados induziu fraudulentamente um cliente a lhe transferir dois bens imóveis; neste caso, não teve a firma nenhum benefício. Com efeito, sobre a extensão da *ratio decidendi* do caso *Barrick*, perquirindo-se se a *ratio* deste último caso se limitava a declarar a responsabilidade do empregador por atos do empregado em seu benefício, ou se declarava, de forma mais abrangente, a responsabilidade do empregador por atos do empregado no curso do serviço – independentemente de ter a empresa benefício. Necessário se fazia essa interpretação, haja vista que no caso *Lloyd* o empregador defendeu-se apontando que o ato praticado por seu empregado não lhe trouxe nenhum benefício. Em primeiro grau, no julgamento do caso *Lloyd*, a decidiu contra o empregador; a Corte de Apelação reformou a decisão; mas a *House of Lords* acolheu o apelo da vítima e declarou o empregador responsável pelas fraudes praticadas pelo seu empregado no exercício das suas funções, independentemente se houve ou não benefício para a empresa, entendendo que a alusão, no caso *Barrick*, a respeito do benefício ao banco, foi acidental e não comporia, assim a *ratio decidendi*.⁵⁸⁷ Portanto, a interpretação da *ratio decidendi* deve se dar pelo *romance em cadeia* dworkiniano e à luz da *applicatio* ofertada pela hermenêutica gadameriana.

⁵⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 178-179.

⁵⁸⁷ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Tradução de Maria Angélica Pulido. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 67-69.

O objetivo de distinguir *ratio decidendi* de *obiter dicta* depende da relevância que cada tradição jurídica dá aos padrões decisórios enquanto serem ou não fontes (primárias) do Direito. Se os padrões decisórios não são considerados fonte do Direito, não é importante averiguar quais afirmações e fundamentos adotados pela corte são centrais ou periféricos, pois não carregam “autoridade” em si. Mas se a *tese jurídica* a ser adotada por uma corte, na decisão de seus casos, precisar ser inferida a partir de decisões anteriores de outras cortes, será importante aferir, destas decisões, o que não foi central (*obiter dicta*) e o que foi juridicamente necessário (*ratio decidendi*) para o julgamento.⁵⁸⁸

Dessa forma, diferenciar o que é vinculante ou não em uma decisão está historicamente ligado à tradição dos países que consideram autoridade às decisões. Portanto, foi a partir da parte final do século XIX, com o advento do *stare decisis*, que a caracterização da *ratio decidendi* iniciou na doutrina e na prática jurisdicional.⁵⁸⁹ Dessa forma, sendo o Direito uma prática interpretativa, em romance em cadeia, em que os padrões decisórios são fontes (primárias) do Direito e são considerados nas decisões mediante fundamentação qualificada, é importante delinear o que é e o que não é dotado de autoridade em um julgado. Isto se torna fundamental para qualquer país que pretenda operar com padrões decisórios *vinculantes*, independentemente da tradição jurídica em que estiver inserido.

Por outro lado, não há como, de antemão, apontar o que é vinculante e o que não é em uma decisão. Não apenas pela dificuldade que a doutrina historicamente apresenta em definir o conceito de *ratio decidendi*. Mais do que isso. No paradigma da hermenêutica filosófica heideggeriana-gadameriana, não há respostas antes das perguntas. Não há conceitos sem coisas. Assim, apenas a partir da situação hermenêutica é que se poderá inferir, pela *applicatio*, o que é central e o que é periférico em um padrão decisório. A *ratio decidendi* é, pois, um conceito divergente; não é um conceito puramente descritivo. A questão está no fato de que o conceito de *ratio decidendi* também é um conceito interpretativo, como é o conceito de Direito.

Por sua vez, a *obiter dicta* é formada pelas proposições jurídicas contidas na decisão que não fazem parte da *ratio decidendi*. São observações acerca de pontos

⁵⁸⁸ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 509.

⁵⁸⁹ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 510.

levantados pelas partes, mas que não foram decisivos para a solução do caso. Pode ser encarada a *obiter dicta* como irrelevante para a decisão; como algo relevante para a decisão, mas não necessária para estabelecer a *ratio decidendi*; como relevante para algum ponto lateral do caso em questão; ou como relevante para outras questões importantes que venham a surgir em outros casos.⁵⁹⁰

Mas como seria a *ratio decidendi* nos casos, decididos por órgãos colegiados, em que não há maioria quanto aos fundamentos jurídicos adotados para se chegar no resultado do julgamento? Pode haver maioria quanto ao resultado de um recurso, por exemplo, mas não há maioria quanto aos fundamentos que determinaram esse resultado. É nesse sentido que deve se notar que nem toda a decisão leva a um precedente, por ausência de formação da *ratio decidendi*. Quando não há maioria em relação aos fundamentos determinantes da decisão, não se pode admitir a formação de uma *ratio decidendi* vinculante a casos posteriores. Este problema não existe quando o objetivo é (meramente) resolver uma disputa entre recorrente e recorrido, o que ocorre nas tradições em que as decisões anteriores não orientam as posteriores.⁵⁹¹

A doutrina norte-americana, a partir da missão da cortes de não apenas decidir os casos concretos, mas também de desenvolver o Direito a partir dos precedentes, sustenta a importância da atenção aos fundamentos da decisão tomada em colegiado, pois serão estes fundamentos que serão observados na aplicação a casos posteriores. Se, na decisão de um caso, tomada em determinado sentido pela maioria, não houver maioria na adoção dos fundamentos determinantes para o resultado do julgamento, seria correto impor o julgamento dos fundamentos em separado, estabelecendo-se o resultado do recurso após a votação individualizada de cada fundamento. No julgamento *issue-by-issue adjudication*, a corte expressa sua visão para cada questão jurídica que servirá como premissa para a tomada da decisão, para o alcance do resultado do julgamento, focando em uma decisão efetivamente colegiada, em vez de tratar cada decisão de cada membro da corte de

⁵⁹⁰ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 515.

⁵⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 293-294.

forma individual.⁵⁹² Isto reforça a evolução da interpretação e aplicação dos padrões decisórios em *romance em cadeia*.

Desacordos fazem parte do Direito e se evidenciam mais sensivelmente nos julgamentos colegiados dos tribunais. Por isso, um julgamento colegiado deve ter um procedimento razoável e apropriado para solucionar desacordos interpessoais, tão naturais entre os componentes de tribunais. Em um sistema de padrões decisórios vinculantes e persuasivos, as decisões dos tribunais transbordam do caso particular, criando uma situação nova no mundo do Direito. Assim, o julgamento colegiado deve ter sempre em mente seu caráter de transcendência da *ratio decidendi* que será formada. Ora, Direito é questão de fundamentos e decisões do passado e do presente que serão levados em conta nos fundamentos e nas decisões de amanhã. Por isso, conhecer o Direito, pelos juristas, é muito mais prever o que será decidido no futuro do que conhecer um conjunto de regras abstratas escritas em um texto legal.⁵⁹³

Nessa senda, para que um padrão decisório proveniente de um órgão colegiado seja capaz de gerar uma *ratio decidendi*, ou melhor, uma *tese jurídica* proveniente dos *fundamentos determinantes* da decisão, esses fundamentos devem ter sido adotados pela maioria do colegiado. Ora, se um magistrado pode decidir, após ouvir seus pares do colegiado, como se estivesse julgando o caso monocraticamente, prioriza-se a solução do caso e não a formação de uma *ratio decidendi*. O debate entre os componentes do colegiado acerca da *tese jurídica* a ser firmada a partir dos *fundamentos determinantes* da decisão valoriza um sistema que se preocupe com a aplicação dos padrões decisórios aos casos futuros; mas, para tanto, deve a corte se preocupar em obter fundamentos compartilhados pela maioria.⁵⁹⁴

É importante, com efeito, que o colegiado, antes de iniciar a análise do caso, faça o delineamento das questões jurídicas – de fato e de direito – em julgamento, para que fique claro o que será apreciado pela corte. Definir as questões jurídicas mostra o compromisso que a formação do padrão decisório em julgamento terá com as futuras aplicações desse padrão decisório, quando for apreciado em casos

⁵⁹² KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many: adjudication in collegial courts. **California Law Review**, [S.l.], v. 81, art. 1, p. 16, jan. 1993.

⁵⁹³ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**: a theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2010. p. 262 e 272.

⁵⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 39 e 97.

posteriores. Portanto, a definição do objeto do julgamento⁵⁹⁵ tem importância quando se pretende uma *ratio decidendi* precisa.⁵⁹⁶

Não é por outro motivo, aliás, que o Código de Processo Civil de 2015 preocupa-se com a delimitação das questões de fato e de direito já desde antes do julgamento da causa em primeiro grau. O art. 357 do CPC⁵⁹⁷ determina ao juiz que, na fase de saneamento do processo, delimite as questões de fato e de direito relevantes para a decisão de mérito. Além disso, no julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, por sua vez, a mesma lógica se estabelece: deve

⁵⁹⁵ Por força do contraditório, os fundamentos determinantes surgem da causa de pedir apresentada pelas partes. O Código de Processo Civil adotou a teoria da substancialização, na medida em que a indicação completa e precisa dos fatos se afigura como fundamental para particularizar a ação; não adotou, pois, a teoria da individualização – segundo a qual a causa de pedir define-se através da identificação da relação jurídica da qual o autor extrai o efeito jurídico pretendido perante o réu, sendo de menor importância os fatos especificamente ocorridos. Ademais, a Constituição Federal consagrou o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa; assim, um dos aspectos relevantes do contraditório consiste na possibilidade de o réu se opor aos fatos apontados pelo autor e esta conduta resta inviável se o autor pudesse, em sua inicial, expor tão somente a categoria em abstrato da relação jurídica afirmada. A lei processual também é nesse sentido (arts. 319, inciso III, 336 e 341, todos do CPC). Conforme ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 707-711. Dessa forma, a causa de pedir é formada pelo conjunto de fatos essenciais contemplados na situação de vantagem objetiva que servem de base à obtenção das consequências jurídicas pretendidas pela parte no processo. Conforme RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 p. 84. Com efeito, o objeto do debate, delineado pelas causas de pedir sustentadas pelas partes, deverá ser respondido pelo órgão jurisdicional na fundamentação da decisão, enquanto em relação ao objeto do processo, fixado pelos pedidos das partes, será respondido pelo órgão jurisdicional na parte dispositiva da decisão. Conforme RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *In*: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 31-39. Sendo assim, da fundamentação da decisão serão extraídos os fundamentos determinantes e da parte dispositiva da decisão recairá a autoridade da coisa julgada material.

⁵⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 103.

⁵⁹⁷ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018. Sobre o tema, consultar RIBEIRO, Darci Guimarães. O saneamento e a organização do processo no novo CPC como direito fundamental à duração razoável do processo. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 29-36.

ser delimitado o fundamento a ser discutido e decidido, identificando-se com precisão a questão a ser submetida a julgamento – art. 1.037, inciso I, do CPC⁵⁹⁸.

O objetivo de delimitar as questões jurídicas – de fato e de Direito – relevantes para a decisão de mérito é dar origem a uma “tese firmada”, a ser aplicada, posteriormente, aos casos que tratem das mesmas questões. E essas questões são exatamente os fundamentos dos quais depende a solução dos casos. Assim, nos recursos repetitivos, julgam-se “questões” ou “fundamentos” – o mesmo deverá ocorrer também em primeiro grau, quando o juiz delimita as questões jurídicas a serem decididas na sentença. Com efeito, decidem-se os casos a partir da delimitação dos fundamentos jurídicos. Este é o modelo de postura que se espera das cortes quando se pretende que os padrões decisórios formados contribuam para o desenvolvimento do Direito, pois, ao delimitar as questões de fato e de Direito, as cortes facilitam a compreensão dos *fundamentos determinantes* que as levaram às suas decisões.⁵⁹⁹

Com efeito, não basta criar-se padrões decisórios vinculantes e delimitar as questões jurídicas da causa. Para que sua aplicação seja adequada, é necessário preocupar-se com a fundamentação, com a formação do padrão decisório. As reformas legislativas, estabelecidas pelo Código de Processo Civil de 2015, serão insuficientes se os tribunais seguirem trabalhando em um sistema deliberativo de votos autônomos. Precisa-se, para que a prática jurisdicional seja coerente e íntegra, que os fundamentos determinantes das decisões sejam também discutidos entre Ministros e Desembargadores, não apenas o dispositivo. Os tribunais devem decidir como instituição, para que seja possível a recepção de uma aplicação adequada dos padrões decisórios. E, para tanto, é indispensável a preocupação com a formação, com a fundamentação dos padrões decisórios, para que seja possível, no futuro, uma aplicação em cadeia, buscando-se uma jurisdição estável, íntegra e coerente.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:
I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁵⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 122-123 e 131.

⁶⁰⁰ BARBOSA, Claudia Maria; ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. A impossibilidade de aplicação da Teoria dos precedentes no atual sistema deliberativo dos Tribunais Superiores. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 42, v. 273, p. 377 e 395-396, nov. 2017.

Dessa forma, o Código de Processo Civil está claramente preocupado com uma adequada aplicação dos padrões decisórios, e consigna formalmente a importância de uma fundamentação qualificada para tanto, como condição de possibilidade para uma prática jurisdicional intersubjetiva. A lei está preocupada com a delimitação das questões de fato e de direito que serão analisadas quando da fundamentação da decisão porque os *fundamentos determinantes* fixarão a *tese jurídica* do julgado. Mas também é imperativo observar a formação dos padrões decisórios nos tribunais, com o devido trato colegiado também dos *fundamentos determinantes* das decisões.

Portanto, os padrões decisórios dependem das razões de decidir. Não há padrões decisórios sem um compromisso sério com razões de decidir. Um não existe sem o outro e o outro não existem sem o um. Nessa relação de circularidade, deve haver responsabilidade na fundamentação das decisões – responsabilidade na formação dos padrões decisórios – para que seja possível uma aplicação adequada dos padrões decisórios aos casos futuros. Em um Estado (que se pretenda) Democrático de Direito, a aplicação adequada dos padrões decisórios é condição para respostas adequadas ao Direito. Não há, pois, padrão decisório sem fundamentação qualificada.

A partir dessas premissas, é preciso, a seguir, investigar quais são os elementos dos padrões decisórios que fixam o *critério normativo* a ser aplicado aos casos futuros, ou seja, quais seriam os elementos vinculantes dos padrões decisórios.

4.2.4 Elementos Vinculantes dos Padrões Decisórios

Na *civil law*, tradicionalmente, a fundamentação das decisões está relacionada com a necessidade de o juiz apresentar as razões que lhe permitiram chegar à sua decisão. Ao juiz, pois, cabe demonstrar as razões de seu convencimento. A fundamentação permite ao vencido entender os motivos de seu insucesso e, se for o caso de interpor recurso, apresentar suas razões adequadamente, demonstrando os equívocos da decisão. No mesmo sentido, a fundamentação permite ao tribunal entender os motivos pelos quais as instâncias inferiores tomaram determinada decisão. Ademais, permite o controle da atividade do juiz, sendo a fundamentação essencial à legitimidade da decisão. Dessa forma, diferente como o precedente da

common law, a fundamentação das decisões na tradição da *civil law*, notadamente no Brasil, não serve como material para revelar uma *ratio decidendi*.⁶⁰¹

Com efeito, a fundamentação, na *common law*, importa diretamente a todos os jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade e garantia de sucesso na adoção de determinado comportamento, além de outorgar coerência e estabilidade à ordem jurídica. A eficácia vinculante da fundamentação (particularmente da *ratio decidendi*), na tradição da *common law*, embora seja essencial para a corte cumprir seu papel, traz em si a premissa da importância de respeito às decisões. A eficácia vinculante ligada à fundamentação da decisão, e não ao dispositivo, revela a intenção de criar eficácia obrigatória aos precedentes.⁶⁰²

Por sua vez, no *civil law* a fundamentação tem importância mais restrita, pois ele acaba(va) interessando às partes e, em termos retóricos, para dar legitimidade ao poder desempenhado pelos juízes e tribunais. Entretanto, e como visto no capítulo anterior, há inegável caminhada de aproximação entre as tradições da *civil law* e da *common law*. Os *statutes* invadiram os países da *common law*, fazendo com que as casas legislativas produzissem mais regras jurídicas, ao passo que muitos países da *civil law* passaram a emprestar mais valor à eficácia vinculante de determinadas decisões. Assim, a importância da eficácia obrigatória dos padrões decisórios, no Direito contemporâneo, em ambas as tradições jurídicas, acaba por sustentar a eficácia vinculante dos fundamentos.⁶⁰³

É a partir dessa premissa que se pode sustentar que os critérios de fundamentação das decisões judiciais, instituídos pelo Código de Processo Civil de 2015, estabelecem um novo paradigma. É inegável que o diploma processual civil de 2015 colabora sensivelmente para uma “abertura fenomenológica” da legislação para a teoria de base da presente pesquisa, o que se mostra relevante e decisivo em um país tradicionalmente de *civil law*.

Um modelo de padrões decisórios obrigatórios afasta a ideia de que, em cada nova decisão, o texto legal pode ser considerado como se não houvesse um histórico sobre como deve ser interpretado e aplicado. Mas esse modelo depende, acima de

⁶⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 205-206.

⁶⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 206-207.

⁶⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 206-207.

tudo, de uma mudança paradigmática no modo de decidir dos magistrados, não no sentido de obediência (absoluta) ao padrão decisório vinculante, mas, especialmente, no modelo de interpretação do Direito, bem como no sentido de se produzir julgados modelares, idôneos a servirem de referência aos demais magistrados, e que gerem a confiança dos jurisdicionados. Esse, portanto, deve ser o ponto de partida: decisões judiciais bem fundamentadas.⁶⁰⁴

Na aplicação dos padrões decisórios, o magistrado deve apresentar razões concretas que demonstrem a correlação entre o caso passado e o caso em exame, identificando, assim, os *fundamentos determinantes* do padrão decisório a ser aplicado e demonstrando a relação com os *fundamentos determinantes* da causa em julgamento. Ademais, mesmo quando é a parte que invoca o padrão decisório, sinalizando sua aplicação ao caso concreto, deve o magistrado demonstrar a existência de distinção ou superação do entendimento posto no padrão decisório em liça caso não venha a adota-lo. O que deve ficar claro é que não é dado ao juiz julgar casos idênticos de forma diferente; por isso, deixar de aplicar uma orientação pretérita cobra do órgão jurisdicional a justificação quanto à diferença.⁶⁰⁵

A aplicação ou não de um padrão decisório invocado pela parte traz ao juiz o dever do debate, sendo o contraditório direito de influência na decisão do juiz. Ora, se texto e norma não se confundem, e se norma é o resultado da interpretação do texto, a legitimidade da formação da norma está ligada à participação das partes. Por isso, trabalhar com padrões decisórios não significa simplesmente alinhar julgados sem individualizar suas origens e sua pertinência com o caso concreto. Portanto, para que uma decisão seja considerada fundamentada, deve promover efetiva identificação das razões de decidir do padrão decisório invocado com as razões de decidir do caso em julgamento. A lei processual exige expressamente a demonstração da relação entre os *fundamentos determinantes* do padrão decisório aplicado aos do caso em julgamento, seja ele invocado pelo magistrado ou pelas partes. Se disser respeito à controvérsia examinada, deve ser aplicado; caso contrário, deve ser feita, expressamente, a distinção ou a demonstração da

⁶⁰⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1133.

⁶⁰⁵ SCALABRIN, Felipe; COSTA, Miguel do Nascimento; CUNHA, Guilherme Antunes da. **Lições de processo civil: recursos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 22.

superação.⁶⁰⁶ Há, pois, necessário enfrentamento dos padrões decisórios na tomada da decisão, e isto demonstra claramente a exigência do *romance em cadeia* pela nova lei processual.

Dessa forma, se o que se quer é uma prática jurisdicional em que os padrões decisórios são levados a sério e aplicados devidamente, o julgador deve explicitar de forma analiticamente fundamentada suas decisões acerca da interpretação e aplicação dos padrões decisórios nos casos concretos, fazendo com que as razões de decidir sejam apresentadas e submetidas ao contraditório, não podendo mais se admitir reprodução de quaisquer fontes do Direito sem apontar adequadamente a relação com o caso concreto. Aliás, considerando-se que a *ratio decidendi* ou os *fundamentos determinantes* de um padrão decisório já formado são *textos* a serem ou não aplicados às decisões futuras, serão sempre passíveis de interpretação, o que permite ao aplicador do Direito alcançar a *norma jurídica*, fazendo com que a exigência de uma fundamentação detalhada dos padrões decisórios seja condição de possibilidade para a sua adequada aplicação aos casos futuros. Esta ação gera um controle intersubjetivo da formação, aplicação e evolução da interpretação dos padrões decisórios, o que, por sua vez, é condição de possibilidade para a implementação de respostas adequadas ao Direito.⁶⁰⁷

Diante dessas circunstâncias, a parte dispositiva da decisão, sobre a qual opera a autoridade da coisa julgada, se aplica, tão somente, ao caso que por aquele pronunciamento judicial é julgado. O elemento vinculante de um padrão decisório não está na parte dispositiva da decisão. Isto é o que precisa, *ab initio*, ser registrado quando se trata acerca dos elementos vinculantes dos padrões decisórios. Não importa, pois, saber quem saiu vencedor e quem saiu vencido; quer dizer, não importa o *resultado* do julgamento, mas sim quais os fundamentos que determinaram a conclusão que se chegou. A partir do momento em que a lei processual exige fundamentação analítica das decisões judiciais⁶⁰⁸, a eficácia vinculante dos padrões

⁶⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de processo civil comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 591-592.

⁶⁰⁷ FERNSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, §1º, VI, do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 252, p. 378-383, fev. 2016.

⁶⁰⁸ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

decisórios está nos seus *fundamentos (determinantes)* ou, se preferir-se as expressões anglo-saxãs, na *ratio decidendi* (ou, ainda, no *holding*).⁶⁰⁹

Ora, em um sistema que pretenda dar valor a padrões decisórios – vinculantes ou persuasivos, a resolução de um processo ou o julgamento de um recurso não pode servir apenas como mera solução ao caso concreto. Dessa forma, não pode importar apenas a parte dispositiva da decisão. Se a norma jurídica se dá na interpretação e aplicação do Direito (neste trabalho, na *applicatio*), quando se pensa na definição do sentido dos textos, o que importa são os fundamentos da solução dos casos concretos, cujas *teses jurídicas* advindas desses *fundamentos determinantes* trarão algo novo ao Direito e servirão como critérios para a solução dos casos futuros.⁶¹⁰ É preciso, pois, compreender o entendimento das cortes, quer dizer, as razões que levaram a decidir dessa ou daquela forma. Essas razões de decidir, esses *fundamentos determinantes* que incrementam ao Direito *teses jurídicas*, dão corpo aos padrões decisórios.

No julgamento de casos repetitivos, por exemplo, a lei processual, em seu art. 979, dispõe que os Tribunais devem manter bancos de dados dos seus julgamentos, contendo informações atualizadas sobre as questões de Direito submetidas a julgamento, a fim de promover ampla divulgação e publicidade desses padrões decisórios. O parágrafo segundo do referido dispositivo legal aponta que “para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o

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

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

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

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

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

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. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁶⁰⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 268-269.

⁶¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 20.

registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão”.⁶¹¹

A *ratio decidendi*, ou os *fundamentos determinantes* de uma decisão, espelham a *tese jurídica* a ser observada por juízes e tribunais, a partir de uma determinada moldura fática. Assim, por exemplo, quando o Código de Processo Civil, em seu art. 926, §2º⁶¹², afirma que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação”, acaba por “confessar” a necessidade de uma orientação, por parte da teoria do Direito e da decisão, de como “precedentes” devem ser formados e aplicados. Ora, é evidente que a elaboração de qualquer padrão decisório exige atenção às circunstâncias fáticas, já que o Direito emerge, sempre, da faticidade. E com as súmulas não poderia ser diferente.⁶¹³

O motivo, contido na fundamentação, suficiente para se alcançar a decisão, é aquele que mostra-se como premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão. Dessa forma, *fundamento determinante* é aquele que mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Este fundamento, por imprescindível, é essencial e determinante, constituindo, assim, a *tese jurídica* que será vinculante ou persuasiva na aplicação do padrão decisório em casos futuros. Enquanto o direito inglês batizou de *ratio decidendi* e o direito norte-americano convencionou chamar de *holding* a parte da fundamentação que se faz necessária à decisão, como tem-se

⁶¹¹ Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁶¹² Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁶¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 287.

visto ao longo deste trabalho, no direito brasileiro isto deve ser chamado de *tese jurídica*.

O verdadeiro motivo para se pensar em eficácia vinculante está na preocupação com a estabilidade da *tese jurídica* firmada na decisão. Por isto, é equivocado imaginar que os efeitos vinculantes (ou persuasivos) encontram-se apenas na parte dispositiva do padrão decisório, pois a eficácia, ainda que obrigatória, não tem o objetivo de tornar indiscutível ou imutável a decisão, mas sim isolar a *tese jurídica* adotada na decisão para que esta seja aplicada nas decisões futuras de casos semelhantes. São os *fundamentos determinantes* que conduzem à *tese jurídica* que atribuem significado e conteúdo ao padrão decisório, não a parte dispositiva; são eles que dialogam com a faticidade. Nesse sentido, só há sentido em falar em eficácia vinculante quando se pretende dar estabilidade à *tese jurídica* firmada na decisão.⁶¹⁴

Observando-se, pois, as exigências legais do Código de Processo Civil acerca dos critérios para uma decisão judicial fundamentada, bem como os dispositivos legais da lei processual sobre a relevância da análise e publicidade dos *fundamentos determinantes* e das *teses jurídicas* firmadas nas decisões elencadas como vinculantes, conclui-se que o elemento vinculante dos padrões decisórios está contido na fundamentação da decisão, ou seja, na *tese jurídica* criada a partir dos *fundamentos determinantes* da decisão. A questão que será objeto da prática interpretativa será, pois, averiguar qual o *conteúdo dos fundamentos determinantes*, o que fixará a *tese jurídica* vinculante; ora, se o Direito é prática interpretativa, é do produto dessa prática que deverá surgir o elemento vinculante dos padrões decisórios.

Portanto, para contribuir para uma melhor identificação da *tese jurídica* vinculante, os órgãos colegiados devem formar suas decisões de forma dialogal, com a responsabilidade, na formação do padrão decisório vinculante, de fixar não apenas o *resultado* (dispositivo) do julgamento, mas também os *fundamentos determinantes* da motivação. Com efeito, é essencial que, em um julgamento colegiado, os fundamentos do voto do relator sejam enfrentados de forma individualizada, e que todos os membros da corte se pronunciem sobre os fundamentos que os demais tenham agregado (ou divergido) em relação à motivação sinalizada pelo relator,

⁶¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 224-225.

permitindo-se a identificação dos *fundamentos determinantes* na formação da maioria. Isto porque só se pode considerar vinculante o fundamento que tenha sido acolhido pela maioria.⁶¹⁵

É importante sinalizar a diferença entre o que acontece quando existe um padrão decisório vinculante e quando há um padrão decisório não vinculante. Fixado o padrão decisório vinculante, caberá ao órgão judicial vinculado confrontar as circunstâncias do caso que deu origem àquele padrão decisório com as circunstâncias do caso posteriormente submetido à apreciação. Caso sejam análogas as circunstâncias, o novo caso deverá ser decidido a partir dos *fundamentos determinantes* do padrão decisório vinculante. Ao órgão jurisdicional vinculado caberá a não aplicação do padrão decisório vinculante se os casos forem diferentes (distinção ou *distinguishing*) ou se o próprio tribunal responsável pela edição do padrão decisório já não o aplica mais (superação ou *overruling*) – bem como nos casos de eventual superação antecipada, respeitando-se, assim, a vinculatividade estabelecida pelo art. 927 do CPC^{616, 617}.

Já no caso de um padrão decisório não vinculante, será legítimo ao órgão jurisdicional que aprecia o caso posterior afastar os *fundamentos determinantes* do padrão decisório não vinculante apontado pela parte, demonstrando na sua fundamentação que está a valer-se de um argumento não examinado no padrão decisório anterior ou dos *fundamentos determinantes* de outro padrão decisório não vinculante (com as mesmas circunstâncias, mas com entendimento diverso), realizando o competente e necessário diálogo entre os padrões decisórios. Há, portanto, um especial ônus argumentativo para o órgão jurisdicional que, ao analisar

⁶¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 275-276.

⁶¹⁶ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁶¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 284.

um padrão decisório não vinculante, decide de forma diversa do que foi “padronizado”, na forma do art. 489, §1º, inciso VI, do CPC⁶¹⁸.⁶¹⁹

Gize-se que a fixação de um padrão decisório não será, jamais, o “fim da história”, mas sim será sempre um *principium* a partir do qual se desenvolverá, na apreciação dos casos seguintes, a história institucional da matéria nele enfrentada. Diante dessas circunstâncias, trabalhar com padrões decisórios exige a análise dos seus fundamentos determinantes, para usá-lo como *principium* argumentativo, confrontando o caso julgado com o caso posteriormente submetido à apreciação, a fim de verificar se é ou não legítima a aplicação do padrão decisório anteriormente formado ao caso novo que agora deve ser decidido. E isto não se faz com a mera alusão à ementas ou aos enunciados de súmulas. É preciso fazer um exame do inteiro teor do padrão decisório para verificar se as circunstâncias que estavam presentes no caso julgado se manifestam no caso presente em apreço. Não agir assim é não trabalhar com padrões decisórios.⁶²⁰

Isto posto, e a partir dessas premissas relativas aos elementos vinculantes dos padrões decisórios, é chegado o momento de investigar especificamente o modelo interpretativo que deve ser seguido para a adequada interpretação e aplicação – da *tese jurídica* fixada – nos padrões decisórios formados aos casos que serão julgados no futuro. A seguir, pois, a apresentação do *romance em cadeia* como modelo interpretativo que dá abertura ao contexto intersubjetivo na aplicação do Direito como condição de possibilidade para respostas adequadas ao Direito.

⁶¹⁸ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

[...]

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. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁶¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 285-286.

⁶²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 277 e 281.

4.3 Do Modelo de Regras à Prática Interpretativa: o romance em cadeia na prática jurisdicional brasileira

Neste momento, com o objetivo de responder especificamente à problemática central da pesquisa, se analisará o modelo interpretativo para uma adequada aplicação dos padrões decisórios na prática jurisdicional brasileira para criar condições de possibilidade para respostas adequadas ao Direito. Será, pois, hora de demonstrar que os padrões decisórios – *persuasivos* ou *vinculantes* – estão desde-já-sempre imersos em um contexto intersubjetivo e que, nessas circunstâncias, a interpretação e a aplicação dos padrões decisórios exige uma construção continuada e compartilhada pelos atores do Direito.

4.3.1 Contexto Intersubjetivo e Padrões Decisórios

Todo o conhecimento produzido é, em si, o desenvolvimento de uma compreensão prévia que sempre antecipa o intérprete. Assim, todo conhecimento é uma interpretação – daí a indissociabilidade entre compreensão e interpretação. Mas se essa compreensão prévia se refere ao horizonte do sujeito cognoscente, imerso desde sempre em tradições, conclui-se que toda a interpretação é uma atualização, realizada a partir de pré-conceitos que informam o intérprete, sendo que tais pré-conceitos estão sempre referidos à situação e contexto históricos ou ao momento da tradição no qual o intérprete se encontra. Logo, diante do objeto a ser conhecido, por exemplo, a norma jurídica, o sujeito realiza as perguntas ou, melhor ainda, reconstrói as perguntas que a norma busca responder, a partir de uma série de referências com mobilidade histórica, como o problema concreto que busca dar solução, o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário acerca dos conceitos e normas jurídicos envolvidos e a tradição que influencia ambos.⁶²¹

No *common law*, precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões posteriores, como lições do passado para solver problemas do presente e do futuro; faz parte da razão prática humana. Não há melhor maneira de um advogado alcançar o cerne de um sistema jurídico do que saber manusear a aplicação de um precedente, pois o precedente representa o Direito observado por

⁶²¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2033. p. 152.

ele mesmo, em dois sentidos. Em primeiro lugar, quando algum jurista pondera acerca de um problema jurídico e questiona se há algum precedente aplicável à espécie, e se esta investigação obtiver sucesso, será o registro de decisões anteriores, provenientes do mesmo sistema legal, que resolveu um problema similar. Dessa forma, uma das tarefas centrais de um sistema legal é a observação dos membros desse sistema entre si: como os problemas jurídicos são resolvidos. Em segundo lugar, há um senso intersubjetivo de cooperação e de observância, entre os juristas, acerca da forma como os problemas jurídicos são resolvidos: a decisão posterior não apenas toma notas do conteúdo das decisões anteriores, mas as observa e segue como modelos para a solução dos problemas presentes, com olhos do presente para decisão passada em casos semelhantes, como curso natural e correto a ser seguido.⁶²²

Nesse sentido, o corpo de precedentes disponíveis representam a acumulação da sabedoria do passado. Contudo, nem sempre, como não poderia deixar de ser, há uma relação perfeita entre caso decidido e caso *sub judice*; para cada caso novo, os casos anteriores fornecem critérios decisórios que podem ser adotados ou adaptados para resolver o problema do presente. A doutrina do precedente traz consigo esse efeito do olhar pra trás, pois o presente deve ser guiado pelo que foi decidido no passado. Mas há também um olhar para o futuro: a prática de atribuir autoridade ao passado faz com que aquele que for tomar uma decisão, no presente, saberá que esta decisão será utilizada como guia no futuro. Ora, os juízes estão cientes de que suas decisões contribuem para o desenvolvimento do Direito, motivo pelo qual são – e devem sempre ser – cuidadosos ao fundamentar suas decisões, para que possam ser adotadas como precedentes.⁶²³

Dessa forma, uma linha contínua de decisões que venha a aplicar um determinado padrão decisório promove ainda mais peso de autoridade, reforçando a decisão individual do passado adotada ao longo do tempo pelas demais cortes de justiça. Essa espécie de cumulação de autoridade de decisões em um determinado sentido que reforça a *persuasão* de um padrão decisório. A acumulação de decisões a partir das razões de decidir de um padrão decisório funciona como um modelo de

⁶²² MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 01.

⁶²³ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 01-02.

fundamentação jurídica das decisões, fazendo com que o *leading case* individual que origina essas decisões em cadeia não tem peso de autoridade apenas em si, mas também porque promove a formação de uma *tese jurídica* adequada e coerente ao longo do tempo. A força *persuasiva* ou *vinculante* de um precedente está principalmente nas decisões que seguem o *leading case*.⁶²⁴

Por sua vez, no Brasil, por muito tempo se vive(u) com uma prática judiciária errática, com julgados antitéticos proferidos pelos seus vários tribunais, e corriqueiras divergências entre julgadores de um mesmo tribunal. Diante dessas circunstâncias, o que não se pode fazer, em cada questão controvertida, é se fazer uma escolha entre uma das tendências judiciais da questão polêmica, como fundamento bastante de uma decisão, sem a justificação – fundamentação – adequada para a tomada da decisão. Com efeito, o juiz não pode dizer que “isto é assim porque o Tribunal X diz que é”, quando o Tribunal Y diz que não é, e quando mesmo dentro do Tribunal X também haja quem diga o contrário.⁶²⁵

Quando se fundamenta uma decisão em precedentes, buscando-se estabelecer uma necessária coerência e integridade na prática jurisdicional do Direito, é preciso que haja fundamentação adequada apontando a relação do caso invocado como precedente com o caso concreto a ser decidido. E isto se torna ainda mais relevante e imperativo quando há entendimentos diversos na jurisprudência, fazendo-se necessário que ambas as tendências jurisprudenciais façam parte do horizonte da decisão, provindo a decisão do caso a partir da dialética entre os casos controvertidos.⁶²⁶ A prática jurisdicional a partir de decisões judiciais anteriores não prescinde de uma adequada fundamentação; a aplicação de padrões decisórios exige razões de decidir adequadas.

O que importa ressaltar é que a existência de precedentes antagônicos não propicia um espaço em que o intérprete pode fazer suas escolhas de forma discricionária. Não há, pois, uma moldura de indeterminação cujo interior possa ser preenchido pelo intérprete e dentro da qual qualquer decisão seria possível e nem mesmo uma espécie de textura aberta que, diante de uma relativa indeterminação de

⁶²⁴ BELL, John. Comparing precedent. **Cornell Law Review**, [S.l.], ano 82, n. 1243, p. 1257 e 1267, 1996-1997.

⁶²⁵ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 111.

⁶²⁶ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 111-112.

conceitos, o magistrado possa constituir a resposta por simples ato de vontade ou juízos de valor. Há que se encontrar a resposta correta ao caso, a partir das perguntas feitas aos casos e ao direito, a partir da adequada fundamentação e justificação das razões de decidir.⁶²⁷

Portanto, mais do que fundamentar a decisão, é necessário justificar – explicitar – o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação é o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico:

[...] A fundamentação (justificação) da decisão, em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas (aqui reside a questão da moral, porque a Constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade etc.) faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a-histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo. Portanto, por este princípio, é possível discutir a aplicação do Direito a partir da historicidade de cada ato hermenêutico-interpretativo, isso porque o dever de fundamentar significa uma blindagem contra historicismos e a-historicidades. Com efeito, a historicidade da compreensão se apresenta como elemento fundamental do dever de fundamentação das decisões e, ao mesmo tempo, como pressuposto do princípio do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.⁶²⁸

No Estado Democrático de Direito, a produção democrática do Direito assume especial importância. Não se deve confundir supremacia do Poder Judiciário com um protagonismo judicial em que o Judiciário diga o que quiser sobre o texto jurídico. Os textos já trazem em si um compromisso – a pré-compreensão antecipa esse “em si” – que é o elemento regulador de qualquer enunciado que seja feito a partir dos textos. A diferença ontológica só se compreende e faz sentido porque ela é o elemento essencial do modo de ser no mundo. Ser-no-mundo é uma dimensão que é ao mesmo tempo hermenêutica e apofântica: é impossível cindir esses elementos, sendo esta a garantia contra a atribuição arbitrária de sentidos. O sentido hermeneuticamente adequado da interpretação do Direito se obtém das concretas decisões por essa

⁶²⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 115.

⁶²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 341.

integração coerente da prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição.⁶²⁹

Nessa linha de raciocínio, o ato interpretativo depende de uma pré-compreensão antecipadora; não é uma acoplagem de um significado a um significante. A hermenêutica proporciona a possibilidade de se encontrar sempre uma resposta de acordo com a Constituição, que será, assim, a resposta hermeneuticamente correta para aquele caso, exurgente da *applicatio*. Essa resposta, propiciada pela hermenêutica, deverá, evidentemente, estar justificada, pois a fundamentação exigida pela Constituição implica na obrigação de justificar⁶³⁰. Nessa senda, uma decisão somente será legítima se houver contraditório equalizado e decisão controlada a partir do dever de fundamentação, aliados à integridade e coerência.⁶³¹

Pela perspectiva normativa do princípio que exige a fundamentação das decisões, o juiz não tem a opção de se convencer por qualquer motivo, mas deve explicitar com base em quais *razões*, que devem ser intersubjetivamente sustentáveis, ele decidiu desta e não daquela maneira. Nenhuma decisão se dá no vácuo, mas sempre em um contexto histórico-institucional, devendo o juiz posicionar-se explicitamente em relação a este contexto institucional. Quer dizer, o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”; deve, sim, explicitar os motivos de sua *compreensão*, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na

⁶²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 311 e 314-315.

⁶³⁰ Esta obrigação de justificar, ou fundamentar a fundamentação, exige combate a práticas reiteradas nos Tribunais, como, por exemplo, a motivação por relação a outra decisão (motivação *per relationem*) bem como a motivação implícita. A motivação *per relationem* não apresenta uma justificação autônoma, *ad hoc*, para a questão a ser decidida, mas se vale de uma justificação contida em outra decisão. A motivação implícita, por sua vez, recorre ao emprego repetitivo de regras facilmente individualizáveis; nesta espécie, afirma-se que o dever de motivação não implica dever do juiz de examinar analiticamente todos os argumentos das partes, entendendo-se como motivada a implicitamente a rejeição dos resultados probatórios incompatíveis com a decisão e com as razões expressas a partir das quais essa se funda. Conforme TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 353 e seguintes. Para Carolina Pomjé, a fundamentação das decisões judiciais, à luz das diretrizes impostas pelo Código de Processo Civil de 2015, pode esbarrar em práticas como a motivação *per relationem*, fazendo-se necessário a adequação de um modelo lógico-argumentativo de fundamentação, em detrimento do modelo lógico-dedutivo, no Estado Democrático de Direito. Consultar POMJÉ, Caroline. Motivação *per relationem*: uma análise à luz do art. 489, §1º, do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 42, v. 273, p. 19 e seguintes, nov. 2014.

⁶³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 317-318.

perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso, em um contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao direito da comunidade política.⁶³²

Nessa senda, resta muito clara a interrelação existente entre uma fundamentação qualificada das decisões judiciais – o que é condição de possibilidade para se estabelecer razões de decidir que sejam passíveis de exprimir a *tese jurídica* adotada na decisão – com a necessária prática jurisdicional intersubjetiva. A aplicação do Direito se dá, desde-já-sempre, de forma compartilhada pelos órgãos jurisdicionais, como condição para uma aplicação democrática dos padrões decisórios, e com foco, a partir da coerência e da integridade, na obtenção da resposta adequada ao Direito.

Portanto, fica muito evidente a relação entre razões de decidir, de cada decisão individualmente considerada, com a formação de padrões decisórios vinculantes – ou mesmo persuasivos. A construção da razão de decidir de um caso *sub judice*, dessa forma, deve sempre ser operada a partir do contexto intersubjetivo em que o intérprete está – desde sempre – imerso. Não há, pois, como trabalhar com padrões decisórios por fora desse contexto, ou seja, a aplicação de um padrão decisório a um caso futuro deve sempre levar em conta essa relação intersubjetiva, e isto deve ficar claro – frise-se! – nas razões de decidir do caso que aplica o padrão decisório anteriormente formado.

Analisadas as bases para a aplicação do Direito em um contexto interpretativo intersubjetivo, se tratará, em seguida, do modelo interpretativo do *romance em cadeia* na prática jurisdicional brasileira, a fim de sustentar um modelo interpretativo que seja adequado à aplicação dos padrões decisórios em um Estado democrático que pretenda superar os decisionismos e implementar respostas adequadas ao Direito.

4.3.2 Romance em Cadeia na Aplicação dos Padrões Decisórios como Condição de Possibilidade para Respostas Adequadas ao Direito

O Direito, enquanto prática interpretativa, deve ser aplicado com coerência e integridade. Haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados em decisões anteriores o forem para casos análogos, quer dizer, a

⁶³² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 319-320.

integridade do direito é assegurada a partir da força normativa da Constituição. A coerência garante a igualdade, para que os casos tenham igual consideração pelo Poder Judiciário, significando, pois, igualdade de apreciação e igualdade de tratamento. Já a integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, colocando freios às atitudes solipsista-voluntaristas. Coerência e integridade são a concretização da igualdade, para que todos sejam tratados do mesmo modo e para que a aplicação do direito seja um “jogo limpo”.⁶³³

Portanto, coerência e integridade são indispensáveis quando se trata de instaurar uma forma adequada de aplicação de padrões decisórios no Brasil, de modo a prevenir que uma equivocada compreensão dos novos institutos provoque que as decisões judiciais, a pretexto de sua estabilidade e previsibilidade, passem a representar meras repetições acríticas e descontextualizadas de julgados pretéritos, buscando-se o equilíbrio entre a fragmentação e a hiperintegração do direito.⁶³⁴ Essa coerência e integridade deve ser praticada na forma de *romance em cadeia*, conforme sinaliza Dworkin:

[...] Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas com o crítico literário que destrinça as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo. Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos.

[...]

Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de ‘romance em cadeia’. Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.

[...]

⁶³³ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 157-159.

⁶³⁴ MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes? In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 88.

Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.

[...]

Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte.⁶³⁵

Dworkin, portanto, ilustra a sua tese de integridade com a imagem de um romance em cadeia, em que cada julgador é o escritor de um capítulo de um livro em construção. Esses romancistas, no exemplo do autor, tomam a responsabilidade de continuidade a sério, porque pretendem criar, da melhor forma possível, um romance único e coeso. Nesse contexto, cada escritor fica adstrito a criar um texto que seja coerente com o que os seus predecessores já escreveram. Assim, os precedentes ganham o *status* de indícios formais para guiar a interpretação de um juiz sobre o que constitua o Direito em sua integridade.⁶³⁶

Cada juiz é, com efeito, como um romancista na corrente. Ele deve levar em conta o que os outros juízes decidiram no passado, não apenas para descobrir o que disseram – e qual seu estado de espírito quando disseram, mas para observar o que os demais juízes fizeram coletivamente, de maneira como cada romancista formou sua opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Ao decidir o novo caso, o juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história, e é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que faz no presente, sempre a partir da motivação das decisões. Nessas circunstâncias, o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor. A escolha dos sentidos não deve ser remetida à intenção particular de alguém.⁶³⁷

Na lição de Dworkin, portanto, o juiz deve colocar-se, ao mesmo tempo, na posição de autor e de crítico de um romance em cadeia, escrito por diversos autores. Nessa linha, pode-se concluir que o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo

⁶³⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 275-277.

⁶³⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 275-279.

⁶³⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. Revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 238 e 240.

489, §1º, inciso VI⁶³⁸, efetuou a abertura necessária do sistema processual ao *romance em cadeia* dworkiniano, à prática interpretativa coerente e íntegra, em conjunto com a disposição do art. 926⁶³⁹ do mesmo diploma legal. É, pois, condição de possibilidade para uma adequada aplicação dos padrões decisórios no Brasil a prática interpretativa do *romance em cadeia*.

No mesmo sentido, Perelman ensina que o ônus argumentativo é ainda maior quando se trata do intérprete-juiz, que, ao decidir, não pode seguir uma opinião estritamente pessoal, mas deve respeitar a tradição como fator de estabilidade do direito, o que demonstrará uma decisão com caráter intersubjetivo. A motivação da decisão guarda relação direta com a sua não arbitrariedade. Não basta, com efeito, que a decisão seja equitativa e aceitável, mas também deve estar de acordo com o direito em vigor.⁶⁴⁰

Em todos os pensamentos e conhecimentos do intérprete, este já foi precedido pela interpretação do mundo feita na linguagem: há uma progressiva integração no mundo. Por isso, a linguagem sempre já ultrapassou o intérprete e o parâmetro para medir seu ser não é a consciência de cada indivíduo, pois não existe consciência individual que possa conter a linguagem. Não há linguagem sem a consciência individual, mas o falar não pertence à esfera do eu, e sim à esfera do nós. A linguagem é o centro do ser humano, quando considerada no âmbito que só ela consegue preencher: o âmbito da convivência humana, o âmbito do entendimento.⁶⁴¹

Não há, pois, regra jurídica pronta para solucionar por efeito cascata diversos casos futuros. Ao contrário, os padrões decisórios são produtos do intenso debate proveniente da atividade interpretativa. Há coerência, portanto, quando os mesmos

⁶³⁸ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

[...]

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. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁶³⁹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁶⁴⁰ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 222-223.

⁶⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 178-179 e 182.

preceitos e princípios são aplicados às decisões de casos semelhantes – o que assegura igualdade perante o Poder Judiciário; por sua vez, há integridade quando o magistrado constrói seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito – o que protege contra atitudes solipsistas-voluntaristas e evita “graus zero de sentido”. Com efeito, lido em sua melhor luz, portanto, o Código de Processo Civil de 2015 abre as portas para que se adote, finalmente, uma teoria da decisão judicial efetivamente democrática. O problema da democracia, no processo, deve ser equacionado de dois modos: por meio de um procedimento que se garanta, via contraditório, uma decisão com efetiva participação das partes; e através dos fundamentos que compõem a decisão jurídica – com o dever de manter a coerência e a integridade de princípios.⁶⁴²

A integridade e a coerência no processo decisório garante maior estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica para os cidadãos no que diz respeito ao Direito, buscando a experiência dos padrões decisórios vinculantes e persuasivos e sua justificativa na teoria de Ronald Dworkin, de que as decisões do Poder Judiciário devem ser tomadas tais como se fossem capítulos de um romance na história do Direito brasileiro. Os padrões decisórios vinculantes instituídos pelo Código de Processo Civil de 2015 apenas surtirão os efeitos almejados de garantir a igualdade e a segurança jurídica se o Poder Judiciário decidir seus casos como se estivessem construindo um *romance em cadeia*, fundamentados em princípios com coerência e integridade, formando a estrutura constitucional da comunidade.⁶⁴³

A integridade funda o Direito na faticidade da comunidade de princípios e da prática jurídica e isto é feito a partir do horizonte da temporalidade, já que a comunidade de princípios está situada no tempo e no espaço. Nesse contexto, decidir casos jurídicos funciona na forma de um exercício literário, girando os argumentos em torno de quais regras e princípios “subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. O juiz é, pois, ao mesmo tempo, autor e crítico do romance a cada decisão, não podendo romper com a unidade e comprometendo-se esteticamente com a obra. Dessa forma, o intérprete é um ser-no-mundo; historicizado; fundado na faticidade. As decisões judiciais não devem ser

⁶⁴² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 50, 117-118 e 146.

⁶⁴³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2014. p. 267 e 289.

discricionárias, e nem isoladas, devem respeitar a coerência com as decisões passadas e inserir-se na comunidade de princípios a que servem.⁶⁴⁴

De outra parte, a interpretação dos padrões decisórios é também fruto do diálogo entre as cortes ao longo do tempo. Há atividade interpretativa quando uma corte aplica um padrão decisório vinculante, por exemplo, mas é razoável que a corte, quando fixa um padrão decisório obrigatório, pode facilitar a compreensão da sua decisão, expondo com clareza seu alcance e sua fundamentação. A aplicação dos padrões decisórios é sempre um desafio interpretativo, tanto para as cortes que os formam como para as cortes que o aplicam no futuro. Por isso, a formação de um padrão decisório vinculante precisa estar comprometida em delinear com clareza a questão a ser decidida, identificando as fontes do Direito que são objeto da decisão e especificando as circunstâncias fáticas do contexto em que o padrão decisório é formado.⁶⁴⁵

Ora, refinar precisamente a questão jurídica a ser decidida facilita a identificação dos *fundamentos determinantes* da decisão. Ademais, sinalizar a situação fática e as regras e princípios que embasaram a formação da *tese jurídica* fixada no padrão decisório contribuem para uma adequada aplicação – ou não – dos padrões decisórios aos casos futuros.⁶⁴⁶ Isto evidencia a necessidade de um comprometimento maior das cortes ao fixar seus padrões decisórios e a consequente relação de *romance em cadeia* que deve existir entre as cortes como condição de possibilidade para respostas adequadas em Direito em um Estado Democrático de Direito.

O ponto chave é tornar a prestação jurisdicional mais dinâmica, orientada na forma de um *círculo virtuoso*, a partir da colaboração de juízes e advogados em prol de um sistema cada vez mais harmônico, coerente, previsível e racional, bem como ágil. O próprio primeiro grau já deve ter a preocupação em estabelecer homogeneidade e previsibilidade em seus provimentos sobre questões análogas, do mesmo modo que os tribunais de segundo grau devem trabalhar no sentido de

⁶⁴⁴ SILVA, Thais Sampaio da. Escrevendo um romance em cadeia: pressupostos teóricos da teoria dos precedentes. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, p. 1254-1261.

⁶⁴⁵ WATFORD, Paul J.; CHEN, Richard C.; BASILE, Marco. Crafting precedent. **Harvard Law Review**, [S.l.], ano 131, n. 543, p. 544 e 557-558, 2017.

⁶⁴⁶ WATFORD, Paul J.; CHEN, Richard C.; BASILE, Marco. Crafting precedent. **Harvard Law Review**, [S.l.], ano 131, n. 543, p. 559, 565 e 573, 2017.

aplainar divergências, estabelecendo a pauta de conduta regional. Para completar esse movimento, os tribunais superiores devem uniformizar e estabilizar o entendimento para todo o país, exercendo sua função primordial de regência do sistema jurídico. Isto propicia, ainda, uma formação mais sólida e democrática dos padrões decisórios e, em consequência, da prestação jurisdicional. E, para tanto, é necessário desenvolver o senso moral desenvolvido na *common law*.⁶⁴⁷ Entre nós, na tradição da *civil law*, a abertura para esse movimento em romance em cadeia está no art. 489, §1º, incisos V e VI, do Código de Processo Civil⁶⁴⁸.

A partir das bases teóricas para alcançar o paradigma que se deve instituir para uma aplicação adequada dos padrões decisórios no Brasil, por meio de um modelo interpretativo intersubjetivo, operado na forma de *romance em cadeia*, parece razoável o diálogo com padrões decisórios concretos, a fim de apontar a importância decisiva da prática jurisdicional para alcançar respostas adequadas ao Direito e, assim, atender ao paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Afinal, é de suma relevância a observação da postura do Poder Judiciário na prática.

4.3.3 Dois Exemplos Privilegiados

Começar-se-á por um exemplo privilegiado de um padrão decisório *vinculante*. Na medida em que as decisões do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, têm eficácia *erga omnes*, dizer que juízes e tribunais devem observá-las é algo mais do que evidente. Mas quais são os elementos que vinculam nessas decisões? A decisão, o seu resultado, tem efeito *erga omnes* e eficácia vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da

⁶⁴⁷ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 172-173.

⁶⁴⁸ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

[...]

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

Administração Pública, por expressa disposição legal proveniente de lei específica⁶⁴⁹. Mas importa registrar que a *ratio decidendi* ou *tese jurídica* firmada nos fundamentos dessas decisões tem eficácia vinculante e, assim, devem ser observadas por juízes e tribunais. É neste sentido o *caput* do art. 927 do CPC⁶⁵⁰.

Nessas circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 1.987/DF, relatada pelo Ministro Maurício Corrêa, sinalizou que “o ato impugnado não apenas contrastou com a decisão definitiva proferida na ADIn nº 1.662/SP, como, essencialmente, está em confronto com os seus motivos determinantes”.⁶⁵¹ Portanto, a *tese jurídica* firmada nos fundamentos que levam ao dispositivo da decisão, deve ser respeitada por juízes e tribunais, não apenas o dispositivo da decisão proferida na apontada Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A ADIn indicada acima foi julgada procedente em parte, declarando a inconstitucionalidade dos itens III e IV e, por arrastamento, da expressão “bem assim a informação da pessoa jurídica de direito público referida no inciso IV desta Resolução”, contida na parte final da alínea *c* do item VIII, e, ainda, do item XII⁶⁵², da

⁶⁴⁹ Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento 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: 15 abr. 2018.

⁶⁵⁰ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁶⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 1.987-0 Distrito Federal**. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamada: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Interessada: Edmayre Gomide Lima de Jesus. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 01 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁶⁵² III - O não cumprimento da ordem judicial relativa à inclusão, no respectivo orçamento, pela pessoa jurídica de direito público condenada, de verba necessária ao pagamento do débito constante de precatório regularmente apresentado até 1º de julho, importará na preterição de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 100 da Constituição da República e autorizará o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, a requerimento do credor, expedir, após ouvido o Ministério Público, ordem de seqüestro nos limites do valor requisitado.

IV - A pessoa jurídica de direito público informará ao Tribunal, até 31 de dezembro, se fez incluir no orçamento os precatórios apresentados até 1º de julho.

VIII - Ao Presidente do Tribunal Regional compete, além de expedir os ofícios requisitórios, o seguinte:

[...]

Instrução Normativa nº 11/1997, do Tribunal Superior do Trabalho⁶⁵³, por afronta ao art. 100, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal⁶⁵⁴. O dispositivo da decisão declaratória de inconstitucionalidade retirou os dispositivos da Instrução Normativa nº 11/1997 do Tribunal Superior do Trabalho do mundo jurídico. É, pois, sobre este ponto da decisão que se estabelece a autoridade da coisa julgada material e efeito *erga omnes*.

Contudo, a *tese jurídica* adotada na motivação, extraída a partir dos *fundamentos determinantes* da decisão proferida na assinalada ADIn, para se alcançar o resultado das declarações de inconstitucionalidade (dispositivo da decisão), são vinculantes para as decisões posteriores. Ora, o Supremo Tribunal Federal, para decretar as inconstitucionalidades, entendeu como inconstitucional a equiparação entre a não inclusão do débito no orçamento do ente público devedor com a preterição do direito de precedência dos precatórios. Ou seja, adotou como *tese jurídica* a impossibilidade de sequestro de verbas públicas no caso de não inclusão do débito no orçamento, em caso de débitos alimentares, pois esta medida não seria o mesmo que preterir o direito de preferência.

Pela interpretação emprestada ao art. 100, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, não se considera a não inclusão do débito no orçamento como preterição do direito de precedência dos precatórios. Com efeito, em que pese o dispositivo da decisão fazer coisa julgada *erga omnes*, e o objeto da ADIn nº 1.662/SP tenha sido uma

c) encaminhar ao juízo da execução cópia do ofício requisitório, para que o faça constar dos autos de que se extraiu o precatório, bem assim a informação da pessoa jurídica de direito público referida no item IV desta Resolução;

XII - Na hipótese ressalvada no item anterior, caso efetivado o pagamento por meio inidôneo, a menor, sem a devida atualização ou fora do prazo legal, poderá o Juiz da Execução, a requerimento da parte interessada, requisitar ao Presidente do Tribunal o seqüestro da quantia necessária à satisfação do crédito, após a atualização do débito e oficiada a entidade devedora com prazo para pagamento. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução normativa n. 11 de 1997**. Uniformiza procedimentos para a expedição de Precatórios e Ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões trânsitas em julgado, contra a União Federal (Administração Direta), Autarquias e Fundações, até a nova regulamentação prevista no projeto de reforma do Poder Judiciário, na Constituição da República. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/TST/Instr_Norm/IN_11.html>. Acesso em: 13 abr. 2018.

⁶⁵³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução normativa n. 11 de 1997**. Uniformiza procedimentos para a expedição de Precatórios e Ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões trânsitas em julgado, contra a União Federal (Administração Direta), Autarquias e Fundações, até a nova regulamentação prevista no projeto de reforma do Poder Judiciário, na Constituição da República. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/TST/Instr_Norm/IN_11.html>. Acesso em: 13 abr. 2018.

⁶⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.662-7 São Paulo**. Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Requerido: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 30 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266717>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

Instrução Normativa do Tribunal Superior do Trabalho – e não do Tribunal Regional do Trabalho da 10^ª Região (ou de qualquer outro tribunal do Poder Judiciário brasileiro), a *tese jurídica* adotada nos fundamentos da decisão de inconstitucionalidade tem eficácia obrigatória para juízes e tribunais. Não pode, após o julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, qualquer tribunal agir em sentido contrário à *tese* fixada (no caso de débitos alimentares, a não inclusão no orçamento não significa preterição do credor).

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 1.987/DF⁶⁵⁵, proposta pelo Governador do Distrito Federal contra decisão da Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10^ª Região que determinou o sequestro de valores para pagamento de um precatório de dívida trabalhista, entendeu que a ADIn nº 1.662/SP fixou a *tese jurídica* de que a única situação que permitiria o sequestro de verbas públicas destinadas a satisfação de dívidas judiciais alimentares é relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a esta não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não inclusão orçamentária. Assim, quando o Tribunal Regional do Trabalho da 10^ª Região proferiu decisão em desacordo com a *tese* fixada na ADIn 1.662/SP, teria violado a autoridade do Supremo Tribunal Federal. Na referida Reclamação, o Ministro Relator, Maurício Corrêa, em seu voto, apontou:

[...] Não há dúvida, portanto, de que o Tribunal, no julgamento de mérito da ADI 1.662/SP, decidiu que a superveniência da EC 30/00 não trouxe qualquer alteração à disciplina do sequestro no âmbito dos precatórios trabalhistas, reiterando a cautelar de que o saque forçado de verbas públicas somente está autorizado pela Constituição Federal no caso de preterição no direito de precedência do credor, sendo inadmissíveis quaisquer outras modalidades.

Se assim é, qualquer ato administrativo ou judicial que determine o sequestro de verbas públicas em desacordo com a única hipótese prevista no art. 100 da Constituição revela-se contrário ao julgado e desafia a autoridade da decisão de mérito tomada na ação direta em referência, sendo passível, pois, de ser impugnado pela via da reclamação. Não vejo como possa o Tribunal afastar-se dessa premissa. No caso, a medida foi proposta por parte legítima e o ato impugnado afronta o que decidido de forma definitiva pela Corte, razão pela qual deve ser conhecida e provida, sob pena de incentivo ao descumprimento sistemático das decisões da mais alta Corte do

⁶⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 1.987-0 Distrito Federal**. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamada: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10^ª Região. Interessada: Edmayre Gomide Lima de Jesus. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 01 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

País, em especial essas que detém eficácia vinculante, o que é inaceitável.

[...]

Como visto, revela-se de fundamental importância o resguardo da eficácia das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo inadmissível a desobediência perpetrada contra a exegese constitucional consagrada em seus julgados, mesmo naquelas hipóteses em que a violação ocorre de forma oblíqua. No presente caso, a autoridade reclamada, pretendendo afastar-se da regra suspensa, procurou em outra norma jurídica o fundamento para o ato, embora a circunstância fática fosse exatamente a mesma rejeitada pela Corte. A ordem impugnada contrariou, em substância, o entendimento por ela assentado no julgamento do pedido liminar e, de forma direta e literal, o que expressamente fixado quando da apreciação do mérito.⁶⁵⁶

O Ministro Maurício Corrêa, assim, entendeu que o ato do Tribunal Regional da 10ª Região teria desobedecido o “conteúdo essencial” do julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.662/SP. E foi acompanhado pela maioria no julgamento de procedência da Reclamação nº 1.987/DF. Observa-se, da leitura de parte do voto do Ministro na referida Reclamação, que, em um sistema com padrões decisórios vinculantes, as *teses jurídicas* firmadas nas decisões de *obrigatória observância* devem ser observadas e respeitadas por juízes e tribunais, não sendo a parte dispositiva, mas sim são os *fundamentos determinantes* (ou “conteúdo essencial”, como quis o Ministro Maurício Corrêa) que são *vinculantes*. Ademais, também observa-se, no voto do Ministro Relator da Recl nº 1.987/DF, a íntima relação que deve ser feita entre as circunstâncias fáticas do caso paradigma e o caso concreto em que se analisa a aplicação – ou não – da *tese jurídica* fixada no padrão decisório vinculante.

No mesmo sentido, sinalizou em seu voto, na referida Reclamação, o Ministro Gilmar Mendes:

[...] Adotada a ideia de que o efeito vinculante alcança os fundamentos determinantes da decisão, afigura-se necessário, nesse primeiro exame, considerar o parâmetro interpretativo fixado por esta Corte na ADI 1.662. Nos autos da ADI 1.662, esta Corte já se pronunciou no sentido de que a previsão de sequestro contida no §2º do art. 100 da Constituição deve ser interpretada necessariamente de modo restritivo. Decidiu-se, especificamente, que a ‘equiparação da não

⁶⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 1.987-0 Distrito Federal**. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamada: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Interessada: Edmayre Gomide Lima de Jesus. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 01 de outubro de 2003. p. 59-61. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

inclusão no orçamento das verbas relativas a precatórios, ao preterimento do direito de precedência, cria, na verdade, nova modalidade de sequestro, além da única prevista na Constituição’.

[...]

Gostaria de deixar claro que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão – isso é parte da doutrina assente na matéria – , tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei ou da eficácia *erga omnes*. Como já foi observado, tal redução diminuiria significativamente a contribuição que o Tribunal pode dar à preservação e ao desenvolvimento da ordem constitucional. (grifo do autor).⁶⁵⁷

Resta claro que as *teses jurídicas* objeto dos *fundamentos determinantes* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, têm eficácia vinculante para juízes e tribunais, fazendo com que a interpretação e aplicação da Constituição Federal, pela Suprema Corte brasileira, contribua para o *romance em cadeia* da prática interpretativa que serve como condição de possibilidade em um Estado que se pretenda Democrático de Direito. Será, pois, a partir da *applicatio* gadameriana e do *romance em cadeia* dworkiniano que todos os padrões decisórios (vinculantes ou não) devem ser interpretados e aplicados.

Por sua vez, o segundo exemplo privilegiado. É necessário que os órgãos jurisdicionais atentem às decisões dos tribunais ao aplicarem o Direito, ainda que diante de padrões decisórios *persuasivos*. O Magistrado não deve esquecer do contexto intersubjetivo que está inserido e os deveres de coerência e integridade. Ora, não se pode proferir uma decisão sem atentar à interpretação e aplicação de questões jurídicas semelhantes sem o devido diálogo com os padrões decisórios já formados pelos tribunais, ainda que tais padrões decisórios não sejam *vinculantes*. Pode-se utilizar, a título de exemplo privilegiado, a questão da desconsideração da personalidade jurídica em caso de dissolução irregular da empresa.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem decidido que o encerramento irregular das atividades da empresa é motivo suficiente para o redirecionamento da execução em face dos sócios da sociedade empresária. Nesse sentido:

⁶⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 1.987-0 Distrito Federal**. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamada: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Interessada: Edmayre Gomide Lima de Jesus. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 01 de outubro de 2003. p. 105 e 109. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATAS COM ACEITE. CERTEZA, LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONFIGURADA. 1. Preliminar contrarrecursal. Falta de requisito de admissibilidade recursal. Dialeiticidade. Apesar de repetir os argumentos da petição inicial, a parte recorrente também impugnou os principais fundamentos da sentença, estando preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal. 2. A duplicata é um título de crédito formal e causal, somente podendo ser emitida com base em compra e venda mercantil ou prestação de serviços, conforme previsão legal contida nos artigos 1º, 2º e 15, II, b, todos da Lei 5.474/68. Caso concreto em que preenchidos os requisitos legais de validade do título, e a obrigação nele contida é certa, líquida e exigível. A Lei nº 5.474/68 (art. 15) não dispõe acerca da exigibilidade de data do aceite no título de crédito para a respectiva cobrança. 3. Não afasta a validade da duplicata a busca por montante inferior ao total da fatura, em decorrência de devolução de mercadorias. O art. 3º da Lei nº 5.474/68 estabelece que o valor da cártula sempre corresponderá ao total da fatura. 4. Restou caracterizada a dissolução irregular da sociedade empresarial devedora, havendo fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidada na súmula nº 435. Assim, houve observância ao disposto no art. 50 do Código Civil. 5. Quanto ao prequestionamento, não restou verificada afronta a quaisquer dispositivos. 6. Honorários recursais devidos, nos termos do art. 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil/2015. Majorada a verba honorária fixada na sentença. PRELIMINAR REJEITADA E APELAÇÃO DESPROVIDA.⁶⁵⁸

No corpo do acórdão acima citado, pela análise dos *fundamentos determinantes* da decisão, restou defendida a *tese jurídica* de que a dissolução irregular basta para o redirecionamento da execução em face do responsável legal pela empresa:

[...]

De qualquer modo, a desconsideração da personalidade jurídica está amparada na dissolução irregular da empresa, o que comprovado pela prova carreada aos autos.

A empresa Distribuidora de Produtos Agropecuários Santa Cruz Ltda. foi citada no endereço constante da última alteração de seu contrato social trazida aos autos (fls. 109/113, datada de 02/06/2008), conforme certidão à fl. 47-verso. Expedido mandado de penhora, retornou sem cumprimento, porque informado pelo representante legal, Elvio Bordignon, que ela não estaria mais operando e não

⁶⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70075158279**, da Décima Sexta Câmara Cível. Apelada: Atanor do Brasil Ltda. Apelante: Elvio bordignon. Relatora: Desa. Cláudia Maria Hardt, Porto Alegre, Julgado em 26 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

possuiria qualquer bem para penhora (certidão à fl. 48-verso), em 15/06/2009.

Após, expedido mandado de penhora e avaliação de bem móvel, restou certificado que a empresa não se encontrava instalada no mesmo endereço (fl. 74-verso), em 15/06/2012. Também não encontrada a empresa em novo endereço informado (fl. 75-verso), em 06/08/2012.

Considerando tais elementos e a inexistência de prova de dissolução da sociedade nos termos legais, ou sobre estar ela operando em outro endereço, restou caracterizada a dissolução irregular, que constitui fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica. [...] ⁶⁵⁹

Entretanto, em 2014, o Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização do entendimento do Direito infraconstitucional, julgando recurso de Embargos de Divergência, fixou a *tese jurídica* de que a dissolução irregular, por si só, não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica. Observe-se a ementa do acórdão:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. DOLO. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRICTIVA. ACOLHIMENTO. 1. A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial. 2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil.

⁶⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70075158279**, da Décima Sexta Câmara Cível. Apelada: Atanor do Brasil Ltda. Apelante: Elvio bordignon. Relatora: Des. Cláudia Maria Hardt, Porto Alegre, Julgado em: 26 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

3. Embargos de divergência acolhidos.⁶⁶⁰

O objeto da divergência entre Turmas do Superior Tribunal de Justiça, apontada nos referidos Embargos de Divergência, está na cessação irregular das atividades da empresa como causa suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica. Os *fundamentos determinantes* da decisão, proferida por unanimidade, estabeleceram a *tese jurídica* de que não basta, para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, que tenha havido dissolução irregular, mostrando-se necessário demonstrar o objetivo de fraudar credores ou ludibriar terceiros, de operar em desvio de finalidade ou de promover confusão patrimonial:

[...]

Para a aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade social, exige-se o dolo das pessoas naturais que estão por trás da sociedade, desvirtuando-lhe os fins institucionais e servindo-se os sócios ou administradores desta para lesar credores ou terceiros. É a intenção ilícita e fraudulenta, portanto, que autoriza, nos termos da teoria adotada pelo Código Civil, a aplicação do instituto em comento.

[...]

Assim, a ausência de intuito fraudulento ou confusão patrimonial afasta o cabimento da desconsideração da personalidade jurídica, ao menos quando se tem o Código Civil como o microsistema legislativo norteador do instituto, a afastar a simples hipótese de encerramento ou dissolução irregular da sociedade como causa bastante para a aplicação do disregard doctrine.

Em síntese, a criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para lesar credores. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido mero instrumento para fins fraudulentos por aqueles que a idealizaram, valendo-se dela para encobrir os ilícitos que propugnaram seus sócios ou administradores. Entendimento diverso conduziria, no limite, em termos práticos, ao fim da autonomia

⁶⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de divergência em Resp n. 1.306.553 – SC**, da Segunda Seção. Embargante: Comércio de Carnes Vale Verde Ltda e outros. Embargado: Frigorífico Rost S/A. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, Julgado em: 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300220444&dt_publicacao=12/12/2014>. Acesso em: 30 abr. 2018.

patrimonial da pessoa jurídica, ou seja, regresso histórico incompatível com a segurança jurídica e com o vigor da atividade econômica. Com esses fundamentos, não estando consignado no acórdão estadual que a dissolução da sociedade tinha por fim fraudar credores ou ludibriar terceiros, não se configurando, portanto, o desvio da finalidade social ou confusão patrimonial entre sociedade e sócios ou administradores, acolho os embargos de divergência para que prevaleça a tese adotada pelo acórdão paradigma e, por conseguinte, restabelecer o acórdão especialmente recorrido.⁶⁶¹

Em 2017, a mesma Seção, julgando também recurso de Embargos de Divergência, reforçou o entendimento da corte:

AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. DISSOLUÇÃO IRREGULAR E AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. INSUFICIÊNCIA. CONCLUSÃO EM CONFORMIDADE COM PRECEDENTE ESPECÍFICO DA SEGUNDA SEÇÃO.

1. Esta Corte Superior firmou seu posicionamento no sentido de que a irregularidade no encerramento das atividades ou dissolução da sociedade não é causa suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 50 do Código Civil, devendo ser demonstrada a ocorrência de caso extremo, como a utilização da pessoa jurídica para fins fraudulentos (desvio de finalidade institucional ou confusão patrimonial).
2. Conclusão do acórdão embargado em conformidade com a orientação firmada pela Segunda Seção no julgamento do EREsp 1.306.553/SC.
3. Agravo interno a que se nega provimento.⁶⁶²

Na fundamentação da decisão, restou sacramentada a *tese* fixada anteriormente:

[...]

Conforme exposto na decisão agravada, o quadro fático apurado pelo acórdão recorrido foi a mera dissolução irregular e a insolvência da pessoa jurídica, o que não são os requisitos da norma para

⁶⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de divergência em Resp n. 1.306.553 – SC**, da Segunda Seção. Embargante: Comércio de Carnes Vale Verde Ltda e outros. Embargado: Frigorífico Rost S/A. Relatora. Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, Julgado em: 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300220444&dt_publicacao=12/12/2014>. Acesso em: 30 abr. 2018.

⁶⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno nos embargos de divergência em agravo em recurso especial EAREsp 960926/SP**, da Segunda Seção. Agravante: Maria Amelia Tourais Barreto e Maria Ivone Alves Tourais. Agravado: Elisa Bisognini Tourais e Maria Helena Alves Tourais. Interessados: Palmas de Mallorca Servicos de Turismo e Hotelaria Ltda – EPP e Maria Elisa Alves Tourais. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, Julgado em: 09 de agosto de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1623623&num_registro=201602025850&data=20170821&formato=PDF>. Acesso em: 30 abr. 2018.

desconsideração da personalidade jurídica (confusão patrimonial ou desvio de finalidade). A jurisprudência desta Corte orienta que o encerramento da sociedade somente será causa de desconsideração de sua personalidade quando sua dissolução ou inatividade irregulares tenham o fim de fraudar a lei, com o desvirtuamento da finalidade institucional ou confusão patrimonial. Tais fatos, entretanto, não foram demonstrados no caso em exame, contrariamente ao que afirmam os embargantes. [...] ⁶⁶³

Mas a situação fica ainda mais interessante. O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 435, segundo a qual “presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente” ⁶⁶⁴. Nos julgados que originaram a referida Súmula, fixou-se, como *tese jurídica*, que a não localização da empresa gera presunção de dissolução irregular e, assim, responsabilidade do gestor ⁶⁶⁵. Com efeito, se a empresa não for encontrada no endereço constante do contrato social arquivado na junta comercial, sem comunicar onde está operando, será considerada presumidamente desativada ou irregularmente extinta ⁶⁶⁶.

⁶⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno nos embargos de divergência em agravo em recurso especial EAREsp 960926/SP**, da Segunda Seção. Agravante: Maria Amelia Tourais Barreto e Maria Ivone Alves Tourais. Agravado: Elisa Bisognini Tourais e Maria Helena Alves Tourais. Interessados: Palmas de Mallorca Servicos de Turismo e Hotelaria Ltda – EPP e Maria Elisa Alves Tourais. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, Julgado em: em 09 de agosto de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1623623&num_registro=201602025850&data=20170821&formato=PDF>. Acesso em: 30 abr. 2018.

⁶⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 435**, Primeira Seção, Brasília, DF, Julgado em 14 de abril de 2010, DJe em 13 de maio de 2010.

⁶⁶⁵ "Hipótese em que o Tribunal a quo decidiu pela responsabilidade dos sócios-gerentes, reconhecendo existirem indícios concretos de dissolução irregular da sociedade por 'impossibilidade de se localizar a sede da empresa, estabelecimento encontrado fechado e desativado, etc.'. Dissídio entre o acórdão embargado (segundo o qual a não-localização do estabelecimento nos endereços constantes dos registros empresarial e fiscal não permite a responsabilidade tributária do gestor por dissolução irregular da sociedade) e precedentes da Segunda Turma (que decidiu pela responsabilidade em idêntica situação). O sócio-gerente que deixa de manter atualizados os registros empresariais e comerciais, em especial quanto à localização da empresa e à sua dissolução, viola a lei (arts. 1.150 e 1.151, do CC, e arts. 1º, 2º, e 32, da Lei 8.934/1994, entre outros). A não-localização da empresa, em tais hipóteses, gera legítima presunção iuris tantum de dissolução irregular e, portanto, responsabilidade do gestor, nos termos do art. 135, III, do CTN, ressalvado o direito de contradita em Embargos à Execução." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de divergência em resp n. 716.412 – PR**. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Eletro Móveis Imperial Ltda. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, Julgado em 12 de setembro de 2007. Disponível em: <https://ww2stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=720751&num_registro=200500959829&data=20080922&formato=HTML>. Acesso em: 30 abr. 2018.

⁶⁶⁶ "In casu, o ajuizamento da execução fiscal deu-se contra a pessoa jurídica, amparada em certidão de dívida ativa da qual não constam os nomes dos sócios-gerentes. Consoante o entendimento pacífico deste STJ, constando da CDA apenas o nome da pessoa jurídica, infere-se que a Fazenda

Ocorre que a Súmula 435 do STJ aplica-se tão somente às execuções fiscais. A *tese* firmada no verbete restringe-se aos executivos fiscais e é nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual faz a competente distinção entre as espécies de execuções⁶⁶⁷. Não caberia, pois, desconsideração da personalidade jurídica por mera dissolução irregular em execuções civis que, assim, não tenham natureza fiscal. Contudo, embora o STJ faça a competente ressalva da restrição na aplicabilidade da súmula, outros tribunais, como se viu acima, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, aplicam a súmula para além dos casos em que o próprio tribunal que a editou sinaliza sua não aplicação.

É por isso que se mostra urgente uma aplicação adequada dos padrões decisórios. O Tribunal de Justiça gaúcho, na decisão acima analisada, datada de 2018, não dialoga com as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Embargos de Divergência (que desde ao menos 2014 entende nesse sentido), pois decide de forma contrária às *teses jurídicas* fixadas pelo Tribunal Superior que uniformiza a interpretação da legislação infraconstitucional sem qualquer ressalva; e, ainda, aplica Súmula do STJ em casos que o próprio Tribunal Superior sinaliza que a Súmula não é aplicável. Daí porque se diz que não há aplicação de padrões decisórios sem a prática interpretativa do *romance em cadeia*.

Se o Superior Tribunal de Justiça tem decidido nesse mesmo sentido desde então⁶⁶⁸, resta demonstrado, ao menos em relação a este ponto, o seu compromisso

Pública, ao propor a execução, não vislumbrou a responsabilidade dos sócios-gerentes pela dívida, razão pela qual se, posteriormente, pretende voltar-se contra eles, precisa demonstrar a infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, a dissolução irregular da empresa [...] 'Se a empresa não for encontrada no endereço constante do contrato social arquivado na junta comercial, sem comunicar onde está operando, será considerada presumidamente desativada ou irregularmente extinta' [...]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 980.150 - SP**, Segunda Turma. Recorrente: Cláudio Augusto Fernandes. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Interessado: Clautony Indústria e Comércio Ltda e Loana Taliani Fernandes. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (juiz convocado do TRF 1ª Região). Brasília, DF, Julgado em 22 de abril de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=775134&num_registro=200701967442&data=20080512&formato=HTML>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁶⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no agravo em recurso especial n. 1.204.607 - SP**, da Terceira Turma. Agravante: AJM Sociedade Construtora Ltda. Agravado: Stem Comércio Instalação Elétrica Hidráulica e Manutenção Ltda. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, Julgado em 15 de março de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1687389&num_registro=201702918480&data=20180402&formato=P-DF>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁶⁶⁸ Por todos:
RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DECRETAÇÃO INCIDENTAL.

com a estabilidade da sua jurisprudência. Ora, a decisão de tribunal de segundo grau que não observa o contexto intersubjetivo de interpretação, formado pelos demais tribunais do país, especialmente as diretrizes do Superior Tribunal de Justiça, não respeita os deveres de coerência e integridade na aplicação do Direito. É necessário que se estabeleça, frise-se, um *romance em cadeia* interpretativo se objetiva-se alcançar, pela prática jurisdicional, respostas adequadas ao Direito, para que se possa efetivamente adentar no paradigma interpretativo do Estado Democrático de Direito.

Isto se reforça pelo fato de que o recurso de Embargos de Divergência serve para compor divergência entre turmas do próprio Superior Tribunal de Justiça. As seções, responsáveis pelo julgamento dos Embargos de Divergência, acabam sendo o mais alto órgão do país para julgamento de questões de natureza infraconstitucional, excluindo-se os casos repetitivos. Estes julgamentos não podem deixar de ser levados em conta pelos órgãos fracionários do próprio Superior Tribunal de Justiça e, obviamente, por todos os

POSSIBILIDADE. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AÇÃO AUTÔNOMA. COGNIÇÃO AMPLA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALEGAÇÃO. POSSIBILIDADE. COISA JULGADA. ART. 472 DO CPC/1973. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECLUSÃO. ART. 473 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 50 DO CC/2002. REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. O ato que determina a descon sideração da personalidade jurídica em caráter incidental no curso de processo de execução não faz coisa julgada, por possuir natureza de decisão interlocutória. Decisões interlocutórias sujeitam-se à preclusão, o que impede a rediscussão da matéria no mesmo processo, pelas mesmas partes (art. 473 do CPC/1973). Precedentes. 3. O trânsito em julgado da decisão que descon sidera a personalidade jurídica torna a matéria preclusa apenas com relação às partes que integravam aquela relação processual, não sendo possível estender os mesmos efeitos aos sócios, que apenas posteriormente foram citados para responderem pelo débito.

4. A jurisprudência do STJ admite a descon sideração da personalidade jurídica de forma incidental no âmbito de execução, dispensando a citação prévia dos sócios, tendo em vista que estes poderão exercer seus direitos ao contraditório e à ampla defesa posteriormente, por meio dos instrumentos processuais adequados (embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade). Precedentes.

5. Para aplicação da teoria maior da descon sideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC/2002), exige-se a comprovação de abuso, caracterizado pelo desvio de finalidade (ato intencional dos sócios com intuito de fraudar terceiros) ou confusão patrimonial, requisitos que não se presumem mesmo em casos de dissolução irregular ou de insolvência da sociedade empresária.

Precedentes.

6. Afastada a preclusão indevidamente aplicada na origem, deve ser garantida aos sócios a possibilidade de produzirem prova apta, ao menos em tese, a demonstrar a ausência de conduta abusiva ou fraudulenta no uso da personalidade jurídica, sob pena de indevido cerceamento de defesa.

7. Recurso especial provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.572.655 - RJ**, da Terceira Turma. Recorrente: Marcos Antonius Barros de Oliveira. Recorrente: Lauro Teixeira Junior e Diagnosticos da America S.A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, Julgado em 20 de março de 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=81364123&tipo=5&nreg=201501066681&SeqCgrmaSe ssao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180326&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

juízes e tribunais. É imperativo, assim, que se recepcione o comando do art. 926⁶⁶⁹ e do art. 489, §1º, incisos V e VI⁶⁷⁰, do Código de Processo Civil como uma prática interpretativa em *romance em cadeia*.

⁶⁶⁹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁶⁷⁰ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

[...]

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

5 CONCLUSÃO

Se as regras gerais decidissem verdadeiramente os casos particulares, não haveria motivo para se falar em juízes melhores ou piores. Isto porque lhes bastaria um mínimo esforço para aplicar de forma mecânica tais regras quando invocadas. Se as regras gerais se ajustassem como uma luva aos casos concretos, o Direito somente se modificaria com a promulgação de novas leis gerais, o que não ocorre, como se observa pelas inúmeras mudanças havidas na prática judicial do Direito ocorrida, significativamente em países tanto da *civil law* como da *common law*, nos séculos XIX e XX – e ainda no século XXI. Não haveria, então, desacordo entre os expertos do Direito, nem mesmo votos discordantes em julgamentos de Tribunais, e nenhum juiz honesto suportaria que lhe revogassem suas sentenças.⁶⁷¹

A tese de que a regra geral (o *texto*) é impotente *per se*, para resolver os casos particulares, indica que o centro de gravidade da criação jurídica situa-se na decisão concreta e não na regulamentação genérica. Muitos juristas (ainda) abrigam em suas mentes a (ingênua) confiança no valor do método dedutivo. Dada a regra geral, creem que, por dedução, adaptadas as circunstâncias fáticas à hipótese genérica, conseguirão solucionar o caso concreto submetido à apreciação. Perdem de vista, no entanto, que não se trata de concretizar uma norma abstrata, mas de criar a regra concreta capaz de resolver o problema em debate e de elevá-la, em razão de sua eficácia, à categoria de um precedente.⁶⁷²

Ora, está na natureza mesma dos fatos que a resolução dos casos concretos exiba um valor de exemplaridade, emergindo-se à categoria de regra geral. Ainda quando não irrompam novos fatos que obriguem a uma renovação de critérios, estabelece-se uma fecunda corrente recíproca entre a generalidade da regra e a particularidade do caso, que contribui para perfilar a primeira e dar eficaz solução ao segundo. Essa realidade se oculta sob a máscara de uma palavra que na sua modéstia quase nada diz sobre a força viva da renovação do Direito: interpretação. Esta tem sido uma das causas mais poderosas a obscurecer a função judicial e o valor das decisões judiciais como fontes do Direito. O assunto, pois, merece uma

⁶⁷¹ BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: Porto Alegre, Ajuris, 1977. p. 51. (Coleção Ajuris, 5).

⁶⁷² BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: Porto Alegre, Ajuris, 1977. p. 51-52. (Coleção Ajuris, 5).

consideração especial.⁶⁷³ Discutir padrões decisórios é adentrar no delicado campo da hermenêutica. E não se pode esquecer que, a partir do “movimento hermenêutico do século XX”, a tarefa do intérprete (do Direito) é atribuir sentidos.⁶⁷⁴

Nessa linha de raciocínio, quis-se demonstrar na presente pesquisa que a não observância dos padrões decisórios contribui diretamente para a manutenção da subjetividade judicial. Ora, enquanto se aceitar bem as múltiplas respostas, não se superará o paradigma positivista. Em um Estado Democrático de Direito, o respeito à integridade e à coerência na aplicação do Direito é condição de possibilidade para se alcançar respostas adequadas e, para tanto, é imperativo que o modelo de regras seja superada pela *atitude interpretativa em romance em cadeia*.

Com efeito, procurou-se demonstrar que o contexto intersubjetivo formado por todos os atores envolvidos na prática jurisdicional, e a partir do conjunto das fontes do Direito, forma-se uma linguagem jurídica que não está à disposição do intérprete. O papel das cortes no Estado Democrático de Direito deve ser visto de modo diverso daquele emprestado pelo paradigma positivista; o Poder Judiciário não declara a vontade da lei, mas sim dá sentido aos textos – seja este texto proveniente de um ato do Poder Legislativo ou seja esse texto um padrão decisório – e esse sentido não pode ser ignorado pelos demais atores envolvidos.

Diante disso, romper com o modelo positivista exige romper com o paradigma interpretativo da subsunção, pela *applicatio* hermenêutica, em que o compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, sendo que esse acesso ao mundo só é possível a partir da linguagem. Dessa forma, o mundo somente aparece como mundo na e pela linguagem e, assim, o sentido de um texto não pode depender do aspecto puramente ocasional e solipsista do intérprete, pois o intérprete sempre é determinado pela sua situação histórica. O sentido de um texto sempre supera seu autor e, por isso, a compreensão não é um comportamento meramente reprodutivo, mas é também produtivo. Só se compreende e interpreta aplicando; não há cisão; por isso, a decisão não é uma escolha do juiz. Será sempre na realidade prática da *applicatio* que se confirmará ou não a pretensão de validade das proposições jurídicas.

⁶⁷³ BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: Coleção Ajuris/5, 1977, p. 53-54 e 173.

⁶⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 53-54.

Nessa esteira, asseverou-se a decisiva relevância dos padrões decisórios na prática interpretativa. Evidenciou-se, ato contínuo, a estreita influência das *razões de decidir* – e, assim, da fundamentação – na formação dos padrões decisórios (e a contribuição e inspiração de institutos da *common law* para uma aplicação dos padrões decisórios com objetivo de servir como condição de possibilidade para respostas adequadas ao Direito na prática jurisdicional brasileira). E, com esses alicerces, apresentou-se os elementos dos padrões decisórios que fixam o *critério normativo* a ser aplicado nos casos futuros.

Como se viu, um precedente na *common law* difere de uma súmula – ou de uma ementa – da *civil law* (sendo a prática judicial brasileira Brasil exemplo privilegiado) fundamentalmente em sua aplicação. O precedente, por meio da sua *ratio decidendi*, irradia seu efeito vinculante para o sistema, devendo os casos serem similares, isto é, a aplicação não se dá “automaticamente”. Ademais, é necessário examinar se o princípio que se extrai do precedente constitui sua fundamentação determinante. Nesse sentido, precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras, dependendo da similaridade dos casos e das razões de decisão; há, nesta prática, diferenciação entre *texto* e *norma*. Por sua vez, as súmulas, ou ementários de decisões judiciais em geral, são enunciados “gerais e abstratos” – características presentes na lei – que são editados visando à solução – e sumarização – de casos futuros, com o objetivo de antever todas as hipóteses de aplicação. O senso comum na *civil law* brasileira produz a pretensão metafísica de aprisionar os fatos de antemão, trazendo respostas antes das perguntas, igualando *texto* e *norma*, lei e Direito.⁶⁷⁵

De um lado, uma decisão judicial deve ser coerente com o todo da prática jurídica, porque o direito deve rejeitar os casuísmos. Mas, de outro lado, as distinções e particularidades dos casos exigem, eventualmente, respostas individualizadas. Dessa forma, a integração do direito não se confunde com passividade frente às práticas estabelecidas, nem com obscurecimento das exigências distintivas dos casos. A integridade e a coerência devem ser vistas no contexto da continuação de uma obra, não como instâncias estáticas.⁶⁷⁶

⁶⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 34-35.

⁶⁷⁶ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 105.

Ora, a especificação exagerada da singularidade de um caso, negando sua vinculação com a totalidade da prática jurídica estabelecida até então no ordenamento jurídico, leva à falácia da desintegração ou fragmentação do direito. Por outro lado, há o risco da falácia da hiperintegração, quando se trata casos distintos como objetos de uma mesma regra geral, ignorando que, embora deva ser íntegro e coerente, o direito é também distinção e diferenciação. Assim, desintegrar é ignorar que as partes estão conectadas a um todo; hiperintegrar é esquecer que o todo é composto por partes.⁶⁷⁷

Com efeito, a caminhada, em direção à uma adequada aplicação dos padrões decisórios, exige que se percorra alguns caminhos que se mostram essenciais: superar o modelo interpretativo do positivismo, encarando-se a responsabilidade do paradigma do Estado Democrático de Direito, em que se exigem respostas adequadas ao Direito; aceitar a diferença entre texto e norma e o consequente papel das cortes; entender o Direito como prática interpretativa e a sua aplicação em um contexto sempre intersubjetivo de linguagem; compreender o primordial valor da fundamentação das decisões para que os padrões decisórios possam ser interpretados e aplicados nesse contexto intersubjetivo. Apenas assim será possível estabelecer uma prática judicial coerente e íntegra, em que as *teses jurídicas* firmadas ao longo da cadeia de decisões proferidas no tempo dialoguem, criando uma comunidade de princípios e, assim, estabilidade, previsibilidade e igualdade na prestação jurisdicional.

Nesse sentido, a legitimidade do Poder Judiciário está na fundamentação qualificada das decisões e também no modo-de-fazer-Direito mediante uma prática interpretativa íntegra e coerente. A fundamentação do compreendido, enquanto síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo, e o *romance em cadeia*, são blindagens contra decisionismos a-históricos. São faces da mesma moeda e são condições de possibilidade para adentrar no paradigma da intersubjetividade do Estado Democrático de Direito. Afinal, a Constituição é o resultado da sua aplicação, produto da intersubjetividade da produção do Direito e que emerge da complexidade das relações sociais.

A questão toda é: o que é Direito? Esta questão tem profundas implicações na prática do Direito. A resposta acerca de qual é a regra aplicável a um caso particular depende diretamente da resposta do que é o Direito “em geral”. A habilidade de

⁶⁷⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 105.

responder à questão legal de qual é o direito aplicável depende da habilidade de responder à questão filosófica “o que é Direito”. E é por isso que devemos nos preocupar com o conceito de Direito e com como se faz Direito.⁶⁷⁸

Nesse andar, a questão crucial do Direito não deve ser “qual a resposta jurídica para (cada um) dos casos concretos”, mas sim “como chegar às respostas jurídicas dos casos concretos”. E, para isso, é necessário preocupar-se com o conceito de Direito; o que é o Direito; e porque isto deve ser uma preocupação dos juristas. É importante preocupar-se como os juízes decidem os casos porque demonstra o nível de legitimidade que se tem nas decisões judiciais a partir dessa postura. É nesse ponto que se torna necessário estabelecer um modelo interpretativo, mas isto não é suficiente. É imperativo que os padrões decisórios tenham uma adequada formação, para criar condições adequadas de aplicação a partir do modelo interpretativo adotado.

Diante dessas circunstâncias, é preciso romper com o conceito de Direito como *modelo de regras*. E entende-lo como prática interpretativa. Por isso, um dos pontos nodais do presente trabalho foi analisar as analogias do xadrez e da cortesia e demonstrar que uma prática adequada de aplicação dos padrões decisórios – sejam *vinculantes*, sejam *persuasivos* – que atenda ao paradigma interpretativo do Estado Democrático de Direito necessita observar o *romance em cadeia*, para que a aplicação do Direito e sua evolução sejam fruto de um contexto intersubjetivo.

Com efeito, a partir desse ponto de partida interpretativo, fortalecido pela coerência e integridade do Direito, os padrões decisórios devem ser formados mediante fundamentação qualificada, observando os critérios apontados pelo Código de Processo Civil para uma decisão adequadamente fundamentada. As razões de decidir são condições de possibilidade para padrões decisórios idôneos a criar um ambiente intersubjetivo de interpretação. Não há romance em cadeia sem decisões fundamentadas, preocupadas com a formação de *teses jurídicas* aptas a serem aplicadas aos casos futuros. Portanto, não há como dissociar a fundamentação adequada das decisões de um modelo interpretativo intersubjetivo. A *atitude interpretativa* depende de uma adequada formação nos padrões decisórios.

A presente tese, portanto, é um convite. Um convite à intersubjetividade. A nova lei processual fez sua parte ao dar abertura expressa ao romance em cadeia

⁶⁷⁸ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Harvard University, 2011. p. 25.

dworkiniano, convidando os juristas a superarem o esquema sujeito-objeto e aderirem ao paradigma hermenêutico, mediante a atitude interpretativa da intersubjetividade. Tratou-se, por isso, da importância do círculo hermenêutico na produção do Direito; viu-se que o todo não existe sem a parte e cada parte não existe sem o todo; eis o paradigma da intersubjetividade.

Nessa esteira, o art. 489, §1º, inciso VI, do Código de Processo Civil⁶⁷⁹ merece uma leitura a partir desse paradigma intersubjetivo, mediante atitude interpretativa na forma de romance em cadeia e imerso no círculo hermenêutico e com respeito à tradição. O paradigma interpretativo do Estado Democrático de Direito, que exige respostas adequadas ao Direito, depende dessa atitude dos juristas, uma interpretação *produtiva* e não reprodutiva. É, pois, o momento solene de se compreender o Direito como prática interpretativa. Por outro lado, da mesma moeda, não há contexto intersubjetivo sem que as diretrizes do referido dispositivo legal sejam observadas pela prática jurisdicional. O que se sustenta, enfim, é o dispositivo legal acima apontado é o responsável por provocar, expressamente, a abertura para o *romance em cadeia* na prática jurisdicional brasileira, induzindo os juristas a uma *atitude interpretativa*, a qual será o caminho para uma jurisdição estável, íntegra e coerente.

Portanto, e respondendo ao problema de pesquisa inicial, o que *obriga* no padrão decisório, seja nos *vinculantes*, seja nos *persuasivos*, é a *tese jurídica* firmada a partir dos *fundamentos determinantes*. Embora o art. 489, § 1º, inciso VI, sinalize “deixar de seguir *enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente*” e o art. 927⁶⁸⁰

⁶⁷⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

[...]

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁶⁸⁰ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

disponha sobre *decisões* (inciso I), *enunciados de súmula* (incisos II e IV), *acórdãos* (inciso III) e *orientações* (inciso V), a parte *obrigatória* de cada uma dessas espécies de padrões decisórios está nas respectivas razões de decidir, ou seja, está no critério normativo adotado, na *fundamentação*, como *tese jurídica*. E as *teses jurídicas* firmadas nos padrões decisórios também devem passar pela necessária interpretação quando da *applicatio* aos casos futuros, mediante a prática interpretativa do *romance em cadeia*.

Registre-se, por oportuno, que demonstrou-se, já na Introdução, a preocupação com a terminologia. *Precedente* é um termo por demais arraigado na tradição jurídica da *common law*. Por isso, entendeu-se por utilizar um termo mais amplo e adotado pela própria legislação brasileira⁶⁸¹: *padrão decisório*, que abarca, como se viu, as respectivas espécies – precedente, enunciado de súmula, acórdãos de casos repetitivos, decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade, orientações dos plenários de Tribunais. No mesmo sentido, o termo *tese jurídica*, adotado pela própria lei processual para fazer referência ao critério normativo adotado como razão de decidir, que representam os *fundamentos determinantes* dos padrões decisórios.

Nessa linha, não há padrão decisório, *vinculante* ou *persuasivo*, sem uma fundamentação adequada. É por isso que os dispositivos mais relevantes do Código de Processo Civil de 2015 são o art. 927 e o §1º do art. 489. Esses dispositivos legais convidam os juristas brasileiros, expressamente, a romper com o paradigma interpretativo do positivismo jurídico, calcado no *modelo de regras*, e adentrar no paradigma interpretativo da hermenêutica heideggeriana-gadameriana e embasado no modelo da prática interpretativa dworkiniana. Por um lado, não há padrão decisório sem fundamentação adequada e, de outro, não existe fundamentação adequada sem diálogo com os padrões decisórios, sejam vinculantes, sejam persuasivos. A interpretação e aplicação do Direito dependem de uma construção intersubjetiva. O

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁶⁸¹ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

Código de Processo Civil cria, a partir dos dois dispositivos sinalizados, um caldo de cultura capaz de enraizar na prática jurisdicional brasileira uma *atitude interpretativa*, mediante padrões decisórios adequadamente formados, nos quais se deve explicitar a *tese jurídica* a ser aplicada – ou não – aos casos futuros.

Enfim, muito tem-se discutido sobre padrões decisórios, sobre *precedentes* no Brasil. Mas o que deve ficar claro, no final do dia – e este é um elemento cerne que se objetiva demonstrar na presente pesquisa –, é que não haverá tutela jurisdicional que busque respostas adequadas ao Direito sem respeito aos padrões decisórios, mas não haverá padrões decisórios a serem respeitados se estes não se derem o respeito. E, para isso, as teses jurídicas oriundas desses padrões decisórios devem estar comprometidas com o contexto intersubjetivo em que o intérprete se encontra.

As decisões judiciais – “individuais” – a partir das razões de decidir de um padrão decisório faz com que o *leading case* individual que origina essas decisões em cadeia não tenha peso de autoridade apenas em si (porque diz em algum lugar que é *vinculante* ou *persuasivo*), mas porque promove a formação de uma *tese jurídica* adequada e coerente ao longo do tempo. A força *persuasiva* ou *vinculante* de um precedente está nas decisões que seguem o padrão decisório. E não há como formar um padrão decisório a ser seguido sem responsabilidade com suas razões de decidir, pois estas são condições de possibilidade para uma aplicação futura adequada. Deve o intérprete, pois, na aplicação do padrão decisório, atentar-se não apenas para as razões de decidir do padrão decisório a ser aplicado, mas também aos posteriores ao padrão decisório formado, os quais contribuem – em cadeia – para melhor explicitar as razões de decidir, os *fundamentos determinantes*, enfim, as *teses jurídicas* a serem aplicadas.

Portanto, é importante notar que não importa delinear quais são os padrões decisórios que são considerados como *vinculantes* ou quais são aqueles tidos por *persuasivos*. O problema não está na *mera* autoridade dos padrões decisórios. O mais importante está em *como* os padrões decisórios são formados e aplicados. É preciso, por isso, a insistência: a prática jurisdicional em um Estado (que se pretenda) Democrático de Direito deve acontecer através de uma atitude interpretativa de *romance em cadeia* e a partir da *applicatio* gadameriana, sempre mediante uma fundamentação qualificada.

Como sugeriu Albert Einstein, “a menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como

nos acostumamos a ver o mundo”. Nesse sentido, o maior problema – e o maior inimigo – que se pode enfrentar não são as dúvidas, mas sim as certezas. Para combater as “certezas”, e romper com os alicerces paradigmáticos interpretativos positivistas, é necessário que paradigma interpretativo da intersubjetividade esteja presente na fundamentação das decisões. *Should we stay or should we go?*

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 399-405.
- ABBOUD, Georges. Juristocracia delegativa: os riscos da degeneração democrática trazidos pelo ativismo judicial. *In*: BIANCHINI, Alice; VALE, André Rufino do; COPETTI NETO, Alfredo (Coord.). 1. ed. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017. p. 211-227.
- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. Precedent in France. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016.
- ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. Writ of certiorari do direito estadunidense. **Revista de Processo RePro**, São Paulo, v. 42, n. 266, p. 483-515, abr. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/109376?mode=full>>. Acesso em: 6 abr. 2018.
- ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 315-354.
- BARBOSA, Claudia Maria; ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. A impossibilidade de aplicação da Teoria dos precedentes no atual sistema deliberativo dos Tribunais Superiores. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 42, v. 273, p. 377397, nov. 2017.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática Constitucional transformadora. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BELL, John. Comparing precedent. **Cornell Law Review**, [S.l.], ano 82, n. 1243, p. 1243- 1278, 1996-1997.

BENTHAM, Jeremy. **Truth versus Ashhurst** (ou Law as it is, contrasted with what it is said to be). [S.l.], 1792. Disponível em: <<http://www.ucl.ac.uk/bentham-project/tools/bentham-textsonline-online/truthvash>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England, in four books**. Filadélfia: J. B. Lippincott Company, 1893.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta e os direitos fundamentais. *In*: BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica e por uma repolitização da legalidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 216-229.

BONAVIDES, Paulo. O pensamento jusfilosófico de Friedrich Müller: fundamento de uma nova hermenêutica. *In*: BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legalidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 206-215.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento 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: 15 abr. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010**. Altera a ementa do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2007-2010/2010/lei/L12376.htm>. Acesso em: 6 abr. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no agravo em recurso especial n. 1.204.607 - SP**, da Terceira Turma. Agravante: AJM Sociedade Construtora Ltda. Agravado: Stem Comércio Instalação Elétrica Hidráulica e Manutenção Ltda. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, Julgado em 15 de março de 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/)

componente=ITA&sequencial=1687389&num_registro=201702918480&data=20180402&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno nos embargos de divergência em agravo em recurso especial EAREsp 960926/SP**, da Segunda Seção. Agravante: Maria Amelia Tourais Barreto e Maria Ivone Alves Tourais. Agravado: Elisa Bisognini Tourais e Maria Helena Alves Tourais. Interessados: Palmas de Mallorca Servicos de Turismo e Hotelaria Ltda – EPP e Maria Elisa Alves Tourais. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, Julgado em: 09 de agosto de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1623623&num_registro=201602025850&data=20170821&formato=PDF>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp nº 382.736/SC**. Agravante: Fazenda Nacional. Agravado: Amir Carlos Mussi e Advogados Associados. Relator: Ministro Castro Meira. Relator P/acórdão: Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, DF, julgado em: 8 de outubro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=430690&num_registro=200101557448&data=20040225&formato=PDF>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de divergência em resp n. 716.412 - PR**. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Eletro Móveis Imperial Ltda. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, Julgado em 12 de setembro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=720751&num_registro=200500959829&data=20080922&formato=HTML>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de divergência em Resp n. 1.306.553 – SC**, da Segunda Seção. Embargante: Comércio de Carnes Vale Verde Ltda e outros. Embargado: Frigorífico Rost S/A. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, Julgado em: 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300220444&dt_publicacao=12/12/2014>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.572.655 - RJ**, da Terceira Turma. Recorrente: Marcos Antonius Barros de Oliveira. Recorrente: Lauro Teixeira Junior e Diagnosticos da America S.A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, Julgado em 20 de março de 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=81364123&tipo=5&nreg=201501066681&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180326&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 980.150 - SP**, Segunda Turma. Recorrente: Cláudio Augusto Fernandes. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Interessado: Clautony Indústria e Comércio Ltda e Loana Taliani Fernandes. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (juiz convocado do TRF 1ª Região). Brasília, DF, Julgado em 22 de abril de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=775134&num_registro=200701967442&data=20080512&formato=HTML>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Ed. rev., ampl. e atual. até a Emenda Regimental n. 30 de 22 de maio de 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acesso em: 29 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 435**, Primeira Seção, Brasília, DF, Julgado em 14 de abril de 2010, DJe em 13 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.662-7 São Paulo**. Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Requerido: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 30 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266717>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na sentença estrangeira n. 5.206**. Partes: M B V Commercial and Export Management Establishment, Evandro Catunda de Clodoaldo Pinto e Outros, Resil Industria e Comercio Ltda, Marcia Serra Negra e outros, André Carmelingo Alves. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, julgamento 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep>>. Acesso em: 29 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg n. RE 521.379/SP**. Agravante: Bernardo Araujo Giacometti. Agravado: Município de São Paulo. Relator: Min Gilmar Mendes. Brasília, DF, DJe 11 de março de 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2250855>>. Acesso em: 29 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 18.148/MG**. Reclamante: Negociar - Cobranca e Recuperacao de Credito Ltda – EPP. Reclamado: Juíza do Trabalho da 22ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, DJe 15 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4604652>>. Acesso em: 29 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 1.987-0 Distrito Federal**. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamada: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Interessada: Edmayre Gomide Lima de Jesus. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 01 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução normativa n. 11 de 1997**. Uniformiza procedimentos para a expedição de Precatórios e Ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões trânsitas em julgado, contra a União Federal (Administração Direta), Autarquias e Fundações, até a nova regulamentação prevista no projeto de reforma do Poder Judiciário, na Constituição da República. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/TST/Instr_Norm/IN_11.html>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: Porto Alegre, Ajuris, 1977. (Coleção Ajuris, 5).

- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.
- CAENEGEM, Raoul Charles van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Revisão técnica de Carla Henrique Bevilaqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- CAHALI, Claudia Elisabete Schwerz. A excessiva instabilidade da jurisprudência como causa da ineficiência da jurisdição. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.
- CALABRESI, Guido. **A common law for the age of statutes**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1999.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of the judicial process**. Lexington: Feather Trail Press, 2009.
- CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. Parâmetros do common law para a elaboração de um novo sistema: necessidade de uma atitude de vanguarda. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.
- CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 264-307.
- CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *In*: CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3.
- CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-facto**: questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

CAVALCANTI, Marcos Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CERQUEIRA, Vinícius Nascimento. **Fundamentos da decisão no novo CPC**: o contraditório forte e os precedentes. Jundiaí: Paco, 2014.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Campina, ano 16, n. 23, p. 367-391, 2012.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COPETTI NETO, Alfredo; LEITE, Glauco Salomão. Democracia, hermenêutica ou barbárie? ensaio em homenagem a Lenio Streck. *In*: ALVIM, Eduardo Arruda et al. (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. 1. ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017. p. 115-130.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Tradução de Maria Angélica Pulido. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza; SOUZA, Débora Cardoso de. Os riscos para a democracia de uma compreensão indevida das inovações no controle de constitucionalidade. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentário ao art. 489. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 209, p. 293-327, jul., 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo, revisão técnica Guildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. Revisão técnica Guildo Sá Leitão Rios. Revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

ENUNCIADOS do Fórum permanente dos processualistas civis. **Enunciado 457**. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-SaCC83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Bowers v. Hardwick. **Oyez**, [S.I.], 6 Apr. 2018. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1985/85-140>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Brown v. Board of Education of Topeka. **Oyez**, [S.I.], 6 Apr. 2018. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Lawrence v. Texas. **Oyez**, [S.I.], 6 Apr. 2018. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2002/02-102>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Plessy v. Ferguson. **Oyez**, [S.I.], 6 Apr. 2018. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1850-1900/163us537>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

FARBER, Daniel A. The rule of law and the law of precedents. **Minnesota Law Review**, [S.I.], v. 102, n. 6, p. 1.173-1.203, 2005.

FERNSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, §1º, VI, do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 252, p. 378-383, fev. 2016.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. 2. ed. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 1: Heidegger em retrospectiva.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer, revisada por Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

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

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOZZI, Gustavo. Estado de direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 308-337.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios)**. 6. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2014.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini e apresentação de Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento. *In*: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin, **Sobre a essência da verdade**: a tese de Kant sobre o ser. Tradução de Ernildo Stein e revisão de José Geraldo Nogueira Moutinho. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1970.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Tradução de Marco Antonio Casanova. Revisão de tradução Eurides Avance de Souza. Revisão técnica de Tito Lívio Cruz Romão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo II**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução revisada e apresentação de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. Consultor jurídico Thélío de Magalhães. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOLMES, Oliver Wendell. **The common law**. New York: Dover Publications, 2017.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 227, p. 335-359, jan. 2014.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KNIFFIN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States Courts of Appeals. **Fordham Law Review**, [S.l.], p. 53-89, Oct. 1982.

KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many: adjudication in collegial courts. **California Law Review**, [S.l.], v. 81, art. 1, p. 1-61, jan. 1993.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 338-367.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

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

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura do direito**: o século XX. Tradução Luca Lamberti e revisão da tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2.

MACCORMICK, Neil. Can stare decisis be abolished? **Juridical Review**, [S.l.], 1966,

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**: a theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2010.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 01-15.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - URPF**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 14 set. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de processo civil comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 503-517.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

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

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. t. 2.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação; da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. Estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed., rev, ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 125-142.

MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo ano 36, v. 199, p. 83-99, set. 2011.

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

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional**: entre direito, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes? *In*: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 85-111.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Dierle. Novo CPC consagra dimensão dinâmica do contraditório. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 out. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013->

out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>. Acesso em: 24 mar. 2018.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. “Jurisprudência instável” e seus riscos: a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/15: uma breve introdução. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 301-333.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; e HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 42, v. 263, p. 335-396, jan. 2017.

O'BRIEN, David M.; JOBIM, Marco Félix. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 35-44, jan./jun. 2018.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

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

OLIVEIRA, Pedro Miranda de; ANDERLE, Rene José. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 39, v. 232, p. 307-324, jun. 2014.

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

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 663-680.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universalidade das decisões do STJ. Diretor Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção O Novo Processo Civil).

PEREIRA, Paula Pessoa. O Estado de direito e a necessidade de respeito aos precedentes judiciais. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 143-156.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; SANTANNA, Ana Carolina Squadri. O writ of certiorari e sua influência sobre o instituto da repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo RePro**, São Paulo, v. 39, n. 235, p. 381-405, set. 2014. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/77473?mode=full>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

POMJÉ, Caroline. Motivação *per relationem*: uma análise à luz do art. 489, §1º, do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 42, v. 273, p. 19-41, nov. 2014.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAATZ, Igor. Precedentes à brasileira: uma autorização para “errar” por último? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-03/igor-raatz-precedentes-autorizacao-errar-ultimo>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

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

RE, Edward D. Stare decisis. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**, v. 19, n. 73, jan./mar. 1994.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

REIS, Mauricio Martins. As súmulas vinculantes do direito brasileiro e o risco hermenêutico à democracia constitucional: política autoritária de normas ou normas políticas de conteúdo? *In*: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição**: os direitos humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 195-214.

REIS, Maurício Martins. Precedentalismo judiciário: precedentes obrigatórios ou persuasivos? A força argumentativa dos julgados do STF. **Revista dos Tribunais**, Brasília, DF, n. 932, p. 389-421, jun. 2013.

REIS, Maurício Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão interpretativa: de como as súmulas vinculantes não podem ser o “bode expiatório” de uma hermenêutica jurídica em crise. **Revista de Processo**, ano 38, v. 220, p. 207-228, jun. 2013.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 37-57.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 81-99.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentário ao art. 5º do código de processo civil. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Comentários ao código de processo civil (arts. 1º a 317)**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O saneamento e a organização do processo no novo CPC como direito fundamental à duração razoável do processo. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 29-36.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *In*: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70075158279**, da Décima Sexta Câmara Cível. Apelada: Atanor do Brasil Ltda. Apelante: Elvio bordignon. Relatora: Desa. Cláudia Maria Hardt, Porto Alegre, Julgado em 26 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

ROSS, Alf. **On law and justice**. Clark: The Lawbook Exchange, 2004.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil**: a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTORO, Emilio. Rule of law e “liberdade dos ingleses”. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-255.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: WAMBIER Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 133-201.

SANTOS, Evaristo Aragão. Por que os juízes (no *common law*!) se sentem obrigados a seguir precedentes? *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

SCALABRIN, Felipe; COSTA, Miguel do Nascimento; ANTUNES DA CUNHA, Guilherme. **Lições de processo civil**: recursos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. *In*: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2002.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Harvard University, 2011.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Thais Sampaio da. Escrevendo um romance em cadeia: pressupostos teóricos da teoria dos precedentes. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STEIN, Ernildo. **História e ideologia**. 2. ed. Porto Alegre: Movimento, 1981.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. P. 75-90.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Anuário 2012, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 189-202.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? *In*: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 156-177.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. *In*: HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. *In*: MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 set. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York State). *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 355-406.

SWEET, Alec Stone. **Governing with judges**: constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford Universities, 2000.

TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”). *In*: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 12.

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)**. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Tradução de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, set. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3.

TEPEDINO, Gustavo. O caso da subsunção. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2016. p. 103-140.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 97-131.

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

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. **Michigan Law Review**, [S.l.], v. 111, n. 1, p. 01-31, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cada caso comporta uma única solução correta? *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, jun. 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 11-95.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATFORD, Paul J.; CHEN, Richard C.; BASILE, Marco. Crafting precedent. **Harvard Law Review**, [S.l.], ano 131, n. 543, 2017.

WHISNER, Mary. Exploring precedent. **Law Library Journal**, [S.l.], ano 107, v. 605, p. 605-617, 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 407-423.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; COPETTI NETO, Alfredo. Os deveres de Coerência e Integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e MacCormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 135-155.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli com a colaboração de Emilio Santoro. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 03-94.